

Facoltà di Scienze Politiche
Corso di laurea in Relazioni Internazionali

Cattedra di POLITICHE DELL'UNIONE EUROPEA

**VERSO UN'ECONOMIA DELLA
CONOSCENZA.
DIRITTO D'AUTORE E MERCATO
UNICO NELL'UNIONE EUROPEA**

Relatore

Prof. Paolo De Caterini

Candidata

STELLA LANZI

matr. 611352

Correlatore

Prof.ssa Pia Acconci

Anno accademico 2010/2011

INDICE

INDICE	I
ELENCO DELLE ABBREVIAZIONI	V
INTRODUZIONE	1
Capitolo primo	
IL DIRITTO D’AUTORE	7
1.1 LA NATURA DEL DIRITTO D’AUTORE	7
1.2 DA PRIVILEGIO A DIRITTO: LA STORIA DEL DIRITTO D’AUTORE	10
1.3 DIRITTO D’AUTORE E <i>COPYRIGHT</i>	13
1.4 LE CONVENZIONI INTERNAZIONALI IN MATERIA DI DIRITTO D’AUTORE	16
1.4.1 Primi accordi bilaterali	18
1.4.2 La Convenzione di Berna	18
1.4.3 La Convenzione di Roma	23
1.4.4 L’Accordo TRIPs	25
1.4.5 I Trattati Internet dell’OMPI	28
1.4.6 Il Trattato sul diritto d’autore (WCT)	28
1.4.7 Il Trattato sulle interpretazioni ed esecuzioni e sui fonogrammi (WPPT)	30
1.5 CONTRAFFAZIONE E PIRATERIA	33
Capitolo secondo	
LA DISCIPLINA DEL DIRITTO D’AUTORE NEL PROCESSO DI INTEGRAZIONE ECONOMICA EUROPEA	37
2.1 IL MERCATO UNICO EUROPEO: UNA <i>SUCCESS STORY</i>	37
2.2 LA COSTRUZIONE DI UN MERCATO COMUNE	39
2.3 IL PRINCIPIO DELLA LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE	45

2.3.1 La libera circolazione delle merci (artt. 34-37).....	46
2.3.2 La libera circolazione dei servizi (artt. 49-62).....	49
2.4 LA DISCIPLINA DEL DIRITTO D’AUTORE TRA GIURISPRUDENZA E ARMONIZZAZIONE	50
2.4.1 La prima fase (1958-1980): indifferenza	51
2.4.2 La seconda fase (1981-1988): il ruolo della Corte di Giustizia	52
2.4.3 La terza fase (dal 1988 ai giorni nostri): armonizzazione.....	55

Capitolo terzo

IL CONTRASTO TRA DIRITTO D’AUTORE E MERCATO INTERNO 61

3.1 IL RAPPORTO TRA DIRITTO D’AUTORE E MERCATO INTERNO	61
3.2 LA RICERCA DI UN <i>MODUS VIVENDI</i>	62
3.2.1 La via giurisprudenziale.....	63
3.2.1.1 Il diritto d’autore come deroga alla libera circolazione delle merci e dei servizi	64
3.2.1.2 Esistenza ed esercizio del diritto d’autore. La proprietà intellettuale è “proprietà”?	68
3.2.1.3 L’oggetto specifico del diritto d’autore.....	71
3.2.1.4 L’esaurimento dei diritti.....	74
3.2.1.5 Il principio di non discriminazione	77
3.2.2 L’armonizzazione delle normative nazionali	79
3.2.2.1 Il Libro Verde del 1988 e il Programma di lavoro della Commissione	81
3.2.2.2 La direttiva sulla protezione legale dei programmi per elaboratore .	83
3.2.2.3 La nuova direttiva sui programmi per elaboratore	89
3.2.2.4 La direttiva sul diritto di noleggio, di prestito e su alcuni diritti connessi	89
3.2.2.5 La nuova direttiva sul diritto di noleggio, prestito e alcuni diritti connessi	93
3.2.2.6 La direttiva sulle trasmissioni radiotelevisive via cavo e via satellite	94
3.2.2.7 La direttiva sulla durata di protezione del diritto d’autore.....	97
3.2.2.8 La direttiva 2006/116 e la direttiva 2011/77 sul termine di protezione del diritto d’autore.....	100
3.2.2.9 La direttiva sulla protezione legale delle banche dati	104
3.2.2.10 La direttiva sul commercio elettronico.....	108

3.2.2.11 Il Libro verde del 1995 e la Direttiva 2001/29/CE sul diritto d'autore nella società dell'informazione	111
3.2.2.12 La direttiva sul diritto d'autore sulle successive vendite dell'originale di un'opera d'arte.....	120
3.2.2.13 La direttiva sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale	123
3.2.3 Giurisprudenza e armonizzazione: un bilancio. Verso un diritto d'autore senza frontiere?	129
Capitolo quarto	
DIRITTO D'AUTORE E CONCORRENZA.....	139
4.1 CONCORRENZA, MERCATO UNICO E DIRITTO D'AUTORE	139
4.2 IL DIRITTO DELLA CONCORRENZA NEI TRATTATI.....	141
4.3 LA DISCIPLINA DELLA CONCORRENZA	144
4.3.1 Il divieto di intese.....	146
4.3.2 L'abuso di posizione dominante	150
4.3.3 Le imprese pubbliche e le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale.....	151
4.4 TRE MANIFESTAZIONI DEL RAPPORTO TRA DIRITTO D'AUTORE E CONCORRENZA	153
4.4.1 La mutua neutralità	154
4.4.2 L'incorporazione di considerazioni relative alla concorrenza nel diritto d'autore	156
4.4.3 La subordinazione del diritto d'autore al diritto della concorrenza: l' <i>essential facility doctrine</i>	158
4.5 LA RICERCA DI UN EQUILIBRIO.....	164
CONCLUSIONI	167
BIBLIOGRAFIA	173
SITOGRAFIA.....	179

ELENCO DELLE ABBREVIAZIONI

ALAI: Association Littéraire et Artistique International

AUE: Atto Unico Europeo

CE: Comunità Europea

CEE: Comunità Economica Europea

EPO: “European Patent Office” (Ufficio Europeo dei Brevetti)

GATT: “General Agreement on Tariffs and Trade” (Accordo Generale sulle Tariffe e sul Commercio)

OIL: Organizzazione Internazionale del Lavoro

OMC: Organizzazione Mondiale del Commercio

OMPI: Organizzazione Mondiale per la Proprietà Intellettuale

ONU: Organizzazione delle Nazioni Unite

TCE: Trattato istitutivo della Comunità Europea

TCEE: Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea

TFUE: Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea

TUE: Trattato sull’Unione Europea

TRIPS: “Trade-Related Intellectual Property Aspects”, Aspetti dei Diritti di Proprietà Intellettuale Attinenti al Commercio (Accordo sugli...)

UAMI: Ufficio per l’Armonizzazione del Mercato Interno

UE: Unione Europea

UNESCO: “United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization” (Organizzazione delle Nazioni Unite per l’Educazione, la Scienza e la Cultura)

WCT: “WIPO Copyright Treaty” (Trattato OMPI sul diritto d’autore)

WIPO: World Intellectual Property Organization (v. **OMPI**)

WPPT: “WIPO Performances and Phonograms Treaty” (Trattato OMPI sulle interpretazioni ed esecuzioni e sui fonogrammi)

INTRODUZIONE

Si opporrà che il diritto esclusivo è un privilegio odioso, una catena al commercio. [...] Tra i due mali, l'uno la restrizione del commercio, l'altro la degradazione del genere, il secondo è probabilmente il più tristo. Se voi non date codesto privilegio al fabbricatore di un libro, egli o non fabbrica nulla, o fabbrica male. Il privilegio, in questo caso, non è una barriera che arresti, è una via che appiana il cammino; non è un intoppo all'irrigazione, è un argine che la regola e la mantiene; non è un ferro che piaghi, è una falce che pota; insomma è uno di que' piccoli mali apparenti, che impediscono un mal grande e vero; ed ha l'inconveniente di tutte le leggi che è restringer l'abuso della libertà per espanderne l'uso.

Niccolò Tommaseo, *Della bellezza educatrice: pensieri*, 1838

Attraverso il presente lavoro si intende offrire un contributo di riflessione e comprensione sul tema del rapporto conflittuale tra la tutela del diritto d'autore e la disciplina del mercato unico nell'Unione Europea. Al pari degli altri diritti di proprietà intellettuale, il diritto d'autore possiede una natura intrinsecamente contrastante con quella di un mercato unico che, per definizione, vive di libera circolazione e concorrenza. Il diritto d'autore assolve infatti alla sua missione di tutelare gli autori di opere artistiche e letterarie, garantendo loro, per un periodo di tempo determinato, il diritto di controllare l'utilizzo che viene fatto delle proprie opere. Così facendo, il diritto d'autore dà vita ad un monopolio temporaneo sullo sfruttamento delle opere, provocando una restrizione al commercio e alla concorrenza.

La scelta del diritto d'autore – tra i tanti diritti di proprietà intellettuale – quale oggetto della presente trattazione si giustifica sulla base di due considerazioni. La prima è legata al fatto che il tema del rapporto tra mercato interno e diritto d'autore ci è parso un terreno meno esplorato rispetto a quello del rapporto tra il mercato interno e gli altri diritti di proprietà intellettuale. Come si mostrerà nel corso

della trattazione, la stessa Comunità Europea, nei suoi primi anni di vita, ha sostanzialmente ignorato la questione della tutela del diritto d'autore, sottovalutandone il potenziale impatto sull'applicazione del principio della libera circolazione. La materia appariva di carattere squisitamente culturale e dunque poco idonea ad influenzare lo sviluppo del mercato interno, tanto più in un'epoca in cui la circolazione al di fuori dei confini nazionali di opere protette era ancora relativamente limitata.

La seconda considerazione, strettamente collegata alla prima, consiste nel fatto che nella società contemporanea la tutela del diritto d'autore va acquistando un'importanza crescente. Richiamando un'efficace allegoria del giurista statunitense Zechariah Chafee, “il diritto d'autore è la Cenerentola del diritto. Le sue ricche sorelle maggiori, le privative e i brevetti, l'hanno a lungo relegata all'angolo del focolare. All'improvviso, la fata madrina dell'Invenzione le ha fatto dono di magici oggetti elettronici e meccanici, quali la zucca-carrozza e i topolini lacchè. Ora rotea nelle folli giravolte di una danza incantata” [*trad. propria*].¹ Gli oggetti magici di cui parla Chafee sono i *personal computer*, le banche dati, Internet e, in generale, tutto ciò che ha innescato e alimentato la rivoluzione digitale. Se negli anni '60, la circolazione di opere protette dal diritto d'autore avveniva in gran parte all'interno dei confini nazionali, l'avvento della cosiddetta “società dell'informazione” ha modificato radicalmente il quadro. La diffusione di nuove tecnologie e di nuovi mezzi di comunicazione ha reso possibile una più rapida ed estesa circolazione delle opere, rendendole accessibili ad un pubblico più vasto. La società dell'informazione è una società in cui l'informazione non è più un settore, ma un fattore della produzione, una società in cui la ricchezza risiede in risorse immateriali, quali la conoscenza e la creatività.² Le potenzialità economiche dell'arte, della letteratura, del cinema godono oggi di un maggiore riconoscimento rispetto al passato, anche da

¹ “Copyright is the Cinderella of the law. Her rich older sisters, franchises and patents, long crowded her into the chimney-corner. Suddenly fairy godmother Invention endowed her with mechanical and electrical devices as magical as the pumpkin-coach and the mice footmen. Now she swirls through the mazes of a glamorous ball” (CHAFEE Z., “Reflections on the law of copyright”, *Columbia Law Review*, vol. XLV, n. 4, luglio 1945).

² BOCCHINI E., *Diritto commerciale nella società dell'informazione*, CEDAM, Padova, 2011, pp. 12-13.

parte dell'Unione Europea, che nel 2000 ha dichiarato la propria ambizione di “diventare l'economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica del mondo, in grado di realizzare una crescita economica sostenibile con nuovi e migliori posti di lavoro e una maggiore coesione sociale”.³ Tale obiettivo non può essere conseguito senza la garanzia di un'adeguata remunerazione degli investimenti nella cultura e nella creatività, e per questo un'efficace tutela del diritto d'autore rappresenta oggi un'esigenza imprescindibile.

La domanda che attraversa le pagine del presente lavoro è la seguente: com'è possibile trovare un punto d'incontro tra la tutela del diritto d'autore e il rafforzamento del mercato unico? Il mercato unico è, a ragione, considerato una delle principali e più compiute realizzazioni nel cammino di integrazione europea. Esso ha reso possibile la nascita di uno spazio integrato nel quale merci, servizi, persone e capitali possono circolare liberamente, e in cui le imprese di diversi paesi entrano in concorrenza diretta le une con le altre. Benché la sua istituzione risalga a quasi vent'anni fa, il mercato unico non è una realizzazione statica, tale da potersi ritenere conclusa al verificarsi di determinate condizioni. Il mercato unico è una realizzazione dinamica e, in quanto tale, è suscettibile di essere non solo preservato, ma anche esteso e approfondito. Rispetto a tale conquista, qual è o quale può essere il ruolo del diritto d'autore? Il diritto d'autore è, per usare le parole di Niccolò Tommaseo, “una barriera che arresta” o “una via che appiana il cammino”? Attraverso il metodo della ricerca storico-giuridica, si è cercato di rispondere a queste domande, analizzando le criticità nel rapporto tra diritto d'autore e mercato unico, evidenziando tendenze, ricostruendo i diversi approcci seguiti dalle istituzioni comunitarie e avanzando possibili soluzioni ai problemi emersi dall'analisi.

Nel primo capitolo, di carattere introduttivo, sarà ricostruita la natura e la storia del diritto d'autore, chiarendo le differenze tra le sue due tradizioni: quella anglosassone del *copyright* e quella continentale del *droit d'auteur*. A tal riguardo è indispensabile una premessa: nel corso della trattazione sarà usata indistintamente la locuzione “diritto d'autore” per designare tanto il *copyright* quanto il *droit d'auteur*.

³ Conclusioni della Presidenza, Consiglio Europeo di Lisbona, 23-24 marzo 2000.

Descritte le caratteristiche e le finalità del diritto d'autore, saranno analizzate le convenzioni internazionali che hanno maggiormente influenzato e orientato la disciplina comunitaria in materia. Esse saranno distinte sulla base dell'obiettivo primariamente perseguito: l'internazionalizzazione (Convenzione di Berna, Convenzione di Roma) o l'armonizzazione (Accordo TRIPs, Trattati Internet dell'OMPI).

Nel secondo capitolo sarà analizzata l'evoluzione della disciplina del diritto d'autore nell'ambito del processo di integrazione economica europea. Dopo un'analisi della storia e della disciplina del mercato interno, saranno ricostruiti i diversi approcci delle istituzioni comunitarie al problema del contrasto tra diritto d'autore e mercato interno. A tal proposito, verrà operata una distinzione fra: indifferenza (1958-1980), approccio giurisprudenziale (1981-1988) e approccio normativo (dal 1988 ai giorni nostri).

Il terzo capitolo sarà interamente dedicato all'analisi delle due strade, diverse ma parallele, che le istituzioni comunitarie hanno intrapreso nel tentativo di garantire un equilibrio tra tutela del diritto d'autore e realizzazione del mercato interno. Il capitolo sarà dunque diviso in due parti: una dedicata alla giurisprudenza e una dedicata all'armonizzazione delle normative nazionali. Per quanto riguarda la giurisprudenza, saranno passate in rassegna le sentenze più significative, al fine di individuare le principali dottrine in materia. Per quanto riguarda l'armonizzazione legislativa, sarà analizzata la produzione normativa dell'Unione Europea in materia di diritto d'autore, mettendo in evidenza tendenze, criticità, punti di forza e rapporti con la disciplina del mercato unico. Ciò ci consentirà di tracciare un quadro degli sforzi finora compiuti dal giudice e dal legislatore comunitario e di analizzare una possibile linea di sviluppo.

Nel quarto e ultimo capitolo sarà trattato il tema del rapporto, anch'esso conflittuale, tra tutela del diritto d'autore e disciplina della concorrenza, elemento quest'ultimo cruciale nella costruzione di un mercato unico. Dopo un'analisi della disciplina della concorrenza contenuta nei trattati comunitari, saranno prese in esame tre tendenze nei rapporti reciproci tra diritto d'autore e diritto della concorrenza. La prima, denominata "mutua neutralità" ha segnato i primi anni di vita della Comunità

Economica Europea. La seconda e la terza, tipiche degli ultimi decenni, consistono l'una nell'assorbimento, da parte del diritto d'autore, di considerazioni relative alla tutela della concorrenza; l'altra nella subordinazione del diritto d'autore al diritto della concorrenza attraverso l'applicazione della dottrina dell'input essenziale. Saranno, anche in questo caso, evidenziate le criticità e presentate alcune possibili soluzioni.

Attraverso il percorso qui delineato si cercherà di dare risposta al quesito che ha ispirato il presente lavoro, delineando anche un possibile quadro evolutivo della materia.

Capitolo primo

IL DIRITTO D'AUTORE

*Si dice in giro, Fidentino, che tu le mie poesie
reciti in pubblico come se fossero le tue.
Te le regalerò, se vuoi che si dicano mie, comprale:
se vuoi che si dica che sono tue, e non saranno più mie.*

[Marco Valerio Marziale, "Ad un plagiario", Epigramma 29, Libro I]

1.1 La natura del diritto d'autore

Il diritto d'autore è un diritto di proprietà intellettuale; esso appartiene cioè a quell'apparato di diritti giuridici che mira a tutelare i frutti dell'attività intellettuale umana in campo industriale, scientifico, letterario e artistico. Il fondamento della proprietà intellettuale risiede nel fatto che i prodotti dell'inventiva e dell'ingegno umano, a differenza dei beni materiali, non possono essere protetti dall'uso altrui per mezzo del loro semplice possesso. Una volta infatti che una creazione intellettuale è resa disponibile al pubblico, il suo creatore non può più esercitare un controllo sul suo impiego successivo. Il compito del diritto della proprietà intellettuale è quello di tutelare i creatori, siano essi artisti o inventori, garantendo loro, per un lasso di tempo determinato, il diritto di controllare l'utilizzo che viene fatto delle loro creazioni. Così facendo, il diritto della proprietà intellettuale offre un incentivo all'attività intellettuale, promuovendo lo sviluppo economico, sociale e culturale.⁴

Tradizionalmente, la proprietà intellettuale si divide in due branche: la proprietà industriale e il diritto d'autore. La proprietà industriale comprende i brevetti, i marchi, i modelli di utilità, i disegni industriali e le indicazioni geografiche. Il diritto d'autore è un diritto di proprietà che si sostanzia in opere

⁴ WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION, *Introduction to intellectual property: theory and practice*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 1997, p. 3.

creative, quali le opere artistiche e letterarie, le opere musicali, le registrazioni sonore, i film e le trasmissioni.

L'esistenza di un diritto d'autore pare rispondere, in un certo senso, ad una nozione intuitiva. L'opera dell'ingegno appare infatti indissolubilmente legata al suo autore: il romanzo è di chi l'ha scritto, il quadro di chi l'ha dipinto, la statua di chi l'ha scolpita. Quali che siano le vicende degli esemplari in cui si sostanzia l'idea dell'autore, destinati a passare di mano in mano, il legame iniziale permane ed è tale da assicurare all'autore la proprietà dell'opera. Ciò trova un'efficace rappresentazione nella tradizionale distinzione tra *corpus mysticum*, ovvero l'opera considerata come bene immateriale, e *corpus mechanicum*, ovvero l'oggetto materiale in cui l'opera è espressa o riprodotta (ad esempio le copie di un libro). Mentre il primo appartiene all'autore, il secondo appartiene a chiunque lo acquisti.

Il diritto d'autore non protegge le idee, bensì la loro espressione in forma tangibile; di conseguenza, chiunque è libero di creare opere simili o addirittura identiche, purché tali opere siano il prodotto di sforzi indipendenti e non di copiatura.

Il diritto d'autore si articola in due diritti distinti. Il primo è il diritto morale, in virtù del quale l'autore si vede assicurata la paternità dell'opera che ha creato e può difendere l'opera stessa da ogni tentativo di terzi di alterarne la forma e il contenuto. Dato che il titolo del diritto morale è la creazione, esso è inalienabile: la paternità dell'opera di ingegno non può mai essere oggetto di compravendita, mentre può sempre essere rivendicata in caso di errata attribuzione.

Il secondo diritto è quello patrimoniale, riguardante tutti i possibili modi di sfruttamento economico dell'opera d'ingegno. Le facoltà connesse al diritto patrimoniale sono esclusive, in quanto di norma nessuno può utilizzare l'opera senza la previa autorizzazione dell'autore. A differenza di quelle connesse al diritto morale, tuttavia, sono anche alienabili, e anzi, per sfruttare la propria opera, l'autore dovrà quasi sempre concedere ad altri, in misura più o meno ampia, la facoltà di utilizzazione. Non necessariamente, dunque, la figura dell'autore e del titolare di un diritto d'autore coincidono. Si parla di diritti connessi (al diritto d'autore) con riferimento ai diritti degli artisti interpreti ed esecutori sulle proprie esecuzioni, ai

diritti dei produttori di fonogrammi sui propri fonogrammi e ai diritti degli organismi di radiodiffusione sulle proprie emissioni radiofoniche e televisive. Il diritto d'autore inteso come componente del più ampio diritto della proprietà intellettuale tutela non solo gli interessi dell'autore, ma anche quelli dei soggetti appena menzionati, sia pure con modalità e intensità diverse a seconda dei regimi giuridici di riferimento.

I diritti di natura economica riconosciuti dalle legislazioni nazionali in materia di diritto d'autore possono variare. I più comuni, tuttavia, sono quattro: il diritto di riproduzione, il diritto di distribuzione, il diritto di comunicazione al pubblico e il diritto di traduzione e adattamento.

Il diritto di riproduzione consiste nella facoltà del titolare del diritto d'autore di impedire che altri soggetti possano realizzare copie dell'opera senza la propria autorizzazione. Ad esso è tradizionalmente associato il diritto di distribuzione, in quanto il diritto di riproduzione sarebbe privo di valore economico se il titolare del diritto d'autore non potesse autorizzare la distribuzione delle copie realizzate con il proprio consenso. Generalmente, il diritto di distribuzione si esaurisce con la prima vendita dell'opera; ciò comporta che l'acquirente della copia possa successivamente rivenderla o regalarla, senza dover chiedere l'autorizzazione al titolare del diritto d'autore.

Il diritto di comunicazione al pubblico è esercitabile in relazione ad una molteplicità di forme di comunicazione diverse. Con riferimento all'esecuzione in pubblico, esso si esprime nel subordinare all'autorizzazione del titolare del diritto l'esecuzione dell'opera in luoghi aperti al pubblico, come i teatri e le sale cinematografiche. Il diritto è esercitabile anche in riferimento alla riproduzione di registrazioni tramite impianti di amplificazione in luoghi pubblici, come le discoteche e i centri commerciali. Per quanto riguarda la trasmissione, il diritto consiste nella facoltà di autorizzare o vietare la trasmissione, rivolta al pubblico, di immagini e/o suoni, indipendentemente dal mezzo usato per la trasmissione: radio, televisione, satellite. Quando il segnale trasmesso può essere captato solo da quanti posseggono l'attrezzatura necessaria per decodificarlo, si parla di comunicazione al pubblico.

Il diritto di adattamento e di traduzione subordina gli atti di adattamento e traduzione dell'opera all'autorizzazione del titolare del diritto d'autore. Per traduzione si intende l'espressione del contenuto dell'opera in una lingua diversa rispetto a quella in cui è stata concepita. Per adattamento si intende qualsiasi alterazione dell'opera finalizzata alla realizzazione di un'altra opera, come per esempio la resa cinematografica di un romanzo. Le stesse traduzioni e adattamenti sono protetti dal diritto d'autore, per cui la loro eventuale pubblicazione è subordinata alla previa autorizzazione del titolare del diritto d'autore sull'opera originale e del titolare del diritto d'autore sulla traduzione e l'adattamento.⁵

In sintesi, la signoria dell'autore sull'opera da egli creata si concreta nel diritto di essere identificato come autore e di opporsi ad ogni alterazione e/o utilizzazione non autorizzata della propria opera. È dunque facile comprendere come, nonostante la loro tradizionale distinzione, il diritto morale e il diritto patrimoniale siano strettamente collegati, e la violazione dell'uno spesso si accompagna, inevitabilmente, a quella dell'altro.⁶

1.2 Da privilegio a diritto: la storia del diritto d'autore

Il diritto d'autore è istituito relativamente recente. Sebbene anche gli artisti dell'antica Grecia e dell'antica Roma non fossero immuni dal desiderio di vedersi riconosciuta la paternità dei propri lavori, storicamente la necessità di riconoscere una tutela legislativa alle opere artistiche e letterarie risale all'invenzione della stampa e alla successiva nascita dell'attività editoriale, fonte di rilevanti interessi economici e strumento per la circolazione di opere stampate in un gran numero di esemplari. Sebbene la *ratio* del diritto d'autore, e cioè la distinzione tra opera in senso materiale e opera in senso immateriale, fosse nota fin dall'antichità,⁷ per molti

⁵ WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION, *Understanding copyright and related rights*, WIPO Publication n° 909, pp. 9-12. Disponibile su http://www.wipo.int/freepublications/en/intproperty/909/wipo_pub_909.pdf ultimo accesso: 25 ottobre 2011.

⁶ JARACH G. e POJAGHI A., *Manuale del diritto d'autore*, Mursia, Milano, 2011, pp. 21-22.

⁷ “In tutti i casi riportati, più persone sono proprietarie della stessa cosa. Come mai? È dovuto al fatto che uno possiede la cosa e l'altro possiede l'uso della cosa. Per esempio, se parliamo dei libri di

secoli i diritti degli autori non sono stati riconosciuti né tutelati. L'idea che l'opera costituisca una proprietà dell'autore ha di gran lunga preceduto nel tempo la percezione della necessità di tutelare legislativamente detta proprietà, e ciò in ragione del fatto che per lungo tempo non sono esistiti rilevanti interessi economici allo sfruttamento delle opere. Le prime forme di tutela giuridica del diritto d'autore sono state di natura prettamente patrimoniale e, in quanto tali, non prendevano in particolare considerazione le ragioni morali degli autori.

I primi casi di tutela giuridica del diritto d'autore sono stati registrati nella Venezia del tardo Quattrocento, da cui ha avuto inizio un processo espansivo che ha interessato la Francia, l'Inghilterra e la Germania. L'invenzione della stampa a caratteri mobili ad opera di Johannes Gutenberg (1455) ebbe una gran parte in tale processo poiché rese possibile una più ampia commercializzazione delle opere, facendo sorgere problemi di protezione prima d'allora sconosciuti.⁸ La tutela riconosciuta dalla cosiddetta "Parte Veneziana" prese la forma di un privilegio concesso agli editori e agli stampatori, privilegio la cui natura era paragonabile a quella di un brevetto d'invenzione, dal momento che consisteva nell'attribuzione del diritto esclusivo di stampare e commerciare un'opera per un periodo di tempo determinato (previo esame ed eventuale censura della stessa). In tale sistema è possibile riconoscere il nucleo originario della nozione di proprietà letteraria: benché infatti il privilegio fosse generalmente concesso all'editore e allo stampatore dell'opera⁹, in alcuni casi era concesso direttamente all'autore. Ciò avveniva, in particolare, quando l'opera aveva comportato spese di entità inusuale oppure quando si trattava di un'opera particolarmente apprezzata, a mo' di onorificenza. Si trattava

Cicerone, il libraio Doro dice che sono i suoi; il primo dice che sono i suoi perché li ha scritti e il secondo perché li ha comprati: così entrambi possono dire di esserne proprietari" (SENECA, *De Beneficiis*, VI, 7, 6. Trad. propria).

⁸ LUCCHI N., *I contenuti digitali. Tecnologie, diritti e libertà*, Springer Italia, Milano, 2009, pp. 33-34.

⁹ Sul punto non si può che concordare con Enrico Rosmini, il quale affermava che quando il privilegio è concesso solo agli editori e agli stampatori, viene violata l'essenza stessa del diritto di proprietà letteraria. A suo avviso, tali privilegi "contenevano non già il riconoscimento ma sì piuttosto la violazione del vero diritto di proprietà letteraria, favorendo il lavoro materiale della stampa a danno del lavoro intellettuale degli autori. E in realtà, erano questi null'altro che privilegi industriali, i quali potevano valere ad incoraggiamento dell'arte tipografica, ma senza alcun riguardo ed anzi a pregiudizio dei diritti degli autori" (ROSMINI E., *Legislazione e Giurisprudenza sui Diritti d'Autore*, Hoepli, Milano, 1890, p. 12; citato in LUCCHI N., *I contenuti digitali*, op. cit., p. 34).

dunque di casi eccezionali, sebbene già a partire dalla metà del Cinquecento fossero state promulgate delle leggi dirette a limitare la facoltà di pubblicare libri senza il consenso dell'autore.

Fu il secolo dei Lumi a vedere il primo affermarsi del diritto d'autore in senso moderno, cioè non più inteso come un privilegio. La prima legge a riconoscerlo fu lo Statuto della Regina Anna d'Inghilterra del 1709, il quale attribuiva agli autori di opere già pubblicate il diritto esclusivo di riprodurle per ventun anni e agli autori delle opere non ancora pubblicate il diritto di riprodurle per quattordici anni dalla prima pubblicazione, con la possibilità di ottenere un rinnovo di ulteriori quattordici anni qualora l'autore fosse ancora in vita. La protezione era subordinata al fatto che i libri fossero stati depositati presso la *Stationers' Company*, la corporazione dei librai. Tale diritto prese il nome di *copyright*, "diritto di copia". Esso poneva in primo piano l'aspetto economico dell'opera, senza fare alcun riferimento alla tutela dell'autore, tracciando fin da subito i contorni che avrebbe assunto il diritto d'autore nei Paesi anglosassoni. Le disposizioni dello Statuto inglese vennero estese alle colonie nordamericane, le quali, una volta conquistata l'indipendenza (1776), elaborarono un proprio regime in materia. La Costituzione degli Stati Uniti d'America (1787) autorizzò il Congresso a legiferare in materia di *copyright* per "promuovere il progresso della scienza e delle arti utili garantendo per periodi limitati agli autori il diritto d'esclusiva sui loro scritti e sulle loro scoperte".¹⁰ Il Congresso approvò il *Copyright Act* il 31 maggio 1790, una legge simile allo Statuto della Regina Anna. Nel 1976 il *Copyright Act* venne modificato, estendendo la durata della protezione da quattordici anni rinnovabili a tutta la durata dell'esistenza in vita dell'autore più cinquant'anni. Venne tuttavia mantenuto il requisito della registrazione.¹¹

Fu la rivoluzione francese a segnare un'affermazione dirimpante del diritto d'autore ("*droit d'auteur*"). Già la prima Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo (3 novembre 1789) aveva sancito il diritto di ogni autore di stampare le proprie opere.

¹⁰ "To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries" (Articolo 1, Sezione 8, Paragrafo 8 della Costituzione degli Stati Uniti d'America, 1787).

¹¹ LUCCHI N., *I contenuti digitali*, op. cit., p. 36.

Dopo le leggi del 15 gennaio e del 13 luglio 1792 in materia di opere teatrali e musicali, il 19 luglio 1793 venne promulgata una legge che riconosceva la proprietà letteraria e artistica. Essa riservava agli autori il diritto di riproduzione dell'opera per tutta la durata della loro esistenza in vita, e ai loro aventi causa per dieci anni dopo la morte dell'autore. La differenza rispetto alla corrispondente legislazione britannica era palese: in Francia i diritti erano descritti come "diritti d'autore" ed erano esercitabili dall'autore per tutta la vita, senza necessità di adempimenti formali quali il deposito e la registrazione.¹² Dall'Inghilterra e dalla Francia il diritto d'autore si diffuse via via nel resto del mondo, dando vita a due distinti approcci alla protezione delle opere dell'ingegno: il *copyright* e il *droit d'auteur* (diritto d'autore). L'internazionalizzazione della protezione del diritto d'autore ha avuto inizio con la Convenzione di Berna del 1886.

1.3 Diritto d'autore e *copyright*

Nel corso dei secoli, la tutela dei diritti di proprietà intellettuale sulle opere artistiche e letterarie si è sviluppata secondo due direttrici, cui corrispondono tradizioni distinte: da un lato quella di matrice continentale, guidata dalla Francia, che si ispira alla tradizione del *civil law*; dall'altro quella anglosassone, che si ispira alla tradizione del *common law*. La prima, che ha caratterizzato l'esperienza dei Paesi dell'Europa continentale, ha preso il nome di "diritto d'autore", a sottolineare la centralità riconosciuta all'autore. Questa tradizione concepisce il diritto d'autore come un diritto naturale che sancisce un vincolo indissolubile tra l'autore e la sua opera.¹³

La seconda tradizione, sviluppatasi in Inghilterra, ha preso il nome di *copyright*. Il termine "*copyright*" ("diritto di copia") fa riferimento al principale diritto esclusivo riconosciuto al titolare del diritto d'autore, cioè il diritto di autorizzare o vietare la realizzazione di copie dell'opera. Il *copyright* è considerato

¹² WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION, *Introduction to intellectual property*, op. cit., pp. 24-25.

¹³ RAMELLO G. e SILVA F., "La natura del diritto d'autore", *Liuc Papers*, Serie Economia e Impresa 12, agosto 1997, p. 3.

alla stregua di un vero e proprio diritto di proprietà e, in quanto tale, è suscettibile di alienazione. Nei Paesi anglosassoni, i diritti di cui consta il *copyright* sono interpretati come diretti ad assicurare lo sfruttamento delle potenzialità economiche della proprietà, senza che per questo vi sia un particolare riconoscimento della figura dell'autore.¹⁴ Come sottolinea Goldstein, il *copyright* poggia le sue basi su “un calcolo utilitarista che bilancia le necessità dei produttori di *copyright* con i bisogni dei consumatori di *copyright*, un calcolo che lascia gli autori ai margini dell'equazione”.¹⁵

Il diritto d'autore rivolge l'attenzione al soggetto: l'opera è frutto della capacità espressiva di una o più persone, e dunque va protetta. Il *copyright* rivolge invece l'attenzione all'oggetto: l'opera va protetta perché risponde ad un interesse della comunità. Considerato sotto questo punto di vista, il *copyright*, a dispetto delle apparenze, rivela una natura più spiccatamente sociale rispetto al diritto d'autore, il quale, affermando la centralità dell'autore, si pone in una prospettiva più individualista.¹⁶

Secondo la tradizione del diritto d'autore, l'opera è il prodotto della capacità espressiva umana: un soggetto vuole comunicare qualcosa e per farlo sceglie uno dei vari linguaggi a sua disposizione (letterario, musicale, visivo, ecc). L'originalità di un'opera è, in questo senso, l'impronta della personalità del suo autore. Tale concezione si è sviluppata a partire dalle riflessioni di filosofi come Kant, il quale vedeva nel diritto d'autore non solo una forma di proprietà diretta a garantire un beneficio economico all'autore, ma una vera e propria estensione della sua personalità, meritevole di protezione in virtù del diritto naturale. A questa concezione del diritto d'autore si deve lo sviluppo dei diritti morali.¹⁷ Per i Paesi che aderiscono

¹⁴ WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION, *Introduction to intellectual property*, op. cit., p. 25.

¹⁵ GOLDSTEIN P., *Copyright's Highway: from Gutenberg to the celestial jukebox*, Stanford University Press, Stanford, 2003, p. 138.

¹⁶ CASAS VALLÉS R., “The requirement of originality”, in DERCLAYE Estelle (a cura di), *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2009, p. 109.

¹⁷ WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION, *Introduction to intellectual property*, op. cit., p. 25.

alla tradizione del diritto d'autore, l'autore è nell'opera, e questo vale anche per le opere anonime.

Nella tradizione del *copyright* l'originalità viene definita in termini meno rigidi: ciò che conta è che l'opera non sia stata copiata, cioè che sia un lavoro indipendente e che esprima un minimo di creatività. Per quanto riguarda il primo requisito, l'indipendenza, esso appartiene anche alla tradizione del diritto d'autore. Quanto al secondo, cioè l'espressione di creatività, la tradizione anglosassone si distingue da quella continentale per il fatto di accontentarsi di uno sforzo minimo perché si possa effettivamente parlare di originalità.¹⁸ Un'altra differenza tra *copyright* e diritto d'autore riguarda la figura dell'autore: mentre nei Paesi a *common law* può essere autore anche una persona giuridica, nei Paesi a *civil law* si tende a riconoscere come autore solo una persona fisica.

Se divergono nella teoria, il *copyright* e il diritto d'autore tendono a riavvicinarsi nella pratica. Le problematiche affrontate dai due diritti sono in larga misura comuni. Sia il diritto d'autore che il *copyright* hanno il compito di rispondere ad un problema di esternalità: la riduzione degli investimenti in attività creative in assenza di un incentivo che consenta di recuperare le spese sostenute.¹⁹ Con riferimento alla figura dell'autore, entrambi i diritti mirano a garantirgli una remunerazione per la propria attività intellettuale, consentendogli di vivere del proprio lavoro.

In un mondo sempre più globalizzato, l'adozione di regole comuni rappresenta una condizione necessaria per lo svolgimento di transazioni commerciali. Le Convenzioni internazionali in materia di diritto d'autore hanno favorito una convergenza, quanto meno parziale, delle due tradizioni giuridiche, contribuendo ad orientare lo sviluppo dei regimi giuridici nazionali in materia.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 110-111.

¹⁹ RAMELLO G. e SILVA F., "La natura del diritto d'autore", op. cit., p. 5.

1.4 Le Convenzioni internazionali in materia di diritto d'autore

A partire dal XIX secolo, con lo sviluppo di nuovi e più efficienti sistemi di comunicazione e trasporto, gli aspetti internazionali del diritto d'autore hanno acquisito un'importanza crescente. La più agevole circolazione delle opere oltre i confini nazionali, aumentando i rischi di violazione del diritto d'autore, ha fatto sorgere la necessità di stabilire un principio di reciprocità internazionale dei diritti. In assenza di un quadro giuridico comune di riferimento, infatti, i titolari dei diritti d'autore su opere importate in altri Paesi rischiavano di vedersi privati dei frutti dei propri sforzi e dei propri investimenti. La necessità di garantire un'efficace tutela del diritto d'autore su scala internazionale ha trovato espressione nella conclusione di accordi internazionali, che hanno poi ispirato e orientato i corrispettivi regimi nazionali e regionali.²⁰ Saranno qui presi in esame gli accordi e le convenzioni internazionali che hanno maggiormente influenzato e orientato l'attività legislativa dell'Unione Europea in materia di diritto d'autore.²¹ Tutti le fonti di diritto internazionale di seguito analizzate sono a tutt'oggi in vigore.

L'evoluzione della disciplina internazionale in materia di diritto d'autore può essere grossomodo suddivisa in due fasi, in relazione alle diverse esigenze che si sono col tempo manifestate e a cui si è cercato di rispondere con l'attività negoziale. La prima fase è quella dell'internazionalizzazione e dell'armonizzazione del diritto d'autore, cioè degli sforzi volti a superare le barriere rappresentate dalle diverse legislazioni in materia, nel tentativo di uniformare il più possibile il livello di tutela accordato nei diversi Stati. A questa prima fase possiamo ricondurre la Convenzione di Berna (1886) e la Convenzione di Roma (1961). Prima dell'adozione delle due convenzioni, la tutela del diritto d'autore aveva una valenza perlopiù limitata ai rapporti bilaterali tra Stati.

²⁰ SEVILLE C., *EU Intellectual Property Law and Policy*, Elgar European Law, Cheltenham, UK, 2009, p. 8.

²¹ L'Unione Europea è parte dell'Accordo TRIPs e dei due Trattati Internazionali dell'OMPI. Le altre convenzioni esaminate annoverano molti Stati membri dell'Unione Europea fra le proprie parti contraenti.

La seconda fase è stata simbolicamente inaugurata dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo (1948),²² adottata in seno all'ONU, la quale riconosce il diritto d'autore come diritto dell'uomo, affermando che “ogni individuo ha diritto alla protezione degli interessi morali e materiali derivanti da ogni produzione scientifica, letteraria ed artistica di cui sia autore” (art. 27.3). Un riflesso del valore attribuito alla tutela del diritto d'autore dalla Dichiarazione è riscontrabile nel Patto ONU sui diritti economici, sociali e culturali (1966),²³ al cui articolo 15 si afferma che gli Stati parti del Patto riconoscono il diritto di ogni individuo “a godere della tutela degli interessi morali e materiali scaturenti da qualunque produzione scientifica, letteraria o artistica di cui egli sia l'autore”. Avvenuto il riconoscimento internazionale dell'importanza del diritto d'autore, l'internazionalizzazione ha ceduto il passo ad una più intensa opera di armonizzazione, in particolare in relazione agli scenari aperti dalla rivoluzione tecnologica e dall'avvento di nuovi mezzi di comunicazione. Appartengono a questa fase di armonizzazione e rinnovamento l'Accordo TRIPs (1994) e, soprattutto, i due Trattati Internet dell'OMPI (1996).

La Convenzione Universale sul Diritto d'Autore²⁴ si colloca al di fuori dello schema qui esposto. Promossa dall'UNESCO e firmata a Ginevra nel 1952, essa si caratterizza per il fatto di offrire un livello di protezione del diritto d'autore inferiore a quello garantito dalla Convenzione di Berna. La rilevanza della Convenzione è legata al fatto che ha rappresentato, per alcuni Stati che fino a quel momento si erano rifiutati di partecipare al sistema di protezione internazionale del diritto d'autore (come gli Stati Uniti e l'Unione Sovietica), un primo passo nella direzione di un coinvolgimento negli sforzi di armonizzazione. La Convenzione Universale ha col tempo perso importanza poiché gli Stati le hanno preferito la Convenzione di

²² Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948.

²³ Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali, concluso a New York il 16 dicembre 1966.

²⁴ Convenzione universale sul diritto d'autore firmata a Ginevra il 6 settembre 1952 e protocolli annessi.

Berna.²⁵ Data la sua scarsa attinenza con l'oggetto della presente trattazione, non sarà ulteriormente approfondita.

1.4.1 Primi accordi bilaterali

Nel XIX secolo, la consapevolezza dell'impossibilità di garantire un'efficace tutela internazionale del diritto d'autore in assenza di regole concordate spinse i titolari dei diritti a ricercare soluzioni pratiche al problema. Una prima soluzione, adottata dagli editori, fu quella di concludere accordi con case editrici di altri Paesi e di aprire filiali all'estero, al fine di trarre profitto dalle diverse legislazioni nazionali in materia di diritto d'autore. A partire dal 1820 gli Stati cominciarono a subentrare ai privati nella gestione della situazione, promuovendo la nascita di reti di accordi bilaterali. Tale pratica si estese rapidamente, al punto che nel 1870 una buona parte dei maggiori mercati editoriali europei (Francia, Germania, Belgio) faceva parte della rete.

Restavano tuttavia fuori importanti mercati, quali quello russo e quello statunitense, con la conseguenza che in tali paesi le opere contraffatte potevano circolare liberamente, a danno dei titolari dei diritti. Gli accordi conclusi, inoltre, non garantivano sempre una protezione ampia ed efficace, né erano sempre di agevole interpretazione. Nel contesto descritto, si diffuse tra i governi la consapevolezza che l'unica soluzione efficace al problema poteva essere rinvenuta nella definizione, a livello internazionale, di regole applicabili tanto ai propri cittadini quanto ai cittadini stranieri.²⁶

1.4.2 La Convenzione di Berna

La Convenzione di Berna²⁷ è la prima e la più autorevole fonte di diritto internazionale in materia di diritto d'autore. Firmata nel 1886, è il risultato di una combinazione di iniziative a livello governativo e non governativo.

²⁵ *Ibidem*, pp. 13 e 14.

²⁶ *Ivi* e ss.

²⁷ Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche, 9 settembre 1886, riveduta con l'Atto di Parigi del 24 luglio 1971.

La campagna che portò alla conclusione della Convenzione ebbe inizio quasi trent'anni prima della sua firma, nel 1858, quando a Bruxelles si tenne un primo congresso di autori e artisti. Seguirono altri congressi, che culminarono nella fondazione, nel 1878 a Parigi, dell'*Association Littéraire Internationale*, successivamente rinominata (1883), con l'ammissione degli artisti, *Association Littéraire et Artistique Internationale* (ALAI). L'obiettivo principale dell'ALAI era quello di ottenere la conclusione di un accordo internazionale sulla protezione della proprietà artistica e letteraria.²⁸ Nel Congresso di Parigi del 1878 venne approvata una risoluzione in cui si affermava che il diritto dell'autore sulla propria opera non era una concessione legislativa, bensì un tipo di proprietà che il legislatore avrebbe dovuto proteggere alla stregua di qualsiasi altro diritto di proprietà.²⁹

Nel settembre del 1883 fu indetta una conferenza a Berna, nell'ambito della quale venne redatta una bozza di convenzione contenente dieci articoli. La bozza proponeva una protezione fondata sulla territorialità piuttosto che sulla nazionalità; l'assimilazione del diritto di traduzione ai diritti sulle opere originali e la possibilità per gli Stati di concludere accordi bilaterali a condizione che le relative disposizioni garantissero il livello minimo di protezione accordato dalla Convenzione.³⁰ La proposta venne presentata dai delegati ai propri governi nazionali e trasmessa ad altri governi. Nel 1885 fu organizzata un'altra conferenza, con la partecipazione dei rappresentanti di un maggior numero di Stati. Il testo finale della Convenzione fu firmato, con modifiche minori, alla Conferenza di Berna del 1886.³¹

La Convenzione di Berna sulla protezione delle opere letterarie e artistiche diede vita all'”Unione per la protezione dei diritti degli autori sulle loro opere

²⁸ L'ALAI è attiva ancora oggi. Il suo primo obiettivo è “la difesa e la propagazione dei principi giuridici che assicurano la protezione internazionale del diritto d'autore” (“la défense et la propagation des principes juridiques assurant la Protection international du Droit d'Auteur”). [www.alai.org ultimo accesso: 23 ottobre 2011]

²⁹ “Le droit d'auteur sur son œuvre constitue, non une concession de la loi, mais une des formes de la propriété que le législateur doit garantir” (SOCIÉTÉ DES GENS DE LETTRES DE FRANCE, *Le congrès de la propriété littéraire et artistique tenu à Bruxelles en 1858*, Bureaux de la Société des Gens de Lettres, Paris, 1878, p. 40).

³⁰ SAUNDERS D., *Authorship and Copyright*, Routledge, London, 1992, pp. 175-176.

³¹ SEVILLE C., *EU Intellectual Property Law and Policy*, op. cit., pp. 9-10.

letterarie ed artistiche”. Dieci Stati³² firmarono la Convenzione nel 1886 e nove la ratificarono.³³ La Convenzione è entrata in vigore il 5 dicembre 1887. Considerata la differenza tra i sistemi giuridici e le legislazioni degli Stati appartenenti all’Unione, la Convenzione esprime un livello di accordo particolarmente elevato, tanto che Numa Droz, il politico svizzero che aveva presieduto tutte le conferenze di Berna, l’aveva definita “una straordinaria affermazione della coscienza universale a favore del diritto d’autore”.³⁴ Se questo è vero, non va tuttavia dimenticato che molte divergenze sui principi rimasero irrisolte. L’accettazione di compromessi da parte degli Stati contraenti fu bilanciata dalla presenza di disposizioni che prevedevano revisioni periodiche della Convenzione. La convenzione è stato oggetto di revisione con l’atto addizionale di Parigi del 4 maggio 1986, con l’atto di Berna del 13 novembre 1908, con quello di Roma del 2 giugno 1928, con quello di Bruxelles del 26 giugno 1948, con quello di Stoccolma del 14 luglio 1967 e, infine, con quello di Parigi del 24 luglio 1971. È stata emendata nel 1979.³⁵ La Convenzione di Berna è oggi amministrata dall’Organizzazione Mondiale per la Proprietà Intellettuale (OMPI) e conta 164 Parti contraenti.

La Convenzione protegge i diritti degli autori sulle loro opere letterarie e artistiche (art. 1). La protezione è automatica, nel senso che il godimento e l’esercizio dei diritti non sono subordinati ad alcuna formalità (art. 5.2), e dura per tutta la vita dell’autore più cinquant’anni dalla sua morte.³⁶ Le Parti contraenti sono libere di

³² Belgio, Francia, Germania, Haiti, Italia, Liberia, Regno Unito, Spagna, Svizzera e Tunisia. Il Regno Unito firmò anche per le proprie colonie. Gli Stati Uniti non offrirono protezione internazionale del diritto d’autore fino al 1891 e decisero di ratificare la Convenzione di Berna solo nel 1989 (*Berne Implementation Act*). Uno dei motivi della mancata adesione degli Stati Uniti era l’automaticità dell’applicazione della disciplina della Convenzione, la quale contrastava con la legislazione statunitense in materia nella misura in cui quest’ultima subordinava la tutela dei diritti alla previa registrazione presso il *Copyright Office*.

³³ Alla data di entrata in vigore della Convenzione tutti i Paesi firmatari l’avevano ratificata tranne la Liberia.

³⁴ “[...] c’est une affirmation éclatante de la conscience universelle en faveur du droit d’auteur” (Actes de la 2^{me} conférence internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, réunie à Berne du 7 au 18 septembre 1885, Procès-verbal de la cinquième séance, 17 Septembre 1885, in MARTENS G.F. *et al.*, *Nouveau recueil général de traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international*, Dieterich, Göttingen, 1887, p. 146).

³⁵ SEVILLE C., *EU Intellectual Property Law and Policy*, op. cit., pp. 10-11; JARACH G. e POJAGHI A., *Manuale del diritto d’autore*, op. cit., p. 370.

³⁶ Gli Stati possono disporre delle eccezioni per le opere cinematografiche e per le opere anonime e pseudonime (art. 7 par. 2 e 3).

stabilire un termine di protezione superiore a quello accordato dalla Convenzione (art. 7.6). Per “opere letterarie e artistiche” si intende qualsiasi produzione nel campo letterario, scientifico e artistico, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione (art. 2.1).³⁷ Gli autori di opere letterarie e artistiche protette dalla Convenzione hanno il diritto esclusivo di:

- riproduzione (art. 9)³⁸;
- rappresentazione ed esecuzione pubblica, unitamente al diritto di trasmissione pubblica della rappresentazione e dell’esecuzione (art. 11);
- traduzione (art. 8 per le opere letterarie e artistiche; art. 11.2 per le opere drammatiche, musicali e drammatico-musicali);
- variazione, adattamento e altra trasformazione dell’opera (art. 12 per le proprie opere; art. 14 per l’adattamento e la riproduzione cinematografica delle opere).
- trasmissione e comunicazione al pubblico (art. 11 *bis*).

La Convenzione riconosce la possibilità di derogare ai suddetti diritti per consentire l’accesso senza autorizzazione alle opere in presenza di determinate circostanze (si pensi, per esempio, all’accesso ad un’opera cinematografica ai fini di critica). L’eccezione al diritto di riproduzione è soggetto al cosiddetto “*three-step test*” (test dei tre passi), cioè alla rilevazione della sussistenza di tre condizioni:

- l’eccezione è ammessa solo in “casi speciali”;
- la riproduzione non deve recare danno allo sfruttamento normale dell’opera;
- la riproduzione non deve causare un pregiudizio ingiustificato ai legittimi interessi dell’autore (art. 9.2).

³⁷ L’articolo 2.1 prosegue con una elencazione esemplificativa di opere letterarie e artistiche: “ i libri, gli opuscoli ed altri scritti; le conferenze, allocuzioni, sermoni ed altre opere della stessa natura; le opere drammatiche o drammatico-musicali; le opere coreografiche e pantomimiche; le composizioni musicali con o senza parole; le opere cinematografiche, alle quali sono assimilate le opere espresse mediante un procedimento analogo alla cinematografia; le opere di disegno, pittura, architettura, scultura, incisione e litografia; le opere fotografiche, alle quali sono assimilate le opere espresse mediante un procedimento analogo alla fotografia; le opere delle arti applicate; le illustrazioni, le carte geografiche, i piani, schizzi e plastici relativi alla geografia, alla topografia, all’architettura o alle scienze”.

³⁸ Al paragrafo 3 si precisa: “Qualsiasi registrazione sonora o visiva è considerata riproduzione ai sensi della presente Convenzione”.

La disciplina introdotta dalla Convenzione è in gran parte fondata sul principio del trattamento nazionale (art. 5.1),³⁹ con l'eccezione della durata di protezione del diritto d'autore, soggetta a reciprocità.(7.8)⁴⁰ In altre parole i diritti dell'autore sono governati secondo le leggi del paese in cui egli invoca la protezione, indipendentemente dal fatto che non sia il suo paese di nazionalità. La reciprocità si manifesta nel fatto che in nessun paese il termine di protezione del diritto d'autore può eccedere quello previsto nel paese di origine dell'opera, cioè il luogo di prima pubblicazione. Quest'ultima regola prende il nome di "regola della durata più breve". Nel caso di pubblicazione simultanea⁴¹ in due paesi, di cui uno è parte della Convenzione e l'altro no, si considera come paese di origine quello aderente alla Convenzione. Nel caso in cui entrambi i paesi di prima pubblicazione siano parti della Convenzione, si considera paese di origine quello in cui la durata di protezione del diritto d'autore è inferiore. Se si tratta di opere cinematografiche il cui produttore ha sede o residenza abituale in un paese dell'Unione, quest'ultimo è considerato il Paese d'origine. Se si tratta invece di opere architettoniche o di opere d'arte figurativa incorporate in un immobile, il paese d'origine è quello in cui le opere sono costruite o incorporate (art. 5.4).

In aggiunta ai diritti patrimoniali, la Convenzione riconosce anche i diritti morali, in particolare il diritto alla paternità e all'integrità dell'opera, definiti come il "diritto di rivendicare la paternità dell'opera e di opporsi ad ogni deformazione, mutilazione od altra modificazione, come anche ad ogni altro atto a danno dell'opera stessa, che rechi pregiudizio al suo onore od alla sua reputazione" (art. 6*bis* 1).

³⁹ Art. 5.1: "Nei Paesi dell'Unione diversi da quello di origine dell'opera gli autori godono, relativamente alle opere per le quali sono protetti in forza della presente Convenzione, dei diritti che le rispettive leggi attualmente conferiscono o potranno successivamente conferire ai nazionali, nonché dei diritti conferiti specificamente dalla presente Convenzione".

⁴⁰ Art. 7.8: "La durata è comunque regolata dalla legge del Paese dove è richiesta la protezione; tuttavia, salvo diversa disposizione legislativa del medesimo, la durata della protezione non può eccedere quella stabilita nel Paese d'origine dell'opera".

⁴¹ Art. 3.4: "Si considera come pubblicata simultaneamente in più Paesi l'opera che appaia in due o più Paesi entro trenta giorni dalla sua prima pubblicazione".

1.4.3 La Convenzione di Roma

La Convenzione di Berna riconosce i diritti degli autori di opere letterarie e artistiche, ma non prevede alcuna protezione per gli artisti interpreti ed esecutori, i produttori di fonogrammi e gli organismi di radiodiffusione. Tale lacuna è stata colmata dalla Convenzione di Roma del 1961.

Il motivo del mancato riconoscimento dei diritti delle suddette categorie risiedeva nelle forti resistenze opposte dalle associazioni degli autori, che temevano una conseguente riduzione delle proprie remunerazioni. La protezione dei diritti degli artisti interpreti ed esecutori, dei produttori di fonogrammi e degli organismi di radiodiffusione è stata oggetto di un negoziato successivo, da cui ha avuto origine, nel 1961, la Convenzione di Roma sulla protezione degli artisti interpreti o esecutori, dei produttori di fonogrammi e degli organismi di radiodiffusione.⁴² La Convenzione conta 91 Parti contraenti⁴³ ed è amministrata congiuntamente dall'OMPI, l'OIL e l'UNESCO.⁴⁴

Come nella Convenzione di Berna, anche la protezione offerta dalla Convenzione di Roma si fonda sul principio del trattamento nazionale. Il trattamento nazionale è soggetto al livello minimo di protezione garantito dalla Convenzione e alle limitazioni da essa disposte (art. 2). Le Parti contraenti accordano il trattamento nazionale agli artisti interpreti ed esecutori quando ricorre almeno una delle seguenti condizioni: l'esecuzione ha luogo in un altro Stato parte contraente della Convenzione; l'esecuzione è registrata su un fonogramma protetto; l'esecuzione non fissata su un fonogramma è comunque diffusa mediante un'emissione protetta (art.4). Per quanto riguarda i produttori di fonogrammi, le condizioni perché sia loro accordato il trattamento nazionale sono anche in questo caso tre e alternative: il produttore di fonogrammi è cittadino di un altro Stato parte della Convenzione; la prima fissazione del suono è stata realizzata in un altro Stato parte della Convenzione; il fonogramma è stato pubblicato per la prima volta in un altro Stato

⁴² Convenzione di Roma per la protezione degli artisti interpreti ed esecutori, dei produttori di fonogrammi e degli organismi di radiodiffusione, 26 ottobre 1961.

⁴³ Gli Stati Uniti d'America non fanno parte della Convenzione in quanto si rifiutano di concedere il diritto d'autore agli organismi di radiodiffusione.

⁴⁴ SEVILLE C., *EU Intellectual Property Law and Policy*, op. cit., pp. 14-15.

parte della Convenzione (art. 5). Il trattamento nazionale è accordato ad un organismo di radiodiffusione quando la sua sede sociale si trova in un altro Stato parte della Convenzione o quando l'emissione è stata diffusa da una stazione emittente situata nel territorio di un altro Stato parte (art. 6).

A ciascuna delle tre categorie qui menzionate sono riconosciuti specifici diritti. In particolare, agli artisti interpreti ed esecutori è riconosciuto il diritto esclusivo di ottenere la cessazione della radiodiffusione, della comunicazione al pubblico, della fissazione su supporto materiale e della riproduzione senza loro consenso delle proprie esecuzioni (art. 7). Ai produttori di fonogrammi è riconosciuto il diritto di autorizzare o vietare la riproduzione diretta o indiretta dei propri fonogrammi (art. 9). Quando un fonogramma pubblicato a fini commerciali è utilizzato per la radiodiffusione o una qualunque comunicazione al pubblico, l'utilizzatore deve versare un compenso equo e unico agli artisti interpreti ed esecutori o ai produttori di fonogrammi o ad entrambi (art. 12). Gli Stati sono liberi di stabilire le condizioni di ripartizione del compenso, di limitare la portata della disposizione appena menzionata o, addirittura, di non applicarla affatto (art. 16.1). Agli organismi di radiodiffusione è riconosciuto il diritto di autorizzare o vietare la ritrasmissione delle loro emissioni, la fissazione su supporto materiale delle loro emissioni, la riproduzione e la comunicazione al pubblico delle loro emissioni qualora avvenga in luoghi accessibili al pubblico mediante pagamento di un diritto di ingresso (art. 13). Ai sensi dell'articolo 14, il termine di protezione dei diritti è di un minimo di vent'anni, con termini di decorrenza diversi sulla base della categoria interessata: dalla fissazione dei fonogrammi per i produttori di fonogrammi, dalla data in cui l'emissione è stata trasmessa per gli organismi di radiodiffusione e dalla data in cui l'esecuzione ha avuto luogo per gli artisti interpreti ed esecutori.

Agli Stati parti contraenti della Convenzione è riconosciuta la facoltà di prevedere eccezioni alla disciplina in essa contenuta in alcuni specifici casi: utilizzazione privata; utilizzazione di brevi frammenti per fornire il resoconto di un fatto di attualità; fissazione effimera da parte di un organismo di radiodiffusione fatta con i propri mezzi e per le proprie emissioni; utilizzazione a fini di insegnamento o ricerca scientifica (art. 15.1). Se la legislazione nazionale prevede delle limitazioni

alla protezione del diritto d'autore sulle opere letterarie e artistiche, tali limitazioni possono essere estese anche alla protezione riconosciuta agli artisti, ai produttori di fonogrammi e agli organismi di radiodiffusione in forza della Convenzione; tuttavia non possono essere istituite licenze obbligatorie se non nella misura in cui esse siano compatibili con le disposizioni della Convenzione (art. 15.2).

Gli sforzi per rafforzare la tutela dei diritti connessi perdurano ancora oggi. Di fronte allo sviluppo e alla diffusione di nuove tecnologie e mezzi di comunicazione, è da più parti avvertita la necessità di aggiornare ed elevare gli standard internazionali in materia. Ciò nonostante alcuni ambienti oppongono resistenza al rafforzamento e all'estensione dei diritti esclusivi (per esempio, alla riproduzione e alla fissazione), in quanto temono che ne possano derivare ripercussioni negative sullo sviluppo tecnologico, l'uso privato delle opere e la comunicazione via Internet.⁴⁵

1.4.4 L'Accordo TRIPs

L'Accordo sugli Aspetti della Proprietà Intellettuale Relativi al Commercio (TRIPs),⁴⁶ adottato nel 1994 in seno alla nascente Organizzazione Mondiale del Commercio, stabilisce gli standard minimi di protezione internazionale della proprietà intellettuale in ambito commerciale. L'accordo ha avuto un impatto importante in materia di tutela del diritto d'autore, in quanto ha reso possibile il conseguimento di un maggiore grado di armonizzazione delle legislazioni nazionali, soprattutto in materia di *enforcement*. Per quanto importante, la Convenzione di Berna non prevedeva alcun meccanismo né per assicurare che le proprie disposizioni venissero rispettate dagli Stati contraenti, né per un accertamento formale di un'eventuale inottemperanza. Attraverso l'Accordo TRIPs si è cercato di colmare queste lacune. L'appartenenza dell'atto al pacchetto negoziale OMC fa sì che gli Stati contraenti possano avvalersi della procedura di soluzione delle controversie

⁴⁵ SEVILLE C., *EU Intellectual Property Law and Policy*, op. cit., pp. 16-17.

⁴⁶ Accordo TRIPs adottato a Marrakech il 15 aprile 1994 relativo agli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio.

dell'OMC, nel caso in cui ritengano che uno Stato sia venuto meno agli obblighi che ha assunto in forza dell'Accordo.⁴⁷

L'Accordo trae i suoi principi di fondo dal GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*): esso si fonda dunque sull'obbligo del trattamento nazionale⁴⁸ e sulla clausola della nazione più favorita.⁴⁹ La disciplina introdotta dall'Accordo va ad integrare quella dei principali trattati internazionali in materia di proprietà intellettuale, cioè la Convenzione di Berna e la Convenzione di Parigi⁵⁰, elevando i livelli minimi di protezione.

L'Accordo TRIPs contiene numerose disposizioni in materia di diritto d'autore. Se da un lato impone agli Stati contraenti di rispettare le norme sostanziali della Convenzione di Berna, dall'altro prevede un livello di protezione superiore rispetto a quello della Convenzione ("Berna-plus"). Per esempio, l'Accordo impone che gli Stati eseguano il *three-step test* non solo sulle limitazioni ed eccezioni al diritto di riproduzione, come previsto dalla Convenzione di Berna, ma anche sulle limitazioni ed eccezioni agli altri diritti (art. 13). Per quanto riguarda la durata della protezione, l'articolo 12 stabilisce che nei casi in cui la durata della protezione di un'opera⁵¹ è calcolata su una base diversa dalla vita di una persona fisica, tale durata non può essere inferiore a cinquant'anni dalla fine dell'anno civile di pubblicazione autorizzata dell'opera. Se la pubblicazione non è avvenuta entro cinquant'anni dalla realizzazione dell'opera, la durata di protezione non può essere inferiore a cinquant'anni dalla fine dell'anno civile di realizzazione. È evidente che tale disposizione rappresenta un Berna-plus. L'Accordo non prevede, tuttavia, diritti o

⁴⁷ *Ibidem*, p. 17.

⁴⁸ Art. 3.1: "Ciascun Membro accorda ai cittadini degli altri Membri un trattamento non meno favorevole di quello da esso accordato ai propri cittadini in materia di protezione della proprietà intellettuale, fatte salve le deroghe già previste, rispettivamente, nella Convenzione di Parigi (1967), nella Convenzione di Berna (1971), nella Convenzione di Roma o nel Trattato sulla proprietà intellettuale in materia di semiconduttori [...]".

⁴⁹ Art. 4: "Per quanto riguarda la protezione della proprietà intellettuale, tutti i vantaggi, benefici, privilegi o immunità accordati da un Membro ai cittadini di qualsiasi altro paese sono immediatamente e senza condizioni estesi ai cittadini di tutti gli altri Membri [...]".

⁵⁰ Convenzione di Parigi del 20 marzo 1883 per la protezione della proprietà industriale, riveduta a Stoccolma il 14 luglio 1967.

⁵¹ Fanno eccezione le opere fotografiche e le opere delle arti applicate.

obblighi in relazione ai diritti morali riconosciuti dall'articolo 6 *bis* della Convenzione.

Per quanto concerne i diritti connessi, l'Accordo TRIPs non richiede agli Stati contraenti l'adesione alla Convenzione di Roma; ciò nonostante le sue disposizioni in materia di diritti connessi sono simili a quelle della Convenzione. Ai sensi dell'art. 14.1, agli artisti interpreti o esecutori è riconosciuta la facoltà di impedire la prima fissazione della loro esecuzione, la riproduzione della fissazione, la radiodiffusione e la comunicazione al pubblico della loro esecuzione dal vivo. Ai produttori di fonogrammi è riconosciuto il diritto di autorizzare o vietare la riproduzione dei loro fonogrammi (art. 14.2), mentre agli organismi di radiodiffusione è riconosciuto il diritto di vietare la fissazione, la riproduzione, la ritrasmissione e la comunicazione al pubblico delle loro emissioni. Nel caso in cui le legislazioni degli Stati contraenti non accordino agli organismi di radiodiffusione i diritti appena menzionati, tali diritti devono essere accordati ai titolari del diritto d'autore sull'oggetto delle emissioni, fatte salve le disposizioni della Convenzione di Berna (art. 14.3).

La durata della protezione per questi diritti è di gran lunga superiore a quella prevista dalla Convenzione di Roma, in quanto si attesta su un minimo di cinquant'anni per i diritti degli artisti interpreti o esecutori e di vent'anni per gli organismi di radiodiffusione (art. 14.5). Le condizioni e le limitazioni alle disposizioni sulla durata della protezione sono ammesse solo nei limiti di quanto disposto dalla Convenzione di Roma (art. 14.6).

Per quanto riguarda i programmi per *computer*, essi sono assimilati alle opere letterarie, conformemente a quanto previsto dalla Convenzione di Berna, e sono protetti per un minimo di cinquant'anni (art. 10.1). Le banche dati sono protette in quanto creazioni intellettuali, indipendentemente dal fatto che siano leggibili o meno da una macchina (art. 10.2). Il diritto di autorizzare o vietare il noleggio al pubblico è riconosciuto ai titolari del diritto d'autore su programmi per *computer*, sui fonogrammi e sulle opere cinematografiche (artt. 11 e 14.4).

1.4.5 I Trattati Internet dell'OMPI

Il Trattato sul diritto d'autore (*WIPO Copyright Treaty*, WCT) e il Trattato sulle interpretazioni ed esecuzioni e sui fonogrammi (*WIPO Performances and Phonograms Treaty*, WPPT) sono noti come i Trattati Internet dell'OMPI. I due trattati fanno parte dell'Agenda Digitale dell'OMPI⁵², comprendente una serie di iniziative volte a fornire una soluzione alle sfide poste dalle nuove tecnologie alla tutela della proprietà intellettuale.

L'origine dei due Trattati Internet va fatta risalire al tentativo fallito di aggiornare la Convenzione di Berna, la cui ultima revisione ha avuto luogo nel 1971. I negoziati per una nuova revisione della Convenzione erano stati condotti parallelamente a quelli per l'Accordo TRIPs, tuttavia, dopo l'approvazione di quest'ultimo venne improvvisamente meno la motivazione ad aggiornare la Convenzione. L'OMPI, sentendosi minacciata dall'OMC nella propria tradizionale preminenza in materia di tutela internazionale della proprietà intellettuale, si fece promotrice dei due Trattati Internet, offrendo standard minimi di protezione più elevati rispetto a quelli previsti dall'Accordo TRIPs.⁵³

I due trattati disciplinano l'uno (WCT) la protezione del diritto d'autore, l'altro (WPPT) la protezione dei diritti connessi, entrambi in relazione alla crescente diffusione di Internet e delle tecnologie digitali.

1.4.6 Il Trattato sul diritto d'autore (WCT)

Il Trattato sul diritto d'autore,⁵⁴ firmato nel 1996 ed entrato in vigore nel 2002, conta 89 Parti contraenti. Esso prende le mosse dalla constatazione della necessità di “risolvere in maniera adeguata le questioni attinenti ai recenti sviluppi economici, sociali, culturali e tecnologici”, assicurando “un equilibrio fra i diritti degli autori e un superiore pubblico interesse, in particolare in materia di istruzione, ricerca e accesso all'informazione” (Preambolo).

⁵² http://www.wipo.int/copyright/en/digital_agenda.htm

⁵³ SEVILLE C., *EU Intellectual Property Law and Policy*, op. cit., pp. 19.

⁵⁴ Trattato OMPI sul diritto d'autore (WCT) concluso a Ginevra il 20 dicembre 1996.

Il Trattato ribadisce molte delle disposizioni contenute nella Convenzione di Berna⁵⁵ e nell'Accordo TRIPs (pur non richiamandolo esplicitamente)⁵⁶, per cui l'attenzione sarà qui principalmente rivolta alle differenze. Innanzitutto il Trattato impone agli Stati contraenti di conformarsi agli articoli da 1 a 21 e all'annesso della Convenzione di Berna, senza prevedere (a differenza dell'Accordo TRIPs) alcuna eccezione o limitazione alla garanzia dei diritti morali (art. 1). Il Trattato disciplina tre diritti: il diritto di distribuzione, il diritto di noleggio e il diritto di comunicazione al pubblico.⁵⁷ Colpisce in particolare la protezione di quest'ultimo, in quanto è qui espressa in termini coerenti e comprensivi, idonei ad includere le più moderne forme di comunicazione, come quelle *on demand* su Internet (art. 8).⁵⁸ Sul piano della tutela del diritto di distribuzione non si registrano particolari novità, se non nel fatto che il Trattato fa riferimento esclusivamente alla distribuzione di copie fissate su un supporto materiale, le quali “possono essere immesse in commercio come oggetti tangibili”⁵⁹, laddove invece la Convenzione di Berna riconosce tale diritto esclusivo solo in relazione alle opere cinematografiche e alle opere preesistenti utilizzate per l'adattamento cinematografico⁶⁰. Con riferimento al diritto di noleggio, invece, il Trattato va oltre le disposizioni dell'Accordo TRIPs, riconoscendo il diritto di noleggio agli autori di opere incluse in fonogrammi, e non solo agli autori di

⁵⁵ All'articolo 1 il Trattato è definito come un accordo particolare ai sensi dell'articolo 20 della Convenzione di Berna, il quale recita “I Governi dei Paesi dell'Unione si riservano il diritto di concludere tra loro accordi particolari, in quanto questi conferiscano agli autori diritti più estesi di quelli concessi dalla Convenzione, ovvero contengano altre stipulazioni che non siano in contrasto con la presente Convenzione. Rimangono applicabili le disposizioni degli accordi esistenti che soddisfino le condizioni precitate”.

⁵⁶ Per esempio all'articolo 2 si ribadisce il fatto che il diritto d'autore protegge non le idee in quanto tali, ma la loro espressione (“La protezione del diritto d'autore copre le espressioni e non le idee, i procedimenti, i metodi di funzionamento o i concetti matematici in quanto tali”).

⁵⁷ Una Dichiarazione Concordata sull'articolo 1.4 chiarisce che il diritto d'autore e le relative eccezioni (art. 9 della Convenzione di Berna) si applicano anche all'ambiente digitale, in particolare all'utilizzazione dell'opera in formato digitale. Esso precisa inoltre che “il caricamento su supporto elettronico di un'opera protetta in formato digitale costituisce riproduzione.

⁵⁸ “[...] gli autori hanno il diritto esclusivo di autorizzare ogni comunicazione al pubblico, su filo o via etere, delle loro opere, nonché la messa a disposizione del pubblico delle loro opere, in modo che chiunque possa liberamente accedervi da un luogo o in un momento di sua scelta”. Tale soluzione giuridica è stata denominata “umbrella solution”, per la sua capacità di fornire una protezione particolarmente ampia.

⁵⁹ Art. 6 e dichiarazione concordata in merito agli articoli 6 e 7.

⁶⁰ V. artt. 14.1.i e 14bis.2 della Convenzione di Berna.

programmi per *computer* e opere cinematografiche.⁶¹ Va inoltre osservato che la durata della protezione delle fotografie è elevata a cinquant'anni (art. 9), a differenza dei venticinque previsti dalla Convenzione di Berna (art. 7.4).

Ai sensi dell'articolo 10, le eccezioni e le limitazioni a tutti i diritti garantiti sono sottoposte al *three-step test* (art. 10), a differenza della Convenzione di Berna che riserva il test solo alle eccezioni e alle limitazioni al diritto di riproduzione.

Le disposizioni del Trattato in materia di *enforcement* dei diritti sono meno specifiche di quelle dell'Accordo TRIPs. Il Trattato si limita ad affermare che gli Stati si impegnano ad adottare i provvedimenti necessari per la sua applicazione e a prevedere nelle proprie legislazioni adeguate procedure di applicazione, in modo da consentire un'azione efficace contro le violazioni dei diritti tutelati (art. 14). Il Trattato impone anche di prevedere un'adeguata tutela giuridica e di predisporre mezzi di ricorso efficaci contro l'elusione delle misure tecnologiche di protezione⁶² di cui gli autori potrebbero decidere di avvalersi nell'esercizio dei diritti riconosciutigli dal trattato (art. 11). Misure di *enforcement* devono infine essere adottate contro chiunque rimuova o alteri deliberatamente le informazioni sulla gestione dei diritti senza previo consenso e contro chiunque distribuisca, importi a fini di distribuzione, diffonda o comunichi al pubblico, senza previo consenso, delle opere protette, sapendo che sono state sottratte o alterate le informazioni sulla gestione dei diritti (art. 12).

1.4.7 Il Trattato sulle interpretazioni ed esecuzioni e sui fonogrammi (WPPT)

Il Trattato sulle interpretazioni ed esecuzioni e sui fonogrammi,⁶³ firmato nel 1996 ed entrato in vigore nel 2002, conta 87 Stati contraenti. Nel Preambolo è espresso il desiderio di “proteggere nel modo più efficace e uniforme possibile i diritti degli artisti interpreti o esecutori e dei produttori di fonogrammi”, nella

⁶¹ Art. 7. Cfr. art. 14 dell'Accordo TRIPs. L'articolo 7.1 è soggetto alle limitazioni di cui agli articoli 7.2 e 7.3.

⁶² Le misure tecnologiche di protezione sono i sistemi tecnologici attraverso i quali il titolare del diritto d'autore può proteggere, identificare e tracciare le proprie opere. Un esempio molto comune è rappresentato dai codici di attivazione dei programmi per *computer*.

⁶³ Trattato OMPI sulle interpretazioni ed esecuzioni e sui fonogrammi (WPPT) del 20 dicembre 1996.

consapevolezza della necessità di risolvere “le questioni attinenti agli sviluppi economici, sociali, culturali e tecnologici” e dell’impatto che “lo sviluppo e la convergenza delle tecnologie dell’informazione e della comunicazione” esercitano sulla produzione e l’utilizzo delle esecuzioni e dei fonogrammi. Il Trattato si basa inoltre sul riconoscimento della necessità di bilanciare la tutela dei diritti degli artisti interpreti o esecutori e dei produttori di fonogrammi con la tutela del pubblico interesse, ai fini della promozione dell’istruzione, della ricerca e dell’accesso all’informazione.

Mentre il Trattato sul diritto d’autore è stato concepito come integrazione alla disciplina della Convenzione di Berna, il Trattato sulle interpretazioni ed esecuzioni e sui fonogrammi è stato concepito come supplemento alla Convenzione di Roma. Esso offre, per esempio, una più puntuale definizione di alcune espressioni: all’articolo 2, si precisa che sono “artisti interpreti o esecutori” non solo quanti rappresentano, recitano, declamano, interpretano o eseguono in altro modo opere letterarie o artistiche, ma anche quanti compiono gli stessi atti in relazione ad espressioni del folklore. Si precisa inoltre che non rientrano nella nozione di “fonogramma” le fissazioni di suoni che siano state incorporate in opere cinematografiche o in altre opere audiovisive. Rispetto alla Convenzione di Roma, tuttavia, il Trattato ha il limite di non disciplinare i diritti degli organismi di radiodiffusione.⁶⁴

Agli artisti interpreti o esecutori è riconosciuto il diritto esclusivo di autorizzare la radiodiffusione, la comunicazione al pubblico e la fissazione delle loro esecuzioni non fissate (art. 6). Tale disciplina richiama quella dell’articolo 7 della Convenzione di Roma rafforzandola, in quanto la Convenzione riconosceva solo il

⁶⁴ Nel 2006 è stato presentato un progetto di Trattato sulla protezione degli organismi di radiodiffusione, in forza del quale a tali organismi sarebbe stato riconosciuto il diritto di controllare la riproduzione, ritrasmissione e comunicazione al pubblico delle proprie emissioni per un arco di cinquant’anni. Sebbene la materia fosse già stata affrontata nella Convenzione di Roma, era avvertita l’esigenza di una regolamentazione più aggiornata, a causa dell’avvento di nuovi strumenti di comunicazione e della crescente diffusione della pirateria. Il negoziato, oggetto di forti divergenze, è in stallo dal 2007. Da un lato gli organismi di radiodiffusione invocano un rafforzamento della protezione loro accordata, dall’altro vi è un ampio consenso a supporto del perseguimento di scopi più limitati, che non prevedano la creazione di nuovi diritti. Sul punto SEVILLE C., *EU Intellectual Property Law and Policy*, op. cit., pp. 21 e 22.

diritto di vietare gli atti appena menzionati, non quello di autorizzarli. Per quanto concerne le esecuzioni fissate, gli artisti interpreti o esecutori possiedono il diritto esclusivo di riproduzione, distribuzione e noleggio (artt. da 7 a 10). Agli artisti sono riconosciuti anche il diritto di paternità ed integrità sulle esecuzioni dal vivo e le esecuzioni fissate in fonogrammi (art. 5). Ne consegue che mentre i diritti morali sono riconosciuti a cantanti e musicisti, essi non sono riconosciuti agli attori e, in generale, agli artisti le cui esecuzioni siano incorporate in opere cinematografiche o altre opere audiovisive. Ai produttori di fonogrammi sono riconosciuti i diritti di riproduzione, distribuzione, noleggio e messa a disposizione del pubblico (artt. da 11 a 14): una tutela decisamente superiore a quella accordata loro dall'articolo 9 della Convenzione di Roma.

Ai sensi dell'articolo 15, agli artisti interpreti o esecutori e ai produttori di fonogrammi è riconosciuto il diritto ad un equo e unico compenso per la radiodiffusione e la comunicazione al pubblico di fonogrammi.

Gli Stati contraenti, esattamente come per il Trattato sul diritto d'autore, devono prevedere un'adeguata tutela giuridica e predisporre mezzi di ricorso efficaci contro l'elusione delle misure tecnologiche adottate dagli artisti e dai produttori di fonogrammi nell'esercizio dei diritti loro riconosciuti (art. 18). Una disposizione analoga riguarda la rimozione o alterazione, senza consenso del titolare dei diritti, di informazioni elettroniche sulla gestione dei diritti, nonché la distribuzione, radiodiffusione, comunicazione e messa a disposizione del pubblico, senza previo consenso, di opere, sapendo che ne sono state alterate le informazioni sulla gestione dei diritti (art. 19).

Le eccezioni e le limitazioni ai diritti contemplati dal Trattato sono soggette al *three-step test* (art. 16). Il termine di protezione minimo è di cinquant'anni dalla fine dell'anno di pubblicazione del fonogramma. Se il fonogramma non è stato pubblicato, il termine decorre dalla fine dell'anno della fissazione del fonogramma (art. 17). Tale disciplina ricalca quella dell'Accordo TRIPS e si differenzia dunque da quella della Convenzione di Roma, che prevede un termine di vent'anni. Per quanto riguarda le disposizioni sull'*enforcement* (art. 23), esse riflettono quelle del Trattato sul diritto d'autore.

1.5 Contraffazione e pirateria

Oltre che dalla volontà di frenare le distorsioni provocate dalle disparità nelle legislazioni nazionali in materia di diritto d'autore, un forte impulso alla definizione di regole comuni internazionali in materia di diritto d'autore è provenuto dalla crescente incidenza dei fenomeni della contraffazione e della pirateria. Lo sviluppo e la diffusione di tecnologie digitali hanno reso possibile una più rapida e agevole circolazione delle opere protette. Se da un lato ciò ha contribuito ad ampliare il mercato delle opere e a renderle accessibili ad un pubblico più vasto, ciò ha avuto anche l'effetto di abbassare i costi di riproduzione e distribuzione e di rendere più difficilmente controllabile il loro impiego. Ne è conseguito un forte aumento del volume del commercio di beni contraffatti o piratati, con conseguenti ripercussioni negative sul rendimento economico delle industrie specializzate nella produzione e distribuzione di opere dell'ingegno. L'incidenza sempre più frequente di tali pratiche illegali ha indotto i titolari dei diritti ad esercitare pressioni sui governi nazionali affinché intervenissero con decisione per contrastarle. In risposta a tali pressioni, sono state inserite norme sull'*enforcement* nei più recenti accordi internazionali in materia di diritto d'autore: l'Accordo TRIPs e i due Trattati Internet dell'OMPI. L'esigenza di contrastare la pirateria e la contraffazione è stata avvertita anche dall'Unione Europea, che nell'ambito del suo progetto di dare vita ad un'economia competitiva e dinamica fondata sulla conoscenza ha ritenuto necessario adottare delle misure al riguardo.⁶⁵

L'Accordo TRIPs contiene due definizioni molto note di “contraffazione” e “pirateria” (art. 51, nota 14). Per quanto riguarda la contraffazione, esso afferma che

“Per *merci contraffatte* si intende qualsiasi merce, compreso il suo imballaggio, sui cui sia stato apposto senza autorizzazione un marchio di fabbrica o di commercio che sia identico a quello validamente registrato per gli stessi tipi di merci, o che non possa essere distinto nei suoi aspetti essenziali da tale marchio di fabbrica o di commercio e che pertanto violi i

⁶⁵ V. capitolo 3.

diritti del titolare del marchio in questione ai sensi della legislazione del paese di importazione” [trad. propria]⁶⁶

Per quanto riguarda la pirateria, esso afferma invece che

“Per *merci piratate* si intende qualsiasi merce della quale siano state realizzate direttamente o indirettamente delle copie senza il consenso del titolare del diritto d’autore o di una persona da questi autorizzata nel paese di produzione, quando la produzione di tali copie costituisce una violazione del diritto d’autore o di un diritto connesso ai sensi della legislazione del paese di importazione” [trad. propria]⁶⁷

Entrambi i fenomeni consistono nella produzione, distribuzione e vendita di copie di una merce senza previa autorizzazione del titolare del diritto d’autore o dei diritti connessi. Il termine “pirateria” è generalmente usato con riferimento alle violazioni del diritto d’autore, laddove invece il termine “contraffazione” è generalmente riferito alle violazioni del diritto dei marchi. La differenza tra i due fenomeni consiste nel fatto che l’attività del contraffare comporta la realizzazione di copie che verranno poi spacciate per originali. Affinché questo possa avvenire, è necessario che la merce sia riprodotta in tutte le sue parti, compreso il marchio di fabbrica. Di conseguenza, la contraffazione configura una violazione della proprietà industriale. Nella pirateria, invece, la copia non autorizzata dell’opera non viene spacciata per l’originale, ma venduta o distribuita in quanto copia. Tale pratica viene tradizionalmente considerata come una violazione del diritto d’autore, in quanto è proprio con riferimento a quest’ambito della proprietà intellettuale che viene in genere esercitata. Chi copia un CD musicale originale al fine di rivenderlo,

⁶⁶ Per la traduzione ci si è ispirati alla definizione contenuta all’articolo 2.1 del Regolamento 1383/2003 del Consiglio, 22 luglio 2003. “*Counterfeit trade mark goods* shall mean any goods, including the packaging, bearing without authorization a trade mark which is identical to the trade mark validly registered in respect of such goods, or which cannot be distinguished in its essential aspects from such a trade mark, and thereby infringes the rights of the holder of the trade mark in question under the law the country of importation”.

⁶⁷ Per la traduzione ci si è ispirati alla definizione contenuta all’articolo 2.1 del Regolamento 1383/2003 del Consiglio, 22 luglio 2003. “*Pirated copyright goods* shall mean any goods which are copies made without the consent of the right holder or person duly authorized by the right holder in the country of production and which are made directly or indirectly from an article where the making of that copy would have constituted an infringement of a copyright or a related right under the law of the country of importation”.

generalmente non ne nasconde la natura di copia, tant'è vero che propone al potenziale acquirente un prezzo ridotto rispetto a quello del CD originale. Diverso sarebbe il caso in cui il CD "pirata" fosse indistinguibile (o difficilmente distinguibile) dall'originale e venisse spacciato per tale. In tal caso la riproduzione non autorizzata avrebbe per oggetto non solo l'esecuzione fissata, ma anche il marchio della casa discografica, il disegno della copertina, e così via, andando a ledere non più solo il diritto d'autore, ma anche la proprietà industriale.

La distinzione tra contraffazione e pirateria qui riportata è avallata dall'Accordo TRIPs, nel quale si parla di "merci con marchio" (*trade mark goods*) con riferimento alla contraffazione, e di "merci piratate" (*copyrighted goods*) con riferimento alla pirateria. È comunque facile intuire, come mostra anche l'esempio appena riportato, che il confine tra le due fattispecie è spesso molto labile. Una stessa merce, infatti, è spesso protetta contemporaneamente da più diritti di proprietà intellettuale.

L'incidenza della contraffazione e della pirateria è spiegabile alla luce della possibilità che tali pratiche offrono di conseguire consistenti guadagni "intercettando" la remunerazione che spetterebbe altrimenti al titolare del diritto d'autore o dei diritti connessi. Le moderne tecnologie rendono possibile la riproduzione, comunicazione, distribuzione e messa a disposizione del pubblico a costi relativamente accessibili e secondo modalità non sempre facilmente controllabili, diffondendo la percezione di un senso di impunità. Un'altra ragione consiste nel fatto che i consumatori, allettati dai prezzi ridotti e dal prestigio spesso associato al possesso di determinati beni, esprimono una domanda di merci contraffatte o piratate. Infine, la violazione del diritto d'autore è sempre più spesso associata a ragioni di natura ideologica, incarnate dai movimenti per il *software* libero e il libero accesso alla conoscenza. Espressione esemplare di tale movimento di opinione è il Partito Pirata (*Piratpartiet*), nato in Svezia nel 2006 e vincitore di un seggio alle elezioni europee del 2009.

Capitolo secondo

LA DISCIPLINA DEL DIRITTO D'AUTORE NEL PROCESSO DI INTEGRAZIONE ECONOMICA EUROPEA

2.1 Il mercato unico europeo: una *success story*

“È impossibile innamorarsi del mercato unico” disse una volta Jacques Delors⁶⁸. Per quanto quest'affermazione possa apparire radicalmente pessimista, in realtà, come osserva acutamente Mario Monti⁶⁹, è in un certo qual modo rassicurante. Nessuno può innamorarsi del mercato unico perché il mercato non è un fine in sé stesso, ma uno strumento al servizio di determinati fini. Nel caso dell'integrazione europea, il mercato unico è stato fin da subito inteso come strumento essenziale per la crescita economica e il miglioramento del tenore di vita dei popoli europei⁷⁰. Tale consapevolezza ha guidato negli anni l'azione del legislatore comunitario, rendendo possibile la nascita del terzo mercato più grande a livello mondiale dopo quello cinese e quello indiano⁷¹.

Un esame dei risultati raggiunti nel corso dei vent'anni di vita del mercato unico europeo consente di formulare un giudizio complessivamente positivo

⁶⁸ La frase è stata pronunciata al Vertice di Maastricht del 1991 (cit. TROUILLE J., Conference Contribution, "Mario Monti: Jean Monnet of the 21st Century? Monti's Method to Revive the Single Market", Global Jean Monnet Conference/ECSA World Conference "The European Union after the Treaty of Lisbon", Brussels, 25-26 maggio 2010). Jacques Delors (1925-) è stato Presidente della Commissione Europea dal 1985 al 1995.

⁶⁹ MONTI M., "Una nuova strategia per il mercato unico. Rapporto al Presidente della Commissione Europea José Manuel Barroso", 9 maggio 2010. Mario Monti è stato Commissario Europeo per il Mercato Interno dal 1995 al 1999 e Commissario Europeo per la Concorrenza dal 1999 al 2004.

⁷⁰ Benché con il Trattato di Lisbona l'articolo 2 TUE (ora art. 3 TUE) sia stato emendato nel senso di ricomprendere il mercato unico tra gli obiettivi dell'Unione, il fatto che sia associato all'impegno per lo sviluppo sostenibile dell'Europa sembra preservarne il carattere funzionale, nonostante l'indubbia importanza del riconoscimento.

⁷¹ KACZOROWSKA A., *European Union Law*, Routledge, Abingdon, 2010, p. 489.

sull'efficacia di tale strumento. Nella sua ultima *review* del mercato interno (2007)⁷², la Commissione Europea ha stimato che nel periodo 1993-2006, il mercato interno ha contribuito per il 2,2% all'incremento del PIL dell'Unione Europea e per l'1,4% all'incremento dell'occupazione. Le esportazioni europee verso i Paesi terzi sono passate dal 6,9% del PIL nel 1992 all'11,2% del PIL nel 2001. Dal 1992 al 2006 il commercio fra Paesi membri dell'Unione Europea è cresciuto del 30%.

Le imprese europee possono oggi accedere ad un mercato integrato di circa 500 milioni di consumatori. Questi hanno la possibilità di scegliere fra una più vasta gamma di prodotti, offerti a prezzi più contenuti e rispondenti a standard qualitativi e di sicurezza più elevati rispetto al passato. I cittadini europei possono inoltre vivere, lavorare e studiare liberamente negli altri Paesi membri dell'Unione Europea. Questi sono solo alcuni degli obiettivi raggiunti attraverso il mercato interno.

Come si chiarirà nel corso di questo capitolo, la gestazione e la nascita del mercato unico europeo sono state piuttosto travagliate, avendo incontrato difficoltà e resistenze nei protezionismi nazionali. La stessa storia della disciplina del diritto d'autore, che verrà qui ricostruita nelle sue fasi principali, ne è in un certo senso la testimonianza. La necessità di tutelare il diritto d'autore, infatti, è stata in più occasioni invocata quale legittima causa esimente dall'applicazione del principio della libera circolazione.

Il legislatore e il giudice comunitario hanno sempre avuto presente l'importanza di operare un contemperamento tra la protezione dei diritti di proprietà intellettuale e la costruzione del mercato interno. Per quanto la materia specifica del diritto d'autore non sia stata fin da subito oggetto di attenzione, essa ha assunto col tempo un'importanza centrale. In una "società dell'informazione" quale quella in cui viviamo, l'ambizione dell'Unione Europea di realizzare un'economia competitiva e dinamica fondata sulla conoscenza non può che passare per la crescita del mercato interno e un'efficace protezione del diritto d'autore.

⁷² Commissione delle Comunità Europee, Comunicazione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato Economico e Sociale e al Comitato delle Regioni "Il mercato unico per i cittadini – Relazione intermedia per il Consiglio europeo della primavera 2007", COM(2007) 60 def., 21 febbraio 2007.

A proposito dell'attuale situazione del mercato unico europeo, Monti ha affermato: "Oggi, il mercato unico è più impopolare che mai, ma l'Europa ne ha più che mai bisogno"⁷³. Come ha dimostrato il sostanziale fallimento della Strategia di Lisbona per il 2010⁷⁴, la costruzione di un mercato ancora più integrato non è un obiettivo facile.

Se è vero che "non ci si può innamorare del mercato interno", è allora ragionevole supporre che un approccio pragmatico al tema dell'integrazione economica consentirà, come è già accaduto in passato, il superamento delle diffidenze e delle resistenze degli Stati membri.

2.2 La costruzione di un mercato comune

L'articolo 2⁷⁵ del Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea (1957)⁷⁶, nello stabilire gli obiettivi, perlopiù economici, della Comunità, indicava quale strumento fondamentale per raggiungerli "l'instaurazione di un mercato comune" e il "graduale ravvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri"⁷⁷. Nonostante l'importanza centrale che la nozione rivestiva all'interno del Trattato, quest'ultimo non ne dava un'esplicita definizione normativa, né appariva possibile ricostruirne una attraverso precedenti normativi. Benché il Trattato istitutivo della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio (CECA), firmato a Parigi il 18 giugno del 1951, avesse già parlato di "mercato comune", esso faceva

⁷³ MONTI M., "Una nuova strategia per il mercato unico", op. cit., p. 6.

⁷⁴ Consiglio Europeo, Sessione straordinaria, Lisbona 23-24 aprile 2000, Conclusioni della Presidenza, (http://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_it.htm, data di accesso: 30 settembre 2011).

⁷⁵ Abrogato nel 2009 dal Trattato di Lisbona, l'art. 2 è stato sostituito nella sostanza dall'art. 3 del Trattato sull'Unione Europea.

⁷⁶ Il Trattato venne firmato a Roma il 25 marzo 1957 dai rappresentanti dei governi di Belgio, Francia, Germania, Italia, Lussemburgo e Paesi Bassi. Esso entrò in vigore, dopo le opportune ratifiche, il 1° gennaio 1958.

⁷⁷ Gli obiettivi della Comunità elencati nella prima versione del Trattato sono: uno sviluppo armonioso delle attività economiche; un'espansione continua ed equilibrata e una stabilità accresciuta; un miglioramento sempre più rapido del tenore di vita e più strette relazioni fra gli Stati membri. Successivamente il TUE affiancò all'instaurazione del mercato comune, quale strumento per il raggiungimento di questi obiettivi, l'instaurazione di un'unione economica e monetaria e l'attuazione delle politiche e azioni comuni di cui ai successivi articoli 3 e 4. Solo con il Trattato di Lisbona il mercato unico è entrato a far parte dell'elenco degli obiettivi dell'Unione Europea (art. 3 TUE); v. nota n. 77.

riferimento ad una realtà essenzialmente diversa rispetto a quella rappresentata dalla Comunità Economica Europea. Il mercato comune della CECA aveva infatti un carattere strettamente settoriale e non era associato ad un'unione doganale, essendo privo di una protezione doganale uniforme nei confronti degli Stati terzi.

Venne in aiuto, nel 1982, la giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, la quale, in un celebre passaggio contenuto nella sentenza *Schul*, affermò che “la nozione di mercato comune [...] mira ad eliminare ogni intralcio per gli scambi intracomunitari al fine di fondere i mercati nazionali in un mercato unico il più possibile simile ad un vero e proprio mercato interno”⁷⁸. Nel passaggio citato è possibile rinvenire tre distinte espressioni: “mercato comune”, “mercato unico” e “mercato interno”. Mentre le prime due appaiono del tutto equivalenti, la terza richiama una nozione che viene elevata a termine di riferimento per le altre due. In altre parole, la Corte di Giustizia considera il mercato comune (o unico) come un mezzo idoneo a realizzare una fusione dei mercati nazionali in un “mercato interno”, cioè un mercato quanto più possibile simile ad un mercato nazionale. La nozione di mercato interno appare dunque più ampia rispetto a quella di mercato comune o mercato unico⁷⁹. Perché si affermi un mercato interno, è necessario rimuovere gli ostacoli alla libertà di circolazione e le distorsioni della concorrenza.

È in quest'ottica e a tal fine che l'Atto Unico Europeo (AUE, 1986) introdusse per la prima volta nel Trattato CEE la nozione di “mercato interno” (art. 14 TCE), fondato sull'eliminazione fra gli Stati membri degli ostacoli alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali⁸⁰. Tale nozione fu

⁷⁸ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza del 5 maggio 1982, Caso C-15/81, *Gaston Schul Douane Expeditieur BV vs. Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen, Roosendaal.*, ECR 1409.

⁷⁹ Richiamandosi ad un'interpretazione sistematica del Trattato CEE come modificato dall'Atto Unico Europeo (di cui si dirà nel paragrafo successivo), Sbolci propone una tesi diversa, secondo cui “Il mercato comune poteva allora sembrare una nozione più ampia, comprensiva sia delle libertà pertinenti al mercato interno che delle politiche comuni nei settori considerati dal trattato” (SBOLCI L., “La libera circolazione delle merci”, in AA.VV., *Diritto dell'Unione Europea. Parte speciale.*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 2). Dello stesso avviso, GORMLEY L.W., “The internal market: history and evolution”, in Niamh Nic Shuibne, *Regulating the internal market*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2006, p. 14.

⁸⁰ L'art. 14 par. 2 (ora art. 26 par. 2 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea) così recita: “il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali [...]”.

ricavata da alcune dichiarazioni del Consiglio Europeo⁸¹ degli anni precedenti e dal Libro Bianco sul Completamento del Mercato Interno che la Commissione delle Comunità Europee⁸², all'epoca presieduta da Jacques Delors, adottò nel 1985.

Nella prima metà degli anni Ottanta, la Comunità Economica Europea attraversava una fase di stallo. L'unione doganale⁸³, realizzata nel 1968, aveva rappresentato un indiscutibile progresso nel cammino verso l'integrazione; ciò nonostante l'obiettivo dell'instaurazione di un mercato comune appariva ancora lontano dall'essere raggiunto. Le crisi petrolifere del 1973 e del 1979, e le conseguenti recessioni, nonché il primo allargamento della CEE (1973)⁸⁴, avevano incoraggiato gli Stati membri ad adottare misure protezionistiche al fine di preservare le proprie industrie e i propri mercati dall'impatto della concorrenza europea e globale. Nonostante la persistente enfasi sulla necessità di una riduzione delle barriere al commercio, una grande quantità e varietà di misure restrittive continuava a mantenere i mercati nazionali in una condizione di forte frammentazione. Gli Stati facevano ricorso sempre più frequentemente a clausole di salvaguardia per non applicare il diritto comunitario, con conseguente incremento nel numero delle procedure di infrazione.

⁸¹ Il Consiglio Europeo di Lussemburgo del 29-30 giugno 1981 riconobbe la necessità, già proclamata dalla Commissione, di rilanciare il progetto di instaurazione di un mercato comune. Il Consiglio Europeo di Copenaghen del 3-4 dicembre 1982 incaricò il Consiglio dell'UE "di decidere, entro il mese di marzo 1983, sulle misure prioritarie proposte dalla Commissione per rafforzare il mercato interno". Tali misure erano state proposte dalla Commissione in una comunicazione pubblicata l'anno precedente (COM(82) 735 def.). Nel gennaio 1983 venne creato il Consiglio dei Ministri del Mercato Interno. Successivamente, il Consiglio Europeo di Dublino del 3-4 dicembre 1984 convenne che il Consiglio intraprendesse "i passi necessari per completare il mercato interno". Sulle conclusioni del Consiglio Europeo di Lussemburgo, Copenaghen e Dublino si vedano, rispettivamente, il *Bollettino CE 06-1981*, il *Bollettino CE 12-1982*, il *Bollettino CE 12-1984*.

⁸² *Il completamento del mercato interno: Libro bianco della Commissione per il Consiglio europeo (Milano, 28-29 giugno 1985)*, COM(85) 310, giugno 1985. Il Consiglio Europeo di Milano decise, con votazione a maggioranza, la convocazione di una Conferenza intergovernativa che affrontasse, fra gli altri, il tema dell'instaurazione di un "autentico" mercato interno. Sulle conclusioni del Consiglio Europeo di Milano si veda il *Bollettino CE 6-1985*.

⁸³ Per unione doganale si intende "un accordo in base al quale alcuni Stati si impegnano a sopprimere reciprocamente qualsiasi barriera doganale e ad adottare, nei confronti dei paesi terzi, una tariffa doganale comune" (Dizionario giuridico online Simone, <http://www.simone.it/newdiz/newdiz.php?id=3177&action=view&dizionario=6>, data di accesso: 3 settembre 2011).

⁸⁴ Il 1° gennaio 1973 entrano in vigore i trattati per l'adesione di Danimarca, Irlanda e Regno Unito alle Comunità Europee.

Si diffusero ben presto dei dubbi circa la capacità dell'Europa di far fronte alle sfide della globalizzazione. Gli Stati Uniti di Reagan trasponevano in campo civile le innovazioni tecnologiche realizzate in campo militare, conquistando il primato nei settori strategici dell'informatica e della robotica. Dall'altro lato del Pacifico, il Giappone continuava ad espandere la sua posizione di Paese produttore ed esportatore di prodotti di consumo. In questo scenario l'Europa, priva di un mercato sufficientemente ampio ed integrato e di un meccanismo decisionale rapido ed efficiente, appariva debole ed incapace di competere ad un pari livello. Questa consapevolezza spinse la Commissione e alcuni Stati membri (in particolare il Regno Unito⁸⁵) a farsi promotori di nuove iniziative per l'integrazione dei mercati nazionali. Al vertice del Consiglio Europeo di Fontainebleau (1984) si era convenuto sulla necessità di collegare le iniziative per il mercato interno a quelle per una riforma istituzionale. Ad appena una settimana dall'assunzione dell'incarico (gennaio 1985), il Presidente della Commissione Jacques Delors annunciò al Parlamento l'intenzione della Commissione di dedicarsi al completamento del mercato interno entro il 1992. Nel marzo 1985, il Consiglio chiese alla Commissione di delineare un programma dettagliato per il conseguimento dell'obiettivo. Tale programma fu allegato al già citato Libro Bianco del 1985, il quale individuava le 282 misure necessarie per il "completamento del mercato interno"⁸⁶ e indicava nel 31 dicembre 1992 il termine per attuarle. In linea con le indicazioni contenute nel Libro Bianco, l'AUE assegnò in via programmatica al Consiglio il compito di adottare le "misure destinate all'instaurazione del mercato interno", indicando come termine (non perentorio⁸⁷) proprio il 31 dicembre 1992.

⁸⁵ Nel 1986 il Primo Ministro britannico Margaret Thatcher affermò: "What we need are strengths which we can only find together. [...] We must have the full benefit of a single large market" (citato in MONTI M., "Una nuova strategia per il mercato unico. Rapporto al Presidente della Commissione Europea José Manuel Barroso", 9 maggio 2010, p. 2).

⁸⁶ Tra queste, l'eliminazione delle barriere fisiche e tecniche, la liberalizzazione dei trasporti e il riconoscimento dei titoli professionali conseguiti nei Paesi membri.

⁸⁷ Nella Dichiarazione comune sull'art. 8A, allegata all'atto finale relativo all'Atto Unico Europeo, la Conferenza esprimeva: "la ferma volontà politica di prendere anteriormente al 1° gennaio 1993 le decisioni necessarie per la realizzazione del mercato interno [...] La fissazione della data del 31 dicembre 1992 non determina effetti giuridici automatici".

La non perentorietà del termine non vale a sminuire l'importanza dell'AUE, il quale ha avuto il benefico effetto di indirizzare la volontà politica dei governi verso un obiettivo che era stato sino ad allora realizzato solo parzialmente. Decisiva a tal fine fu l'introduzione di una nuova base legale, l'art. 95, il quale dispose la votazione a maggioranza qualificata per l'adozione di tutte le misure volte all'armonizzazione delle legislazioni nazionali ai fini dell'"instaurazione e del funzionamento del mercato interno". Tale procedura andava a sostituire l'unanimità dei membri del Consiglio originariamente prevista dal Trattato di Roma, rendendo più agevole l'adozione delle controverse misure necessarie all'instaurazione del mercato interno, tra cui quelle di armonizzazione del diritto d'autore⁸⁸. Delle 282 misure proposte, tra regolamenti e direttive, 264 furono effettivamente adottate entro il termine stabilito. Il mercato unico europeo nacque il 1° gennaio 1993.

Con la crescente integrazione dei mercati nazionali, le nozioni di mercato comune e mercato interno hanno teso sempre più a coincidere. Ciò è confermato dalla prassi delle istituzioni comunitarie, che mostrano ormai di considerare le due nozioni come equivalenti. Come sottolinea Daniele, "proprio in ragione dell'importanza politica, più che giuridica, assunta dalla nozione di mercato interno, si è assistito, nel linguaggio comune ma anche in quello utilizzato dalle istituzioni alla sua progressiva identificazione con l'intero campo d'azione della Comunità"⁸⁹. Sembra dunque possibile affermare che oggi la nozione di mercato interno non comprende più soltanto le quattro libertà di circolazione (come era previsto all'art. 14 par. 2 del TCE post-AUE) ma anche tutte le politiche dell'Unione Europea che, direttamente o indirettamente, contribuiscono a rimuovere gli ostacoli

⁸⁸ Cohen Jehoram sottolinea l'importanza giocata anche da un generale ri-orientamento della Direzione Generale per il Mercato Interno della Commissione intorno agli anni '90 ("around 1990, the atmosphere in the copyright department of what is now Directorate XV, internal market, began to change. New personnel was appointed with other ambitions and orientation than those that went before [...]") (COHEN JEHORAM H., *European Copyright Law – Even More Horizontal*, "International Review of Intellectual Property and Competition Law", vol. 32, n. 5, 2011, p. 536).

L'AUE introdusse nel Trattato di Roma anche l'art. 100b, che richiedeva alla Commissione, assieme a ciascuno Stato membro, di compilare un inventario delle misure nazionali rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 95 e che non erano state ancora oggetto di armonizzazione. Successivamente, il Consiglio avrebbe potuto decidere se le disposizioni in vigore in uno Stato membro erano suscettibili di essere riconosciute come equivalenti a quelle di un altro Stato membro. Questo potere tuttavia non fu mai usato e l'articolo venne abrogato dal Trattato di Amsterdam (1997).

⁸⁹ DANIELE L., *Diritto del mercato unico europeo*, op. cit., p. 40.

all'unificazione dei mercati nazionali. È in quest'ottica che va letta la denominazione "Mercato interno" assegnata alla Parte Terza del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea dal Trattato di Lisbona (2009), conformemente a quanto disposto dall'art. 2 par. 2, lett. g.

Va tuttavia rilevato come il mercato interno non possa considerarsi una realizzazione statica tale da potersi dire completamente raggiunta al verificarsi di determinate condizioni. Come ha osservato la Commissione nel 2007: "Il mercato unico ha carattere dinamico, è in costante evoluzione e si adatta alle nuove realtà. In quanto tale, esso non sarà mai "realizzato" o "compiuto""⁹⁰. L'integrazione fra i mercati è suscettibile di un continuo miglioramento, pertanto l'attività delle istituzioni dell'Unione Europea in questo settore non può ritenersi esaurita con lo scadere del termine del 31 dicembre 1992 ma, al contrario, prosegue ancora oggi⁹¹. Dopo il 1992 furono avviate numerose iniziative volte a consolidare i risultati raggiunti e ad estendere l'applicazione dei principi del mercato unico ad attività economiche emergenti. Tra queste iniziative si segnalano, in particolare, il Piano d'Azione a favore del Mercato Unico (1997)⁹² e il Piano d'Azione per i Servizi Finanziari (1999)⁹³.

Nel maggio 2006, a seguito del rifiuto francese e olandese di ratificare il Progetto di Costituzione Europea, la Commissione adottò un'agenda (la cd. "Agenda dei Cittadini"⁹⁴) volta a rilanciare il processo di integrazione europea. Nell'Agenda fu dedicato ampio spazio al tema del rafforzamento del mercato interno, considerato strumento essenziale per la crescita economica e fatto oggetto di un'accurata analisi.

⁹⁰ Commissione delle Comunità Europee, Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni – "Il mercato unico per i cittadini - Relazione intermedia per il Consiglio europeo della primavera 2007", COM(2007) 60 def., 21 febbraio 2007, p. 3.

⁹¹ Ad ogni modo, gli sforzi messi in campo per l'instaurazione del mercato interno sono stati imponenti. Secondo il rapporto Monti del 2010, l'acquis relativo al mercato interno ha raggiunto quota 1521 direttive e 976 regolamenti.

⁹² Commissione delle Comunità Europee, "Piano d'azione a favore del Mercato Unico", Comunicazione della Commissione al Consiglio Europeo (CSE) (97)1 def., 4 giugno 1997, non pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale.

⁹³ Commissione delle Comunità Europee, "Attuazione del quadro di azione per i servizi finanziari: Piano d'azione", COM(1999) 232 def., non pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale.

⁹⁴ Commissione delle Comunità Europee, "L'agenda dei cittadini per un'Europa dei risultati", COM(2006) 211 def., 10 maggio 2006.

I risultati dell'analisi, pubblicati in una Comunicazione del 2007⁹⁵, hanno evidenziato come il mercato interno presenti ancora un forte potenziale inesplorato. Alle stesse conclusioni è giunto il Rapporto Monti del 2010⁹⁶, in cui si denuncia una generale “stanchezza da integrazione” e “stanchezza da mercato” e si sostiene la necessità di ricorrere a misure regolatorie e non regolatorie per il conseguimento di una maggiore integrazione dei mercati nazionali europei. In risposta al Rapporto, la Commissione Europea ha pubblicato, il 27 ottobre 2010, una comunicazione (“Verso un atto per il mercato unico”)⁹⁷, contenente cinquanta proposte da realizzare entro il 2012, anno in cui ricorre il ventesimo anniversario dalla nascita del mercato interno. Dopo un intenso processo di consultazione, la Commissione ha pubblicato l’“Atto per il Mercato Unico” (aprile 2011)⁹⁸, in cui indica le dodici leve da manovrare per “stimolare la crescita e rafforzare la fiducia”. Tra queste figura anche la tutela dei diritti di proprietà intellettuale.

2.3 Il principio della libertà di circolazione

Come già accennato, l’Atto Unico Europeo ha inserito nel TCEE l’art. 14 (ora art. 26 TFUE), che al paragrafo 2 così recita:

“2. Il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni del presente trattato”.

Il mercato unico europeo si fonda sulle quattro libertà di circolazione. Le disposizioni relative alle libertà di circolazione sono oggi contenute in alcuni articoli del TFUE: gli articoli da 28 a 37 per le merci, gli articoli da 45 a 48 per i lavoratori,

⁹⁵ Commissione delle Comunità Europee, “Un mercato unico per l’Europa del XXI secolo”, COM(2007) 724, 20 novembre 2007.

⁹⁶ MONTI M., “Una nuova strategia per il mercato unico. Rapporto al Presidente della Commissione Europea José Manuel Barroso”, 9 maggio 2010.

⁹⁷ Commissione Europea, Comunicazione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, “Verso un atto per il mercato unico”, COM(2010) 608, 27 ottobre 2010.

⁹⁸ Commissione Europea, Comunicazione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, “L’Atto per il Mercato Unico. Insieme per una nuova crescita”, COM(2011) 206, 13 aprile 2011.

gli articoli da 49 a 55 sulla libertà di stabilimento, gli articoli da 56 a 62 per i servizi, gli articoli da 63 a 66 per i capitali. Tali articoli si ispirano ad un concetto di integrazione negativa, fondata sulla progressiva rimozione delle barriere al commercio.

Ai fini della trattazione saranno prese in esame solo la libera circolazione delle merci e dei servizi, poiché sono le uniche ad entrare in rapporto con la materia del diritto d'autore. Ugualmente e per lo stesso motivo, nell'ambito della libera circolazione delle merci non verrà trattata la materia doganale (artt. 28-33) e quella dei monopoli (art. 37).

La numerazione degli articoli riportata è quella introdotta dal Trattato di Lisbona.

2.3.1 La libera circolazione delle merci (artt. 34-37)

Per comprendere in che cosa consiste la libera circolazione delle merci, è indispensabile precisare cosa si intende per “merce”. Tale precisazione è offerta da una sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee del 1968 (*Commissione vs. Italia*)⁹⁹: “Per merci [...] si devono intendere prodotti pecuniariamente valutabili e come tali atti a costituire oggetto di negozi commerciali”. In base a tale definizione, per quanto determinati beni possano assumere un valore che va oltre la semplice sfera economica (per ragioni culturali, storiche o artistiche), devono essere considerati “merci” nella misura in cui hanno un valore monetario e possono essere oggetto di una transazione commerciale.

Gli articoli da 34 a 36 impongono un divieto di restrizioni quantitative e misure d'effetto equivalente, sia all'importazione che all'esportazione. La portata di tali divieti riguarda soltanto gli scambi tra Paesi membri dell'Unione Europea e non anche con Paesi terzi. L'idea di fondo della libera circolazione delle merci è molto

⁹⁹ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza del 10 dicembre 1968, *Commissione delle Comunità Europee vs. Repubblica Italiana*, causa 7/68, in *Raccolta della Giurisprudenza* 1968, p. 562. Tale sentenza è stata seguita da molte altre sentenze sul tema, tra le quali si ricorda la C-2/90 del 9 luglio 1992, *Commissione delle Comunità Europee vs. Regno del Belgio*, in *Raccolta della Giurisprudenza* 1992, p. 4431, in cui la Corte ha affermato che anche i rifiuti possono costituire merci.

semplice: una volta che una merce è immessa nel mercato di uno Stato membro, essa deve, in linea di principio, poter essere liberamente esportata in un altro Stato membro.

La nozione di “restrizione quantitativa” è stata chiarita dalla Corte nel 1973 (sentenza *Geddo*¹⁰⁰): “il divieto di restrizioni quantitative riguarda le misure aventi il carattere di proibizione, totale o parziale, d’importare, d’esportare o di far transitare a seconda dei casi” determinate merci. Sono quindi riconducibili alla nozione qui delineata i provvedimenti di uno Stato membro che vietano, del tutto o oltre un certo quantitativo massimo, l’importazione e/o l’esportazione di una determinata merce.

Per quanto riguarda le misure d’effetto equivalente, il riferimento è a tutti quei provvedimenti di uno Stato membro che producono lo stesso risultato di una restrizione quantitativa.

Nel caso delle misure all’importazione, il divieto scatta laddove il provvedimento possa provocare, anche solo in modo indiretto o potenziale, un ostacolo agli scambi. Ciò vale sia nel caso di misure distintamente applicabili (cioè discriminatorie nei confronti dei prodotti provenienti da altri Paesi membri), sia nel caso di misure indistintamente applicabili (cioè che si applicano a tutti i prodotti, indipendentemente dalla loro provenienza. Ne sono un esempio le normative tecniche o le normative sulle modalità di vendita).

È facile intuire come le misure indistintamente applicabili possano avere, nella sostanza, degli effetti fortemente discriminatori. L’impresa che volesse immettere lo stesso prodotto sul mercato spagnolo e sul mercato italiano, infatti, dovrebbe sostenere i costi maggiori dovuti all’obbligo di assicurarne la conformità tanto ai requisiti imposti dalla legislazione spagnola, quanto a quelli imposti dalla legislazione italiana. Ciò si ripercuoterebbe sul prezzo del prodotto spagnolo immesso nel mercato italiano, traducendosi in uno svantaggio competitivo.

¹⁰⁰ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza del 12 luglio 1973, *Riseria Luigi Geddo vs. Ente Nazionale Risi*, causa 2/73, in *Raccolta della Giurisprudenza* 1973, p. 865.

A partire dalla sentenza *Cassis de Dijon* (1979)¹⁰¹ è stato dunque sancito il principio del mutuo riconoscimento delle legislazioni nazionali, secondo cui lo Stato di importazione è tenuto ad accettare la normativa dello Stato di produzione qualora quest'ultima sia equivalente (non occorre quindi né identità, né similitudine) alla propria. L'affermazione della giurisprudenza *Cassis de Dijon* ha avuto l'effetto di limitare la necessità di ricorrere all'adozione di direttive di ravvicinamento delle legislazioni, come era spesso accaduto in passato.

Nel caso delle misure d'effetto equivalente all'esportazione, gli effetti restrittivi non sono sufficienti a far scattare il divieto ma è anche richiesto che le misure abbiano un carattere discriminatorio. In altre parole, le misure adottate devono applicarsi ai soli prodotti destinati all'esportazione e non anche a quelli destinati al mercato domestico. Di conseguenza, sfuggono al divieto le misure indistintamente applicabili.

All'articolo 36, il Trattato ha elencato una serie di possibili eccezioni al divieto di restrizioni quantitative:

“Le disposizioni degli articoli 34 e 35 lasciano impregiudicati i divieti o restrizioni all'importazione, all'esportazione e al transito giustificati da motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale e commerciale. Tuttavia, tali divieti o restrizioni non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri”.

L'elencazione dei motivi di deroga è da ritenersi tassativa, per cui gli Stati non potrebbero invocare l'articolo 36 per giustificare misure restrittive che perseguano obiettivi diversi rispetto a quelli elencati. La seconda frase è estremamente importante in quanto impone un requisito di proporzionalità: uno Stato

¹⁰¹ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza del 10 febbraio 1979, *Rewe Zentral AG vs. Bundesmonopolverwaltung Für Branntwein*, causa 120/78, in *Raccolta della Giurisprudenza* 1979, p. 649.

membro che volesse giustificare una misura discriminatoria avrebbe l'onere di dimostrare che essa costituisce la modalità meno restrittiva, tra quelle disponibili, per raggiungere l'obiettivo meritevole di tutela. La norma di cui all'articolo 36 è oggetto di interpretazione restrittiva.

2.3.2 La libera circolazione dei servizi (artt. 49-62)

La libera circolazione dei servizi all'interno dell'Unione Europea si articola in due istituti: il diritto di stabilimento (artt. 49-55) e la libera prestazione di servizi (artt. 56-62). Per "diritto di stabilimento" si intende il caso in cui un soggetto, persona fisica o giuridica, voglia esercitare stabilmente un'attività autonoma (cioè non subordinata) in uno Stato membro diverso dal proprio. Per "libera prestazione dei servizi" si fa invece riferimento al caso in cui un soggetto presti la propria attività in uno Stato membro diverso dal proprio senza risiedervi stabilmente. Il criterio discrezionale è dunque la temporaneità dell'attività svolta, apprezzabile sulla base del tipo di infrastrutture di cui si dota il prestatore e del tipo di clientela cui si rivolge. In entrambe le fattispecie, il soggetto deve poter svolgere la propria attività alle stesse condizioni dei professionisti che risiedono in quello Stato membro (principio del trattamento nazionale). Non sono ammesse né discriminazioni dirette né indirette o materiali¹⁰².

Nel caso del diritto di stabilimento dovrà essere garantito tanto il diritto di stabilimento primario (lo stabilimento del proprio unico centro di attività), quanto il diritto di stabilimento secondario (l'apertura di agenzie e succursali).

Per quanto riguarda la libera prestazione di servizi, è opportuno precisare che non solo i prestatori, ma anche i destinatari di servizi hanno diritto a beneficiarne. Come sostenuto dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Luisi* (1984), la libera prestazione di servizi comprende "la libertà, da parte dei destinatari dei servizi, di

¹⁰² Un esempio di discriminazione indiretta è il caso in cui uno Stato imponga una normativa che, pur applicandosi in base a criteri indipendenti dalla nazionalità, discrimini i cittadini di altri Stati membri, in quanto per questi è più difficile soddisfare i criteri di applicazione della norma rispetto a quanto non lo sia per i cittadini nazionali. La discriminazione materiale si verifica quando una normativa che si applica tanto ai cittadini nazionali quanto a quelli di altri Stati membri, sfavorisce di fatto questi ultimi, proprio perché li tratta alla stregua dei primi (DANIELE L., *Diritto del mercato unico europeo*, Giuffrè Editore, Milano, 2006, p. 132-134).

recarsi in un altro Stato membro per fruire ivi di un servizio, senza essere impediti da restrizioni, anche in materia di pagamenti”¹⁰³.

L’articolo 52 par. 1 elenca una serie di possibili deroghe al diritto di stabilimento, estese alla libera prestazione dei servizi in virtù dell’art. 62:

“Le prescrizioni del presente capo e le misure adottate in virtù di queste ultime lasciano impregiudicata l’applicabilità delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che prevedano un regime particolare per i cittadini stranieri e che siano giustificate da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica”.

Essendo fonti di eccezioni al principio generale della libera circolazione, i motivi elencati vanno interpretati in senso restrittivo.

2.4 La disciplina del diritto d’autore tra giurisprudenza e armonizzazione

La politica comunitaria in materia di diritto d’autore e diritti connessi ha fatto tradizionalmente parte dell’agenda relativa al “Mercato Interno”.

Benché il Trattato di Roma del 1957 non assegnasse alla neocostituita Comunità Economica Europea alcuna competenza esplicita in materia di proprietà intellettuale, la Comunità si trovò ben presto a doversi occupare di questioni ad essa relative, perseguendo il difficile obiettivo di trovare un giusto compromesso tra l’esigenza di tutela della proprietà intellettuale e l’obiettivo del mercato comune. Le due materie sono infatti fortemente contrapposte, in ragione del fatto che la tutela della proprietà intellettuale avviene su base territoriale e dà vita a monopoli temporanei, mentre il mercato unico europeo vive di libera circolazione e di concorrenza. Inizialmente la materia del diritto d’autore fu oggetto d’interesse

¹⁰³ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza del 31 gennaio 1984, *Graziana Luisi e Giuseppe Carbone vs. Ministero del Tesoro*, cause riunite 286/82 e 26/83, in *Raccolta della Giurisprudenza* 1984, p. 377.

pressoché esclusivo della Corte di Giustizia. Ad essa si affiancò, verso la fine degli anni '80, la Commissione, che si fece promotrice di specifici interventi normativi.

Il percorso seguito dal diritto d'autore, tuttavia, fu relativamente più travagliato rispetto a quello di altri diritti di proprietà intellettuale. A differenza dei diritti di proprietà industriale e commerciale, infatti, il diritto d'autore apparve inizialmente una materia squisitamente "culturale", e, in quanto tale, non di particolare interesse ai fini dell'instaurazione di un mercato comune. Col passare degli anni, tuttavia, emerse una crescente consapevolezza degli aspetti economici connessi alla tutela del diritto d'autore e le incertezze sull'applicabilità del diritto comunitario a tale materia svanirono.

È possibile distinguere tre fasi nella disciplina del diritto d'autore in ambito comunitario, che si caratterizzano per la prevalenza di un atteggiamento di indifferenza (1958-1980), un approccio decentrato (1981-1988) e un approccio centralizzato (dal 1988 ai giorni nostri). Le sentenze e le direttive di seguito citate saranno oggetto di specifico approfondimento nel capitolo successivo.

2.4.1 La prima fase (1958-1980): indifferenza

Nei primi due decenni di vita della Comunità Economica Europea, la materia del diritto d'autore non suscitò particolare attenzione nelle istituzioni comunitarie. Quando fu firmato il Trattato di Roma (1957), appariva chiaro che l'obiettivo fondamentale della neocostituita Comunità Economica Europea sarebbe stato di natura economica. I Paesi firmatari del Trattato miravano all'eliminazione delle barriere commerciali allora esistenti e ad impedire la creazione di nuove barriere. Come si evince dal testo dell'articolo 30¹⁰⁴ del Trattato CEE, all'epoca la libera circolazione delle merci era gravata da un gran numero di restrizioni quantitative sulle importazioni e le esportazioni. In un contesto di cooperazione essenzialmente economica, il diritto d'autore appariva una materia squisitamente "culturale" e, in quanto tale, non suscitò l'immediato interesse dalla Comunità.

¹⁰⁴ Ora art. 34 TFUE.

Ciò non vuol dire, tuttavia, che la CEE non si occupasse della materia della proprietà intellettuale *tout court*. Il TCEE, infatti, prevedeva una deroga al divieto di restrizioni quantitative laddove necessario per la protezione dei diritti di “proprietà industriale e commerciale”. Tale deroga era condizionata al fatto che “tali divieti o restrizioni” non costituissero “un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri” (art. 36)¹⁰⁵.

Se l’articolo 36 faceva riferimento alla proprietà industriale e commerciale, non menzionava tuttavia il diritto d’autore. In un certo senso, come osserva Dreier¹⁰⁶, all’epoca non appariva probabilmente nemmeno necessario. Poiché non esistevano computer, database e tv satellitari, in quegli anni l’industria creativa era in larga misura basata sul testo e sul linguaggio, e quindi in larga misura circoscritta ai confini nazionali. La vendita transfrontaliera di opere coperte dal diritto d’autore riguardava musica, film e libri (questi ultimi soprattutto tra i Paesi germanofoni), ma il loro consumo si attestava comunque su livelli notevolmente inferiori a quelli attuali. Va inoltre ricordato che la materia era in gran parte regolata attraverso contratti conclusi tra le parti interessate, spesso ben prima della nascita della Comunità Economica Europea.

2.4.2 La seconda fase (1981-1988): il ruolo della Corte di Giustizia

A partire dagli anni ’80, la tutela del diritto d’autore cominciò ad attirare l’interesse delle istituzioni comunitarie. Fu centrale, in questa fase, il ruolo svolto dalla Corte di Giustizia.

Come si è già detto, l’articolo 36 del Trattato di Roma consente una deroga al divieto di restrizioni quantitative nel caso in cui tali restrizioni siano giustificate da motivi di tutela della proprietà industriale e commerciale e purché non costituiscano

¹⁰⁵ L’art. 36 TCEE (ora art. 36 TFUE) recita “Le disposizioni degli articoli da 30 a 34 inclusi lasciano impregiudicati i divieti o restrizioni all’importazione, all’esportazione e al transito giustificati da motivi di [...] tutela della proprietà industriale e commerciale. Tuttavia, tali divieti o restrizioni non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri.”.

¹⁰⁶ DREIER Thomas, “The Role of the ECJ for the Development of Copyright in the European Communities”, *Journal of the Copyright Society of the USA*, vol. 54, n. 2, 2007, p. 185.

un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri. La formula “proprietà industriale e commerciale” suscitava in quegli anni numerosi dubbi di interpretazione, in relazione al fatto che negli ordinamenti di alcuni Stati membri il diritto d’autore non è ricompreso nell’insieme dei diritti di proprietà industriale o commerciale, bensì è incluso nella proprietà letteraria e artistica. La locuzione “proprietà intellettuale”, infatti, rappresenta una categoria concettuale ampia, suscettibile di essere scomposta in due componenti principali: da un lato le creazioni artistiche e letterarie (“diritto d’autore”), dall’altro le creazioni destinate ad avere rilevanza economica nell’ambito dell’impresa e del mercato (marchi, brevetti, privative industriali, *know-how*).

Le incertezze diffuse sull’applicabilità delle disposizioni del Trattato alla materia del diritto d’autore furono chiarite dalla Corte di Giustizia agli inizi degli anni ’80. Già nella sentenza *Deutsche Grammophon*¹⁰⁷ (1971), la Corte aveva avuto modo di esaminare il conflitto tra la libera circolazione delle merci e i diritti connessi al diritto d’autore, non escludendo che questi ultimi potessero ricadere nell’ambito di applicazione dell’articolo 36. Nel 1980, nel caso *Coditel*¹⁰⁸, il diritto d’autore fu per la prima volta esaminato nell’ambito delle eccezioni alla libera circolazione dei servizi giustificate da motivi di tutela della proprietà intellettuale. A segnare la svolta fu però la sentenza *Membran* (1981)¹⁰⁹, nella quale la Corte affermò per la prima volta in maniera esplicita che la tutela del diritto d’autore ricade nell’ambito di applicazione dell’art. 36. In questo modo, la Corte adottò una nozione ampia di proprietà industriale e commerciale, includendovi non solo i marchi e i diritti di brevetto per invenzioni industriali, ma anche il diritto d’autore. Ebbe inoltre modo di

¹⁰⁷ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza 8 giugno 1971, *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH contro Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG.*, causa 78/70, in *Raccolta della Giurisprudenza* 1971, p. 487.

¹⁰⁸ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza 18 marzo 1980, *SA Compagnie générale pour la diffusion de la télévision, Coditel, ed altri vs. Ciné Vog Films ed altri*, causa 62/79, in *Raccolta della Giurisprudenza* 1980, pag. 881.

¹⁰⁹ “Quest’ultima espressione comprende la tutela fornita attraverso il diritto d’autore, in particolare qualora questo venga sfruttato commercialmente mediante la concessione di licenze che possono incidere sulla distribuzione nei vari Stati membri, di prodotti che incorporano l’opera letteraria o artistica tutelata” (Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza 20 gennaio 1981, *Musik-Vertrieb Membran e K-tel vs. GEMA*, cause riunite 55/80 e 57/80, in *Raccolta della Giurisprudenza* 1981, p.147).

confermare ancora una volta la distinzione tra esistenza ed esercizio del diritto di proprietà intellettuale già formulata nel caso *Consten e Grundig* (1966)¹¹⁰. La Corte affermò che sebbene il Trattato riconoscesse l'esistenza dei diritti di proprietà intellettuale secondo quanto stabilito dalle legislazioni nazionali, le modalità di esercizio di tali diritti rientravano nell'ambito di applicazione del Trattato. L'esercizio di un diritto di proprietà intellettuale, infatti, non deve spingersi fino al punto di pregiudicare lo scopo essenziale del Trattato, cioè "l'unificazione dei mercati nazionali in un mercato unico"¹¹¹.

Nell'accettare limitazioni alla libera circolazione delle merci e dei servizi giustificate da motivi di tutela della proprietà intellettuale, la Corte di Giustizia indirettamente sollecitava la Commissione ad avviare un processo di armonizzazione almeno in alcune aree del diritto d'autore¹¹². La Commissione aveva cominciato ad occuparsi di diritto d'autore a partire dal già citato caso *Membran* (1981), presentando una breve osservazione scritta in cui illustrava le norme che trovavano applicazione in materia di riproduzione e messa in commercio delle opere musicali registrate su supporti del suono. Ciò nonostante, ad eccezione di pochi studi in materia, la Commissione non si occupò realmente della materia fino al 1988.

Complessivamente, gli anni '80 furono caratterizzati dalla prevalenza di un approccio decentrato, fondato sul ruolo centrale della Corte di Giustizia e sul riconoscimento dell'esistenza dei diritti di proprietà intellettuale secondo le disposizioni degli ordinamenti nazionali. I regimi nazionali in materia venivano in rilievo solo nella giurisprudenza della Corte sulla libera circolazione e sulla libera

¹¹⁰ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza 13 luglio 1966, *Etablissements Consten e Grundig-Verkaufs-GMBH vs. Commissione della Comunità Economica Europea*, cause riunite 56 e 58/64, in *Raccolta della Giurisprudenza* 1966, p. 458.

¹¹¹ "Non può venire accolta la tesi sostenuta dinanzi alla Corte dai governi belga ed italiano, secondo cui, in assenza di armonizzazione in questo settore, il principio della territorialità della legislazione sui diritti d'autore prevale in ogni caso su quello della libera circolazione delle merci nell'ambito del mercato comune. Infatti, lo scopo essenziale del Trattato, il quale è volto all'unificazione dei mercati nazionali in un mercato unico, non potrebbe essere raggiunto se, per via dei diversi regimi giuridici vigenti negli Stati membri, i cittadini di questi avessero la possibilità di compartimentare il mercato e di porre in essere restrizioni dissimulate nel commercio fra gli Stati membri".

¹¹² A tal proposito si legga, per esempio, il punto 11 della motivazione della sentenza 24 gennaio 1989 della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, *EMI Electrola GmbH v. Patricia Im-und Export Verwaltungsgesellschaft mbH and others*, causa 341/87, in *Raccolta della Giurisprudenza* 1989, pag. 79.

concorrenza, attraverso la sanzione delle modalità di esercizio dei diritti di proprietà intellettuale idonee a pregiudicare l'unificazione dei mercati nazionali in un mercato unico. Va tuttavia rilevato come il Trattato CEE contenesse già le basi normative (art. 3.h, art. 100) per i successivi interventi di armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia di diritto d'autore, interventi che cominceranno a prendere corpo alla fine degli anni '80.

2.4.3 La terza fase (dal 1988 ai giorni nostri): armonizzazione

A partire dalla fine degli anni '80 la Commissione, tendenzialmente contraria alle limitazioni del principio della libera circolazione delle merci e dei servizi, reagì alle pronunce della Corte elaborando proposte di direttiva volte ad armonizzare specifici aspetti del diritto d'autore. Cohen Jehoram parla di queste direttive come di conseguenze accidentali (“*incidents*”) delle sentenze emesse dalla Corte di Giustizia nel decennio precedente. Secondo l'autore, la Commissione avrebbe reagito alle pronunce giurisdizionali proponendo l'adozione di una legislazione diretta a far cessare una volta per tutte il conflitto tra la libera circolazione e i regimi nazionali di tutela del diritto d'autore¹¹³.

Nell'ambito del processo di armonizzazione è possibile distinguere due fasi, sulla base dei diversi approcci seguiti dalla Commissione. La prima generazione di direttive ha le sue radici nel “Libro Verde sul diritto d'autore e le sfide tecnologiche”¹¹⁴ pubblicato dalla Commissione nel 1988. La Commissione non intendeva dare vita ad un regime europeo di tutela, bensì porre rimedio ad alcune poco gradite conseguenze delle pronunce della Corte, e solo in riferimento ad ambiti specifici, come i programmi per elaboratore, le basi di dati, la durata della protezione e i diritti di rivendita. Si fornirebbe, tuttavia, un'immagine incompleta degli obiettivi perseguiti dalla Commissione se non si inquadrassero le misure di armonizzazione in materia di diritto d'autore in un più ampio progetto di politica industriale. Gli interventi in materia erano infatti finalizzati anche alla rimozione di distorsioni della

¹¹³ COHEN JEORAM H., *European Copyright Law – Even More Horizontal*, op. cit., pp. 533-534.

¹¹⁴ Commissione delle Comunità Europee, Libro verde “Il diritto di autore e le sfide tecnologiche - Problemi di diritto di autore che richiedono un'azione immediata”, COM(88) 172, giugno 1988.

concorrenza e al rafforzamento della competitività dell'industria europea, soprattutto nei settori strategici dei programmi per *computer* e delle banche dati¹¹⁵. Il perseguimento di questi obiettivi di politica industriale risulta chiaramente dai preamboli delle direttive la cui adozione venne prefigurata dalla Commissione nel programma di lavoro contenuto nel Libro Verde del 1988 e nel *Follow-up* del 1990¹¹⁶:

- Direttiva sui programmi per elaboratore (1991)¹¹⁷
- Direttiva sul diritto di noleggio e sul diritto di prestito (1992)¹¹⁸
- Direttiva sulla radiodiffusione via satellite e la ritrasmissione via cavo (1993)¹¹⁹.
- Direttiva sulla durata di protezione del diritto d'autore (1993)¹²⁰
- Direttiva sulla protezione delle banche dati (1996)¹²¹
- Direttiva sul commercio elettronico (2000)¹²²
- Direttiva sul diritto dell'autore sulle successive vendite dell'originale di un'opera d'arte (2001)¹²³

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 174; MAZZIOTTI G., *EU Digital Copyright and the End User*, op. cit., p. 47.

¹¹⁶ Commissione delle Comunità Europee, Iniziative da adottare a seguito del Libro verde – programma di lavoro della Commissione in materia di diritto d'autore e di diritti connessi, COM(90) 584 def., 17 gennaio 1991.

¹¹⁷ Direttiva 91/250/CEE del Consiglio, del 14 maggio 1991, relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore.

¹¹⁸ Direttiva 92/100/CEE del Consiglio del 19 novembre 1992 concernente il diritto di noleggio, il diritto di prestito e taluni diritti connessi al diritto di autore in materia di proprietà intellettuale.

¹¹⁹ Direttiva 93/83/CEE del Consiglio del 27 settembre 1993 per il coordinamento di alcune norme in materia di diritto d'autore e diritti connessi applicabili alla radiodiffusione via satellite e alla ritrasmissione via cavo. Questa direttiva è più propriamente “figlia” del Libro Verde “Televisione senza frontiere” del 1984 e della conseguente direttiva 89/552/CEE. V. Commissione delle Comunità Europee, “Televisione senza frontiere: libro verde sull'istituzione del mercato comune delle trasmissioni radiotelevisive, specialmente via satellite e via cavo”, COM(84) 300, maggio 1984; Direttiva 89/552/CEE del Consiglio, del 3 ottobre 1989, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive.

¹²⁰ Direttiva 93/98/CEE del Consiglio del 29 ottobre 1993 concernente l'armonizzazione della durata di protezione del diritto d'autore e di alcuni diritti connessi. La Direttiva è stata emendata e sostituita dalla Direttiva 2006/116, a sua volta emendata da una nuova Direttiva approvata il 12 settembre 2011, di cui di parlerà di seguito.

¹²¹ Direttiva 96/9/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 1996, relativa alla tutela giuridica delle banche di dati.

¹²² Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno.

¹²³ Direttiva 2001/84/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 settembre 2001, relativa al diritto dell'autore di un'opera d'arte sulle successive vendite dell'originale.

Intorno alla metà degli anni '90, gli interventi della Commissione in materia di diritto d'autore si fecero più ambiziosi. La diffusione di Internet e la nascita della cosiddetta "società dell'informazione", con la più rapida circolazione di opere protette da diritto d'autore, diede un nuovo impulso ad un processo di armonizzazione che, dopo l'impeto dei primi anni '90, era andato incontro ad una fase di notevole rallentamento.

Nel 1993, il Consiglio Europeo aveva insediato una *task force* formata da esperti di alto livello delle industrie europee e presieduta dal commissario Martin Bangemann. Compito della *task force* era l'elaborazione di un rapporto sull'importanza del diritto d'autore nella società dell'informazione. Il Rapporto Bangemann del 1994¹²⁴ raccomandava la creazione di un quadro europeo comune per la protezione della proprietà intellettuale, in maniera tale da consentire all'Unione Europea di affrontare efficacemente le sfide connesse alla crescente diffusione delle tecnologie digitali. Ciò portò alla pubblicazione, nel 1995, del Libro Verde sul diritto d'autore e i diritti connessi nella Società dell'informazione¹²⁵, che inaugurò un nuovo ciclo di direttive di armonizzazione.

Nel 2001 venne approvata la Direttiva sul diritto d'autore nella Società dell'informazione¹²⁶, proposta dalla Commissione nel 1997. La Direttiva rappresenta un tentativo di armonizzazione più avanzato rispetto a quelli precedenti poiché tratta la materia del diritto d'autore in termini più ampi, disciplinando i diritti economici basilari (riproduzione, comunicazione al pubblico e distribuzione) ed introducendo una protezione speciale per le misure tecnologiche di protezione. Tre anni dopo entrò in vigore la Direttiva sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale ("IPRED")¹²⁷, volta ad armonizzare l'*enforcement* a livello civile. Da alcuni anni è in discussione

¹²⁴ Gruppo di alto livello sulla Società dell'informazione, "L'Europa e la società dell'informazione globale - Raccomandazioni al Consiglio Europeo", 26 maggio 1994, Bruxelles.

¹²⁵ Commissione delle Comunità Europee, Libro verde "Il diritto d'autore e i diritti connessi nella Società dell'informazione", COM(95) 382, 19 luglio 1995.

¹²⁶ Direttiva 2001/29 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione.

¹²⁷ Direttiva 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale.

una proposta di revisione dell'IPRED (la cd. "IPRED 2"¹²⁸) mirante ad integrare la disciplina delle sanzioni civili con quella delle sanzioni penali. Come le direttive adottate negli anni precedenti, anche l'IPRED trae origine dalla consapevolezza che le discrepanze tra i regimi di protezione della proprietà intellettuale vigenti nei Paesi membri dell'Unione Europea sono suscettibili di pregiudicare il mercato interno.

La tematica del diritto d'autore e dei suoi rapporti con il mercato unico rimane ancora oggi di grande attualità in seno all'Unione Europea. Ne è testimonianza la pubblicazione, nel gennaio 2008, di una Comunicazione della Commissione sui contenuti creativi online nel mercato unico¹²⁹, nonché la recente pubblicazione di una Comunicazione sul mercato unico dei diritti di proprietà intellettuale (maggio 2011)¹³⁰. Sempre nel maggio 2011, la Commissione ha presentato una Proposta di direttiva sugli usi consentiti delle opere orfane¹³¹, cioè le opere protette da diritto d'autore i cui titolari non possono essere identificati o localizzati. Il tema era già stato oggetto di esame nel 2008, nel Libro Verde "Il diritto d'autore nell'economia della conoscenza"¹³².

Nel Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009, è stata introdotta per la prima volta una base legale per le misure volte alla creazione di titoli di privativa comuni a tutti i Paesi membri dell'Unione Europea (art. 118 TFUE)¹³³.

¹²⁸ Commissione delle Comunità Europee, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle misure penali finalizzate ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, COM(2005) 276-1, 12 luglio 2005, successivamente sostituita dalla Proposta modificata di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alle misure penali finalizzate ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, COM(2006) 0168 def., 26 aprile 2006.

¹²⁹ Commissione delle Comunità Europee, Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni sui contenuti creativi online nel mercato unico, COM(2007) 836 def., 3 gennaio 2008.

¹³⁰ Commissione Europea, Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, "Un mercato unico dei diritti di proprietà intellettuale", COM(2011) 287 def., 24 maggio 2011.

¹³¹ Commissione Europea, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio su taluni usi consentiti di opere orfane, COM(2011) 289, 24 maggio 2011.

¹³² Commissione delle Comunità Europee, Libro verde "Il diritto d'autore nell'economia della conoscenza", COM(2008) 466 def., 16 luglio 2008.

¹³³ Il paragrafo 1 dell'art. 118 TFUE recita: "Nell'ambito dell'instaurazione o del funzionamento del mercato interno, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono le misure per la creazione di titoli europei al fine di garantire una protezione uniforme dei diritti di proprietà intellettuale nell'Unione e per l'istituzione di regimi di autorizzazione, di coordinamento e di controllo centralizzati a livello di Unione". Sull'articolo 118 TFUE:

Se il legislatore europeo decidesse di avvalersi di tale base giuridica, sarebbe possibile conseguire un superamento dell'attuale frammentazione su linee nazionali del mercato delle opere protette da diritto d'autore.

La più recente iniziativa dell'Unione Europea in materia di diritto d'autore (12 settembre 2011) è stata l'approvazione della Direttiva 2011/77/UE sulla durata della protezione del diritto d'autore¹³⁴, che estende la durata della protezione dei diritti degli artisti interpreti e dei produttori di fonogrammi da 50 a 70 anni a partire dalla legittima pubblicazione o comunicazione al pubblico dell'esecuzione.

KINGSTON W., "Intellectual Property in the Lisbon Treaty", in *European Intellectual Property Review*, vol. 30, n. 11, 2008, pp 439-443.

¹³⁴ Direttiva 2011/77/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 settembre 2011 che emenda la Direttiva 2006/116/EC sulla durata di protezione del diritto d'autore e di alcuni diritti connessi.

Capitolo terzo

IL CONTRASTO TRA DIRITTO D'AUTORE E MERCATO INTERNO

3.1 Il rapporto tra diritto d'autore e mercato interno

I diritti di proprietà intellettuale possiedono una naturale propensione ad interferire con il principio della libertà di circolazione di cui vive il mercato unico europeo. Vi è infatti un inevitabile conflitto tra la libera circolazione e la protezione di diritti esclusivi limitata al territorio di uno Stato. Ciò è vero per qualsiasi diritto di proprietà intellettuale, compreso il diritto d'autore. Si consideri, ad esempio,¹³⁵ il caso in cui la durata della protezione di un diritto esclusivo dell'autore vari da uno Stato all'altro. In tal caso, un'opera potrebbe essere coperta dal diritto d'autore in uno Stato ed essere di pubblico dominio in un altro. Il titolare del diritto d'autore nello Stato A potrebbe impedire l'importazione di un'opera legalmente commercializzata nello Stato B in quanto di pubblico dominio? Se ciò fosse consentito, si autorizzerebbe l'erezione di una barriera al commercio fra Stati, barriera che nello specifico potrebbe essere qualificata come una misura equivalente negli effetti ad una restrizione quantitativa alle importazioni (art. 34 TFUE). La circostanza che l'art. 34 si riferisca alle misure adottate dagli Stati membri non risulta in contrasto con quanto detto, dal momento che è pur sempre lo Stato a riconoscere al titolare del diritto la facoltà di difenderlo avvalendosi, a tal fine, dei rimedi previsti dall'ordinamento nazionale.

Va altresì citata l'ipotesi in cui l'ostacolo sia posto alla libera circolazione dei servizi, ipotesi questa sempre più frequente nell'ambito del diritto d'autore. Supponiamo che il diritto esclusivo di trasmettere un film in televisione sia

¹³⁵ Gli esempi qui riportati sono tratti da KEELING D.T., *Intellectual property rights in EU law: free movement and competition law (vol. 1)*, Oxford University Press, Oxford, 2004, pag. 36.

riconosciuto a soggetti diversi negli Stati membri A e B. Il film è trasmesso nello Stato B dal legittimo titolare del diritto. Il segnale è captato nello Stato A e trasmesso nella rete televisiva locale da un'emittente televisiva via cavo che non ha la titolarità del diritto. Il titolare del diritto sulla trasmissione del film nello Stato A cerca di ottenere la cessazione della trasmissione via cavo, dal momento che questa viola il suo diritto esclusivo. È evidente che l'accoglimento della richiesta di cessazione della trasmissione limiterebbe, in nome della tutela del diritto d'autore, la libera circolazione dei servizi. Ogni diritto esclusivo limitato al territorio di uno Stato membro può entrare in conflitto con il principio della libera circolazione.

Il conflitto tra diritto d'autore e mercato interno può essere riassunto in tre problemi fondamentali:

- la libera circolazione delle merci e dei servizi incoraggia la concorrenza, mentre la proprietà intellettuale favorisce la formazione di monopoli a carattere nazionale.
- l'Unione Europea, come prima di essa la CEE, ha carattere regionale, laddove invece la disciplina del diritto d'autore è, in assenza di misure di armonizzazione, affidata agli Stati membri.
- l'implementazione delle normative nazionali in materia di tutela del diritto d'autore è suscettibile di pregiudicare l'instaurazione e il consolidamento del mercato unico. Le normative nazionali possono essere impiegate per porre un ostacolo alla libera circolazione delle merci e dei servizi, consentendo ai titolari dei diritti di porre in essere condotte anticoncorrenziali e/o di conquistare un potere di mercato eccessivo.

3.2 La ricerca di un *modus vivendi*

La Comunità Europea prima, e l'Unione Europea poi, hanno dimostrato in più occasioni una chiara consapevolezza dei problemi relativi al rapporto tra i diritti di proprietà intellettuale e il diritto del mercato interno. Nell'includere la proprietà industriale e commerciale all'articolo 36, gli autori del Trattato di Roma hanno riconosciuto una certa preferenza alla proprietà intellettuale, per quanto si debba comunque parlare di una preferenza "limitata" e sottoposta alla presenza delle

condizioni di cui si è detto. Più recentemente, nel preambolo della Direttiva 2001/29/CE¹³⁶, è stato evidenziato come le differenze nei regimi nazionali di protezione del diritto d'autore siano suscettibili di produrre restrizioni alla libera circolazione dei servizi e dei prodotti "che contengono proprietà intellettuale o su di essa si basano, determinando una nuova frammentazione del mercato interno nonché un'incoerenza normativa".

Da un lato, la protezione dei diritti di proprietà intellettuale è uno strumento indispensabile per il progresso tecnologico e quindi la crescita economica. Tale consapevolezza ha fatto sì che dal 2001 l'Unione Europea abbia messo in campo enormi sforzi per cercare di realizzare il progetto di dare vita ad un'"economia competitiva, dinamica e basata sulla conoscenza", secondo l'espressione utilizzata nella Strategia di Lisbona del 2000.¹³⁷ Dall'altro lato, però, tale protezione comporta il riconoscimento a determinati soggetti di diritti di natura territoriale che consentono la creazione di monopoli e la compartimentazione dei mercati, a detrimento del mercato unico europeo. Le istituzioni comunitarie hanno affrontato il problema del conflitto tra diritto d'autore e mercato interno percorrendo due vie diverse ma parallele: la via giurisprudenziale e la via normativa.

3.2.1 La via giurisprudenziale

Il ruolo della Corte di Giustizia in materia di diritto d'autore è stato di primissimo piano. Il punto di partenza per l'analisi della soluzione giurisprudenziale può essere rinvenuto nell'articolo 36 del Trattato di Roma, per lunghi anni unico riferimento esplicito alla materia della proprietà intellettuale. Il compito di interpretare e applicare questa norma, cioè di mantenere un equilibrio fra gli interessi confliggenti della libera circolazione e della proprietà intellettuale, è stato in larga misura svolto dalla Corte di Giustizia, che a tal fine ha elaborato tre dottrine giurisprudenziali di riferimento: la dottrina sull'"esercizio/esistenza del diritto", la dottrina dell'oggetto specifico del diritto d'autore e la dottrina dell'esaurimento dei

¹³⁶ Direttiva 2001/29 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione.

¹³⁷ Conclusioni della Presidenza, Consiglio Europeo di Lisbona, 23-24 marzo 2000.

diritti. Sebbene le prime due dottrine, a differenza della terza, siano chiaramente riconducibili alla seconda frase dell'articolo 36 (il principio di proporzionalità), tutte e tre condividono lo stesso obiettivo: quello di facilitare l'individuazione di un giusto equilibrio tra le esigenze di rafforzamento del mercato unico e quelle di tutela della proprietà intellettuale.

3.2.1.1 Il diritto d'autore come deroga alla libera circolazione delle merci e dei servizi

Prima di passare all'analisi delle tre dottrine, è opportuno fare luce su un dubbio interpretativo emerso negli anni '70 in relazione al significato da attribuire alla formula "proprietà industriale e commerciale" contenuta nell'articolo 36 TCEE. Il riferimento a queste due sole categorie di diritti di proprietà intellettuale poteva facilmente apparire come segno della volontà di escludere il diritto d'autore dall'ambito di applicazione del Trattato, o quanto meno dalle cause di deroga al principio della libera circolazione elencate all'articolo 36. Tale interpretazione trovava una giustificazione nel fatto che negli ordinamenti di alcuni Stati membri il diritto d'autore era, ed è tuttora, ricompreso nella categoria della proprietà letteraria e artistica, tenuta distinta da quella della proprietà industriale e commerciale. In mancanza di un riferimento alla proprietà intellettuale globalmente intesa, cioè comprensiva di entrambe le categorie di diritti, si riteneva che i motivi di protezione del diritto d'autore non potessero giustificare deroghe al principio della libera circolazione.

Le prime aperture circa la possibilità di ricondurre il diritto d'autore nell'ambito di applicazione dell'articolo 36 si registrarono nel 1971 nella nota sentenza *Deutsche Grammophon*¹³⁸. Si trattava di un caso di importazione in Germania di riproduzioni sonore che la ditta Deutsche Grammophon (D.G.), fabbricante delle riproduzioni e titolare dei diritti per quel Paese, aveva venduto ad una sua affiliata in Francia, la Polydor, la quale non faceva parte del gruppo

¹³⁸ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza 8 giugno 1971, *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH contro Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG.*, causa 78/70, in *Raccolta della Giurisprudenza 1971*, p. 487.

industriale ma dipendeva economicamente da quest'ultimo. La D.G. aveva costituito una rete di distributori che si impegnavano contrattualmente a praticare un certo prezzo di rivendita e a effettuare importazioni solo previa autorizzazione della D.G. stessa. La concessione dell'autorizzazione era subordinata all'impegno da parte del rivenditore a mantenere invariato il prezzo concordato anche nel caso di dischi importati. La controversia nacque per il fatto che le riproduzioni sonore vendute alla francese Polydor erano state reimportate in Germania da Metro, distributore all'ingrosso non appartenente alla rete di vendita D.G., che le aveva rivendute ad un prezzo inferiore a quello fissato per il mercato tedesco.

Tra i numerosi profili venuti in rilievo nel caso in questione, vi è quello del rapporto conflittuale tra la libera circolazione delle merci e il diritto di distribuzione, uno dei diritti connessi al diritto d'autore. A tale riguardo, la Corte di Giustizia ha innanzitutto affermato che “non è escluso che un diritto connesso al diritto d'autore possa ricadere, come i diritti di proprietà industriale e commerciale, sotto l'art. 36 del Trattato”. Si è quindi pronunciata nel senso di ritenere che il comportamento tenuto dalla Deutsche Grammophon sia stato incompatibile con le norme relative alla libera circolazione delle merci nel mercato comune, in quanto il divieto di reimportazione in Germania dei dischi da essa (o col suo consenso) esportati si configurava come un atto idoneo ad isolare i mercati nazionali¹³⁹.

Se nel caso *Deutsche Grammophon* la Corte non esclude la possibilità di ricondurre il diritto d'autore nell'ambito di applicazione dell'articolo 36, nel caso *Coditel I* (1980)¹⁴⁰ essa esaminò per la prima volta la materia del diritto d'autore nell'ambito delle eccezioni alla libera circolazione. La società francese “Les Films la Boétie” aveva concesso alla società belga “Ciné Vog Films” il diritto esclusivo di trasmettere per sette anni in Belgio e in Lussemburgo un film da essa prodotto. Il

¹³⁹ “Il fabbricante di riproduzioni sonore che si vale del diritto esclusivo di metterle in commercio – diritto attribuitogli dalle leggi di uno Stato membro – onde vietare la messa in circolazione in questo Stato di prodotti da lui stesso (o col suo consenso) smerciati in un altro Stato membro, adducendo come unico motivo che la messa in commercio non è avvenuta nel territorio del primo Stato membro, agisce in modo incompatibile con le norme relative alla libera circolazione delle merci nel mercato comune”.

¹⁴⁰ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza 18 marzo 1980, *SA Compagnie générale pour la diffusion de la télévision, Coditel, ed altri vs. Ciné Vog Films ed altri*, causa 62/79, in *Raccolta della Giurisprudenza* 1980, pag. 881.

contratto riguardava sia la trasmissione televisiva che la proiezione cinematografica. Il film avrebbe potuto essere trasmesso nella televisione belga soltanto dopo che fossero trascorsi almeno quattro mesi dalla prima proiezione in una sala cinematografica, e nella televisione belga dopo che fosse trascorso almeno un anno dalla firma del contratto. Dato che la prima proiezione in una sala cinematografica belga aveva avuto luogo il 15 maggio 1970, il film non avrebbe potuto essere trasmesso in televisione prima del settembre 1973. Les Films la Boétie aveva concesso il diritto di trasmettere il film in Germania ad un'altra società francese, la "Filmedis". Secondo il contratto, la Filmedis avrebbe potuto esercitare il diritto di comunicazione al pubblico fin da subito, cosa che fece, trasmettendo il film nella televisione tedesca il 5 gennaio 1971. Il segnale era stato captato da tre società belghe (chiamate collettivamente "Coditel"), che l'avevano ritrasmesso via cavo a beneficio dei propri abbonati. Gli abbonati Coditel avevano dunque potuto guardare il film solo sette mesi dopo la sua uscita nelle sale cinematografiche. A seguito di ciò, Ciné Vog, ritenendo che la trasmissione avesse compromesso le prospettive commerciali del film in Belgio, aveva presentato un ricorso contro Les Films la Boétie e Coditel davanti al Tribunale di Primo Grado delle Comunità Europee. Il ricorso contro Les Films la Boétie per violazione del contratto venne dichiarato inammissibile in quanto mal formulato; quello contro Coditel venne accolto e si risolse in una pronuncia favorevole a Ciné Vog. Contro la decisione del Tribunale, Coditel si rivolse dunque alla Corte d'Appello, denunciando una limitazione del principio della libera prestazione di servizi garantito dal Trattato CEE. La Corte d'Appello respinse il ricorso, affermando che le disposizioni del Trattato relative alla libera prestazione di servizi non si oppongono a che il cessionario dei diritti di rappresentazione di un film eserciti il proprio diritto di vietarne la rappresentazione non autorizzata: "se l'articolo 59 del Trattato vieta le restrizioni alla libera prestazione dei servizi, esso non riguarda con ciò i limiti all'esercizio di determinate attività economiche derivanti dall'applicazione delle legislazioni nazionali relative alla proprietà intellettuale", salvo in caso in cui "un'applicazione del genere costituisca mezzo di discriminazione arbitraria o restrizione dissimulata nelle relazioni economiche fra gli Stati membri". Per quanto la Corte non abbia fatto

esplicito riferimento all'articolo 36, questa affermazione lo richiama implicitamente, sia nella forma che nella sostanza.

La svolta si ebbe nel 1981 con la sentenza *Membran*¹⁴¹, in cui la Corte affermò per la prima volta in modo esplicito che la tutela del diritto d'autore ricade nell'ambito di applicazione dell'art. 36.

Il caso prendeva le mosse da due procedimenti davanti alla giurisdizione tedesca che avevano visto la GEMA, società tedesca per i diritti d'autore, protagonista. La società "Musik-Vertrieb Membran GmbH" importava nella Repubblica Federale di Germania supporti sonori (dischi e musicassette) da altri Paesi della Comunità Europea, nei quali si trovavano in regime di libera circolazione. Dal momento che i supporti contenevano opere musicali protette dal diritto d'autore, la Musik-Vertrieb pagava le licenze di riproduzione e messa in circolazione ai titolari dei diritti nei Paesi di fabbricazione. La GEMA, società tedesca per i diritti d'autore, riteneva che ciò ledesse i diritti dei titolari del diritto d'autore sulle opere in questione, da essa rappresentati. Si era quindi rivolta ad un tribunale tedesco chiedendo un risarcimento pari alla differenza fra i corrispettivi per le licenze pagati all'estero e il corrispettivo normalmente versato in Germania. Sia in primo grado che in appello, il giudizio si era risolto in senso favorevole a GEMA.

Per quanto riguarda l'altro procedimento, la ditta "K-tel International Ltd." aveva importato dal Regno Unito in Germania supporti riproducenti opere musicali protette. Per poter importare i dischi, la K-tel aveva versato alla società britannica dei diritti d'autore (MCPS) un diritto di licenza di importo pari alla percentuale richiesta dalla MCPS per i dischi destinati ad essere messi in commercio nel Regno Unito. La GEMA chiedeva il pagamento da parte della K-tel, per i dischi importati in Germania, della differenza tra il diritto di licenza normalmente versato in Germania e quello già pagato nel Regno Unito alla MCPS. Anche in questo caso, le sentenze nei due gradi di giudizio si risolsero in un accoglimento della richiesta di risarcimento avanzata da GEMA.

¹⁴¹ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza 20 gennaio 1981, *Musik-Vertrieb Membran e K-tel vs. GEMA*, cause riunite 55/80 e 57/80, in *Raccolta della Giurisprudenza* 1981, p.147

Musik-Vertrieb e K-tel opposero ricorso contro le suddette sentenze davanti alla Corte di Cassazione Federale, che sottopose alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee una questione pregiudiziale avente per oggetto la compatibilità dell'esercizio di diritti connessi al diritto d'autore, quali la riproduzione e la distribuzione, con le disposizioni sulla libera circolazione delle merci contenute nel Trattato CEE. La Corte si pronunciò a favore della riconducibilità del diritto d'autore all'ambito di applicazione dell'art. 36, mostrando di propendere per una nozione ampia di proprietà industriale e commerciale:

“L'espressione «tutela della proprietà industriale e commerciale» di cui all'articolo 36 del Trattato CEE comprende la tutela data dal diritto d'autore, in particolare qualora questo venga sfruttato commercialmente mediante la concessione di licenze che possono incidere sulla distribuzione, nei vari Stati membri, di merci che incorporano l'opera letteraria o artistica tutelata”.

Con questa pronuncia, la Corte pose fine all'annoso dibattito circa la riconducibilità della materia del diritto d'autore all'ambito di applicazione del Trattato, affermando che anch'essa, al pari degli altri diritti di proprietà intellettuale, rientra fra le cause ammissibili di deroga al principio della libera circolazione. Così facendo, estese anche l'ambito dei destinatari della norma, fino a ricomprendere i titolari dei diritti. Mentre l'esistenza di una legislazione nazionale in materia di diritto d'autore è di per sé autonoma rispetto alla materia della libera circolazione delle merci e dei servizi, il titolare del diritto d'autore è tenuto ad esercitare i suoi diritti in maniera coerente con quanto disposto dall'articolo 30 TCEE.

3.2.1.2 Esistenza ed esercizio del diritto d'autore. La proprietà intellettuale è “proprietà”?

Un'altra questione controversa fu quella relativa alla riconducibilità della proprietà intellettuale complessivamente intesa alla nozione di proprietà. L'articolo 222 TCEE (art. 295 TCE, ora art. 345 TFUE) stabilisce infatti che “il Trattato lascia del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri”. In passato ci si interrogava sulla possibilità di ricomprendere la nozione di proprietà intellettuale all'interno di quella più ampia di proprietà. In particolare, gli Stati

membri sostenevano che, in assenza di misure comunitarie di armonizzazione, l'articolo garantiva loro una competenza esclusiva in materia di proprietà intellettuale. Sebbene lo scopo originario dell'articolo 222 fosse probabilmente solo quello di chiarire che gli Stati sono liberi di stabilire autonomamente un equilibrio fra proprietà pubblica e privata, e quindi di compiere delle nazionalizzazioni, esso è stato ritenuto applicabile anche alla materia della proprietà intellettuale, quanto meno nelle forme della proprietà industriale e commerciale di cui all'articolo 36. Tale opinione è stata per esempio espressa da Woods, la quale inquadra il problema nei seguenti termini: “[...] industrial and commercial property is clearly a form of property right within Article 295 and therefore the potential conflict between that provision and Article 28-30 was an issue which the Court had to resolve”¹⁴².

Nel 1966 (sentenza *Consten-Grundig*¹⁴³) la Corte di Giustizia si era implicitamente pronunciata a favore dell'applicabilità dell'art. 222 alla materia della proprietà intellettuale. Il caso, non appartenente alla materia del diritto d'autore bensì a quella dei marchi, riguardava un accordo tra Grundig, società tedesca, e Consten, distributore francese, secondo cui Consten era autorizzata a registrare in Francia il marchio GINT che Grundig applicava a tutti i suoi prodotti. A seguito della registrazione, il marchio avrebbe potuto essere facilmente impiegato per bloccare le importazioni parallele. La Commissione aveva ritenuto che l'accordo violasse l'articolo 81 del Trattato e aveva quindi imposto a Grundig e Consten di non ostacolare o impedire le importazioni parallele e, in particolare, di non farlo attraverso l'impiego del marchio GINT. Consten e Grundig avevano dunque fatto appello alla Corte di Giustizia denunciando, fra le altre cose, la violazione

¹⁴² WOODS L., *Free movement of goods and services within the European Community*, Ashgate Publishing Ltd., Aldershot, 2004, pp. 139-140. Dello stesso avviso RUPING K., “Copyright and an Integrated European Market: Conflicts with Free Movement of Goods, Competition Law and National Discrimination”, *Temple International and Comparative Law Journal*, vol. 11, n. 1, 1997, p. 7.

¹⁴³ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza 13 luglio 1966, *Etablissements Consten e Grundig-Verkaufs-GMBH vs. Commissione delle Comunità Europee*, cause riunite 56 e 58/64, in *Raccolta* 1966, p. 458. Un riferimento più recente ed esplicito all'art. 295 TCE è stato fatto dal Presidente del Tribunale di Primo Grado (ora semplicemente “Tribunale”) nel caso *IMS Health* (2001): “L'interesse generale per quanto riguarda la tutela dei diritti di proprietà in generale e dei diritti di proprietà intellettuale in particolare è esplicitamente richiamato dagli artt. 30 CE e 295 CE” (Ordinanza del presidente del Tribunale di primo grado del 26 ottobre 2001. - *IMS Health Inc. vs. Commissione delle Comunità europee*, causa T-184/01 R, in *Raccolta* 2001, pag. II-03193).

dell'articolo 222 da parte della Commissione, con conseguente abuso da parte di quest'ultima nell'esercizio dei suoi poteri. Nella sua sentenza, la Corte di Giustizia affermò che l'articolo 222 del Trattato non osta "a che il diritto comunitario incida sull'esercizio dei diritti nazionali di proprietà industriale". Essa inoltre mise in evidenza come l'ingiunzione della Commissione non alterasse la proprietà dei diritti nazionali relativi al marchio (l'"esistenza" del marchio) ma fosse diretta a limitarne l'esercizio nella misura necessaria alla realizzazione del divieto contenuto all'articolo 85, paragrafo 1. Sulla base di questo ragionamento, la Corte respinse le richieste di Consten e Grundig.

Cinque anni dopo, nel già citato caso *Deutsche Grammophon*, la Corte confermò la riconducibilità della proprietà intellettuale all'ambito di applicazione dell'articolo 222. Essa affermò che sebbene l'articolo 222 del Trattato CEE riservasse la definizione dell'oggetto specifico di un diritto di proprietà intellettuale agli Stati membri ("esistenza" del diritto), l'"esercizio" del diritto ricadeva comunque nell'ambito di applicazione del Trattato, per cui il suo titolare non avrebbe potuto esercitarlo in maniera incompatibile con il principio della libera circolazione:

“Quantunque il Trattato faccia salva l'esistenza dei diritti attribuiti dalle leggi di uno Stato membro in materia di proprietà industriale e commerciale, l'esercizio di questi diritti può ciò nondimeno ricadere sotto i divieti sanciti dal Trattato”.

La dottrina della distinzione tra esistenza ed esercizio del diritto di proprietà intellettuale è stata oggetto di numerose critiche, sia da parte di studiosi che di professionisti del settore¹⁴⁴. È infatti parso estremamente artificioso, se non logicamente impossibile, operare una distinzione fra l'esistenza di un diritto e il suo esercizio. A tal riguardo, Korah ha osservato che "l'esistenza di un diritto comprende tutti i modi in cui può essere esercitato".¹⁴⁵ Se è vero che in alcuni casi successivi la

¹⁴⁴ Sul punto RUPING K., "Copyright and an Integrated European Market", op. cit., p. 8; KEELING D., "Intellectual Property Rights and the Free Movement of Goods in the European Union", *Brooklin Journal of International Law*, vol. 20, 1993, p. 134.

¹⁴⁵ KORAH V., *Intellectual Property Rights and the EC Competition Rules*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2006, p. 3.

Corte ha teso a ridimensionare il ricorso a questa dottrina, essa non è stata tuttavia mai abbandonata¹⁴⁶.

3.2.1.3 L'oggetto specifico del diritto d'autore

La seconda dottrina, anch'essa inaugurata dalla sentenza *Deutsche Grammophon*, è quella dell'oggetto specifico, secondo cui le deroghe al principio della libera circolazione sono ammesse solo se giustificate dallo scopo di salvaguardare l'oggetto specifico di un diritto di proprietà intellettuale:

“Mentre consente dei divieti o restrizioni della libera circolazione dei prodotti per motivi di tutela della proprietà industriale e commerciale, l'art. 36 ammette delle deroghe a detta libertà solo nella misura in cui appaiono indispensabili per la tutela dei diritti che costituiscono oggetto specifico di detta proprietà”.

La formulazione della dottrina dell'oggetto specifico è stata sicuramente un evento importante nella storia della giurisprudenza comunitaria poiché ha consentito una migliore applicazione del principio di proporzionalità enunciato nella seconda frase dell'articolo 36. Come ha sottolineato Keeling: “la nozione di oggetto specifico, quando è applicata correttamente, ci ricorda che il riconoscimento di un diritto esclusivo suscettibile di restringere la libera circolazione delle merci dev'essere sempre sostenuto da una giustificazione fondamentale, riconducibile all'interesse pubblico”¹⁴⁷ [*trad. propria*].

Nonostante l'indubbia importanza del principio, non si può tuttavia fare a meno di osservare che la Corte di Giustizia, a differenza di quanto avvenuto per i

¹⁴⁶ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza del 6 aprile 1995, *Radio Telefis Eireann & Independent Television Publications Ltd. vs. Commissione delle Comunità Europee*, cause riunite C-241/91 P e C-242/91 P, in *Raccolta della Giurisprudenza* 1995, p. 743. Nel caso *Ideal-Standard* (Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza del 22 giugno 1994, *IHT Internationale Heiztechnik GmbH e Uwe Danzinger vs. Ideal-Standard GmbH e Wabco Standard GmbH*, causa C-9/93, in *Raccolta della Giurisprudenza* 1994, p. 2789) la Corte ha ignorato tale dottrina.

¹⁴⁷ “The concept of specific subject matter, when it is properly applied, reminds us that there must always be some fundamental justification, pertaining to the public interest, for granting an exclusive right that is capable of restricting the free movement of goods” (KEELING D., “Intellectual Property Rights and the Free Movement of Goods in the European Union”, *op.cit.*, p. 136).

brevetti e i marchi¹⁴⁸, ha a lungo evitato di precisare cosa debba intendersi per oggetto specifico del diritto d'autore. La riluttanza nel definire l'oggetto specifico del diritto d'autore ha reso difficile l'applicazione della dottrina in esame, suggerendo l'idea che i giudici abbiano incontrato delle difficoltà nel descriverne il contenuto.

Come spiegare l'atteggiamento della Corte? Nel 1982 l'ex Avvocato Generale Reischl aveva sostenuto che ciò era da imputarsi alla diversità delle opere e delle attività protette¹⁴⁹. La tesi, tuttavia, non appare particolarmente convincente, dal momento che lo stesso ragionamento potrebbe essere esteso agli altri diritti di proprietà intellettuale. Si pensi, per esempio, al vasto campo di applicazione dei brevetti, che possono coprire qualsiasi invenzione (prodotto o processo) in qualsiasi settore tecnologico, purché soddisfatti i requisiti dell'originalità e dell'avanzamento rispetto allo stato dell'arte. Lo stesso può dirsi dei marchi, che si possono rinvenire in qualsiasi settore industriale e commerciale. Più convincente appare la tesi di Ruping¹⁵⁰, secondo cui il problema non era rappresentato tanto dalla diversità delle opere e delle attività protette dal diritto d'autore quanto dalla "diversità" del diritto d'autore stesso. Vi è infatti un fondamentale disaccordo fra le tradizioni di *civil law* e di *common law*. Nei Paesi a *common law*, il diritto d'autore viene considerato prima di tutto come diritto economico. Nei Paesi a *civil law*, invece, si tende a distinguere tra i diritti morali inalienabili spettanti all'autore di un'opera e i diritti economici spettanti al titolare del diritto d'autore sull'opera. Le due figure possono coincidere, ma ciò non è necessario. Inoltre, nonostante la valorizzazione dei diritti morali tipica dei Paesi a tradizione di *civil law*, il contenuto e la durata della protezione tendono a variare da Paese a Paese. Un'altra differenza riguarda la figura dell'autore: mentre nei Paesi a *common law* può essere autore anche una persona giuridica, nei Paesi a *civil law* si tende a riconoscere come autore solo una persona

¹⁴⁸ Si segnalano due sentenze a mo' di esempio. Sui brevetti: Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza del 31 ottobre 1974, *Centrafarm B.V. e Adrian de Peijper vs. Sterling Drug Inc.*, causa 15/74, in *Raccolta della Giurisprudenza* 1974, p. 1147. Sui marchi: Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza del 23 maggio 1978, *Hoffmann-La Roche et co. vs. Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse MBH*, causa 102/77, in *Raccolta della Giurisprudenza* 1978, p. 1139.

¹⁴⁹ REISCHL G., "Industrial Property and Copyright Before the European Court of Justice", *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, vol. 13, n. 4, p. 424-425.

¹⁵⁰ RUPING K., "Copyright and an Integrated European Market", op. cit., p. 9.

fisica¹⁵¹. Ancora, la soglia di originalità richiesta tende ad essere più alta nei Paesi a *civil law* rispetto a quelli a *common law*. A causa delle evidenti difformità dei regimi nazionali di protezione del diritto d'autore, è facile supporre che la Corte di Giustizia abbia avuto enormi difficoltà nel fornire una definizione dell'oggetto specifico del diritto d'autore.

Dagli anni '70 agli anni '90, la Corte non si è più soffermata sulla dottrina dell'oggetto specifico applicata al diritto d'autore. Ciononostante, si può ritenere che essa ne abbia voluto recuperare il senso profondo attraverso l'impiego di un'altra formula, quella di "funzione essenziale". A tale proposito si può richiamare di nuovo la sentenza *Coditel I* (1979)¹⁵², nella quale la Corte ha affermato che "la facoltà, per il titolare del diritto d'autore e dei suoi aventi causa, di esigere remunerazioni per qualsiasi rappresentazione di un film fa parte della funzione essenziale del diritto d'autore riguardante tale genere di opere letterarie od artistiche". Come si può osservare, il riferimento è ai soli diritti economici e non anche ai più controversi diritti morali. Nel successivo caso *Magill* (1991)¹⁵³, il Tribunale di Primo Grado si affermò come primo organo giurisdizionale comunitario ad enunciare le finalità del diritto d'autore, sia con riferimento ai diritti economici che con riferimento ai diritti morali. La formulazione del Tribunale venne poi fatta propria dalla Corte di Giustizia:

“In siffatta ipotesi, infatti, l'esercizio del diritto d'autore non risponde più alla funzione essenziale di questo diritto, consistente, ai sensi dell'art. 36, nell'assicurare la tutela del diritto morale d'autore e la remunerazione dello sforzo creativo, nel rispetto delle finalità perseguite, in particolare, dall'art. 86 “.

¹⁵¹ Ciò non toglie che nei Paesi a *civil law* una persona giuridica può comunque essere titolare dei diritti economici.

¹⁵² Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza 18 marzo 1980, *SA Compagnie générale pour la diffusion de la télévision, Coditel, ed altri vs. Ciné Vog Films ed altri*, causa 62/79, in *Raccolta della Giurisprudenza* 1980, pag. 881.

¹⁵³ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza del 10 luglio 1991, *Independent Television Publications Ltd. vs. Commissione delle Comunità Europee*, causa T-76/89, in *Raccolta della Giurisprudenza* 1991, p. 575.

A distanza di oltre vent'anni dalla sentenza *Deutsche Grammophon*, la Corte tornò a parlare di oggetto specifico del diritto d'autore nel caso *Phil Collins* (1993)¹⁵⁴, dandone stavolta una definizione completa:

“L' oggetto specifico di tali diritti, quali disciplinati dalle leggi nazionali, è quello di assicurare la tutela dei diritti morali ed economici dei loro titolari. La tutela dei diritti morali consente soprattutto agli autori e agli artisti di opporsi a qualsiasi deformazione, mutilazione o altra modifica dell' opera che possa recare pregiudizio al loro onore o alla loro reputazione. Il diritto d'autore e i diritti connessi presentano del pari un carattere economico in quanto prevedono la facoltà di sfruttare commercialmente la messa in circolazione dell' opera tutelata, in particolare attraverso la concessione di licenze dietro il pagamento di compensi”

La spiegazione di questo “cambio di rotta” da parte della Corte è probabilmente da imputarsi al fatto che negli anni '90 era stato ormai raggiunto un livello di armonizzazione tale da consentire di formulare una definizione dell'oggetto specifico del diritto d'autore soddisfacente, capace di ricomprendere tanto gli aspetti morali quanto gli aspetti economici. Non si può comunque fare a meno di notare che, nella sostanza, la nozione di “funzione essenziale” e quella di “oggetto specifico” abbiamo il medesimo contenuto: entrambe infatti descrivono l'insieme dei diritti conferiti al titolare del diritto d'autore.

3.2.1.4 L'esaurimento dei diritti

La dottrina dell'esaurimento dei diritti ha rappresentato un altro importante tentativo di trovare un equilibrio tra i regimi nazionali di tutela della proprietà intellettuale e la libera circolazione delle merci e dei servizi. La dottrina prevede che una volta avvenuta l'immissione di un prodotto (o di un'opera, nel caso del diritto d'autore) nel mercato di un Paese membro con il consenso del titolare del diritto, non sia più possibile proibirne l'importazione in un altro Paese. Ancora una volta è

¹⁵⁴ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza del 20 ottobre 1993, *Phil Collins vs. Imtrat Handelsgesellschaft MBH e Patricia Im- und Export Verwaltungsgesellschaft MBH e Leif Emanuel Kraul vs. EMI Electrola GmbH*, cause riunite C-92/92 e C-326/92, in *Raccolta della Giurisprudenza* 1993, p. 5145.

necessario richiamarsi alla sentenza *Deutsche Grammophon* (1971), che si conferma madre di tutte le sentenze comunitarie in materia di diritto d'autore. Nella sentenza in questione, la Corte di Giustizia affermò che Deutsche Grammophon, società titolare del diritto d'autore, aveva esaurito i suoi diritti con la vendita autorizzata in Francia¹⁵⁵ delle riproduzioni sonore. Di conseguenza, essa non poteva proibire la loro successiva importazione (“importazione parallela”) in Germania, come invece era accaduto.

La dottrina dell'esaurimento dei diritti ha goduto di larga fortuna nella soluzione delle controversie in materia di diritto d'autore, anche in ragione delle difficoltà della Corte nel definire l'oggetto specifico del diritto¹⁵⁶. La Corte ha tuttavia ritenuto di dover applicare alcune limitazioni al ricorso alla suddetta dottrina nei limiti in cui una sua rigida applicazione avrebbe potuto compromettere l'effettiva commercializzazione delle opere protette. Innanzitutto, la dottrina dell'esaurimento dei diritti si applica solo al commercio intra-regionale. Il diritto d'autore può dunque essere fatto legittimamente valere in relazione a opere importate da Paesi non appartenenti alla Comunità/Unione Europea. Si può, a tal proposito, citare il caso *Polydor* (1982)¹⁵⁷, vertente attorno a due società britanniche, la Simons e la Harlequin, che avevano acquistato in Portogallo dei dischi musicali dei Bee Gees, per poi rivenderli nel Regno Unito senza l'autorizzazione della Polydor, titolare della licenza esclusiva per la loro produzione e distribuzione nel mercato britannico. La Polydor si era rivolta ad un tribunale inglese, che aveva operato un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee relativamente all'interpretazione degli articoli 14, 2 e 23 di un accordo fra Comunità Economica Europea e Repubblica Portoghese del 1972. L'accordo disponeva la soppressione incondizionata di alcune restrizioni agli scambi. Nell'esaminare il caso, la Corte di Giustizia sottolineò il fatto che le finalità perseguite dall'accordo in questione non

¹⁵⁵ Si ricorda che Deutsche Grammophon aveva autorizzato la società francese Polydor a vendere le sue riproduzioni sonore in Francia (v. par. 3.2.1.1).

¹⁵⁶ RUPING K., “Copyright and an Integrated European Market”, op. cit., p. 11.

¹⁵⁷ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza del 9 febbraio 1982, *Polydor Limited e RSO Records Inc. vs. Harlequin Record Shops Limited e Simons Records Limited*, causa 270/80, in *Raccolta della Giurisprudenza* 1982, p. 329. Nel caso di specie si trattava del Portogallo, che all'epoca dei fatti non faceva ancora parte dell'Unione Europea.

corrispondevano esattamente a quelle della CEE, in particolare per quanto concerne l'instaurazione di un mercato unico. Di conseguenza, essa ritenne che l'accordo potesse ammettere restrizioni giustificate da motivi di protezione della proprietà industriale e commerciale, anche in situazioni in cui tali restrizioni sarebbero state ingiustificabili all'interno della Comunità. Com'è facile osservare, la vicenda in sé è del tutto assimilabile ad un caso di proibizione di un'importazione parallela, con la differenza che nel caso di specie il Paese dal quale è avvenuta l'importazione non apparteneva all'epoca alla Comunità Economica Europea.

L'altra limitazione alla dottrina dell'esaurimento dei diritti riguarda l'estensione della protezione. Vale qui la pena di riportare il caso *Warner Bros* (1988)¹⁵⁸. La Warner Bros, titolare nel Regno Unito dei diritti d'autore su un film da essa prodotto, aveva ceduto la gestione dei diritti di produzione video per la Danimarca alla società Metronome. Poiché la videocassetta del film era in vendita nel Regno Unito con l'autorizzazione di Warner Bros, il sig. Christiansen, titolare di un videonoleggio in Danimarca, ne aveva acquistata un esemplare a Londra, con l'intento di importarlo in Danimarca e darlo a noleggio. Poiché la normativa danese consentiva al produttore di un'opera cinematografica di opporsi al noleggio di videocassette dell'opera fino a che non l'avesse autorizzato, la Warner e la Metronome avevano ottenuto che le autorità danesi vietassero al sig. Christiansen il noleggio della videocassetta in Danimarca. Il sig. Christiansen aveva dunque fatto ricorso ad un tribunale danese, che aveva sollevato una questione pregiudiziale relativa alla corretta interpretazione degli articoli 30 e 36 davanti alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee. La Corte affermò che "gli articoli 30 e 36 del Trattato non ostano all'applicazione di una normativa nazionale che attribuisca all'autore la facoltà di subordinare alla propria autorizzazione l'offerta in noleggio di videocassette, qualora si tratti di videocassette già messe in circolazione col suo consenso in un altro Stato membro, le cui leggi permettono all'autore di controllare la prima vendita senza dargli diritto di vietare il noleggio". In altre parole,

¹⁵⁸ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza del 17 maggio 1988, *Warner Brothers Inc. e Metronome Video APS vs. Erik Viuff Christiansen*, causa 158/86, in *Raccolta della Giurisprudenza* 1988, p. 2605.

l'immissione nel mercato britannico della videocassetta non aveva esaurito il diritto di subordinare ad autorizzazione la sua offerta in noleggio nel mercato danese ai sensi della normativa ivi vigente. Il Paese in cui era avvenuta l'immissione nel mercato comunitario (Regno Unito) non era infatti dotato di una normativa che consentisse il controllo sul successivo noleggio, a differenza del Paese nel quale la videocassetta era stata successivamente importata (Danimarca). Il titolare dei diritti in questo caso non intendeva proibire le vendite successive dell'opera (la videocassetta era stata importata in Danimarca senza alcuna opposizione da parte di Warner Bros), bensì il suo ulteriore sfruttamento commerciale nella forma dell'offerta in noleggio, sfruttamento subordinabile ad autorizzazione ai sensi della normativa danese in materia.

3.2.1.5 Il principio di non discriminazione

In conclusione di questa disamina della giurisprudenza comunitaria in materia di diritto d'autore, si fa qui cenno ad un principio generale contenuto all'articolo 7 del Trattato CEE (poi art. 12 TCE, ora art. 18 TFUE), e cioè il principio di non discriminazione. In forza di tale principio, "è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità". L'articolo 7 ha trovato applicazione nel già citato caso *Phil Collins* (1993)¹⁵⁹. La Imtrat Handelsgesellschaft mbH, società distributrice di fonoregistrazioni, aveva messo in commercio in Germania un CD contenente la registrazione di un concerto tenutosi negli Stati Uniti del cantante inglese Phil Collins. Quest'ultimo aveva presentato ricorso ad un tribunale tedesco contro la commercializzazione del CD, essendo la registrazione avvenuta senza il suo consenso¹⁶⁰. Nel fare ciò, aveva invocato l'applicazione di una legge tedesca che riconosceva all'artista interprete o esecutore, cittadino tedesco, il diritto di opporsi alla diffusione delle proprie esecuzioni riprodotte senza il proprio consenso, indipendentemente dal luogo in cui erano state effettuate. Dal momento che la legge

¹⁵⁹ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza 20 ottobre 1993, *Phil Collins vs. Imtrat Handelsgesellschaft mbH e Patricia Im- und Export Verwaltungsgesellschaft mbH e Leif Emanuel Kraul vs. EMI Electrola GmbH*, Cause riunite C-92/92 e C-326/92, in *Raccolta* 1993, p. I-05145.

¹⁶⁰ Le registrazioni di concerti in violazione del diritto d'autore sono comunemente note come "bootlegs".

in questione riconosceva tale diritto solo ai cittadini tedeschi¹⁶¹, il tribunale aveva sollevato una questione pregiudiziale dinnanzi alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, in merito all'applicabilità dell'articolo 7 al caso di specie. Dopo aver esaminato il caso, la Corte affermò che il diritto d'autore nazionale degli Stati membri della CEE è soggetto al principio di non discriminazione enunciato all'articolo 7, primo comma del Trattato. Tale principio può essere fatto "direttamente valere dinanzi al giudice nazionale da un autore o da un artista di un altro Stato membro, o da un loro avente causa, per chiedere il beneficio della tutela riservata agli autori e agli artisti nazionali".

Un altro caso che merita di essere ricordato è *Land Hessen vs. Ricordi*¹⁶² del 2002. La controversia originava da una serie di rappresentazioni dell'opera *La Bohème* di Giacomo Puccini avvenute in un teatro tedesco tra il 1993 e il 1995 senza l'autorizzazione di Ricordi, la società italiana titolare dei diritti. La legge italiana dell'epoca fissava il termine di protezione del diritto d'autore a cinquantasei anni dalla morte dell'autore, laddove invece la legge tedesca lo fissava a settant'anni dalla morte dell'autore. Poiché la Convenzione di Berna (art. 7.8), di cui sia l'Italia che la Germania erano parti, prevedeva che la durata della protezione dovesse essere quella fissata dalla legge del Paese in cui essa veniva richiesta, e poiché la legge tedesca non prevedeva la possibilità di accordare la protezione per un termine superiore a quello stabilito dal Paese di origine dell'opera, si era ritenuto che il termine di protezione de *La Bohème* fosse scaduto nel 1980, essendo Puccini deceduto nel 1926. Di conseguenza, le rappresentazioni avevano avuto luogo senza alcuna richiesta di autorizzazione a Ricordi. Se invece della legge italiana in materia fosse stata applicata la legge tedesca, l'opera sarebbe stata protetta fino al 1994 e dunque sarebbe stato necessario ottenere l'autorizzazione del titolare dei diritti per le rappresentazioni avvenute tra il 1993 e il 1994. Il tribunale tedesco a cui Ricordi si era rivolta denunciando la violazione dei propri diritti patrimoniali, aveva presentato

¹⁶¹ Poiché gli Stati Uniti non erano un Paese firmatario della Convenzione di Roma, Collins non poteva nemmeno invocare la protezione garantita da questa convenzione.

¹⁶² Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza del 6 giugno 2002, *Land Hessen vs. G. Ricordi & Co. Bühnen- und Musikverlag GmbH.*, Causa C-360/00, in *Raccolta della Giurisprudenza* 2002, p. 5089.

una questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee in merito all'interpretazione dell'articolo 6 TCE, ritenendo che nel caso di specie potesse ravvisarsi una discriminazione sulla base della nazionalità.

La Corte di Giustizia affermò che la disparità di trattamento tra autori italiani e tedeschi operata dalla legge tedesca era in contrasto con l'articolo 6 del Trattato, in quanto l'articolo in questione "obbliga ciascuno Stato membro a garantire una completa parità di trattamento tra i suoi cittadini ed i cittadini di altri Stati membri che si trovino in una situazione disciplinata dal diritto comunitario". Essa osservò inoltre come l'art. 7.8 della Convenzione di Berna autorizzasse la Repubblica Federale di Germania ad estendere ai diritti di un autore straniero il periodo di protezione di 70 anni previsto dal diritto tedesco. L'obbligo di rispetto del diritto comunitario avrebbe imposto alla Germania di avvalersi di tale facoltà. Per quanto riguardava la circostanza che Puccini fosse deceduto prima dell'entrata in vigore del Trattato CEE in Italia, la Corte affermò che ciò non ostava all'applicazione del divieto di discriminazione sancito dall'articolo 6 del Trattato, in quanto nel 1958 il diritto d'autore produceva ancora i suoi effetti in capo agli aventi causa di Giacomo Puccini.

3.2.2 L'armonizzazione delle normative nazionali

Accanto alla via giurisprudenziale, l'Unione Europea ha intrapreso anche la strada più avanzata dell'armonizzazione delle normative nazionali in materia di diritto d'autore. Se le normative nazionali in materia riconoscessero un pari livello di protezione non si verificherebbero problemi legati al fatto che un'opera letteraria potrebbe essere coperta da diritto d'autore in uno Stato membro ed essere di pubblico dominio in un altro. Ciononostante, come si mostrerà, questa via potenzialmente più efficace presenta anche alcune difficoltà ed inconvenienti.

L'attenzione della Commissione per il diritto d'autore risale alla fine degli anni '80. Il passaggio da un atteggiamento di tendenziale indifferenza ad un atteggiamento di interesse per la tematica del rapporto tra diritto d'autore e mercato interno è da imputarsi all'avvento della cd. "società dell'informazione", cioè di una società in cui la ricchezza non è più materiale ma immateriale e in cui la

comunicazione e la tecnologia occupano un posto centrale. Nei primi decenni di vita della Comunità Europea, la materia del diritto d'autore non aveva ancora assunto l'importanza che riveste oggi. La commercializzazione di materiale coperto da diritto d'autore avveniva perlopiù all'interno dei confini nazionali; di conseguenza il suo impatto sul mercato unico europeo risultava modesto. Negli anni '90, con la progressiva e rapida diffusione dei *personal computer*, dei *database* e, soprattutto, di Internet, il quadro mutò radicalmente. La circolazione delle opere divenne più rapida, estesa e difficilmente controllabile; di conseguenza, l'esigenza di garantire un'efficace tutela del diritto d'autore preservando al contempo il mercato interno si fece sempre più sentita.

Come sottolineato da Cohen Jehoram¹⁶³, le pronunce della Corte di Giustizia negli anni '70 e '80 giocarono un ruolo cruciale nel motivare la Commissione a proporre direttive per l'armonizzazione dei regimi nazionali in materia di diritto d'autore. Contraria alle restrizioni del principio della libera circolazione, alla fine degli anni '80 la Commissione decise di intervenire per mettere ordine in una materia che rischiava di compromettere la realizzazione del mercato unico europeo. Il tema era spinoso, dal momento che chiamava in causa le diverse sensibilità culturali dei Paesi membri. Al fine di superare più facilmente le barriere culturali, la Commissione optò per un approccio graduale, puntando all'armonizzazione di specifici aspetti delle normative nazionali. Per quanto riguarda la prima generazione di direttive di armonizzazione, Cohen Jehoram le ha definite come "incidenti" imputabili a precedenti sentenze della Corte di Giustizia dalle conseguenze non del tutto gradite dalla Commissione. La Direttiva 93/83, per esempio, può essere letta come una risposta alla sentenza *Coditel I* (1980), la Direttiva 92/100 come una risposta al caso *Warner Bros* (1988), la Direttiva 93/98 come una risposta al caso *Phil Collins* (1993).

Le direttive di armonizzazione di seguito analizzate sono presentate in ordine cronologico di adozione.

¹⁶³ COHEN JEORAM H., *European Copyright Law – Even More Horizontal*, op. cit. pp. 533-534.

3.2.2.1 Il Libro Verde del 1988 e il Programma di lavoro della Commissione

La prima generazione di direttive in materia di diritto d'autore affonda le sue radici nel Libro Verde sul diritto d'autore e le sfide tecnologiche del 1988.¹⁶⁴ Nel proporre aggiustamenti alle legislazioni nazionali in materia di diritto d'autore, la Commissione non intendeva promuovere misure di carattere orizzontale (cioè generale), né tanto meno dare vita ad un regime unico europeo di protezione del diritto d'autore. L'intervento del legislatore comunitario avrebbe dovuto essere limitato a quanto strettamente necessario per il conseguimento degli obiettivi della Comunità.¹⁶⁵

Il Libro Verde metteva in luce la volontà di armonizzare le normative nazionali con riferimento ad ambiti specifici, quali la tutela del *software*, le banche dati, la durata della protezione e il diritto di noleggio. Nell'affrontare la questione, la Commissione prendeva le mosse dalla constatazione del fatto che la presenza di significative differenze nella protezione di alcuni tipi di opere coperte da diritto d'autore poteva produrre una frammentazione del mercato interno.¹⁶⁶ Se da un lato l'innovazione tecnologica aveva reso possibile una più ampia disseminazione delle creazioni intellettuali a beneficio degli autori e della collettività, dall'altro lato la più estesa circolazione delle opere imponeva di fare i conti con un accresciuto rischio di violazione del diritto d'autore. Le legislazioni degli Stati membri, sviluppatasi in un contesto precedente alla nascita della società dell'informazione, non sempre si dimostravano all'altezza delle nuove sfide.

Benché dunque la Commissione rivolgesse la propria attenzione primariamente all'obiettivo del completamento del mercato interno, le questioni relative all'efficacia delle normative sul diritto d'autore non erano estranee alla sua analisi. A queste si aggiunsero, come sottolinea Mazziotti¹⁶⁷, anche delle valutazioni di politica industriale: la Commissione, infatti, sottolineò l'importanza del diritto

¹⁶⁴ Commissione delle Comunità Europee, Libro verde "Il diritto di autore e le sfide tecnologiche - Problemi di diritto di autore che richiedono un'azione immediata", COM(88) 172, giugno 1988.

¹⁶⁵ "Community legislation should be restricted to what is needed to carry out the tasks of the Community. Many issues of copyright law, do not need to be subject of action at Community level":

¹⁶⁶ "[...] significant differences in the protection available to particular classes of copyright works can clearly fragment the internal market in those works in an undesirable way".

¹⁶⁷ MAZZIOTTI G., *EU Digital Copyright and the End User*, op. cit., p. 47.

d'autore come strumento di promozione della competitività dell'industria europea sulla scena internazionale.

Nel Libro verde, la Commissione individuò quattro necessità fondamentali a cui la Comunità avrebbe dovuto rivolgere la propria attenzione. La prima necessità era quella di creare un mercato unico europeo per i beni e i servizi protetti dal diritto d'autore, attraverso la rimozione delle barriere legali e delle distorsioni concorrenziali idonee a frammentare il mercato unico. A tal fine, la Commissione sottolineava anche l'importanza di adottare misure efficaci per combattere il fenomeno della pirateria audiovisiva. La seconda necessità era quella di migliorare la competitività della CEE nel settore dei beni e dei servizi protetti dal diritto d'autore, attraverso la creazione di un quadro giuridico di tutela della proprietà intellettuale paragonabile, per efficacia e completezza, a quello dei principali concorrenti a livello internazionale. La terza necessità era quella di proteggere la creazione intellettuale e gli investimenti effettuati dalla Comunità contro lo sfruttamento illecito da parte di utenti provenienti da Paesi terzi. Infine, la Commissione evidenziava la necessità di limitare gli effetti restrittivi del diritto d'autore sulla concorrenza, soprattutto in settori ad alto contenuto tecnologico come quello dei programmi per *computer* e delle banche dati, tenendo dunque presenti non solo gli interessi dei titolari dei diritti, ma anche quelli dei consumatori¹⁶⁸.

La Commissione individuò poi sei aree nelle quali il legislatore comunitario avrebbe dovuto, a suo giudizio, intervenire al più presto ("*immediate action*"). Tali aree sono la tutela giuridica del diritto d'autore, la copia domestica di materiale audiovisivo, i diritti di distribuzione, noleggio ed esaurimento, il *software*, le banche dati e le relazioni esterne bilaterali e multilaterali.

Nel Programma di Lavoro seguito al Libro Verde (pubblicato nel 1990 dopo un ampio processo di consultazione con gli *stakeholders*)¹⁶⁹ la Commissione individuò ulteriori aree di possibile intervento del legislatore comunitario, come i

¹⁶⁸ Libro verde sul diritto d'autore (1988), op. cit., par. 1.3.1 - 1.3.6.

¹⁶⁹ Commissione delle Comunità Europee, Iniziative da adottare a seguito del Libro verde – programma di lavoro della Commissione in materia di diritto d'autore e di diritti connessi, COM(90) 584 def., 17 gennaio 1991.

diritti morali, la durata della protezione legale, la reprografia e i diritti degli artisti sulle successive vendite dell'originale di un'opera d'arte. Un capitolo a parte fu dedicato alle questioni relative alle trasmissioni.

Nell'Appendice al Programma di Lavoro, la Commissione delineò un'agenda di iniziative comunitarie da intraprendere in materia di diritto d'autore. L'agenda prevedeva l'elaborazione e la presentazione di cinque proposte di direttiva, dedicate ai diritti di noleggio e di prestito, alla copia domestica di materiale audiovisivo, alla durata della protezione, alle banche dati e alla trasmissioni via satellite e via cavo. Essa prevedeva inoltre la presentazione di una proposta di decisione per l'adesione degli Stati membri all'Atto di Parigi (1971) della Convenzione di Berna e alla Convenzione di Roma.

3.2.2.2 La direttiva sulla protezione legale dei programmi per elaboratore

Gran parte del programma di lavoro annunciato dalla Commissione nel 1988-1990 venne portato a termine nel corso degli anni '90. Dopo un'attenta considerazione delle osservazioni presentate dagli osservatori, il 5 gennaio 1989 la Commissione presentò al Consiglio una proposta di direttiva sulla protezione legale dei programmi per *computer*, mirante ad assicurare a questi ultimi una protezione pari a quella garantita alle opere letterarie dalla Convenzione di Berna. Date le caratteristiche proprie del *software*, si riteneva che il diritto d'autore potesse offrire la protezione più adeguata. La creatività nella realizzazione dei programmi, infatti, risiede essenzialmente nella formulazione di algoritmi matematici, che in quanto tali non possono costituire oggetto di brevetto. Rispetto a questo problema, il diritto d'autore offre il vantaggio di proteggere l'opera in chiave complessiva, senza necessità di scomporla in logica, algoritmi o principi¹⁷⁰.

Per ben due anni a partire dalla sua presentazione la proposta di direttiva fu oggetto di un'intensa attività di *lobbying*, in particolare in relazione a due aspetti: le interfacce *software*, cioè le parti del programma che assicurano l'interazione tra

¹⁷⁰ Sul punto VANDEBEEK V., "Realizing the European Community Common Market by Unifying Intellectual Property Law: Deadline 1992", *Brigham Young University Law Review*, symposium Europe 1992, vol. 4, p. 1627.

software e *hardware*¹⁷¹, e la possibilità di praticare il cd. “*reverse engineering*”, cioè la decompilazione del programma ai fini di studio e analisi. I due aspetti convergevano, in un certo senso, verso un unico problema: la mancanza di interoperabilità dei sistemi di *computer*, dovuta all’incompatibilità fra le diverse interfacce. In quegli anni, l’acquisto del *computer* prodotto da una determinata casa produttrice equivaleva alla scelta di un vero e proprio “sistema informatico”, con relativa gamma di prodotti *hardware* e *software* non sostituibili da prodotti di case concorrenti. Il prezzo elevato e la scarsa varietà avevano col tempo determinato un incremento nella domanda di prodotti “terzi” compatibili con i sistemi proprietari. Tale domanda avrebbe potuto essere soddisfatta solo nella misura in cui le diverse interfacce non fossero state protette dal diritto d’autore.

Un altro problema era collegato alla necessità di decompilare i programmi, cioè decostruire l’*output* dei programmi al fine di risalire al loro codice sorgente. Poiché le pratiche di decompilazione richiedevano la riproduzione del programma (lo stesso utilizzo di un programma comporta la sua riproduzione nella memoria RAM), potevano sorgere problemi giuridici in relazione al diritto esclusivo di controllare la riproduzione di un’opera, tradizionalmente riconosciuto al titolare del diritto d’autore.

Le società che godevano di un ampio potere di mercato¹⁷² invocavano una disciplina che vietasse o limitasse la decompilazione e l’uso delle interfacce *software*. Le società dal potere di mercato più contenuto¹⁷³ si attestavano su posizioni opposte, chiedendo una maggiore interoperabilità dei sistemi e un’apertura alla concorrenza nel settore. Poiché la proposta di direttiva era alquanto restrittiva per

¹⁷¹ Il termine “interfaccia” può designare due diversi elementi: le “specifiche di interfaccia”, cioè le regole attraverso cui i prodotti per computer interagiscono fra loro, e le “implementazioni dell’interfaccia”, cioè l’implementazione delle specifiche all’interno del codice di un programma.

¹⁷² Tra queste società, riunite nella SAGE (“Software Action Group for Europe”), ricordiamo l’IBM, la Microsoft, la DEC, la Apple e la Lotus.

¹⁷³ Tra queste società, riunite nell’ECIS (“European Committee for Interoperable Systems”) ricordiamo la Olivetti, la Groupe Bull, la Fujitsu, la NCR e l’Unisys.

quanto riguardava entrambi gli aspetti qui evocati¹⁷⁴, il gruppo delle piccole-medie imprese fu particolarmente attivo nella promozione dei propri interessi¹⁷⁵.

La direttiva venne adottata dal Consiglio delle Comunità Europee il 14 maggio 1991.¹⁷⁶ Attraverso la sua adozione, la Comunità Europea sorpassò Stati Uniti e Giappone nella specificità con cui venivano trattati importanti aspetti della protezione giuridica dei programmi per *computer*.¹⁷⁷

Fin dal preambolo della direttiva risulta evidente la volontà di assicurare il corretto funzionamento del mercato interno, in linea con le considerazioni già svolte nel Libro Verde e, soprattutto, nell'Atto Unico Europeo:

“considerando che alcune differenze esistenti nella tutela giuridica dei programmi per elaboratore conferita dalle leggi degli Stati membri hanno effetti diretti e negativi sul funzionamento del mercato comune dei programmi per elaboratore e che tali differenze potrebbero persino aggravarsi con l'introduzione di nuove normative in materia da parte degli Stati membri”

La direttiva, prima in materia di diritto d'autore, affida la protezione principale dei programmi per *computer* al diritto d'autore, pur sottolineando che anche altri diritti di proprietà intellettuale (brevetti, marchi, ecc) possono fornire una protezione complementare (art. 9.1). L'articolo 8.1. armonizza la durata della protezione dei programmi, fissandola a cinquant'anni dopo la morte dell'autore, in caso di persona fisica, e a cinquant'anni dalla prima distribuzione al pubblico, in caso di persona giuridica. Gli Stati membri hanno l'obbligo di predisporre speciali misure di protezione contro la commercializzazione di programmi che violino il diritto

¹⁷⁴ L'articolo 1.3 lasciava intendere che in presenza di determinate circostanze l'impiego delle specifiche di interfaccia avrebbe potuto essere consentito solo al titolare del diritto d'autore. Inoltre l'articolo 4 riconosceva al titolare del diritto d'autore il diritto esclusivo di riprodurre o autorizzare la riproduzione del codice di un programma, fornendo un'interpretazione di “riproduzione” piuttosto ampia.

¹⁷⁵ Per un resoconto dell'attività di lobbying: PALMER A.K. e VINJE T.C., “The EC Directive on the Legal Protection of Computer Software: New Law Governing Software Development”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol.1, 1992.

¹⁷⁶ Direttiva 91/250/CEE del Consiglio, del 14 maggio 1991, relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore.

¹⁷⁷ PALMER A.K. e VINJE T.C., “The EC Directive on the Legal Protection of Computer Software: New Law Governing Software Development”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol.1, 1992, p. 65.

d'autore, in particolare consentendo ai titolari dei diritti di ottenere il sequestro della merce piratata o contraffatta (art. 7).

Uno degli aspetti più significativi della direttiva è l'assimilazione dei programmi per *computer* alle opere letterarie, "ai sensi della Convenzione di Berna sulla tutela delle opere letterarie e artistiche" (art. 1). Al riguardo la Commissione aveva evidenziato come i programmi per *computer* avessero due caratteristiche che li rendevano particolarmente adatti ad una protezione tramite diritto d'autore. Da un lato l'utilizzo dei programmi richiede delle copie, e il diritto di riproduzione è elemento essenziale del diritto d'autore. Dall'altro lato, il diritto d'autore non "privatizza" le idee e i principi, ma ne tutela l'espressione¹⁷⁸. In un certo senso, il riferimento alla Convenzione di Berna forzava la mano all'interprete, poiché la Convenzione in questione non include i programmi per *computer* nell'elenco delle opere protette dal diritto d'autore. Ciononostante, è generalmente ritenuta ammissibile l'inclusione di nuovi tipi di opere nell'ambito della definizione.

Va altresì osservato che, ai sensi della direttiva, gli utenti di programmi godono di diritti che eccedono quelli generalmente riconosciuti ai consumatori di altre opere letterarie. La direttiva consente infatti agli utenti di realizzare copie e

¹⁷⁸ "Copyright offers a balanced solution between inadequate and excessive protection. Its flexibility is sufficient to permit a compromise between the divergent interests of producers and distributors on the one hand, and computer program users on the other. This form of intellectual property protection has the principal advantage of covering only the individual expression of the work, and thus leaving the latitude desired by other authors to create similar programs [...], so long as they refrain from copying" (Commissione delle Comunità Europee, *Memorandum Esplicativo alla prima bozza della Direttiva*, 1989, citato da HUET J. e GINSBURG J.C., "Computer Programs in Europe: a Comparative Analysis of the 1991 EC Software Directive", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 30, 1992, pp. 333-334). V. articolo 1.2 della direttiva. L'assimilazione dei programmi per *computer* ad opere letterarie resta comunque un tema controverso. Nel 2002 la Commissione ha presentato una proposta di direttiva sulla brevettabilità delle invenzioni attuate per mezzo di computer, proposta mirante a rendere tali invenzioni brevettabili, a condizione che offrissero un "contributo tecnico", cioè un avanzamento rispetto allo stato dell'arte. Sebbene ciò corrispondesse ad una prassi consolidata dell'EPO (Ufficio Europeo dei Brevetti), le incertezze intorno alla corretta interpretazione del requisito del "contributo tecnico" suscitavano preoccupazioni in merito ad una possibile estensione della brevettabilità a qualsiasi tipo di programma per *computer*. Dopo accese discussioni, la proposta è stata bocciata, nel 2005, dal Parlamento europeo riunito in seconda seduta. Attualmente le invenzioni attuate per mezzo di *computer* sono protette dalla Convenzione sul Brevetto Europeo del 1973, riveduta nel 2000. (v. Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla brevettabilità delle invenzioni attuate per mezzo di elaboratori elettronici, COM(2002) 92, 20 febbraio 2002).

adattamenti dei programmi per utilizzo personale, in connessione con il loro funzionamento su *computer*.

Nonostante la definizione dei programmi come opere letterarie, nella direttiva non viene fornita alcuna definizione di “programma per *computer*”, forse perché si temeva che la definizione avrebbe avuto vita breve, data la rapidità del progresso tecnologico in campo informatico, o forse, più semplicemente, per una difficoltà a trovare una definizione sufficientemente condivisa. La direttiva si limita ad affermare che anche il materiale preparatorio per la progettazione di un programma è da considerarsi come programma ai fini della direttiva. Come osserva Fumagalli, in tale affermazione si ravvisa un’eccezione rispetto alle tradizionali regole del diritto d’autore, le quali prevedono la pubblicazione dell’opera quale requisito essenziale. Con il riferimento al materiale preparatorio, si è evidentemente voluto estendere la privativa a tutto il procedimento di realizzazione del programma, e non al solo programma¹⁷⁹.

L’unico requisito richiesto perché un programma possa essere coperto da diritto d’autore è quello dell’originalità, intesa come “creazione intellettuale dell’autore” (art. 1.3)¹⁸⁰. Quest’ultimo aspetto appare estremamente significativo se messo a confronto con gli intenti originari della Commissione. Come si è detto, nel Libro Verde si circoscriveva l’intervento del legislatore comunitario a quanto strettamente necessario per il conseguimento dei fini della Comunità, escludendo misure di carattere orizzontale. Imponendo lo standard di originalità come requisito base per la protezione del *software* in quanto opera letteraria, la direttiva ha invece agito in senso orizzontale. Poiché lo standard di originalità da essa imposto è tratto dal diritto d’autore continentale, alcuni Stati membri, come il Regno Unito e l’Irlanda, si sono trovati costretti a rivedere le proprie normative relativamente ad un

¹⁷⁹ FUMAGALLI G., *La Tutela del Software nell’Unione Europea. Brevetto e Diritto d’Autore*, Nyberg, Milano, 2005, p. 46.

¹⁸⁰ “Un programma per elaboratore è tutelato se originale, ossia se è il risultato della creazione intellettuale dell’autore. Per determinare il diritto alla tutela non sono presi in considerazione altri criteri”. Sulla difficoltà di definire il concetto di originalità con riferimento ai programmi per *computer* v. BING J., “Copyright protection of computer programs”, in DERCLAYE Estelle (a cura di), *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2009, pp. 407-408.

aspetto centrale del diritto d'autore. Prima dell'entrata in vigore della direttiva, infatti, gli ordinamenti britannico e irlandese riconoscevano la tutela ai programmi nella misura in cui la loro realizzazione avesse richiesto abilità, lavoro o investimento (“*skill, labour or investment*”). La legge tedesca, invece, subordinava la protezione dei programmi per computer al soddisfacimento di ulteriori requisiti qualitativi ed estetici, caratteristica comune alle normative di tipo “continentale”.¹⁸¹

Per quanto riguarda gli aspetti controversi che caratterizzavano la proposta iniziale della Commissione, il Consiglio e il Parlamento hanno alla fine optato per un orientamento pro-concorrenziale. Non solo nel testo approvato non è contemplata la possibilità di proteggere le specifiche di interfaccia, ma è anche espressamente consentita, al licenziatario, la decompilazione dei programmi laddove necessaria per conseguire una maggiore interoperabilità (art. 6). Eventuali disposizioni contrattuali dirette a vietare o limitare tali pratiche di decompilazione sarebbero nulle¹⁸². Così facendo, si è voluto favorire la libera produzione di *software* alternativi o compatibili con quelli realizzati dalle case produttrici dei sistemi informatici. Va inoltre segnalato l'articolo 4.c, in cui si afferma il principio dell'esaurimento dei diritti originariamente formulato dalla Corte di Giustizia.

Con questa direttiva, la Comunità Europea ha perseguito due scopi contrastanti, cercando il più possibile di trovare un equilibrio. Da un lato, ha cercato di incoraggiare la produzione di programmi per *computer* attraverso la loro protezione tramite diritto d'autore. Dall'altro lato, ha cercato di promuovere la creatività e la concorrenza permettendo ai piccoli produttori di ricostruire il processo creativo sottostante ai programmi. Resta il fatto, come osservano acutamente Huet e Ginsburg, che tale potere è ovviamente esercitabile anche dalle grandi case produttrici nei confronti di quelle medio-piccole¹⁸³.

Avendo armonizzato tutte le principali questioni relative al diritto d'autore applicato ai programmi per *computer*, la direttiva ha offerto un contributo positivo

¹⁸¹ Sul punto MAZZIOTTI G., *EU Digital Copyright and the End User*, op. cit., p. 47.

¹⁸² “Qualsiasi disposizione contrattuale non conforme all'articolo 6 o alle eccezioni di cui all'articolo 5, paragrafi 2 e 3 è nulla”.

¹⁸³ HUET J. e GINSBURG J.C., “Computer Programs in Europe”, op. cit., p. 373.

alla realizzazione del mercato unico. La scelta dell'originalità come unico criterio per il riconoscimento della protezione, e la specificazione accurata delle eccezioni, hanno consentito il conseguimento di un uguale livello di protezione dei programmi per *computer* in tutti i Paesi membri della Comunità/Unione Europea.

3.2.2.3 La nuova direttiva sui programmi per elaboratore

Nel 2009 la direttiva 91/250/CEE è stata sostituita da una nuova direttiva sui programmi per elaboratore, la 2009/24/CE.¹⁸⁴ La nuova direttiva si limita a incorporare in un unico atto legislativo gli emendamenti alla precedente, senza cambiare l'impatto della disciplina. In particolare, l'atto che ha emendato la direttiva 91/250/CEE è stato la direttiva 93/98/CEE¹⁸⁵, di cui si parlerà diffusamente in seguito.

3.2.2.4 La direttiva sul diritto di noleggio, di prestito e su alcuni diritti connessi

Un anno dopo l'entrata in vigore della direttiva sui programmi per *computer* è stata adottata la direttiva 92/100/CEE sul diritto di noleggio, di prestito e taluni diritti connessi.¹⁸⁶ La direttiva ha armonizzato, e per alcuni Stati membri introdotto, i diritti di noleggio e prestito, intesi l'uno come "la cessione in uso [di un'opera] per un periodo limitato di tempo ai fini di un bilancio economico o commerciale diretto o indiretto" (art. 1.2), l'altro come "la cessione in uso [di un'opera], per un periodo limitato di tempo ma non ai fini di un beneficio economico o commerciale diretto o indiretto, quando il prestito viene effettuato da istituzioni aperte al pubblico" (art. 1.3). La premessa che giustifica l'adozione dell'atto è, ancora una volta, la necessità di assicurare il corretto funzionamento del mercato interno:

“considerando che negli Stati membri si rilevano norme e prassi diverse in materia di tutela giuridica del diritto di autore e delle realizzazioni protette dai diritti connessi, con particolare riferimento al diritto di noleggio e di prestito e

¹⁸⁴ Direttiva 2009/25/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2009 relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore.

¹⁸⁵ La Direttiva 93/98/CEE ha abrogato l'articolo 8 (durata della tutela). Si tratta, in ogni caso, di una "modifica tecnica".

¹⁸⁶ Direttiva 92/100/CEE del Consiglio, del 19 novembre 1992, concernente il diritto di noleggio, il diritto di prestito e taluni diritti connessi al diritto d'autore in materia di proprietà intellettuale.

che tali differenze possono provocare il sorgere di barriere commerciali e distorsioni della concorrenza e nuocere al completamento e al buon funzionamento del mercato interno”

Al capo I la direttiva riconosce il diritto esclusivo di autorizzare o vietare il noleggio o il prestito: all'autore per l'originale e le copie dell'opera, all'artista interprete o esecutore per le fissazioni della prestazione artistica, al produttore di fonogrammi per i fonogrammi, al produttore cinematografico per i film. Ai fini dell'opera di armonizzazione, appare di grande importanza la presenza, all'art. 2.2, di una definizione di “autore”. Prima dell'entrata in vigore della direttiva, la differenza fra i regimi a *civil law* e i regimi a *common law* aveva creato delle difficoltà in relazione alle diverse nozioni di autore di un'opera audiovisiva. Nei Paesi a *civil law* la titolarità dei diritti era conferita alla persona che aveva creato l'opera, mentre nei Paesi a *common law* la titolarità era conferita al produttore dell'opera. Tale differenza era fonte di incertezza nei contratti e poteva compromettere la libera circolazione delle opere audiovisive nel mercato interno. La direttiva ha avuto il merito di definire cosa debba intendersi per “autore” con riferimento alle opere audiovisive. All'articolo 2.2 essa stabilisce che “[a]i fini della presente direttiva si considera come autore o uno degli autori il regista principale di un'opera cinematografica o audiovisiva”, aggiungendo che “gli Stati membri possono disporre affinché altre persone siano considerate coautori”. La Commissione, che pure nella prima versione della proposta di direttiva non aveva affrontato l'argomento, aveva voluto successivamente precisare che tale nozione di autore era da intendersi come un termine minimo di riferimento, lasciando aperta la possibilità per gli Stati di considerare autore anche il produttore.¹⁸⁷

Il diritto esclusivo di autorizzare o vietare il noleggio o il prestito può essere trasferito o concesso in licenza, ma in ogni caso deve essere garantita un'“equa remunerazione” all'autore o artista interprete o esecutore (art. 4):

¹⁸⁷ Commissione delle Comunità Europee, Proposta modificata di direttiva del Consiglio in materia di proprietà intellettuale, concernente il diritto di noleggio, il diritto di prestito ed alcuni diritti connessi al diritto d'autore, COM(92) 159 def. SYN 319, 30 aprile 1992.

“Qualora un autore o un artista interprete o esecutore abbia trasferito o ceduto il diritto di noleggio, per quanto attiene a un fonogramma o all'originale o copia di una pellicola, a un produttore di fonogrammi o di pellicole, detto autore o artista interprete o esecutore conserva il diritto di ottenere un'equa remunerazione per il noleggio”.

Il diritto di ottenere un'equa remunerazione per il noleggio è dichiarato “irrinunciabile”. Un'importante eccezione è prevista tuttavia all'articolo 5, secondo cui gli Stati membri possono derogare al diritto esclusivo di cui si è detto per consentire il prestito da parte di istituzioni pubbliche, “a condizione che almeno gli autori ricevano una remunerazione per tale prestito”. Agli Stati membri è riconosciuta la facoltà di stabilire l'ammontare della remunerazione “tenendo conto dei loro obiettivi di promozione culturale”. Tale disposizione si è resa necessaria in relazione alla crescita nel numero di biblioteche pubbliche dopo la Seconda Guerra Mondiale. Pur valutando positivamente le iniziative a favore di una maggiore accessibilità delle opere al grande pubblico, gli autori chiedevano che venisse loro riconosciuta un'equa remunerazione, dal momento che la promozione di tali iniziative incideva negativamente sul volume delle vendite delle loro opere.

Il Libro Verde del 1988 non menzionava il diritto di prestito al pubblico, in quanto la Commissione lo riteneva una materia di rilievo non commerciale. Nel corso di un'audizione successiva alla pubblicazione del Libro verde, tuttavia, la maggioranza dei partecipanti si era pronunciata a favore di un'armonizzazione tanto del diritto di noleggio quanto del diritto di prestito. Venne infatti sottolineato come il diritto di prestito pubblico, dal punto di vista economico, integrasse e addirittura in taluni casi potesse sostituire quello di noleggio. Il rischio era che un aumento delle attività di prestito pubblico potesse erodere i guadagni dei titolari dei diritti sulle opere, svuotando di contenuto il diritto di noleggio. La Commissione ritenne dunque necessario includere nella proposta di direttiva alcune disposizioni sul prestito pubblico, al fine di garantire il corretto funzionamento del mercato interno nel settore. È stato tuttavia riconosciuto agli Stati, come si è visto, un ampio margine di

discrezionalità al riguardo, nel rispetto delle tradizioni nazionali consolidate nel settore¹⁸⁸.

Al capo II la direttiva ha delineato un quadro armonico per la protezione dei diritti connessi degli interpreti, dei produttori di fonogrammi, delle società di trasmissione e dei produttori cinematografici, fissandola su livelli decisamente più elevati rispetto ai minimi imposti dalla Convenzione di Roma. I diritti connessi disciplinati dalla direttiva sono il diritto di fissazione dell'opera, il diritto di riproduzione, il diritto di controllo sulla radiodiffusione e la comunicazione al pubblico e il diritto di distribuzione. Alcuni Paesi all'epoca non prevedevano alcuna forma di protezione per i diritti connessi, perciò la Commissione ritenne opportuno colmare la lacuna. Come evidenziato nel Preambolo della direttiva, tali diritti rivestono un'importanza fondamentale per il contrasto alla pirateria e per la garanzia di un adeguato ritorno economico per il lavoro di quanti sono coinvolti nella realizzazione di un'opera artistica o letteraria¹⁸⁹. Agli interpreti e agli esecutori viene riconosciuto il diritto esclusivo di autorizzare o vietare la fissazione delle loro esecuzioni (art. 7.1), la radiodiffusione via etere e la comunicazione al pubblico delle loro prestazioni artistiche (art. 8.2). Essi godono inoltre del diritto, condiviso con il produttore del fonogramma, di ricevere una quota di una remunerazione equa e *una tantum* versata dall'utente allorché un fonogramma è fatto oggetto di comunicazione al pubblico (art. 8.2). Agli interpreti e agli esecutori è infine riconosciuto il diritto esclusivo di distribuzione relativamente alle fissazioni delle loro prestazioni artistiche (art. 9.1). Agli organismi di radiodiffusione è riconosciuto il diritto esclusivo di autorizzare o vietare la riproduzione diretta o indiretta delle fissazioni delle loro emissioni (art. 7.1), di controllare la ritrasmissione delle loro emissioni via cavo e di controllare la loro comunicazione al pubblico nel caso in cui la comunicazione avvenga in luoghi accessibili al pubblico mediante pagamento di un

¹⁸⁸ È la Commissione a farvi riferimento nella sua Relazione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale in merito al diritto di prestito pubblico nell'Unione Europea, COM(2002) 502 def., 12 settembre 2002.

¹⁸⁹ “considerando che le opere creative e artistiche degli autori e degli artisti interpreti o esecutori richiedono la percezione di un reddito adeguato quale base per l'ulteriore attività creativa ed artistica e che gli investimenti occorrenti, segnatamente quelli richiesti per la produzione di fonogrammi e pellicole, sono particolarmente rischiosi ed elevati; che per garantire livelli di reddito adeguati e per recuperare l'investimento l'unico mezzo efficace è un'adeguata tutela giuridica dei titolari dei diritti”.

diritto d'ingresso (art. 8.3). Ai produttori di fonogrammi è riconosciuto il diritto di controllare la riproduzione dei propri fonogrammi (art. 7), nonché di ricevere una quota dell'equa e unica remunerazione per la comunicazione al pubblico del fonogramma (art. 8.2). Essi godono inoltre del diritto esclusivo di distribuzione dei propri fonogrammi (art. 9.1). I produttori delle prime fissazioni di una pellicola hanno il diritto esclusivo di riproduzione degli originali e delle copie delle loro pellicole (art. 7.1), oltre che di controllare la loro distribuzione (art. 9.1).

Ai sensi dell'articolo 10, gli Stati possono disporre delle eccezioni in caso di utilizzazione privata, utilizzazione di frammenti per fornire il resoconto di un fatto di attualità, utilizzazione a fini di insegnamento o ricerca scientifica o fissazione effimera da parte di un organismo di radiodiffusione fatta con i propri mezzi e per le proprie emissioni.

Al capo III si dispone che la durata della protezione accordata ai diritti d'autore contemplati dalla direttiva sia non inferiore a quella disposta dalla Convenzione di Berna. Per i diritti connessi, invece, il termine di riferimento è la Convenzione di Roma.

3.2.2.5 La nuova direttiva sul diritto di noleggio, prestito e alcuni diritti connessi

Nel 2006 la direttiva 92/100/CEE è stata sostituita da una nuova direttiva, la 2006/115/CE¹⁹⁰. La nuova direttiva si limita ad incorporare nella precedente gli emendamenti di cui quest'ultima è stata fatta oggetto nel corso degli anni, ad opera della Direttiva 93/98/CEE¹⁹¹ e della Direttiva 2001/29/CE¹⁹².

¹⁹⁰ Direttiva 2006/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, concernente il diritto di noleggio, il diritto di prestito e taluni diritti connessi al diritto d'autore in materia di proprietà intellettuale.

¹⁹¹ La Direttiva 93/98/CEE apporta alcune "modifiche tecniche", abrogando l'articolo 11 (durata dei diritti d'autore) e 12 (durata dei diritti connessi).

¹⁹² La Direttiva 2001/29/CE ha abrogato l'articolo 7 (diritto di riproduzione) e ha sostituito il paragrafo 3 dell'articolo 10 (eccezioni alla protezione) con un nuovo paragrafo, atto a meglio tutelare la posizione dei titolari dei diritti. Si tratta, in ogni caso, di meri "adeguamenti tecnici".

3.2.2.6 La direttiva sulle trasmissioni radiotelevisive via cavo e via satellite

La terza direttiva comunitaria sul diritto d'autore è stata quella sulle trasmissioni via cavo e via satellite (1993)¹⁹³. Una contestualizzazione della direttiva appare indispensabile ai fini di una sua migliore comprensione. Nel 1984 la Commissione aveva pubblicato un Libro verde sull'istituzione del mercato comune delle trasmissioni radiotelevisive (noto come "Televisione senza frontiere")¹⁹⁴, in cui affrontava un gran numero di questioni, tra le quali, per esempio, la disciplina della pubblicità. Attraverso il Libro verde, la Commissione intendeva affrontare l'argomento delle trasmissioni transfrontaliere dal punto di vista del diritto d'autore, nell'intento di promuovere il corretto funzionamento del mercato interno anche in questo settore. Essa propose dunque uno schema di licenze obbligatorie, in applicazione del quale gli Stati membri avrebbero dovuto sostituire il diritto per il titolare di proibire la trasmissione via cavo con il diritto ad un'equa remunerazione, da esercitarsi tramite apposite società (*collecting societies*). Tale proposta, tuttavia, non ebbe seguito; la Direttiva nota come "Televisione senza frontiere"¹⁹⁵, adottata nel 1989, non si occupava di diritto d'autore. In un successivo *discussion paper* (1990)¹⁹⁶, la Commissione sostenne la necessità di riconoscere un'adeguata tutela del diritto d'autore sulle trasmissioni primarie via satellite e di eliminare i sistemi di licenze obbligatorie vigenti in alcuni Paesi. Per quanto concerneva la ritrasmissione via cavo, essa propose un sistema di gestione collettiva dei diritti costruito in maniera tale da impedire al singolo titolare del diritto di esercitarlo in maniera abusiva, avanzando richieste eccessive e/o ponendo delle condizioni troppo gravose.

¹⁹³ Direttiva 93/83/CEE del Consiglio, del 27 settembre 1993, per il coordinamento di alcune norme in materia di diritto d'autore e diritti connessi applicabili alla radiodiffusione via satellite e alla ritrasmissione via cavo.

¹⁹⁴ Commissione delle Comunità Europee, *Televisione senza frontiere: libro verde sull'istituzione del mercato comune delle trasmissioni radiotelevisive, specialmente via satellite e via cavo*, COM(84) 300, 14 giugno 1984.

¹⁹⁵ Direttiva 89/552/CEE del Consiglio, del 3 ottobre 1989, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive.

¹⁹⁶ *Broadcasting and Copyright in the Internal Market. Discussion Paper prepared by the Commission of the European Communities on Copyright Questions concerning Cable and Satellite Broadcasts. III/F/5263/80-EN (November 1990).*

Con la Direttiva 93/83 il legislatore europeo ha cercato di abbattere le barriere nazionali al fine di favorire le trasmissioni transfrontaliere e la ritrasmissione via cavo di programmi televisivi nel territorio dell'Unione Europea. Anche in questo settore le differenze tra le normative dei diversi Paesi membri rischiavano di compromettere il corretto funzionamento del mercato interno, causando incertezza del diritto e rendendo più difficile il ricorso a soluzioni di tipo contrattuale. La sfida era quella di venire incontro alle esigenze del mercato interno senza far venir meno la garanzia dei diritti d'autore.

Dopo aver fornito le necessarie definizioni (capo I), la Direttiva affronta il tema spinoso della radiodiffusione via satellite (capo II). In questo campo, la soluzione proposta alla frammentazione del mercato è stata quella di creare, come si evince dal capo I, un diritto unitario di comunicazione via satellite esercitabile solo nel Paese di origine della trasmissione. In questo modo il legislatore europeo ha cercato di risolvere il problema della diversità dei regimi nazionali per la gestione delle radiotrasmissioni. Tali regimi fondavano la propria disciplina su una pluralità di aspetti diversi: il Paese di origine della trasmissione, la posizione del satellite, i Paesi di ricezione del segnale. Con la direttiva si cercò di mettere ordine nella materia, individuando nel diritto del paese di origine della trasmissione il termine di riferimento giuridico. Ai sensi dell'art. 2, la comunicazione al pubblico si configura unicamente nello Stato membro dal quale ha avuto origine la trasmissione, con tutto ciò che ne consegue.

All'autore è riconosciuto il diritto esclusivo di "autorizzare la comunicazione al pubblico via satellite di opere protette dal diritto d'autore" (art. 2). I diritti connessi degli artisti interpreti o esecutori, dei produttori di fonogrammi e degli organismi di radiodiffusione sono tutelati conformemente a quanto stabilito dalla Direttiva 92/100 sul diritto di noleggio, prestito e alcuni diritti connessi al diritto d'autore (art. 4.1)¹⁹⁷.

Il capo III della direttiva disciplina la ritrasmissione via cavo, istituendo un regime fondato sulla gestione collettiva dei diritti di ritrasmissione. Ai sensi dell'art. 8, gli Stati membri devono garantire che "la ritrasmissione via cavo nel proprio

¹⁹⁷ V. par. 3.2.2.4.

territorio di emissioni di radiodiffusione provenienti da altri Stati membri avvenga nel rispetto dei pertinenti diritti d'autore e dei diritti connessi e sulla base di contratti individuali o collettivi conclusi tra i titolari dei diritti d'autore, i detentori dei diritti connessi e i cablodistributori”¹⁹⁸. La direttiva stabilisce che il diritto di concedere o negare l'autorizzazione alla ritrasmissione via cavo deve essere esercitato attraverso una società di gestione collettiva (art. 9). Si sottraggono a tale obbligo di negoziazione collettiva, i diritti esercitati da un organismo di radiodiffusione nei confronti delle proprie emissioni (art. 10).

L'articolo 14.3 prevedeva che la Commissione presentasse una relazione sull'applicazione della direttiva, con eventuali proposte, entro il 1° gennaio 2000. Nella sua relazione¹⁹⁹, la Commissione ha sottolineato come la direttiva non avesse conseguito l'obiettivo sperato, cioè la realizzazione di uno spazio audiovisivo europeo. Ciò pregiudicava la libera circolazione dei servizi, limitando la possibilità per i cittadini europei di godere appieno delle opportunità offerte dal mercato interno. In particolare, si registrava una difficoltà degli utenti ad accedere a canali satellitari provenienti da Stati membri diversi da quello di residenza. La Commissione denunciava la proliferazione di canali criptati e accessibili solo mediante abbonamento, evidenziando come gli utenti di altri paesi, disponibili ad acquistare l'abbonamento, spesso non potessero accedere ai canali, dal momento che le società di radiotrasmissione non detenevano la titolarità del diritto d'autore nel loro paese. Ciò riguardava non solo i cosiddetti canali a pagamento ma anche i canali in chiaro, in quanto le imprese produttrici tendevano a vendere i propri programmi alle società di trasmissione a patto che li criptassero per impedirne la ricezione oltreconfine. In alternativa, i produttori vendevano i propri programmi a società di trasmissione in diversi Stati membri, con conseguente ulteriore frammentazione del mercato.

Nel campo delle trasmissioni radiotelevisive, il contrasto tra diritto d'autore e mercato interno appare ancora lontano dall'essere risolto. Ai fini di una completa

¹⁹⁸ Sul tema della ritrasmissione via cavo si ricorda la sentenza *Coditel I* (1980). V. par. 3.2.1.1.

¹⁹⁹ Commissione delle Comunità Europee, *Relazione sull'applicazione della direttiva 93/83/CEE del Consiglio per il coordinamento di alcune norme in materia di diritto d'autore e diritti connessi applicabili alla radiodiffusione via satellite e alla ritrasmissione via cavo*, COM(2002) 430 def., 26 luglio 2002.

applicazione della direttiva, sarebbe necessario andare oltre un approccio meramente nazionale, tuttavia, come sottolinea Seville, “sebbene il concetto di un servizio televisivo paneuropeo possa essere attraente da un punto di vista teorico, al momento appare estremamente improbabile che un numero significativo di società si renda disponibile a lasciarsi coinvolgere in un’avventura tanto costosa” [*trad. propria*]²⁰⁰.

3.2.2.7 La direttiva sulla durata di protezione del diritto d’autore

La direttiva 93/98/CEE sulla durata di protezione del diritto d’autore è stata adottata dal Consiglio il 29 ottobre 1993²⁰¹. La direttiva è successiva al caso *EMI vs. Patricia*²⁰², nel quale erano emersi con chiarezza i problemi derivanti dalla mancanza di armonizzazione nei termini di protezione. In generale, il caso è un esempio da manuale dei problemi che la mancata armonizzazione delle normative nazionali in materia di diritto d’autore può porre. La società tedesca EMI Electrola aveva ottenuto dalla società britannica EMI Records Ltd. i diritti di riproduzione e di diffusione in territorio tedesco di brani musicali interpretati dal cantante britannico Cliff Richards. Due società tedesche, la Patricia e la Luene-ton, avevano venduto nella Repubblica Federale di Germania dei supporti sonori importati dalla Danimarca, contenenti registrazioni di alcuni dei brani suddetti. La EMI Electrola si era dunque rivolta ad un tribunale tedesco, denunciando la violazione da parte di Patricia e di Luene-ton dei propri diritti di esclusiva sul territorio tedesco. Essa chiedeva la cessazione delle vendite dei supporti importati dalla Danimarca e il risarcimento dei danni subiti. Le due ditte convenute avevano replicato che, prima della commercializzazione in Germania, i supporti erano stati legalmente prodotti e commercializzati in Danimarca, Paese nel quale il termine di protezione dei diritti di esclusiva sul diritto d’autore era già scaduto. Dagli atti di causa, era emerso che la Patricia aveva prodotto i supporti in territorio tedesco su commessa di una ditta danese, alla quale erano stati consegnati in Danimarca prima di essere riesportati in Germania. La ditta

²⁰⁰ SEVILLE C., *EU Intellectual Property Law and Policy*, Elgar European Law, Cheltenham, UK, 2009, p. 37.

²⁰¹ Direttiva 93/98/CEE del Consiglio, del 29 ottobre 1993, concernente l’armonizzazione della durata di protezione del diritto d’autore e di alcuni diritti connessi.

²⁰² Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza del 24 gennaio 1989, *EMI Electrola GmbH vs. Patricia Im- und Export Verwaltungsgesellschaft MBH ed altri*, causa C-341/87, in *Raccolta della Giurisprudenza* 1989, p. 79.

danese non era quella cui la EMI Records aveva ceduto i diritti per il territorio danese.

Il giudice tedesco, pur ritenendo che il ricorso della EMI Electrola fosse fondato ai sensi della legge tedesca in materia, era incerto sulla compatibilità della legge tedesca con il Trattato CEE. Venne quindi sottoposta una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee relativamente alla possibilità che gli articoli 30 e 36 del Trattato ostassero all'applicazione della normativa tedesca. La Corte rilevò che il problema, in questo caso, derivava dalla disparità nei termini di protezione accordati dalle normative nazionali in materia di diritto d'autore, e non già da un episodio di arbitraria discriminazione o di restrizione dissimulata degli scambi. La restrizione del commercio intracomunitario derivante dalla disparità delle normative nazionali sulla durata della protezione era giustificabile ai sensi dell'articolo 36, non essendo stata fino a quel momento adottata alcuna misura di armonizzazione o di ravvicinamento delle legislazioni in materia. Di conseguenza, gli articoli 30 e 36 del Trattato non ostavano all'applicazione della normativa nazionale tedesca.

Con la direttiva 93/98, il legislatore comunitario ha voluto affrontare i problemi derivanti dalla disparità delle normative nazionali sulla durata di protezione del diritto d'autore. Una misura di armonizzazione avrebbe consentito di rimuovere la giustificazione ad una restrizione al commercio quale quella emersa nel caso *EMI vs. Patricia*, consentendo una migliore integrazione fra i mercati nazionali. Prima dell'adozione della Direttiva 93/98, la maggior parte degli Stati membri aveva optato per il termine minimo stabilito dalla Convenzione di Berna, cioè cinquant'anni dalla morte dell'autore. Ciò nonostante vi erano state delle eccezioni significative, per esempio la Germania aveva fissato il termine a settant'anni e la Spagna a sessanta. Per i diritti connessi, le disparità nelle normative erano molto più accentuate poiché non tutti gli Stati avevano aderito alla Convenzione di Roma. Il termine di cinquant'anni era piuttosto comune ma l'evento da cui decorreva poteva variare: prima comunicazione al pubblico, fissazione dell'opera, prima esibizione, ecc. In

Belgio e nei Paesi Bassi, all'epoca, non esisteva alcuna forma di protezione dei diritti connessi²⁰³.

La direttiva ha armonizzato il termine di protezione al rialzo rispetto alla media riscontrabile in Europa in quegli anni.²⁰⁴ L'autore di un'opera artistica o letteraria gode del diritto d'autore per tutta la durata della sua esistenza in vita più settant'anni dalla sua morte (art. 1.1)²⁰⁵. Quando l'opera è realizzata da più autori, il termine decorre dalla morte dell'ultimo autore ancora in vita (art. 1.2). Per le opere anonime o pubblicate dietro pseudonimo, il termine è di settant'anni da quando l'opera è stata resa lecitamente accessibile al pubblico (1.3). Per le opere cinematografiche e audiovisive, il termine è di settant'anni dalla morte dell'ultimo ancora in vita tra: l'autore (il regista principale), lo sceneggiatore, l'autore dei dialoghi e il compositore delle musiche per il film, questi ultimi a prescindere dal fatto che siano ufficialmente riconosciuti come coautori (art. 2.2).

Il termine di protezione dei diritti connessi è fissato a cinquant'anni. Per i diritti degli artisti interpreti o esecutori, il termine decorre dalla data dell'esecuzione. Se l'esecuzione viene pubblicata o comunicata al pubblico, il termine decorre dalla data della prima pubblicazione o comunicazione al pubblico nel rispetto delle norme vigenti (art. 3.1). I diritti dei produttori di fonogrammi decorrono dalla prima fissazione. Se nel frattempo la fissazione è lecitamente pubblicata o comunicata al pubblico, il termine decorre dalla data della prima pubblicazione, o comunicazione al pubblico se quest'ultima ha preceduto la pubblicazione (art. 3.2). Il termine di protezione dei diritti delle società di trasmissione decorre dalla prima diffusione dell'emissione (art. 3.4). Per quanto riguarda i diritti dei produttori della prima fissazione di una pellicola²⁰⁶, il termine decorre dalla data della fissazione, tuttavia, se nel frattempo il film è stato pubblicato o comunicato al pubblico nel rispetto delle norme vigenti, il termine decorre dalla data di pubblicazione o di comunicazione (art. 3.3). Ai sensi dell'articolo 4, chiunque pubblici lecitamente o comunichi

²⁰³ SEVILLE C., *EU intellectual property law and policy*, op. cit., pp. 38-39.

²⁰⁴ V. i considerando 5 e 6 del Preambolo della direttiva.

²⁰⁵ La titolarità dei diritti economici potrà essere ereditata.

²⁰⁶ All'articolo 3.3, si specifica che "Il termine «pellicola» designa un'opera cinematografica o audiovisiva o sequenza di immagini in movimento, siano esse sonore o meno".

lecitamente al pubblico per la prima volta dopo la scadenza della protezione del diritto d'autore un'opera non pubblicata anteriormente beneficia di diritti pari ai diritti patrimoniali dell'autore. La durata della protezione di tali diritti è di venticinque anni dalla lecita pubblicazione o comunicazione al pubblico dell'opera.

Gli Stati membri hanno la facoltà di proteggere le edizioni critiche e scientifiche di opere diventate di dominio pubblico per una durata massima di trent'anni a partire dalla data in cui l'opera è stata lecitamente pubblicata (art. 5).

Per quanto riguarda le opere provenienti da Paesi terzi rispetto alla Convenzione di Berna e i cui autori non siano cittadini comunitari, il termine massimo di protezione del diritto d'autore è quello stabilito dal Paese di origine dell'opera (la cd. "regola della durata più breve"; art. 7.1). Quanto ai diritti connessi, il termine di protezione è lo stesso previsto per i titolari cittadini comunitari, a condizione che la protezione sia riconosciuta anche nel Paese terzo di provenienza. In ogni caso, fatti salvi gli obblighi internazionali degli Stati membri, la protezione riconosciuta dagli Stati membri al diritto d'autore e ai diritti connessi non può durare più a lungo di quella prevista nel Paese di cui è cittadino il titolare dei diritti, né di quella prevista dagli art. 1 e 3 della direttiva (artt. 7.1 e 7.2). La regola della durata più breve non può essere applicata nei confronti di opere provenienti da altri Paesi membri dell'Unione Europea in quanto ciò configurerebbe una discriminazione sulla base della nazionalità (art. 12 TCE, ora art. 18 TFUE)²⁰⁷

3.2.2.8 La direttiva 2006/116 e la direttiva 2011/77 sul termine di protezione del diritto d'autore

Dall'adozione della direttiva 93/98/CEE, il legislatore europeo è tornato altre due volte sul tema del termine di protezione del diritto d'autore. Poiché la direttiva 93/98 era stata emendata dalla direttiva 2001/29/CE²⁰⁸, si è ritenuto opportuno, per ragioni di chiarezza, procedere ad una codificazione. Tale codificazione ha preso corpo nella direttiva 2006/116/CE.

²⁰⁷ V. caso Phil Collins (1993), par. 3.2.1.5.

²⁰⁸ Nello specifico, l'art. 11.2 della Direttiva 2001/29 aveva riformulato l'art. 3.2 sui diritti connessi dei produttori di fonogrammi, senza tuttavia modificarne il contenuto sostanziale.

Con la direttiva 2011/77/UE, adottata il 12 settembre 2011²⁰⁹, il legislatore europeo si è spinto oltre, innalzando i termini di durata della protezione dei diritti connessi in campo musicale. Nel Preambolo, si rileva ancora un riferimento alla necessità di rafforzare ulteriormente il mercato unico europeo:

“[...] l’armonizzazione della durata della protezione per le composizioni musicali con testo, in cui parole e musica sono state create per essere utilizzate insieme, è incompleta, il che dà origine a ostacoli alla libera circolazione delle merci e dei servizi, ad esempio dei servizi di gestione collettiva transfrontalieri”.

Il problema in questo caso sorge dal fatto che in alcuni Stati membri le composizioni musicali con testo beneficiano di un periodo unico di protezione calcolato a decorrere dalla morte dell’ultimo coautore, laddove invece in altri Stati membri si applicano periodi di protezione differenti per la musica e il testo. Un altro problema al quale si è voluto porre rimedio è stato quello della durata di protezione dei diritti degli artisti interpreti o esecutori di opere musicali.

La direttiva non abroga la precedente ma la modifica in più punti. Innanzitutto, essa innalza l’arco temporale di protezione dei diritti connessi degli artisti interpreti ed esecutori da cinquant’anni a settant’anni. Più precisamente, la durata dei diritti resta di cinquant’anni dall’esecuzione, tuttavia viene innalzata a settanta se, nel corso di quel periodo, la fissazione dell’esecuzione in un fonogramma è lecitamente pubblicata o comunicata al pubblico. Il termine decorre dalla prima pubblicazione o, se è anteriore, dalla prima comunicazione al pubblico. Se, invece, nel corso dei cinquant’anni, viene lecitamente pubblicata o comunicata al pubblico una fissazione dell’esecuzione con un mezzo diverso dal fonogramma, i diritti scadono cinquant’anni dopo la prima pubblicazione o, se è anteriore, dopo la prima comunicazione al pubblico (art. 1.2.a, emendativo dell’art. 3.1 della direttiva 2006/116). Per quanto riguarda i diritti dei produttori di fonogrammi, anche il loro

²⁰⁹ Direttiva 2011/77/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 settembre 2011 che modifica la direttiva 2006/116/CE concernente la durata di protezione del diritto d’autore e di alcuni diritti connessi.

termine di protezione è innalzato da cinquanta a settant'anni dalla fissazione del fonogramma (art. 1.2.b, emendativo dell'art. 3.2 della direttiva 2006/116).

La decisione di innalzare il termine di protezione è stata motivata da una serie di considerazioni. Innanzitutto è stata maggiormente riconosciuta l'importanza del contributo creativo degli artisti, interpreti o esecutori, e si è pertanto ritenuto che tale importanza dovesse riflettersi in un livello di protezione più elevato. In secondo luogo, è stato evidenziato il fatto che, da un lato, l'aspettativa media di vita è andata aumentando nel tempo, dall'altro lato, un crescente numero di artisti inizia la propria carriera in giovane età. Dalla combinazione di questi due elementi, deriva il rischio che gli artisti possano non beneficiare dei diritti per tutto l'arco della loro vita. L'estensione del diritto d'autore è stata ritenuta funzionale alla tutela tanto degli artisti emergenti quanto degli artisti presenti da tempo sulla scena musicale, che potrebbero non percepire più alcun compenso per opere che, invece, potrebbero essere ancora popolari. Un'altra ragione, non espressa, potrebbe essere quella di evitare che la produzione musicale si sposti negli Stati Uniti, dove il termine di protezione dei diritti dei produttori è di novantacinque anni, e di tutta la durata della vita più settant'anni dalla morte per i diritti degli artisti. Osservando la questione sotto un'altra prospettiva, sono stati gli stessi Stati Uniti a manifestare preoccupazione per la minore durata della protezione dei diritti connessi in Europa, poiché l'ingresso più rapido delle opere nel dominio pubblico avrebbe potuto incoraggiare massicce importazioni dai Paesi europei, svalutando il portafoglio delle case discografiche statunitensi.²¹⁰

La direttiva, inoltre, armonizza le modalità di calcolo della durata di protezione dei diritti sulle composizioni musicali con testo. In particolare, si dispone che il termine di protezione di settant'anni debba decorrere dalla morte dell'ultima persona sopravvissuta tra l'autore del testo e il compositore della musica, a prescindere dal fatto che siano entrambi riconosciuti come coautori. Ciò a condizione

²¹⁰ Andrea Laffranchi, "Diritti d'autore: duello Europa - USA", *Corriere della Sera*, 4 gennaio 2003, p. 30.

che entrambi i contributi siano stati specificamente creati per la composizione musicale con testo (art. 1.1, emendativo dell'art. 1 della direttiva 2006/116²¹¹).

Se, decorsi cinquant'anni dalla pubblicazione lecita del fonogramma o, in mancanza di pubblicazione, dalla sua comunicazione al pubblico, il produttore non mette in vendita un numero sufficiente di copie del fonogramma o non le mette a disposizione del pubblico in maniera tale che quest'ultimo vi possa accedere dal luogo e nel momento da esso scelti, l'artista può risolvere il contratto con cui ha trasferito i suoi diritti di fissazione dell'esecuzione al produttore. Condizione per l'esercizio del diritto di risoluzione del contratto è che il produttore non abbia provveduto a realizzare le due suddette forme di utilizzazione del fonogramma entro un anno dalla notifica, da parte dell'artista, dell'intenzione di risolvere il contratto. Il diritto di risoluzione del contratto è irrinunciabile e, una volta esercitato, comporta la scadenza dei diritti del produttore sui fonogrammi contenenti la fissazione delle esecuzioni dell'artista (art. 1.2.c, emendativo dell'art. 3 della direttiva 2006/116²¹²). Con questa disposizione si è voluto combattere il fenomeno delle opere "fuori catalogo", cioè di quelle opere che non sono più disponibili nei negozi ma che gli artisti non possono comunque offrire al pubblico, in quanto hanno ceduto i diritti su di esse alla casa discografica. Implicitamente, il legislatore europeo ha mostrato di guardare alle potenzialità di Internet come possibile nuovo o alternativo canale di vendita delle opere. In questo modo si potrebbe fornire un'alternativa legale all'attuale (illegale) reperibilità di opere non più in commercio su Internet.

Le rimanenti disposizioni della direttiva disciplinano, oltre alle misure transitorie, la remunerazione dell'artista da parte del produttore di fonogrammi. In particolare si segnala l'introduzione di una remunerazione annua supplementare per ogni anno completo successivo al cinquantesimo anno dalla pubblicazione lecita (o, in mancanza di pubblicazione, dalla lecita comunicazione al pubblico) del fonogramma. Tale remunerazione supplementare si applica solo al caso in cui un contratto di trasferimento o cessione conferisca all'artista il diritto a esigere una

²¹¹ L'articolo aggiunge un paragrafo 7 all'articolo 1 della direttiva 2006/116.

²¹² L'articolo aggiunge un paragrafo 2 *bis* all'articolo 3 della direttiva 2006/116.

remunerazione non ricorrente (art. 1.2.c, emendativo dell'art. 3 della direttiva 2006/116²¹³).

La direttiva dovrà essere recepita dagli Stati membri dell'Unione Europea entro il 1° novembre 2013. Sono fatti salvi i diritti acquisiti fino a quella data.

3.2.2.9 La direttiva sulla protezione legale delle banche dati

L'opportunità di conferire protezione legale alle banche dati è stata, nell'ambito della Comunità Europea, un tema controverso. Al riguardo, la Convenzione di Berna dispone che “[I]e raccolte di opere letterarie o artistiche come le enciclopedie e le antologie che, per la scelta o la disposizione della materia, abbiano carattere di creazioni intellettuali sono protette come tali, senza pregiudizio del diritto d'autore su ciascuna delle opere che fanno parte delle raccolte stesse” (art. 2.5). Sebbene questa formulazione potesse in teoria ricomprendere nell'ambito della protezione anche le banche dati, il criterio di originalità adottato in alcuni Stati membri non rendeva possibile una simile interpretazione estensiva. La difficoltà nel riconoscere un carattere di originalità ad una banca dati traeva origine dal fatto che le banche dati, perlomeno quelle moderne, sono spesso il prodotto finale di un semplice investimento, e non un'opera d'autore originale suscettibile, in quanto tale, di essere tutelata mediante diritto d'autore. Restava tuttavia il fatto che tali banche dati (si pensi agli elenchi telefonici) erano e sono di grande utilità per gli utenti, dal momento che consentono un rapido e agevole accesso ad una grande quantità di informazioni. Poiché la loro realizzazione può richiedere un investimento significativo in termini di tempo e denaro, e poiché le banche dati possono spesso essere facilmente copiate, si è alla fine ritenuto opportuno proteggerle attraverso un diritto di proprietà intellettuale.

Con la direttiva 96/9/CE sulla protezione legale delle banche dati²¹⁴, il legislatore europeo ha adottato una duplice strategia: da un lato, l'armonizzazione (al rialzo) delle condizioni di protezione mediante diritto d'autore; dall'altro, la

²¹³ Relativamente a questo aspetto, la direttiva aggiunge paragrafi da *2 ter* a *2 sexies* all'articolo 3 della direttiva 2006/116.

²¹⁴ Direttiva 96/9/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 1996, relativa alla tutela giuridica delle banche di dati.

creazione di un diritto *sui generis* della durata di quindici anni per le banche dati che non superano la soglia di originalità prevista dalla direttiva, a patto che le banche dati in questione siano il prodotto di un “investimento rilevante” da parte del produttore. Lo scopo della direttiva è quello di porre rimedio alle differenze nella tutela giuridica delle banche dati assicurata dalle leggi degli Stati membri, ai fini di un migliore funzionamento del mercato interno e di una migliore garanzia degli interessi dei creatori e degli utenti²¹⁵.

La definizione di banca dati contenuta nella direttiva (art. 1.2) è la seguente:

“Ai fini della presente direttiva per «banca di dati» si intende una raccolta di opere, dati o altri elementi indipendenti sistematicamente o metodicamente disposti ed individualmente accessibili grazie a mezzi elettronici o in altro modo.”

Essa ricomprende tanto le banche dati cartacee quanto quelle digitali. Sono espressamente esclusi dalla tutela conferita dalla direttiva i programmi per *computer* “utilizzati per la costituzione o il funzionamento di banche di dati accessibili grazie a mezzi elettronici” (art. 1.3).

Non viene specificato cosa debba intendersi per “opere, dati o altri elementi indipendenti”, tuttavia la Corte di Giustizia delle Comunità Europee, nella sentenza *Fixtures Marketing* (2004)²¹⁶, li ha definiti come “elementi separabili gli uni dagli altri senza che il valore del loro contenuto informativo, letterario, artistico, musicale o di altro genere venga ad essere per questo intaccato”. Per quanto riguarda la “disposizione sistematica o metodica”, la Corte ha specificato che

“questa condizione comporta che la raccolta figuri su un supporto fisso, di qualsiasi natura, e contenga un mezzo tecnico quale un processo di tipo elettronico, elettromagnetico o elettroottico, [...] o un altro mezzo, quale un sommario, un indice delle materie, un piano o un metodo di classificazione

²¹⁵ SEVILLE C., *EU Intellectual Property Law and Policy*, op. cit., pp. 41 e 42.

²¹⁶ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza del 9 novembre 2004, *Fixtures Marketing Ltd vs. Organismos Prognostikon Agonon Podosfairou EG*, causa C-444/02, in *Raccolta della Giurisprudenza* 2004, p. 10549.

particolare, che consente la localizzazione di ogni elemento indipendente contenuto nel suo ambito”.

Laddove la banca dati costituisca una creazione dell'ingegno propria dell'autore, essa è tutelata in quanto tale dal diritto d'autore (art. 3.1). Tale protezione non si estende al suo contenuto (art. 3.2).

Ai sensi dell'articolo 5, l'autore della banca dati ha il diritto esclusivo di riprodurla, tradurla, distribuirla, adattarla, modificarla e comunicarla al pubblico. Gli utenti possono eseguire, senza necessità di chiedere l'autorizzazione all'autore, tutti gli atti elencati all'articolo 5 che siano necessari per l'accesso al contenuto della banca dati e l'impiego normale di quest'ultima (art. 6.1). Il paragrafo 2 dell'articolo 6 elenca i motivi che possono giustificare la limitazione dei diritti degli autori da parte degli Stati membri, quali l'impiego della banca dati per finalità didattiche o scientifiche (sempre che si indichi la fonte) e l'impiego per fini di sicurezza pubblica.

Il capo III della direttiva è interamente dedicato al diritto *sui generis*. Tale diritto consiste nel “diritto di vietare operazioni di estrazione e/o reimpiego della totalità o di una parte sostanziale del contenuto della stessa [banca dati], valutata in termini qualitativi o quantitativi”. Per “estrazione” si intende “il trasferimento permanente o temporaneo della totalità o di una parte sostanziale del contenuto di una banca di dati su un altro supporto con qualsiasi mezzo o in qualsivoglia forma” (art. 7.2.a), mentre per “reimpiego” si intende “qualsiasi forma di messa a disposizione del pubblico della totalità o di una parte sostanziale del contenuto della banca di dati mediante distribuzione di copie, noleggio, trasmissione in linea o in altre forme” (art. 7.2.b). Ai sensi dell'articolo 7.1 gli Stati devono attribuire (non “riconoscere”) il diritto esclusivo di vietare operazioni di estrazione e/o reimpiego al costituente di una banca dati “qualora il conseguimento, la verifica e la presentazione di tale contenuto attestino un investimento rilevante sotto il profilo qualitativo o quantitativo”.

L'utente legittimo può estrarre e reimpiegare parti non sostanziali del contenuto della banca dati per qualsivoglia fine (art. 8.1), tuttavia egli non può “eseguire operazioni che siano in contrasto con la normale gestione della banca di

dati o che arrechino un eccessivo pregiudizio ai legittimi interessi del costituente della stessa” (art. 8.2), né “arrecare pregiudizio al titolare del diritto d'autore o di un diritto connesso relativo ad opere o prestazioni contenute in tale banca” (art. 8.3).

Ai sensi dell’art. 9, gli Stati possono prevedere delle deroghe anche al diritto *sui generis*; ciò nonostante, le motivazioni adducibili a sostegno di tali deroghe sono in numero più limitato rispetto a quelle previste per il diritto d’autore. La durata della tutela è di quindici anni dal completamento della costituzione della banca dati (art. 10.1). Eventuali modifiche sostanziali del contenuto di una banca dati, che permettano di ritenere che sia stato effettuato un nuovo consistente investimento, consentono di attribuire alla banca dati così modificata una propria specifica durata di protezione (art. 10.3).

Gli Stati membri devono prevedere adeguate sanzioni contro la violazione dei diritti contemplati dalla direttiva (art. 12). Ai sensi dell’art. 16.1, la Commissione deve trasmettere un rapporto sullo stato di applicazione della direttiva ogni tre anni al Parlamento Europeo, al Consiglio e al Comitato Economico e Sociale.

La direttiva è stata oggetto di forti critiche, soprattutto in relazione all’ampiezza della protezione e alla possibilità che si espanda ulteriormente. È stata evidenziata l’esiguità delle deroghe ammesse e la scarsa chiarezza delle definizioni, nonché il rischio che possa produrre una forte concentrazione dell’informazione. La periodica pubblicazione di una relazione sullo stato di implementazione della direttiva doveva servire anche a venire incontro a tali preoccupazioni, assicurando un frequente monitoraggio, fra le altre cose, della condizione di concorrenzialità del mercato²¹⁷.

²¹⁷ SEVILLE C., *EU intellectual property law and policy*, op. cit., p. 44. Alcune pronunce della Corte di Giustizia hanno contribuito a fare chiarezza su molti aspetti controversi o giudicati poco chiari. Per esempio, nella sentenza *British Horseracing Board BHB* (2004), la Corte ha precisato che l’investimento per la costituzione di una banca dati non comprende i mezzi impiegati per la creazione degli elementi costitutivi del contenuto, bensì i mezzi destinati alla ricerca e alla raccolta di dati e informazioni da inserirvi. Con questa pronuncia, la Corte ha limitato il potenziale ambito di applicazione delle norme relative all’attribuzione del diritto *sui generis* (sentenza del 9 novembre 2004, *The British Horseracing Board Ltd e altri vs. William Hill Organization Ltd*, causa C-203/02, in *Raccolta della Giurisprudenza* 2004, p. 10415).

Il primo rapporto ufficiale della Commissione sulla direttiva (2005)²¹⁸ ha mostrato che, nonostante il diritto *sui generis* sia stato introdotto per stimolare la creazione di banche dati, non vi sia in realtà alcuna prova di un simile effetto. Mentre il settore della produzione di banche dati negli Stati Uniti avanza anche senza l'esistenza di un diritto *sui generis*, in Europa, almeno all'epoca della relazione, il settore arrancava. I rappresentanti dell'industria europea hanno risposto a tali osservazioni sostenendo con forza l'importanza del diritto *sui generis* per il successo delle proprie attività economiche.

Il rapporto della Commissione proponeva quattro opzioni: abrogare la direttiva, rivedere il diritto *sui generis*, abolire il diritto *sui generis* o mantenere lo *status quo*. Gli *stakeholders* erano stati invitati a presentare commenti ed osservazioni al riguardo. Dopo aver raccolto un gran numero di commenti e osservazioni, la Commissione ha deciso di mantenere, almeno per il momento, lo *status quo*²¹⁹.

3.2.2.10 La direttiva sul commercio elettronico

La direttiva 2000/31/CE²²⁰ prende le mosse dalla crescente diffusione del commercio elettronico in Europa, un fenomeno per quale l'industria europea della fine degli anni '90 non appariva ancora sufficientemente preparata. Al summit di Lisbona del 2000, l'adozione della direttiva era stata considerata di interesse prioritario, in quanto strumento per la transizione dell'Unione Europea verso un'economia competitiva e dinamica fondata sulla conoscenza.²²¹

²¹⁸ Commission of the European Communities, DG Internal Market and Services working paper, *First evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases*, 12 dicembre 2005.

²¹⁹ Per un esame più approfondito della protezione legale delle banche dati nell'Unione Europea si rimanda a DERCLAYE E., *The Legal Protection of Databases: a Comparative Analysis*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2008.

²²⁰ Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno.

²²¹ Prima del Summit di Lisbona, l'argomento era stato trattato in una comunicazione della Commissione: Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni "Un'iniziativa europea in materia di commercio elettronico", COM(97) 157, 15 aprile 1997. La proposta di direttiva fu adottata dalla Commissione il 18 novembre 1998 (Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a taluni aspetti giuridici del commercio elettronico, COM(98) 586 def., 18 novembre 1998). V. PEARCE Graham e PLATTEN

Il punto di partenza della direttiva è la volontà di far sì che il commercio elettronico “possa beneficiare pienamente del mercato interno e pertanto che venga raggiunto un alto livello di integrazione comunitaria”²²². Si rileva come lo sviluppo dei servizi della società dell’informazione nella Comunità sia limitato da ostacoli giuridici al corretto funzionamento del mercato interno, in particolare da divergenze tra le normative nazionali e incertezza del diritto²²³. La direttiva rappresenta il tentativo del legislatore comunitario di risolvere il suddetto problema.

L’armonizzazione operata mediante questo atto riguarda una pluralità di ambiti: lo stabilimento dei prestatori di servizi (artt. 4-5), i requisiti di trasparenza per le comunicazioni commerciali (artt. 6-8), la disciplina dei contratti per via elettronica (artt. 9-11), i codici di condotta (art. 16), la composizione extragiudiziale delle controversie (art. 17), i ricorsi giurisdizionali (art. 18), la cooperazione tra Stati membri (art. 19). Data l’ampiezza della portata applicativa della direttiva, si è scelto qui di dare conto della disciplina relativa alla responsabilità degli *Internet service providers* (ISP), cioè le società fornitrici dell’accesso a Internet e ai relativi servizi, in quanto non solo ha avuto un forte impatto sulla tutela della proprietà intellettuale nell’Unione Europea²²⁴, ma è ancora oggi un tema molto dibattuto.

È opinione relativamente diffusa che gli ISP dispongano di poteri più incisivi, rispetto ai titolari del diritto d’autore, per far fronte alle violazioni dei diritti di proprietà intellettuale sui contenuti dei siti ospitati sui propri *server*²²⁵. Un’osservazione di questo tenore è ravvisabile, per esempio, al considerando 59 del preambolo della direttiva 2001/59, nel quale si afferma che “[...] in ambito digitale, i servizi degli intermediari possono essere sempre più utilizzati da terzi per attività illecite. In molti casi siffatti intermediari sono i più idonei a porre fine a dette attività illecite”. Poiché gli Stati membri avevano adottato approcci differenti rispetto al

Nicholas, “Promoting the Information Society: the EU Directive on Electronic Commerce”, *European Law Journal*, vol. 6, n. 4, 2000.

²²² Preambolo, considerando 4.

²²³ Preambolo, considerando 5.

²²⁴ Secondo Seville, “The Directive’s impact on intellectual property is probably strongest in relation to the liability of internet service providers (ISPs)” (SEVILLE C., *EU Intellectual Property Law and Policy*, op. cit., p. 47).

²²⁵ Tale osservazione è stata formulata, per esempio, al considerando 59 del preambolo della direttiva 2001/29/CE.

tema della responsabilità dei “prestatori di servizi della società dell’informazione”, l’Unione Europea ha ritenuto opportuno intervenire ai fini di un’armonizzazione.

La direttiva 2000/31/CE individua tre diverse immunità a favore degli ISP. La prima è relativa al semplice trasporto (“*mere conduit*”). Quando il servizio si configura come una trasmissione su una rete di comunicazione di “informazioni fornite da un destinatario del servizio” o come la fornitura di “un accesso alla rete di comunicazione”, l’ISP non è responsabile delle informazioni trasmesse, a condizione che non dia origine alla trasmissione, non ne selezioni il destinatario e non selezioni né modifichi le informazioni trasmesse (art. 12).

La seconda immunità, disciplinata all’articolo 13, riguarda la memorizzazione temporanea (“*caching*”). Quando il servizio consiste nella trasmissione su una rete di comunicazione di “informazioni fornite da un destinatario del servizio”, l’ISP non è responsabile della “memorizzazione automatica, intermedia e temporanea di tali informazioni effettuata al solo scopo di rendere più efficace il successivo inoltra ad altri destinatari a loro richiesta”, a condizione che l’ISP: “non modifichi le informazioni; si conformi alle condizioni di accesso alle informazioni; si conformi alle norme di aggiornamento delle informazioni indicate in un modo ampiamente riconosciuto e utilizzato dalle imprese del settore; non interferisca con l’uso lecito di tecnologia ampiamente riconosciuta e utilizzata nel settore per ottenere dati sull’impiego delle informazioni; agisca prontamente per rimuovere le informazioni che ha memorizzato, o per disabilitare l’accesso, non appena venga effettivamente a conoscenza del fatto che le informazioni sono state rimosse dal luogo dove si trovavano inizialmente sulla rete o che l’accesso alle informazioni è stato disabilitato oppure che un organo giurisdizionale o un’autorità amministrativa ne ha disposto la rimozione o la disabilitazione dell’accesso”.

La terza immunità riguarda l’“*hosting*”. Quando il servizio consiste nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, l’ISP non è responsabile delle informazioni memorizzate, a condizione che esso non sia effettivamente al corrente del fatto che l’attività o l’informazione è illecita e, per quanto riguarda richieste di risarcimento, non sia a conoscenza di fatti che rendono manifesta l’illegalità dell’attività o dell’informazione, e a condizione che agisca

immediatamente per rimuovere le informazioni o disabilitarne l'accesso, non appena messo al corrente di fatto che rendono manifesta l'illegalità dell'attività (art. 14).

Ai sensi dell'articolo 15, gli ISP non sono portatori di un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano, né di ricerca di fatti o circostanze da cui emerga la presenza di attività illegali. Gli Stati membri, tuttavia, possono imporre agli ISP degli obblighi di informazione alle autorità competenti relativamente a presunte attività o informazioni illecite, o ai dati identificativi dei destinatari dei loro servizi con cui hanno accordi di memorizzazione dei dati²²⁶.

La direttiva non pregiudica la possibilità per gli Stati membri di stabilire procedure per la disabilitazione dell'accesso e la rimozione dei contenuti²²⁷.

3.2.2.11 Il Libro verde del 1995 e la Direttiva 2001/29/CE sul diritto d'autore nella società dell'informazione

In un comunicato stampa²²⁸ pubblicato in occasione dell'adozione della direttiva 2011/29/CE sul diritto d'autore nella società dell'informazione²²⁹, l'allora Commissario europeo per il mercato interno e i servizi Frits Bolkestein aveva dichiarato:

“Non solo questa Direttiva è la misura più importante che l'Europa abbia mai adottato in materia di diritto d'autore, ma proietta anche la normativa europea in materia nell'era digitale. I creatori, gli artisti e le industrie del diritto d'autore possono ora guardare con rinnovata fiducia alle sfide poste dal commercio elettronico. Allo stesso tempo la direttiva mette al sicuro i

²²⁶ Sulla comunicazione di taluni dati personali nel contesto di un procedimento civile: Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza del 29 gennaio 2008, *Productores de Música de España (Promusicae) vs. Telefónica de España SAU*, causa C-275/06, in *Raccolta della Giurisprudenza* 2008, p. 271.

²²⁷ Preambolo, considerando 46.

²²⁸ Comunicato stampa, “Commission welcomes adoption of the Directive on copyright in the information society by the Council”, 9 aprile 2001, IP/01/528.

²²⁹ Direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione.

legittimi interessi degli utenti, dei consumatori e di tutta la società” [trad. propria].²³⁰

In una revisione dell'*acquis* comunitario in materia di diritto d'autore (2004)²³¹, la Commissione ha presentato la direttiva 2001/29 come la misura più “comprensiva” mai adottata fino a quel momento in materia. In effetti, nessuno dei precedenti interventi era stato ampio quanto la riforma legislativa del 2001, che ha ricompreso tutti i diritti e tutte le eccezioni nel diritto d'autore, sia nel mondo digitale che nel mondo analogico. Nel commentare la proposta della Commissione, Cohen Jehoram aveva affermato che con essa l'Unione Europea si apprestava a rimpiazzare “forse i due terzi delle normative nazionali in materia di diritto d'autore”²³². La direttiva segna l'abbandono, da parte del legislatore comunitario, dell'approccio fortemente settoriale (*software*, banche dati, durata della protezione, ecc) che aveva caratterizzato i suoi precedenti interventi e denota la volontà di prendere in considerazione il diritto d'autore in termini complessivi. La direttiva 2001/29 segna dunque il passaggio da un'armonizzazione di tipo “verticale” ad un'armonizzazione di tipo “orizzontale”.

La direttiva trae origine dal Libro verde della Commissione sul diritto d'autore nella società dell'informazione, pubblicato nel 1995²³³. Nel Libro Verde la Commissione aveva esaminato le questioni di diritto d'autore e diritti connessi riguardanti il contenuto dei servizi e dei prodotti della cd. “società dell'informazione”. Se, da un lato, la Commissione aveva sottolineato l'importanza degli investimenti in infrastrutture tecnologiche, dall'altro lato aveva anche riconosciuto come gli investimenti dovessero essere incoraggiati attraverso un adeguato quadro di protezione del diritto d'autore. Il Libro verde tratta un gran

²³⁰ “Not only is this Directive the most important measure ever to be adopted by Europe in the copyright field but it brings European copyright rules into the digital age. Europe's creators, artists and copyright industries can now look forward with renewed confidence to the challenges posed by electronic commerce. At the same time, the Directive secures the legitimate interests of users, consumers and society at large.”

²³¹ Commission of the European Communities, *Commission Staff Working Paper on the review of the EC legal framework in the field of copyright and related rights*, SEC (2004) 995, Brussels, 19 July 2004, p. 3.

²³² COHEN JEORAM H., “European Copyright Law”, op. cit., p. 545.

²³³ Commissione delle Comunità Europee, Libro verde “Il diritto d'autore e i diritti connessi nella Società dell'informazione”, COM(95) 382, 19 luglio 1995.

numero di temi di rilievo, quali l'opportunità di armonizzare i diritti morali, l'adeguatezza del diritto di noleggio al nuovo ambiente digitale, l'opportunità o necessità che la digitalizzazione di un'opera richieda la previa autorizzazione del titolare del diritto, e così via.

Alla pubblicazione del Libro verde fecero seguito delle consultazioni con una pluralità di soggetti diversi: le istituzioni comunitarie, gli Stati membri, i rappresentanti dell'industria, le organizzazioni di consumatori. Successivamente, la Commissione elaborò un piano legislativo²³⁴ di cui si trova riscontro, a grandi linee, nella direttiva: i diritti di distribuzione e riproduzione, l'elusione delle misure tecnologiche di protezione, il diritto di comunicazione al pubblico. Per quanto riguarda altre questioni, come quella dei diritti di trasmissione e dell'*enforcement* del diritto d'autore, la Commissione ha invece ritenuto opportuno farle oggetto di ulteriore considerazione prima di intraprendere qualsiasi iniziativa al riguardo.

Non da ultimo, ad incoraggiare l'adozione di una nuova direttiva in materia di diritto d'autore è stata la circostanza che nel dicembre 1996 fossero stati conclusi i trattati dell'OMPI sul diritto d'autore e i diritti connessi (Trattato OMPI sul diritto d'autore e Trattato OMPI sulle interpretazioni ed esecuzioni e sui fonogrammi)²³⁵ e che pertanto l'Unione Europea avrebbe dovuto trasporre nel proprio diritto gli obblighi da essi derivanti.²³⁶

Da un esame della direttiva, emerge innanzitutto il fatto che l'obiettivo perseguito è quello di "istituire un quadro giuridico generale e flessibile a livello comunitario per favorire lo sviluppo della società dell'informazione in Europa"²³⁷. Presupposto fondamentale per il conseguimento di tale obiettivo è "l'esistenza di un

²³⁴ Commissione delle Comunità Europee, "Le iniziative da assumere a seguito del Libro verde sul diritto d'autore e i diritti connessi nella società dell'informazione", COM(96) 0568, 20 novembre 1996. Si segnala anche la successiva Relazione sulla comunicazione della Commissione "Le iniziative da assumere a seguito del Libro verde sul diritto d'autore e i diritti connessi nella società dell'informazione" (COM(96) 0568 - C4-0090/97), 2 ottobre 1997.

²³⁵ Per Mazziotti, la conclusione dei due trattati avrebbe avuto un'importanza determinante sul contenuto finale della direttiva. A suo giudizio, l'obiettivo "esterno" di trasporre nel diritto comunitario gli obblighi internazionali derivanti dai due trattati avrebbe alla fine prevalso sul conseguimento di obiettivi di carattere intracomunitario (sul punto MAZZIOTTI G., *EU Digital Copyright Law and the End User*, op. cit., p. 51).

²³⁶ Preambolo, considerando 7.

²³⁷ Preambolo, considerando 2.

mercato interno dei nuovi prodotti e servizi”. L’armonizzazione del diritto d’autore viene dunque considerata, come del resto anche nelle precedenti direttive, non tanto come un obiettivo meritevole di per sé di essere raggiunto, quanto un mezzo per il consolidamento del mercato interno²³⁸ e per il miglioramento della competitività dell’industria europea²³⁹. Ciò è dimostrato dal fatto che, al considerando 7 del Preambolo, si afferma, con riferimento ai regimi nazionali in materia di diritto d’autore, che “non è necessario eliminare o prevenire le differenze che non incidono negativamente sul funzionamento del mercato interno”. Nonostante l’ampiezza della disciplina introdotta attraverso la direttiva, il diritto d’autore rimane dunque interamente funzionale al conseguimento del mercato interno.

A tal proposito, è opportuno osservare che la direttiva trae origine, in un certo senso, da una preoccupazione del legislatore comunitario. Nel Preambolo si evidenzia infatti come alcuni Stati avessero già avviato una produzione legislativa per rispondere alle sfide della società dell’informazione. Il rischio era che tale produzione legislativa si traducesse in differenze significative in materia di protezione del diritto d’autore e, conseguentemente, in restrizioni alla libera circolazione dei servizi e dei prodotti contenenti proprietà intellettuale, con una conseguente “nuova frammentazione del mercato interno”. È significativo il fatto che con l’espressione “nuova frammentazione” venga indirettamente espresso un giudizio positivo sui risultati dell’opera di armonizzazione svolta fino a quel momento.

Venendo al contenuto della direttiva 2001/29/CE, se si fa eccezione per alcuni emendamenti “tecnici”²⁴⁰ alle direttive 92/100/CEE e 93/98/CEE, essa non apporta alcuna modifica alla legislazione precedente in materia di diritto d’autore (art. 1). Le questioni affrontate dalla direttiva sono essenzialmente il diritto di

²³⁸ “[...] il quadro giuridico comunitario relativo alla protezione del diritto d'autore e dei diritti connessi dovrebbe, di conseguenza, essere adattato e completato per il buon funzionamento del mercato interno” (preambolo, considerando 7).

²³⁹ “Un quadro giuridico armonizzato in materia di diritto d'autore e di diritti connessi, creando una maggiore certezza del diritto e prevedendo un elevato livello di protezione della proprietà intellettuale, promuoverà notevoli investimenti in attività creatrici ed innovatrici [...]” (preambolo, considerando 4).

²⁴⁰ V. art. 11 della direttiva 2001/29/CE e la nota n. 192 (par. 3.2.2.5).

distribuzione, il diritto di comunicazione al pubblico, il diritto di riproduzione, le eccezioni al diritto d'autore e le misure tecnologiche di protezione.

Per quanto concerne i diritti esclusivi, gli Stati membri hanno innanzitutto l'obbligo di riconoscere "il diritto esclusivo di autorizzare o vietare la riproduzione diretta o indiretta, temporanea o permanente, in qualunque modo o forma, in tutto o in parte" ad una serie di soggetti individuati nella direttiva: gli autori per quanto riguarda le loro opere, gli artisti interpreti o esecutori per quanto riguarda la fissazione delle loro prestazioni artistiche, i produttori di fonogrammi per quanto riguarda i loro fonogrammi, i produttori delle prime fissazioni delle pellicole per quanto riguarda l'originale e le copie della pellicola, gli organismi di radiodiffusione televisiva per quanto riguarda le fissazioni delle loro trasmissioni (art. 2). Il diritto di riproduzione, qui definito in termini piuttosto ampi, risulta essere particolarmente sotto attacco nell'ambiente digitale. Le opere in formato digitale, infatti, sono spesso facilmente riproducibili, a danno dei titolari dei diritti d'autore. È tuttavia altrettanto vero che le modalità di impiego di alcune di queste opere richiedono spesso, inevitabilmente, la creazione di copie temporanee delle opere, anche per operazioni elementari quali la loro visualizzazione. Un equilibrio fra le due opposte considerazioni è stato raggiunto attraverso l'articolo 5, che non a caso individua eccezioni obbligatorie solo con riferimento al diritto di riproduzione.²⁴¹

Il diritto di comunicazione al pubblico, comprensivo del diritto di mettere a disposizione del pubblico altri materiali protetti, è disciplinato all'articolo 3. Con il riferimento alla messa a disposizione del pubblico delle opere, il legislatore comunitario ha voluto fare oggetto di disciplina la possibilità di trasmissione e comunicazione delle opere in forma "non fisica", con la conseguente possibilità, per il pubblico, di accedervi dal luogo e nel momento preferito²⁴², a differenza di quanto accade nelle forme tradizionali di comunicazione al pubblico. Il diritto di controllare la comunicazione al pubblico deve essere riconosciuto in via esclusiva dagli Stati membri agli autori delle opere, mentre il diritto esclusivo di controllare la messa a disposizione al pubblico è riconosciuto dagli Stati membri in capo agli artisti

²⁴¹ Sul punto SEVILLE C., *EU Intellectual Property Law and Policy*, op. cit., p. 51.

²⁴² Si pensi, per esempio, alla messa a disposizione di video su Internet.

interpreti o esecutori per quanto riguarda la fissazione delle loro prestazioni artistiche, i produttori di fonogrammi per quanto riguarda i loro fonogrammi, i produttori delle prime fissazioni delle pellicole per quanto riguarda l'originale e le copie della pellicola e agli organismi di radiodiffusione televisiva per quanto riguarda le fissazioni delle loro trasmissioni²⁴³. Entrambi i diritti non si esauriscono con alcun atto di comunicazione o messa a disposizione al pubblico.

Il diritto di distribuzione riguarda sia la distribuzione dell'originale dell'opera o sia la distribuzione di copie. Ai sensi dell'art. 4, gli Stati riconoscono agli autori il diritto di autorizzare o vietare qualsiasi forma di distribuzione al pubblico. In questo caso vige la tradizionale regola dell'esaurimento del diritto una volta che sia avvenuta la prima vendita o il primo trasferimento di proprietà nella Comunità con il consenso dell'autore.

La direttiva disciplina, inoltre, le eccezioni e limitazioni alla protezione del diritto d'autore (art. 5), questione questa affrontata solo incidentalmente nel Libro Verde. Come si è detto, nella direttiva è indicata una sola eccezione obbligatoria, quella riguardante gli atti di riproduzione temporanea "privi di rilievo economico proprio che sono transitori o accessori, e parte integrante e essenziale di un procedimento tecnologico, eseguiti all'unico scopo di consentire: a) la trasmissione in rete tra terzi con l'intervento di un intermediario o b) un utilizzo legittimo di un'opera o di altri materiali". Dato che la direttiva 2001/29/CE non modifica le direttive precedenti, tale disciplina non si applica ai programmi per *computer* e alle banche dati.

All'eccezione obbligatoria segue un elenco di venti eccezioni facoltative, sia al diritto di riproduzione che al diritto di comunicazione al pubblico (artt. 5.2 e 5.3). Gli Stati membri sono liberi di adottare tutte le eccezioni e limitazioni che ritengono opportune e/o necessarie, purché siano ricomprese nella lista. Le eccezioni facoltative al diritto di riproduzione riguardano: la reprografia; le riproduzioni per uso privato e fini non commerciali (a condizione che i titolari dei diritti ricevano un

²⁴³ Con riferimento alle trasmissioni, trattandosi di "messa a disposizione del pubblico" e non di "comunicazione al pubblico", la disciplina in oggetto riguarda solo i servizi *on demand*.

equo compenso²⁴⁴); le riproduzioni realizzate da biblioteche pubbliche, istituti di istruzione, musei o archivi che non tendono ad alcun vantaggio economico o commerciale; le registrazioni effimere di opere realizzate da organismi di diffusione radiotelevisiva con i loro propri mezzi e per le loro proprie emissioni²⁴⁵; le riproduzioni di emissioni radiotelevisive effettuate da istituzioni sociali pubbliche che perseguano uno scopo non commerciale, quali ospedali o prigioni, purché i titolari dei diritti ricevano un equo compenso (art. 5.2). Le eccezioni facoltative al diritto di riproduzione e di comunicazione al pubblico sono molto più numerose e ricomprendono, per esempio, l'utilizzo a finalità illustrativa per uso didattico o di ricerca scientifica purché si indichi la fonte, gli impieghi per fini di pubblica sicurezza, l'utilizzo a scopo di caricatura o parodia e l'utilizzo a favore dei portatori di *handicap*, sempre che l'utilizzo sia collegato all'*handicap* e non abbia carattere commerciale (art. 5.3). Quando uno Stato membro adotta una delle eccezioni indicate all'art. 5.2 e 5.3 in relazione al diritto di riproduzione, può disporre anche un'eccezione al diritto di distribuzione "nella misura giustificata dallo scopo della riproduzione permessa" (art. 5.4).

Particolarmente controversa è stata la disciplina delle misure tecnologiche di protezione²⁴⁶. Essa infatti rischiava di rendere impraticabili le eccezioni e le limitazioni alla protezione: si pensi, per esempio, al caso in cui si voglia copiare

²⁴⁴ Al punto 35 del Preambolo si precisa meglio cosa debba intendersi per "equo compenso": "Nel determinare la forma, le modalità e l'eventuale entità di detto equo compenso si dovrebbe tener conto delle peculiarità di ciascun caso. Nel valutare tali peculiarità, un valido criterio sarebbe quello dell'eventuale pregiudizio subito dai titolari dei diritti e derivante dall'atto in questione. Se i titolari dei diritti hanno già ricevuto un pagamento in altra forma, per esempio nell'ambito di un diritto di licenza, ciò non può comportare un pagamento specifico o a parte. Il livello dell'equo compenso deve tener pienamente conto della misura in cui ci si avvale delle misure tecnologiche di protezione contemplate dalla presente direttiva. In talune situazioni, allorché il danno per il titolare dei diritti sarebbe minimo, non può sussistere alcun obbligo di pagamento."

²⁴⁵ La conservazione delle registrazioni in archivi ufficiali può essere autorizzata, se hanno un eccezionale carattere documentario.

²⁴⁶ "Ai fini della presente direttiva, per "misure tecnologiche" si intendono tutte le tecnologie, i dispositivi o componenti che, nel normale corso del loro funzionamento, sono destinati a impedire o limitare atti, su opere o altri materiali protetti, non autorizzati dal titolare del diritto d'autore o del diritto connesso al diritto d'autore, così come previsto dalla legge o dal diritto sui generis previsto al capitolo III della direttiva 96/9/CE. Le misure tecnologiche sono considerate "efficaci" nel caso in cui l'uso dell'opera o di altro materiale protetto sia controllato dai titolari tramite l'applicazione di un controllo di accesso o di un procedimento di protezione, quale la cifratura, la distorsione o qualsiasi altra trasformazione dell'opera o di altro materiale protetto, o di un meccanismo di controllo delle copie, che realizza l'obiettivo di protezione." (art. 6.3).

un'illustrazione per uso didattico e ciò non sia possibile a causa della presenza dispositivi anti-copia. Ciò è a maggior ragione vero quando l'eventuale "aggiramento" del dispositivo è illegale e punito dalla legge. La direttiva cerca di individuare un compromesso equilibrato. Da un lato, gli Stati membri devono prevedere un'adeguata protezione giuridica contro la deliberata elusione di misure tecnologiche efficaci (art. 6.1). Essi devono inoltre prevedere un'adeguata protezione giuridica contro la "fabbricazione, l'importazione, la distribuzione, la vendita, il noleggio, la pubblicità per la vendita o il noleggio o la detenzione a scopi commerciali di attrezzature, prodotti o componenti o la prestazione di servizi, che: a) siano oggetto di una promozione, di una pubblicità o di una commercializzazione, con la finalità di eludere, o b) non abbiano, se non in misura limitata, altra finalità o uso commercialmente rilevante, oltre quello di eludere, o c) siano principalmente progettate, prodotte, adattate o realizzate con la finalità di rendere possibile o di facilitare l'elusione di efficaci misure tecnologiche" (art. 6.3). Dall'altro lato, gli Stati membri devono prendere provvedimenti adeguati affinché i titolari dei diritti mettano a disposizione del beneficiario di un'eccezione o limitazione i mezzi per fruirne appieno (art. 6.4).

La direttiva tratta anche il tema degli obblighi relativi alle informazioni sul regime dei diritti. Per "informazioni sul regime dei diritti" si intende "qualunque informazione fornita dai titolari dei diritti che identifichi l'opera o i materiali protetti [...], l'autore o qualsiasi altro titolare dei diritti, o qualunque informazione circa i termini e le condizioni di uso dell'opera o di altri materiali nonché qualunque numero o codice che rappresenti tali informazioni". Si pensi, per esempio, alle informazioni sulla titolarità del diritto d'autore o le condizioni d'uso che spesso accompagnano le immagini o i video diffusi sul *web*. Ai sensi dell'articolo 7, gli Stati membri hanno l'obbligo di stabilire un'adeguata protezione giuridica contro chiunque, consapevolmente e senza averne diritto, rimuova o alteri qualsiasi informazione elettronica sul regime dei diritti e/o distribuisca, importi a fini di distribuzione, diffonda per radio o televisione, comunichi o metta a disposizione del pubblico opere o altri materiali protetti "dalle quali siano state rimosse o alterate senza averne diritto le informazioni elettroniche sul regime dei diritti". La condizione è che chi compia

tali atti sia consapevole, o si possa ragionevolmente presumere che sia consapevole, che compiendoli rende possibile, agevola o dissimula una violazione di diritti d'autore o diritti connessi previsti dalla legge, o del diritto *sui generis* relativo alle banche dati.

La direttiva 2001/29/CE è stata oggetto di aspre critiche, condivisibili almeno per quanto riguarda la portata, estremamente ampia, delle eccezioni di cui all'articolo 5. Tale aspetto è idoneo ad incidere pesantemente sull'effettiva capacità della direttiva di armonizzare o quanto meno operare un ravvicinamento tra le legislazioni nazionali in materia di diritto d'autore. Come sottolinea Hugenholtz, la direttiva ha tradito l'obiettivo originario della Commissione di ridurre al minimo indispensabile le eccezioni, al punto che la lista ricomprende praticamente tutte le eccezioni già vigenti nei vari Stati membri²⁴⁷. Inoltre le eccezioni elencate sono formulate in termini estremamente ampi, e in quanto tali, sono suscettibili di interpretazione estensiva e implementazione attraverso una pluralità di metodi diversi.²⁴⁸

Va altresì ricordato che la stragrande maggioranza delle eccezioni e delle limitazioni elencate è di carattere facoltativo, e gli Stati sono liberi di scegliere di adottare quelle che ritengono più opportune o necessarie. Una simile circostanza certamente non facilita l'armonizzazione, poiché di fatto lascia gli Stati liberi di preservare le normative vigenti, con le relative differenze.

Per quanto dunque il tentativo di armonizzazione orizzontale perseguito attraverso la direttiva 2001/29/CE sia apprezzabile, esso si è alla fine dimostrato più modesto di quanto era stato annunciato.

²⁴⁷ HUGENHOLTZ B., "Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid", *European Intellectual Property Review*, vol. 11, p. 502.

²⁴⁸ A giudizio di Seville, tale possibilità compromette lo sforzo di armonizzazione, dal momento che molte eccezioni sono formulate in termini ampi e sono quindi suscettibili di implementazione attraverso una pluralità di metodi diversi (SEVILLE C., *EU Intellectual Property Law and Policy*, op. cit., p. 53).

3.2.2.12 La direttiva sul diritto d'autore sulle successive vendite dell'originale di un'opera d'arte

Il diritto sulle successive vendite dell'originale di un'opera d'arte (il cd. “*droit de suite*”) conferisce all'artista che ne è titolare il diritto di ricevere una quota dei guadagni derivanti dalle vendite successive delle proprie opere. Le motivazioni generalmente addotte a sostegno del riconoscimento di questo diritto sono varie. Da un lato, si ritiene giusto che gli artisti possano trarre vantaggio dall'eventuale accrescimento del valore delle proprie opere. Dall'altro lato, il diritto compenserebbe gli artisti del fatto che, a differenza degli autori e degli interpreti, non possono beneficiare dei guadagni derivanti dalla vendita di copie delle proprie opere. Prima dell'adozione della direttiva 84/2001/CE²⁴⁹, tale diritto era già riconosciuto dalla maggior parte dei Paesi membri dell'Unione Europea, con eccezioni di rilievo nel Regno Unito, nell'Irlanda, nei Paesi Bassi e nel nostro Paese. Il primo paese a riconoscerlo fu la Francia (1920), sembrerebbe come risposta allo sgomento popolare per il fatto che la famiglia del pittore Jean-François Millet viveva in povertà, mentre un suo celebre dipinto era stato venduto dal suo primo acquirente ad un prezzo astronomico²⁵⁰.

Il Preambolo della direttiva evidenzia come vi fossero dei Paesi membri che non riconoscevano il diritto d'autore sulle successive vendite dell'originale. Laddove invece il diritto era riconosciuto, si rilevavano delle forti disparità tra normative nazionali, relativamente all'oggetto del diritto, ai suoi beneficiari, alle percentuali applicate, alla base per il calcolo. La preoccupazione del legislatore europeo è espressa al considerando 9:

²⁴⁹ Direttiva 84/2001/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 settembre 2011, relativa al diritto d'autore di un'opera d'arte sulle successive vendite dell'originale.

²⁵⁰ Nel 2006, ad una seduta dell'Assemblea Nazionale, Renaud Donnedieu de Vabres, ex Ministro francese della Cultura, ha dichiarato : « On dit qu'il fut créé à l'occasion de la revente de *L'Angélu* de Millet, après la guerre de 1914-1918. Le propriétaire du tableau s'était considérablement enrichi, alors que la famille de l'artiste était dans la gêne. Beaucoup d'artistes, ainsi que leurs familles, avaient souffert de la guerre : le droit de suite était une manière de remédier à des situations socialement difficiles » (Assemblea Nazionale, resoconto integrale della terza seduta di giovedì 16 marzo 2006, consultabile su <http://www.assemblee-nationale.fr/12/cr/2005-2006/20060175.asp>; ultimo accesso : 18 ottobre 2011).

“L'applicazione o la non applicazione di tale diritto incide in misura significativa sulle condizioni di concorrenza nel mercato interno, in quanto l'esistenza o l'inesistenza dell'obbligo di versamento sulla base del diritto sulle successive vendite di opere d'arte deve essere presa in considerazione da chiunque desideri procedere alla vendita di un'opera d'arte. Questo diritto è pertanto uno dei fattori che contribuiscono a falsare la concorrenza e a creare fenomeni di delocalizzazione delle vendite all'interno della Comunità.”

Se l'obiettivo perseguito attraverso la direttiva era quello di migliorare le condizioni di concorrenza e il “buon funzionamento del mercato interno delle opere d'arte”²⁵¹, alcuni Paesi avevano manifestato timori in merito all'impatto negativo che la nuova disciplina avrebbe potuto produrre sulla capacità dell'Unione Europea di fare concorrenza ad altri Paesi nel settore della vendita di opere d'arte. Si temeva inoltre che la disciplina comunitaria avrebbe penalizzato le opere degli artisti emergenti. Quando la Commissione presentò la proposta di direttiva (1996)²⁵², incontrò forti contestazioni da parte di alcuni Stati membri, in particolare dal Regno Unito. La preoccupazione principale riguardava il fatto che, dato che l'onere economico imposto dalla direttiva sarebbe interamente ricaduto sul venditore, le case d'asta europee avrebbero potuto trovare più conveniente la delocalizzazione delle vendite verso Paesi in cui tale diritto non era riconosciuto, come la Svizzera e gli Stati Uniti. La direttiva venne adottata nel 2001 ma, a testimonianza delle difficoltà incontrate in fase negoziale, la data di recepimento fu fissata nel 1° gennaio 2006²⁵³ e furono previste numerose misure transitorie.

La direttiva 2001/84/CE definisce il diritto sulle successive vendite di opere d'arte come “diritto inalienabile, cui non è possibile rinunciare nemmeno anticipatamente, ad un compenso sul prezzo ottenuto per ogni vendita successiva alla

²⁵¹ Preambolo, considerando 10.

²⁵² Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al diritto di seguito a favore dell'autore di un'opera d'arte originale, COM(96) 97, 13 marzo 1996.

²⁵³ In un comunicato stampa successivo all'adozione della direttiva la Commissione, pur salutando con soddisfazione l'esito della procedura legislativa, espresse disappunto per la fissazione di un termine di recepimento così distante nel tempo. Nel sottolinearne l'inusualità, la Commissione ne volle sottolineare l'assoluta eccezionalità (Comunicato stampa, “Commission welcomes adoption of the Directive on resale rights for the benefit of the authors of original works of art, IP/01/1036, 19 luglio 2001).

prima cessione da parte dell'autore.” (art. 1.1). Il diritto si applica a tutte le vendite successive che comportano l'intervento di professionisti del mercato dell'arte, quali le case d'asta, le gallerie d'arte e qualsiasi commerciante di opere d'arte in generale. Ai fini della direttiva, nella nozione di “opera d'arte” sono ricompresi “gli originali delle opere delle arti figurative, come i quadri, i «collages», i dipinti, i disegni, le incisioni, le stampe, le litografie, le sculture, gli arazzi, le ceramiche, le opere in vetro e le fotografie, purché si tratti di creazioni eseguite dall'artista stesso o i esemplari considerati come opere d'arte e originali” (art. 2).

La quota sulle vendite spettante all'artista è a carico del venditore (art. 1.4) ed è calcolata sui prezzi di vendita al netto delle imposte (art. 5). Spetta agli Stati stabilire un prezzo minimo di vendita al di sopra del quale le vendite sono soggette al diritto disciplinato dalla direttiva; in ogni caso, tale prezzo minimo non può essere superiore a 3000 euro (art. 3). All'articolo 4 vengono indicate delle percentuali relative a quote del prezzo di vendita: a tali percentuali corrisponde il compenso cui l'artista ha diritto. In ogni caso, l'importo totale dei compensi non può essere superiore a 12.500 euro (art. 4.1).

Sono beneficiari dei compensi l'autore dell'opera e, dopo la sua morte, i suoi aventi causa. Gli Stati membri possono prevedere una gestione collettiva, obbligatoria o facoltativa, dei compensi (art. 6). Per quanto riguarda gli autori cittadini di Stati terzi, essi beneficiano del diritto solo nel caso in cui la legislazione del loro Paese di provenienza consenta la protezione del diritto sulle successive vendite di un'opera d'arte (art. 7).

La durata di protezione corrisponde a quella prevista dall'articolo 1 della direttiva 93/98/CEE (art. 8)²⁵⁴, ciò nonostante la direttiva fa ampie concessioni ai Paesi che all'entrata in vigore dell'atto non riconoscevano il diritto sulle vendite successive nella propria legislazione. A tali Paesi è infatti consentito di non applicare il diritto d'autore a favore degli aventi causa dell'artista (ma solo all'artista vivente) fino al 1° gennaio 2010. Al termine della scadenza, essi hanno inoltre la possibilità di negoziare un proroga di altri due anni (art. 8). In questo modo si è voluto nei fatti

²⁵⁴ V. par. 3.2.2.7.

limitare l'ambito di applicazione della direttiva all'arte moderna e contemporanea. Hanno chiesto e ottenuto una proroga di due anni il Regno Unito, l'Irlanda, l'Austria e Malta. L'Italia, invece, ha riconosciuto fin da subito il diritto non solo agli artisti, ma anche ai loro aventi causa²⁵⁵.

All'inizio dell'anno in corso (gennaio-marzo 2011), la Commissione ha avviato una serie di consultazioni sull'implementazione della direttiva, in vista della compilazione di un rapporto sul suo stato di attuazione e i suoi effetti (art. 11). La pubblicazione del rapporto è prevista per il mese di ottobre²⁵⁶.

3.2.2.13 La direttiva sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale

La direttiva 2004/48/CE (nota anche come "IPRED"²⁵⁷) sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale trae origine dalla consapevolezza che negli Stati membri sussistono ancora notevoli differenze in relazione agli strumenti finalizzati ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale²⁵⁸. Da ciò discende un pregiudizio al corretto funzionamento del mercato interno e un indebolimento del diritto sostanziale della proprietà intellettuale, con conseguente perdita di fiducia da parte degli operatori economici nei riguardi del mercato interno e riduzione degli investimenti nell'innovazione e nella creazione²⁵⁹. Tale scenario risulta palesemente in contrasto con l'ambizione dell'Unione Europea di dare vita ad un'economia competitiva e dinamica fondata sulla conoscenza. L'obiettivo della direttiva è quello di "ravvicinare queste legislazioni [le legislazioni degli Stati membri] al fine di assicurare un livello elevato, equivalente ed omogeneo di protezione della proprietà intellettuale nel mercato interno"²⁶⁰.

²⁵⁵ Decreto legislativo 13 febbraio 2006, n. 118. Attuazione della direttiva 2001/84/CE, relativa al diritto dell'autore di un'opera d'arte sulle successive vendite dell'originale.

²⁵⁶ Commissione Europea, Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, "Un mercato unico dei diritti di proprietà intellettuale. Rafforzare la creatività e l'innovazione per permettere la creazione di crescita economica, di posti di lavoro e prodotti e servizi di prima qualità in Europa", COM(2011) 287 def., 24 maggio 2011, par. 3.3.8.

²⁵⁷ IPRED è acronimo di "Intellectual Property Rights Enforcement Directive".

²⁵⁸ Preambolo, considerando n. 7.

²⁵⁹ Preambolo, considerando n. 9.

²⁶⁰ Preambolo, considerando n. 10.

La direttiva 2004/48 ha pertanto introdotto alcune misure volte ad assicurare una più omogenea protezione della proprietà intellettuale nell'Unione Europea, creando degli standard di protezione di livello elevato e allo stesso tempo riconoscendo agli Stati membri la possibilità di aggiungere sanzioni e rimedi più favorevoli ai titolari dei diritti (art. 2.1; art. 8.3.a). In ragione di quest'ultimo aspetto, si deve ritenere che la direttiva non realizzi né un'armonizzazione assoluta (in quanto impone standard minimi) né massima (in quanto non individua un tetto massimo di protezione). La direttiva si fonda sulle migliori pratiche (*best practices*) già sperimentate negli Stati membri²⁶¹ e incorpora misure di diritto civile previste dall'Accordo TRIPS²⁶², pur andando oltre le disposizioni minime contenute in quell'accordo (“*TRIPS plus*”).

L'atto affonda le sue radici nel Libro Verde sulla lotta alla contraffazione e alla pirateria del 1998²⁶³, cui ha fatto seguito l'avvio di una consultazione sul tema e successivamente (2000) l'annuncio da parte della Commissione dell'intenzione di redigere al più presto una proposta di direttiva in materia²⁶⁴.

Il percorso che ha portato all'approvazione dell'atto si è rivelato, a dispetto delle apparenze, piuttosto accidentato. Benché infatti la direttiva sia stata adottata in un tempo relativamente rapido (quindici mesi) con una sola seduta al Parlamento ed ampie maggioranze, in realtà le difficoltà si sono presentate già all'interno della Commissione, in cui non tutte le Direzioni Generali concordavano sulla necessità di una proposta di direttiva in materia²⁶⁵. Secondo Reinbothe²⁶⁶, questo è il motivo per cui la proposta della Commissione ha limitato l'ambito di applicazione della direttiva

²⁶¹ VEDDERN M., “The Enforcement Directive 2004/48/EC – A Further Step in the Harmonization of IP Laws in Europe”, *IPR Helpdesk Bulletin* 4-5, 2004, p. 2.

²⁶² Preambolo, considerando n. 4, 5, 7.

²⁶³ Commissione delle Comunità europee, Libro verde “La lotta alla contraffazione e alla pirateria nel mercato interno”, COM(98) 569 def., 15 ottobre 1998. Ancora prima il tema era stato affrontato nella Risoluzione dei rappresentanti dei governi degli Stati membri, del 24 luglio 1984, relativa alla lotta contro la pirateria audiovisiva, 84/C 204/01.

²⁶⁴ Commissione delle Comunità Europee, Comunicazione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato Economico e Sociale “Il seguito da dare al Libro verde sulla lotta contro la contraffazione e la pirateria nel mercato interno”, COM(2000) 789 def., 30 novembre 2000.

²⁶⁵ REINBOTHE J., “The EU Enforcement Directive 2004/48/EC as a Tool for Copyright Enforcement”, in STAMATOUDI I.A., *Copyright Enforcement and the Internet*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2010, p. 9.

²⁶⁶ *Ivi*, p. 10.

alle sole violazioni commesse a fini commerciali o che arrecano un danno considerevole al titolare di un diritto.²⁶⁷ A ciò vanno aggiunte le riserve del Parlamento e del Consiglio sulla competenza dell'Unione Europea in materia di *enforcement* e le preoccupazioni di alcuni Stati membri in merito all'impatto della normativa sulle proprie legislazioni nazionali²⁶⁸. Ad ogni modo, il 29 aprile 2004 la direttiva è stata ufficialmente adottata.

Ai sensi dell'articolo 1, la direttiva “concerne le misure, le procedure e i mezzi di ricorso necessari ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale”, nozione che, ai fini della direttiva, include non solo il diritto d'autore, ma anche i diritti di proprietà industriale²⁶⁹. Il considerando 13 prevede, inoltre, la possibilità per gli Stati di “estendere per finalità interne le disposizioni della [...] direttiva ad atti di concorrenza sleale, comprese le copie pirata o attività simili”. L'atto fa salve le disposizioni comunitarie che disciplinano il diritto sostanziale di proprietà intellettuale, gli obblighi imposti agli Stati membri da convenzioni internazionali e le disposizioni nazionali concernenti i procedimenti e le sanzioni penali (art. 2.3). Si applica, ovviamente anche al diritto d'autore, ma fa salve le disposizioni della direttiva 91/250/CEE sui programmi per *computer*, in particolare l'art. 7 (misure speciali di tutela), e della direttiva 2001/29/CE, in particolare gli articoli da 2 a 6 (diritto di riproduzione, diritto di comunicazioni al pubblico, diritto di distribuzione, eccezioni e obblighi relativi alle misure tecnologiche) e l'articolo 8 (sanzioni e mezzi di ricorso) (art. 2.2). Contrariamente a quanto previsto nella proposta, l'applicazione della direttiva non è limitata alle violazioni di carattere

²⁶⁷ Art. 2 della Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle misure e alle procedure volte ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, COM(2003) 46, 30 gennaio 2003.

²⁶⁸ REINBOTHE J., “The EU Enforcement Directive”, op. cit., p. 10.

²⁶⁹ Nella Dichiarazione 2005/595/CE la Commissione ha precisato che rientrano nel campo di applicazione della direttiva almeno i seguenti diritti di proprietà intellettuale: diritto d'autore, diritti connessi al diritto di autore, diritto sui generis del costituente di una banca di dati, diritti dei creatori di topografie di prodotti a semiconduttori, diritti relativi ai marchi, diritti relativi ai disegni e modelli, diritti brevettuali, compresi i diritti derivanti da certificati protettivi complementari, indicazioni geografiche, diritti relativi ai modelli di utilità, diritti di privativa per ritrovati vegetali, nomi commerciali, se protetti da diritti di privativa nella legislazione nazionale (Dichiarazione della Commissione relativa all'articolo 2 della direttiva 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, 2005/595/CE, 13 aprile 2005).

commerciale o che arrecano un danno considerevole al titolare di un diritto²⁷⁰; tale condizione è tuttavia prevista per alcune singole disposizioni (art. 6.2, art. 8.1, art. 9.2).

Agli Stati viene fatto obbligo di definire misure, procedure e mezzi di ricorso “effettivi, proporzionati e dissuasivi [...] applicati in modo da evitare la creazione di ostacoli al commercio legittimo e da prevedere salvaguardie contro gli abusi” (art. 3). La legittimazione a chiedere l’applicazione delle misure spetta ai titolari dei diritti di proprietà intellettuale, agli altri soggetti autorizzati a disporre dei diritti di proprietà intellettuale (per esempio i titolari di licenze), agli enti regolarmente riconosciuti di gestione collettiva dei diritti e agli organi di difesa professionali riconosciuti come rappresentanti i titolari dei diritti; sempre nel rispetto della legislazione applicabile (art. 4). Se una parte in causa ha presentato elementi di prova ragionevolmente accessibili e sufficienti per sostenere le proprie affermazioni e ha indicato prove che sono nella disponibilità della controparte, egli deve avere la possibilità di rivolgersi all’autorità giudiziaria affinché imponga alla controparte di produrre le prove in questione, fatta salva la tutela di eventuali informazioni riservate (art. 6). I soggetti legittimati possono anche chiedere al giudice l’adozione di misure provvisorie a protezione delle prove (art. 7) e misure cautelari (art. 9). Queste ultime possono tradursi in un’ingiunzione locutoria che può assumere svariati contenuti o nel sequestro o consegna dei prodotti sospettati di pregiudicare un diritto di proprietà intellettuale (art. 9.1). In caso di violazioni commesse su scala commerciale, si può arrivare anche al sequestro conservativo di beni mobili e immobili del presunto autore della violazione (art. 9.2). È ovviamente consentita la richiesta di revoca del provvedimento cautelare (art. 9.5).

Uno degli aspetti più controversi della direttiva è stato indubbiamente il diritto di informazione di cui all’articolo 8:

“1. Gli Stati membri assicurano che, nel contesto dei procedimenti riguardanti la violazione di un diritto di proprietà intellettuale e in risposta a una richiesta

²⁷⁰ “Per atti commessi su scala commerciale si intendono gli atti effettuati per ottenere vantaggi economici o commerciali diretti o indiretti, con l’esclusione di norma degli atti effettuati dai consumatori finali in buona fede.” (Preambolo, considerando 14).

giustificata e proporzionata del richiedente, l'autorità giudiziaria competente possa ordinare che le informazioni sull'origine e sulle reti di distribuzione di merci o di prestazione di servizi che violano un diritto di proprietà intellettuale siano fornite dall'autore della violazione e/o da ogni altra persona che:

- a) sia stata trovata in possesso di merci oggetto di violazione di un diritto, su scala commerciale;
- b) sia stata sorpresa a utilizzare servizi oggetto di violazione di un diritto, su scala commerciale;
- c) sia stata sorpresa a fornire su scala commerciale servizi utilizzati in attività di violazione di un diritto; oppure
- d) sia stata indicata dai soggetti di cui alle lettere a), b) o c) come persona implicata nella produzione, fabbricazione o distribuzione di tali prodotti o nella fornitura di tali servizi.”

Rispetto all'articolo 47 dell'Accordo TRIPS, il diritto di informazione è qui disciplinato in termini molto più stringenti; basti pensare al fatto che nell'Accordo TRIPS la disposizione in materia non imponeva alcun obbligo in capo alle parti contraenti²⁷¹. Particolarmente controverso è stato il punto c dell'articolo 8.1, in quanto riguarda informazioni che potrebbero dover essere fornite dagli *Internet Service Providers*. Ciononostante, il fatto che la direttiva in questione faccia salve le disposizioni della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico fa sì che gli ISP non abbiano l'obbligo di monitorare le attività su *Internet* dei propri utenti.

Le informazioni che devono essere fornite su richiesta sono indicate al paragrafo 2, e sono: “il nome e l'indirizzo dei produttori, dei fabbricanti, dei distributori, dei fornitori e degli altri precedenti detentori dei prodotti o dei servizi, nonché dei grossisti e dei dettaglianti, e le informazioni sulle quantità prodotte,

²⁷¹ “I Membri possono disporre che l'autorità giudiziaria abbia la facoltà, a meno che ciò non sia sproporzionato rispetto alla gravità della violazione, di ordinare all'autore della violazione di comunicare al titolare del diritto l'identità di terzi implicati nella produzione e nella distribuzione dei prodotti o servizi costituenti violazione, nonché i loro circuiti commerciali.”.

fabbricate, consegnate, ricevute o ordinate, nonché sul prezzo spuntato per i prodotti o i servizi in questione”.

Assunta la decisione di merito, l’autorità giudiziaria può comminare tre tipi diversi di sanzioni: misure correttive (ritiro dal commercio, esclusione definitiva dai circuiti commerciali, distruzione)²⁷², ingiunzioni (divieto di proseguire nella violazione)²⁷³, misure alternative (possibilità di sostituire le sanzioni appena citate con un indennizzo pecuniario se, per esempio, il soggetto ha agito in modo non intenzionale e senza negligenza).²⁷⁴ Inoltre gli Stati membri devono assicurare che, su richiesta della parte lesa, le autorità giudiziarie ordinino all’autore consapevole della violazione di pagare al titolare del diritto una somma in risarcimento dei danni subiti (art. 13).

Ai sensi dell’articolo 17, gli Stati membri dell’Unione Europea devono incoraggiare la formulazione di codici di condotta con l’intento di assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale. Entro il 29 aprile 2009, erano chiamati a trasmettere alla Commissione una relazione sull’applicazione della direttiva, finalizzata a fare da base per l’elaborazione di un rapporto generale sullo stato di implementazione e gli effetti dell’atto (art. 18). Il termine per il recepimento della direttiva è stato fissato per il 29 aprile 2006 (art. 20).

In una Comunicazione del 2009²⁷⁵ la Commissione ha rivendicato di aver “dato attuazione ad un quadro giuridico nel mercato unico che fornisce gli strumenti di tutela dei diritti di proprietà intellettuale in modo equo, efficace e proporzionato”, indicando come uno dei pilastri fondamentali del suddetto quadro la direttiva 2004/48/CE. Il giudizio sulla direttiva, calibrato sulla base degli obiettivi che le erano stati assegnati, è complessivamente positivo. Le va infatti riconosciuto il merito di aver contribuito ad armonizzare i regimi nazionali in materia di proprietà

²⁷² Art. 10.

²⁷³ Art. 11.

²⁷⁴ Art. 12.

²⁷⁵ Commissione delle Comunità Europee, Comunicazione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato Economico e Sociale Europeo “Migliorare la tutela dei diritti di proprietà intellettuale nel mercato interno”, COM(2009) 467 def., 11 settembre 2009.

intellettuale, e quindi anche di diritto d'autore, relativamente ad una materia particolarmente sensibile e controversa quale l'*enforcement*.²⁷⁶

3.2.3 Giurisprudenza e armonizzazione: un bilancio. Verso un diritto d'autore senza frontiere?

All'inizio di questo capitolo è stata messa in risalto l'esistenza di un contrasto intrinseco tra la natura territoriale della tutela del diritto d'autore e la realizzazione di un mercato interno fondato sul principio della libertà di circolazione. A tal proposito, è stato mostrato come la Comunità Europea abbia cercato di risolvere tale contrasto seguendo due strade diverse ma parallele: quella giurisprudenziale e quella legislativa. La prima, inaugurata dalla sentenza *Deutsche Grammophon*, ha avuto per protagonista la Corte di Giustizia, la cui azione è stata fondamentale per individuare la corretta collocazione della materia del diritto d'autore nell'ambito delle disposizioni del Trattato e per colmare l'assenza di normative comunitarie in materia nei primi anni di vita della Comunità. Nel corso degli anni, la Corte ha formulato dottrine giurisprudenziali che ancora oggi vengono applicate, quali la dottrina della distinzione tra esistenza ed esercizio del diritto, la dottrina dell'oggetto essenziale e la dottrina dell'esaurimento dei diritti. Mettendo in evidenza, nelle proprie pronunce, l'assenza di misure comunitarie di armonizzazione in merito a determinati aspetti del diritto d'autore, essa ha indirettamente indirizzato l'attenzione del legislatore europeo verso una materia che all'inizio era stata trascurata. La seconda strada, inaugurata dal Libro verde del 1988, ha avuto per protagonista la Commissione, che ha preso l'iniziativa di proporre misure di armonizzazione dei regimi nazionali in materia di diritto d'autore. L'armonizzazione normativa ha rappresentato un passo in avanti nella ricerca di un equilibrio tra esigenze del mercato ed esigenze del diritto

²⁷⁶ Gli elementi di criticità che la direttiva presenta non riguardano l'efficacia dell'armonizzazione ma la posizione che assume in merito a questioni tradizionalmente controverse. Una di queste è, per esempio, la posizione degli utenti finali. Sebbene il Preambolo della direttiva faccia riferimento solo ad atti commessi su scala commerciale, esso lascia impregiudicata la possibilità per gli Stati membri "di applicare tali misure anche nei confronti di altri atti" (considerando 14). Ciò potrebbe avere per conseguenza l'adozione di sanzioni nei confronti di utenti che, per esempio, scarichino illegalmente da Internet materiale protetto dal diritto d'autore. La proposta di direttiva, invece, era limitata alla sola violazione commessa per finalità di carattere commerciale (LUCCHI N., "I contenuti digitali", op. cit., pp. 139-140).

d'autore, in quanto ha colmato vuoti normativi, ha rimosso almeno in parte le disparità fra le legislazioni nazionali e ha aumentato la certezza del diritto. Le due strade, lungi dall'essere alternative, sono complementari e continuano a correre in parallelo ancora oggi.

Se è vero che l'armonizzazione, grazie al superamento delle disparità fra normative nazionali, ha ridotto la frammentazione del mercato interno, è altrettanto vero che non è ancora risolutiva rispetto al problema per il quale è stata realizzata. Innanzitutto, l'armonizzazione ha un carattere eminentemente procedurale e dunque autonomo rispetto al contenuto della legislazione. Ai fini dell'armonizzazione, la scelta di una protezione più o meno ampia non riveste importanza alcuna, in quanto ciò che conta è solo ed esclusivamente l'uniformità della protezione accordata dai diversi Paesi. Di per sé l'armonizzazione non è che un guscio, il cui contenuto dipende interamente da scelte politiche. Il fatto che i progressi sul piano dell'armonizzazione siano stati alquanto lenti e laboriosi mostra quanto siano state politicamente sensibili le questioni affrontate dal legislatore europeo.

Vanno altresì considerate le difficoltà specifiche dell'armonizzazione di una materia come il diritto d'autore, in cui si contrappongono tradizioni diverse, come quella del *droit d'auteur* e quella del *copyright*. Si tratta di una materia cui vengono ricondotti diversi oggetti, priva di una procedura formale di riconoscimento dei diritti (a differenza di quanto accade, per esempio, per i brevetti e i marchi) e che coinvolge una pluralità di interessi diversi e spesso contrastanti.

Queste difficoltà a parte, la principale debolezza dell'armonizzazione risiede nel fatto che essa non affronta e nemmeno sfiora il problema di fondo, cioè la territorialità del diritto d'autore. Attraverso l'adozione di misure di armonizzazione, il legislatore può risolvere i problemi causati dalle discrepanze tra le normative nazionali, ma non può in alcun modo eliminare la territorialità della tutela del diritto d'autore²⁷⁷. L'unica soluzione capace di risolvere il problema alla radice sarebbe la

²⁷⁷ Non è nemmeno detto che sia un bene risolverla. La territorialità del diritto d'autore può favorire la promozione e la salvaguardia della diversità culturale nei diversi Stati membri. Essa promuove inoltre la discriminazione dei prezzi, favorendo l'efficienza economica. Sul punto: HUGHENHOLTZ B. *et*

sostituzione dei diritti d'autore riconosciuti a livello nazionale con un diritto d'autore unico, paneuropeo²⁷⁸. In altre parole, il conseguimento di un mercato senza frontiere passa per il conseguimento di un diritto d'autore senza frontiere. Al momento si sta cercando di adottare una soluzione di questo genere in materia di proprietà industriale, con il tentativo di dare vita ad un brevetto unico europeo.²⁷⁹ In materia di diritto d'autore, la possibilità di creare un diritto di privativa unico, riconosciuto in tutti i Paesi membri appare al momento piuttosto remota e di difficile realizzazione, per quanto si cominci a parlarne sia negli ambienti accademici²⁸⁰ che negli ambienti istituzionali²⁸¹. D'altra parte, il nuovo articolo 118 TFUE consente alle istituzioni dell'Unione Europea di dare vita a titoli europei per una protezione uniforme dei diritti di proprietà intellettuale.²⁸²

Come ha mostrato la disamina delle direttive in materia d'autore, finora l'interesse del legislatore europeo per la materia è sempre stato strumentale all'effettiva realizzazione del mercato interno. Ciononostante, se è vero che l'accento viene costantemente posto sul mercato interno, va anche ricordato che il mercato unico è stato incluso tra gli obiettivi dell'Unione Europea solo nel 2009 (art. 3.2

al., "The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy", *IViR*, 2006, pp. 22-23.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 22: "While successfully removing many of these disparities at the national level, the harmonisation process has left largely intact a more serious impediment to the creation of an internal market: the territorial nature of copyrights and related rights. The exclusivity that a copyright or related right confers upon its owner is strictly limited to the territorial boundaries of the Member State where the right is granted". Sul punto anche LÜDER T., "The Next Ten Years in EU Copyright: Making Markets Work", *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, vol. 18, n. 1, 2007, pp. 14-15.

²⁷⁹ È opportuno precisare che non si tratta di un brevetto unico *stricto sensu*, bensì di una procedura unica di brevetto, per cui una volta rilasciato, il brevetto è automaticamente convalidato nei 25 Paesi membri aderenti (l'Italia e la Spagna vi si sono opposte per ragioni linguistiche). Per approfondimenti http://ec.europa.eu/internal_market/indprop/patent/index_en.htm ultimo accesso: 20 ottobre 2011.

²⁸⁰ Nel 2002 un gruppo di studiosi europei ha dato vita al "Wittem Group", redigendo un codice europeo del diritto d'autore (disponibile su <http://www.copyrightcode.eu/index.php?websiteid=3> ultimo accesso: 20 ottobre 2011).

²⁸¹ Il 23 novembre 2005 il Commissario Europeo alla Società dell'Informazione Viviane Reding ha dichiarato: "We have to start calling into question the territoriality of copyright protection in Europe" (REDING V., "Why Broadband Needs Content", discorso tenuto a IDATE – 27th International Conference: Content Industries and Broadband Economics, 23 novembre 2005).

²⁸² "Nell'ambito dell'instaurazione o del funzionamento del mercato interno, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono le misure per la creazione di titoli europei al fine di garantire una protezione uniforme dei diritti di proprietà intellettuale nell'Unione e per l'istituzione di regimi di autorizzazione, di coordinamento e di controllo centralizzati a livello di Unione".

TFUE), mentre prima era sempre stato concepito come uno strumento per il raggiungimento di obiettivi quali lo sviluppo armonioso delle attività economiche, la crescita economica, l'innalzamento del tenore di vita. Se questi sono gli obiettivi dell'Unione Europea, anche il diritto d'autore potrebbe legittimamente ambire al ruolo di strumento per il loro conseguimento. La disciplina in materia continuerebbe ad intrattenere dei legami con quella relativa al mercato unico ma, allo stesso tempo, comincerebbe ad acquisire una propria dignità autonoma.

I primi segnali di una presa di consapevolezza in questo senso hanno iniziato a manifestarsi con l'inizio del nuovo millennio. Si è già evidenziato, a tal riguardo, come la Direttiva 2001/29/CE sul diritto d'autore nella società dell'informazione, per quanto carente sotto vari punti di vista, abbia rappresentato una misura molto più ambiziosa rispetto alle precedenti, nella misura in cui ha disciplinato tutti i diritti e tutte le eccezioni nel diritto d'autore, sia nel mondo digitale che nel mondo analogico. Assieme alla Direttiva 93/98/CEE sulla durata della protezione e alla Direttiva 2004/48/CE, essa ha rappresentato un tentativo di armonizzazione di tipo orizzontale, cioè non settoriale.

Nel 2000 le “industrie del diritto d'autore” contribuivano all'economia dell'Unione Europea per oltre 1200 miliardi di euro, producendo un valore aggiunto di 450 miliardi e dando occupazione a 5,2 milioni di persone. Nello stesso anno, la Direzione Generale per il Mercato Interno della Commissione ha cambiato il nome in DG Mercato Interno e Servizi, al fine di sottolineare che, da quel momento in poi, “il dipartimento avrebbe considerato l'economia della conoscenza come il suo principale centro di attenzione e i servizi, inclusi quelli forniti al di là delle frontiere comunitarie, come il principale motore della crescita economica e della prosperità futura”²⁸³ [*trad. propria*]. L'Unità per il Diritto d'Autore e i Diritti connessi presso la DG Mercato Interno e Servizi ha assunto il nome eloquente di “Unità per il Diritto d'Autore e l'Economia della Conoscenza”. L'economia della conoscenza, in altre

²⁸³ Tilman Lueder (Capo dell'Unità Diritto d'Autore presso la DG Mercato Interno e Servizi) 'Legislative and Policy Developments in the European Union' (April 2005). Disponibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/docs/fordham2005_en.pdf; ultimo accesso: 18 ottobre 2011.

parole, rappresenta il nuovo paradigma nei rapporti tra mercato interno e diritto d'autore.

Sempre nel 2000, l'importanza riconosciuta al diritto d'autore in ambito UE è sancita dall'inclusione della proprietà intellettuale nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, all'articolo 27.2.²⁸⁴

La rivoluzione è cominciata con l'adozione dell'Agenda di Lisbona (2000). Di fronte alle sfide incombenti del mercato globale, l'Unione Europea si prefissava un obiettivo strategico, da conseguire entro il 2010: “diventare l'economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica del mondo, in grado di realizzare una crescita economica sostenibile con nuovi e migliori posti di lavoro e una maggiore coesione sociale”²⁸⁵. In questo contesto la tutela del diritto d'autore, soprattutto in riferimento alla società dell'informazione, è andato acquistando un'importanza cruciale. Nello stesso testo delle Conclusioni della Presidenza del Consiglio Europeo di Lisbona, si invitava “il Consiglio, se del caso di concerto con il Parlamento europeo, ad adottare, il più presto possibile nel corso del 2000, la normativa in discussione riguardante il quadro giuridico per il commercio elettronico, il diritto d'autore e i diritti connessi [...]”²⁸⁶; ciò in quanto si riteneva che la sua adozione avrebbe favorito la transizione verso un'economia basata sulla conoscenza.

In un'economia della conoscenza, il diritto d'autore, nella misura in cui tutela la creazione intellettuale, non può che essere giudicato importante, per quanto non esaurisca la nozione di economia della conoscenza e debba essere temperato con “la libera circolazione del sapere e dell'innovazione”, definita dalla Commissione come “la quinta libertà del mercato unico”²⁸⁷. A partire dal 2000 l'interesse del legislatore europeo per il diritto d'autore, e la proprietà intellettuale in generale, è cresciuto. Sono sempre più frequenti i riferimenti all'importanza dell'industria

²⁸⁴ “La proprietà intellettuale è protetta”.

²⁸⁵ Conclusioni della Presidenza, Consiglio Europeo di Lisbona, 23-24 marzo 2000.

²⁸⁶ *Ivi*. Non si fa invece riferimento né al diritto d'autore né alla proprietà intellettuale nei successivi atti della Strategia di Lisbona quale, per esempio, la Comunicazione della Commissione al Consiglio Europeo di Primavera (2006).

²⁸⁷ Commissione delle Comunità Europee, Comunicazione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni “Un mercato unico per l'Europa del XXI secolo”, COM(2007) 724 def., 20 novembre 2007.

creativa in Europa e alla necessità di accordare un'adeguata tutela agli autori, sul tenore di quanto già emerso nella direttiva 2001/29/CE. Si pensi, per esempio, al Libro verde del 2010 sul potenziale delle industrie culturali e creative, in cui la Commissione denuncia il fatto che "l'accesso delle industrie culturali e creative al finanziamento è limitato in quanto numerose imprese soffrono di una sottocapitalizzazione cronica e incontrano seri problemi per ottenere una giusta valutazione dei loro attivi immateriali, ad esempio i diritti d'autore, [...] quando cercano finanziamenti."²⁸⁸ Appare chiaro che in quest'ottica, oltre ad interventi volti a valorizzare l'industria creativa in Europa, è importante intervenire anche per valorizzare il diritto d'autore come risorsa.

Tra le iniziative in corso, si segnala la proposta di direttiva relativa alle misure penali per il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale²⁸⁹. Tale direttiva, prontamente ribattezzata "IPRED 2", dovrebbe fare da controparte alla Direttiva 2004/48/CE ("IPRED 1"), andando ad integrare l'armonizzazione delle misure civili di *enforcement* con l'armonizzazione delle misure penali. Le motivazioni alla base della proposta di direttiva sulle misure penali sono le stesse che hanno ispirato l'adozione della direttiva 2004/48. In particolare si sottolinea come le disparità dei regimi nazionali in materia di sanzioni nuoccia al corretto funzionamento del mercato interno e ad una lotta efficace contro la contraffazione e la pirateria²⁹⁰.

Non si può fare a meno di rilevare come nell'articolato della proposta il rafforzamento del mercato interno sia oggetto di minore enfasi rispetto alle direttive precedenti, venendo in rilievo solo al considerando 1 ed esclusivamente con riferimento ad una perdita di fiducia degli ambienti economici nel mercato interno. In proporzione, la tutela della proprietà intellettuale sembra essere oggetto di maggiore attenzione.

²⁸⁸ Commissione Europea, Libro verde "Le industrie culturali e creative, un potenziale da sfruttare", COM(2010) 183 def., 27 aprile 2010.

²⁸⁹ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle misure penali finalizzate ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, COM(2005) 276 def., 12 luglio 2005. La proposta è stata emendata nel 2006: Proposta emendata di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle misure penali finalizzate ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, COM(2006) 168 def., 26 aprile 2006.

²⁹⁰ Motivazione della proposta, contenuta nella relazione allegata (2005).

Nel 2008 la Commissione ha pubblicato, a distanza di vent'anni dal primo libro verde in materia, un Libro verde dal titolo "Il diritto d'autore nell'economia della conoscenza"²⁹¹, in cui quest'ultima viene definita come:

"[...] un'attività economica che non si basa soltanto su risorse "naturali" (come l'agricoltura e le miniere) ma anche su risorse "intellettuali", come il know-how e le conoscenze specialistiche. Alla base del concetto di economia della conoscenza è il riconoscimento che il sapere e l'istruzione (chiamati anche "capitale umano") possono essere considerati beni commerciali o prodotti e servizi intellettuali che possono essere esportati con alto profitto".

L'agenda delle iniziative normative future in materia di diritto d'autore è contenuto nel Libro verde e comprende le eccezioni per le biblioteche e per gli archivi, la digitalizzazione delle opere e la loro messa a disposizione del pubblico, la tutela delle opere orfane, l'eccezione a favore dei portatori di *handicap*, la diffusione delle opere per scopi didattici e di ricerca e i contenuti creati dagli utenti. Nella strategia Europa 2020, nata dalle ceneri della Strategia di Lisbona e presentata nel 2010, si cita il miglioramento delle condizioni di tutela della proprietà intellettuale come strumento per la realizzazione dell'"Unione dell'innovazione" e di "Una politica industriale per l'era della globalizzazione"²⁹². Tra le priorità dell'Unione Europea in vista del 2020, viene citata quella di conseguire una "crescita intelligente", cioè di sviluppare "un'economia basata sulla conoscenza e sull'innovazione". Una delle iniziative faro in questo senso è la cd. "Agenda digitale"²⁹³, attraverso la quale l'Unione Europea si propone di sfruttare al meglio il potenziale delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione per favorire l'innovazione, la crescita economica e il progresso. Con riferimento al diritto d'autore, la Commissione evidenzia la necessità di superare la frammentazione e la complessità del sistema di licenze, in maniera tale da agevolare la digitalizzazione

²⁹¹ Commissione delle Comunità Europee, Libro Verde "Il diritto d'autore nell'economia della conoscenza", COM(2008) 466, 16 luglio 2008.

²⁹² Comunicazione della Commissione Europea "Europa 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva", COM(2010) 2020, 3 marzo 2010.

²⁹³ Commissione Europea, Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni "Un'agenda digitale europea", COM(2010) 245 def., 19 maggio 2010.

del patrimonio culturale europeo. Tale necessità è stata ribadita dalla Commissione nell'Atto per il Mercato Unico (2011), in cui ha incluso i diritti di proprietà intellettuale tra le dodici leve da manovrare per stimolare la crescita economica²⁹⁴.

Alcune iniziative hanno cominciato a prendere forma nell'anno in corso. Tra queste si segnala la proposta di direttiva sulle opere orfane²⁹⁵ e la proposta di regolamento sull'affidamento all'Ufficio per l'Armonizzazione del Mercato Interno (UAMI) dei compiti e delle attività propri alla gestione dell'Osservatorio europeo sulla contraffazione e la pirateria, comprese le competenze in materia di diritto d'autore e brevetti.²⁹⁶ A ciò va aggiunto il piano d'azione della Commissione per un mercato unico dei diritti di proprietà intellettuale a sostegno di creatività e innovazione, in cui si prevede un impegno a favore dell'istituzione di licenze di diritto d'autore multiterritoriali e di biblioteche digitali²⁹⁷. Sulla scia della strategia Europa 2020 e del piano d'azione, nel luglio 2011 è stato pubblicato un Libro verde sulla distribuzione *online* di opere audiovisive, in cui si evidenzia l'importanza di dare vita a strumenti specifici rivolti alla gestione del diritto d'autore e dei diritti connessi per i servizi di media audiovisivi *online* transfrontalieri.²⁹⁸

Le numerose iniziative qui citate dimostrano come la tutela del diritto d'autore sia un tema più che mai vitale nella produzione normativa dell'Unione

²⁹⁴ Commissione Europea, Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni "L'Atto per il mercato unico. Dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia. Insieme per una nuova crescita", COM(2011) 206 def., 13 aprile 2011.

²⁹⁵ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio su taluni usi consentiti di opere orfane, COM(2011) 289 def., 24 maggio 2011.

²⁹⁶ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che attribuisce all'Ufficio per l'armonizzazione del mercato interno (marchi, disegni e modelli) una serie di compiti inerenti alla tutela dei diritti di proprietà intellettuale, tra cui la convocazione di rappresentanti del settore pubblico e privato in un Osservatorio Europeo sulla Contraffazione e la Pirateria, COM(2011) 288 def., 24 maggio 2011. L'Osservatorio Europeo sulla Contraffazione e la Pirateria è stato fondato nel 2009 al fine di migliorare la cooperazione fra Stati membri in materia di *enforcement* dei diritti di proprietà intellettuale, http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/observatory/index_en.htm ultimo accesso 21 ottobre 2011.

²⁹⁷ Commissione Europea, Comunicazione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni "Un mercato unico dei diritti di proprietà intellettuale. Rafforzare la creatività e l'innovazione per permettere la creazione di crescita economica, di posti di lavoro e prodotti e servizi di prima qualità in Europa", COM(2011) 287 def., 24 maggio 2011.

²⁹⁸ Commissione Europea, Libro verde sulla distribuzione di opera audiovisive nell'Unione Europea – Verso un mercato unico del digitale: opportunità e sfide, COM(2011) 427 def., 13 luglio 2011.

Europea degli ultimi anni. Valutate però nell'ottica dello schema giurisprudenza-legislazione-diritti di privativa paneuropei, tali iniziative appaiono ancora in gran parte riconducibili al secondo livello di soluzione del problema, cioè il livello dell'armonizzazione delle normative nazionali. Un salto di qualità notevole potrebbe essere rappresentato dall'effettiva istituzione di licenze di diritto d'autore multiterritoriali, sul modello del brevetto unico europeo attualmente in discussione. Il Commissario europeo per la Società dell'Informazione Neelie Kroes ha in più occasioni dichiarato (anche se con specifico riferimento all'ambiente digitale) l'importanza di dare vita ad un sistema paneuropeo di licenze di diritto d'autore. Tale iniziativa, qualora dovesse effettivamente concretizzarsi, potrebbe certamente favorire la nascita di un diritto d'autore unico europeo.

Al momento, tale prospettiva appare estremamente remota. Perché il diritto d'autore possa essere unificato sarà necessario che gli venga riconosciuta una dignità sempre più autonoma rispetto al mercato interno, pur non essendo ovviamente possibile prescindere del tutto da quest'ultimo. Il paradigma dell'economia della conoscenza potrebbe, in questo senso, rappresentare la storica conciliazione tra esigenze del mercato ed esigenze della cultura: una duplice dimensione che il diritto d'autore, per definizione, incarna molto bene.

Capitolo IV

DIRITTO D'AUTORE E CONCORRENZA

4.1 Concorrenza, mercato unico e diritto d'autore

Nel 2007 il Commissario alla Concorrenza Neelie Kroes ha dichiarato: “Un Mercato Interno senza norme sulla concorrenza sarebbe un guscio vuoto – belle parole, ma nessun risultato concreto” [*trad. propria*].²⁹⁹

La disciplina della concorrenza occupa da sempre un posto speciale all'interno del progetto di istituzione e consolidamento del mercato unico europeo. Essa è finalizzata ad impedire l'emergere di distorsioni del mercato, sia nella forma di monopoli e oligopoli, sia nella forma di fusioni/acquisizioni e aiuti di Stato. È facile intuire come se il mercato fosse caratterizzato dalla presenza di monopoli e oligopoli, sarebbe difficile garantire le quattro libertà di circolazione di cui consiste il mercato unico. Se non ci fosse concorrenza fra le imprese degli Stati membri dell'Unione Europea, l'abbattimento delle barriere doganali e la soppressione delle misure restrittive alla libera circolazione non potrebbero dare vita ad un mercato unico. Inoltre, allorché il libero gioco della competizione economica viene ostacolato o soppresso, gli imprenditori che restano sul mercato sono indotti a servirsi del proprio potere economico per aumentare i prezzi e/o ridurre la qualità dei propri prodotti a scapito dei consumatori, che non hanno la possibilità di scegliere fra più prodotti alternativi.

Nonostante la sua importanza, anche la concorrenza, come il mercato interno, non è considerata dall'Unione Europea come un obiettivo in sé. Come ha sottolineato Scordamaglia Tosis: “nonostante la progressiva indiretta enfaticizzazione dell'importanza della concorrenza attraverso il riconoscimento dell'economia aperta

²⁹⁹ Statement by European Commissioner for Competition Neelie Kroes on results of June 21-22 European Council - Protocol on Internal Market and Competition, MEMO/07/250, 23 giugno 2007.

di mercato e della “competitività” come una missione della Comunità, la concorrenza è sempre stata intesa come mezzo per raggiungere gli obiettivi della Comunità in relazione al mercato interno, più che come un obiettivo in sé” [trad. propria].³⁰⁰ Gli obiettivi della Comunità, come si è visto, sono numerosi e comprendono lo sviluppo armonioso delle attività economiche, un’espansione continua ed equilibrata, una stabilità accresciuta, un miglioramento sempre più rapido del tenore di vita, più strette relazioni fra gli Stati membri. La disciplina della concorrenza accompagna e rafforza l’azione delle istituzioni comunitarie a favore del mercato unico, senza per questo esaurirsi in quest’ultimo. Nella tutela della concorrenza entra infatti in gioco una pluralità di finalità diverse, quali l’efficienza economica e la tutela dei consumatori.

Concorrenza e mercato interno si sostengono a vicenda, contribuendo a creare un ambiente favorevole agli scambi commerciali tra Stati.

Dato lo stretto rapporto che intercorre tra mercato unico e diritto della concorrenza, non sarebbe possibile dare conto in maniera sufficientemente esaustiva del rapporto tra diritto d’autore e mercato unico senza considerare anche la concorrenza. Nel rapporto tra diritto d’autore e diritto della concorrenza, la conflittualità è forse ancora più evidente, dato che il diritto d’autore è per definizione esclusivo e, in quanto tale, esclude chi non ne è titolare dallo sfruttamento commerciale dell’opera protetta. Il diritto d’autore dà vita ad un monopolio temporaneo, che seppure pienamente giustificabile sulla base della logica che sostiene e orienta la tutela della proprietà intellettuale, costituisce nondimeno una limitazione della libera concorrenza.

Il rapporto tra diritto d’autore e diritto della concorrenza nell’Unione Europea è sempre stato un tema dibattuto. Basti pensare, a tal proposito, alla controversia che ha preceduto l’adozione della direttiva sulla tutela dei programmi per *computer*, la

³⁰⁰ SCORDAMAGLIA TOUSIS A., *The Lisbon Treaty and Competition: Much Ado About Nothing?*, Presentazione nell’ambito del seminario EUI “Après la Constitution européenne” (Prof. G. Amato / J. Ziller), European University Institute, Firenze, 18 febbraio 2008. Bozza disponibile su: <http://ssrn.com/abstract=1889141>; ultimo accesso: 19 ottobre 2011).

quale ha visto contrapposti i sostenitori di una forte tutela del diritto d'autore ai sostenitori di una maggiore concorrenza nel settore della produzione di *software*.³⁰¹

Il tema è ancora oggi di grande attualità. La condanna di Microsoft al pagamento della più alta multa mai comminata in un caso di abuso di posizione dominante (2007), caso nel quale la società imputata dichiarava di essersi limitata ad esercitare il proprio diritto d'autore, dimostra che il rapporto tra i due diritti è un tema quanto mai controverso e, dunque, meritevole di approfondimento.

4.2 Il diritto della concorrenza nei Trattati

L'impegno della Comunità Europea per la promozione di un regime di libera concorrenza ha rappresentato una scelta di grande importanza nell'ambito del Trattato di Roma del 1957, poiché le economie europee erano state fino a quel momento dominate dalla presenza di aiuti di Stato, cartelli e politiche protezionistiche. Col tempo, grazie all'azione delle istituzioni comunitarie, l'arena competitiva si è estesa e consolidata, consentendo ad imprese e operatori commerciali provenienti da diversi Stati membri della Comunità Europea di entrare in competizione diretta gli uni con gli altri.

Nel Trattato CEE, la politica europea della concorrenza aveva la sua base giuridica nell'articolo 3.f (poi 3.1.g TCE), che includeva tra le azioni della Comunità la realizzazione di "un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno". Le disposizioni che si occupavano di concorrenza erano gli articoli da 85 a 94, divisi in due sezioni³⁰². La prima (artt. 85-90 TCEE, poi artt. 81-86 TCE, ora 101-106 TFUE) riguardava le regole applicabili alle imprese, mentre la seconda (artt. 92-94 TCEE, poi artt. 87-89, ora 107-109 TFUE) si occupava degli aiuti concessi dagli Stati membri alle imprese. In questa sede saranno analizzate solo le norme di concorrenza applicabili alle imprese, in quanto più rilevanti ai fini di un discorso sul diritto d'autore.

³⁰¹ V. par. 3.2.2.2.

³⁰² A rigore le sezioni sarebbero tre, ma la seconda, comprendente il solo articolo 92 riguarda la materia del *dumping*, non rilevante ai fini del nostro discorso e non più presente nei trattati successivi.

Se si analizza il Trattato di Roma, non si può non rimanere colpiti dal fatto che dal momento della sua entrata in vigore le modifiche testuali alle disposizioni in materia di concorrenza sono state di lieve portata. Il diritto sostanziale sulle intese anticoncorrenziali, per esempio, è rimasto immutato, così come le norme sull'abuso di posizione dominante. Gli emendamenti hanno riguardato solo gli articoli che qualificano la concorrenza come un'azione della Comunità europea, compresi nella sezione del Trattato in cui sono enunciati i principi. Il Trattato istitutivo dell'Unione Europea, nel 1992, ha apportato una piccola modifica, sostituendo la formula "mercato comune" con la formula "mercato interno". Esso ha inoltre introdotto un'azione congiunta della Comunità e degli Stati membri all'articolo 4 del TCE, il cui paragrafo 1 recita: "[...] l'azione degli Stati membri e della Comunità comprende [...] l'adozione di una politica economica che è fondata sullo stretto coordinamento delle politiche degli Stati membri, sul mercato interno e sulla definizione di obiettivi comuni, condotta conformemente al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza". Tale enunciato rappresenta il primo esplicito riconoscimento ufficiale dell'adesione dell'Unione Europea al modello di economia di libero mercato. Va inoltre osservato l'ampliamento dell'elenco degli obiettivi della Comunità (art. 2) e l'aggiunta di dieci azioni esclusive della Comunità (art. 3), tra cui se ne annoverano alcune che possono essere considerate come indirettamente collegate alla concorrenza, come il rafforzamento della coesione economica e sociale, il rafforzamento della competitività dell'industria comunitaria e la promozione della ricerca e dello sviluppo tecnologico.

Né il Trattato di Amsterdam del 1997, né il Trattato di Nizza del 2001 hanno introdotto ulteriori modifiche, per cui è possibile affermare che almeno fino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la concorrenza è sempre stata concepita come uno strumento ("un'azione") per il conseguimento degli obiettivi della Comunità.

Il Trattato di Lisbona del 2009 ha emendato ed introdotto alcune disposizioni in materia di concorrenza. Innanzitutto vengono formalmente riconosciuti alla Commissione alcuni poteri in merito all'adozione di regolamenti di esenzione per categoria dal divieto di pratiche anticoncorrenziali (art. 105.3 TFUE) e di aiuti di

Stato (art. 108.4 TFUE). In secondo luogo, la politica della concorrenza viene “comunitarizzata” dall’art. 3.1.b del TFUE, in forza del quale “l’Unione ha competenza esclusiva, [*inter alia*], nella definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno”. La novità più discussa è stata tuttavia la rimozione di qualsiasi riferimento alla concorrenza tra gli strumenti e gli obiettivi dell’Unione. Nel progetto di costituzione dell’Unione Europea, la concorrenza avrebbe dovuto figurare tra gli obiettivi dell’Unione in qualità di attributo del mercato interno, tuttavia la Francia vi si era opposta, chiedendo la rimozione di tale riferimento nella Conferenza intergovernativa che ha preceduto il Consiglio Europeo di Lisbona. Nonostante la posizione francese non fosse condivisa dalla Commissione e dalla quasi totalità degli Stati membri, alla fine prevalse.

Poiché la rimozione del riferimento alla concorrenza avrebbe potuto creare delle incertezze in merito alle precedenti applicazioni dell’articolo 3.1.g TCE, la Commissione chiese e ottenne che al Trattato venisse allegato un “Protocollo sulla Concorrenza e il Mercato Interno”, in cui si afferma che

“[I]e Alte Parti Contraenti, considerando che il mercato interno ai sensi dell’articolo 3 del trattato sull’Unione europea comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata, hanno convenuto che a tal fine l’Unione adotta, se necessario, misure in base alle disposizioni dei trattati, ivi compreso l’articolo 352 del trattato sul funzionamento dell’Unione europea.”

Il fatto che la concorrenza sia menzionata nel Protocollo invece che nel Trattato non sembra avere nulla più che un valore politico, dal momento che l’articolo 51 del TUE riconosce i protocolli e gli allegati come parte integrante del Trattato. Lungi dall’essere stato indebolito, lo status della concorrenza nel diritto dell’Unione Europea sembra essersi addirittura rafforzato, in quanto la concorrenza è stata espressamente ricondotta al mercato interno, promosso dal Trattato a obiettivo dell’Unione Europea³⁰³.

³⁰³ La tesi qui espressa è in accordo con quella di Scordamaglia Tosis. Sono state comunque espresse opinioni diverse al riguardo. Per esempio, Michel Petite, ex Direttore del Servizio Legale della Commissione Europea, ha sostenuto che l’inclusione della concorrenza in un protocollo separato ha l’effetto di confermare la situazione precedente all’entrata in vigore del Trattato di Lisbona (PETITE

4.3 La disciplina della concorrenza

Ai fini di una migliore comprensione del rapporto tra diritto d'autore e concorrenza, si ritiene opportuno descrivere brevemente come si articola e in cosa consiste la disciplina della concorrenza contenuta nel Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea.

Innanzitutto, è opportuno osservare come le regole di concorrenza comunitarie applicabili alle imprese siano, in un certo senso, il riflesso in chiave privatistica delle disposizioni sull'unione doganale. Come osserva Daniele: “Mentre queste mirano ad abolire gli ostacoli alla libera circolazione che possono essere frapposti dagli Stati, le norme applicabili alle imprese mirano, tra l'altro, ad impedire che l'apertura dei mercati nazionali ottenuta attraverso l'unione doganale sia vanificata da comportamenti delle imprese tendenti ad isolare i vari mercati nazionali”³⁰⁴. Le norme di concorrenza applicabili alle imprese sono contenute negli articoli 101 e 102 (ex artt. 81 e 82 TCE) per quanto concerne il divieto, rispettivamente, di intese di sfruttamento abusivo di posizione dominante; da 103 a 105 (ex artt. 83-85 TCE), per quanto riguarda alcuni aspetti di carattere procedurale della disciplina; 106 (ex art. 86 TCE), per quanto riguarda le imprese pubbliche e le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale. Accanto alle fonti di primo grado, è presente una moltitudine di fonti di secondo grado: non solo atti di applicazione (regolamenti e direttive) adottati dal Consiglio ai sensi

M., “Letters to the editor: EU commitment to competition policy is unchanged”, *Financial Times*, 27 giugno 2007. Disponibile su <http://www.ft.com/intl/cms/s/0/72f53bd8-244a-11dc-8ee2-000b5df10621.html#axzz1bKeX2ad4> ultimo accesso: 20 ottobre 2011). A tale tesi si può obiettare che mai prima del Trattato di Lisbona la concorrenza era stata così esplicitamente ricompresa all'interno del mercato interno e mai prima del Trattato di Lisbona il mercato interno era stato formalmente riconosciuto come obiettivo dell'Unione. Alan Riley, invece, è fra quanti ritengono che il Trattato di Lisbona abbia indebolito lo status della concorrenza nel diritto comunitario, in quanto la Corte di Giustizia sarebbe tradizionalmente portata a riconoscere minore valore ai protocolli rispetto al preambolo dei trattati (RILEY A., “The EU Reform Treaty and the Competition Protocol: Undermining EC Competition Law”, *CEPS Policy Briefs*, n. 142, settembre 2007. Disponibile su http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1334104 ultimo accesso: 20 ottobre 2011). Al riguardo, va tuttavia osservato che prima del Trattato di Lisbona, i principi e i compiti della Comunità/Unione non erano mai stati enunciati in protocolli.

³⁰⁴ DANIELE L., *Diritto del mercato unico europeo*, op. cit., p. 181.

dell'articolo 103 TFUE³⁰⁵, ma anche regolamenti di secondo grado della Commissione. Quest'ultima, infatti, svolge tradizionalmente un ruolo da protagonista in materia di concorrenza, in ragione del frequentissimo ricorso, da parte del Consiglio, alla delega di poteri in suo favore. Tale ruolo risulta ulteriormente rafforzato dalle facoltà in materia di esenzioni per categoria che le sono ora formalmente attribuite dagli articoli 105.3 e 108.4 TFUE.

La Commissione, inoltre, pubblica frequentemente delle comunicazioni in cui rende noto il modo in cui intende attuare le norme del Trattato in relazione a determinate fattispecie. Pur non essendo dotate di efficacia normativa, sono importanti in quanto fanno sorgere negli interessati la legittima aspettativa che la Commissione vi si attenga³⁰⁶.

Per quanto riguarda la ripartizione delle competenze tra Unione Europea e Stati membri, come si è visto, l'articolo 3.1.g TFUE attribuisce la competenza esclusiva in materia di concorrenza all'Unione limitatamente alle regole "necessarie per il funzionamento del mercato interno". La disciplina in esame lascia dunque intatta la competenza degli Stati membri per quanto attiene alla disciplina dei comportamenti delle imprese che hanno effetti anticoncorrenziali solo sui singoli mercati nazionali, e che quindi non ostacolano il commercio con altri Stati membri. Il coordinamento fra ordini diversi di norme, nazionale ed europeo, viene garantito attraverso il ricorso al criterio generale, per quanto riguarda le intese e gli abusi di posizione dominante, del "pregiudizio al commercio fra Stati membri" (artt. 101 e 102 TFUE). Il criterio è applicato in senso sostanziale. Come sottolineato dalla Corte nel caso *VCH* (1972)³⁰⁷, l'incidenza di una pratica restrittiva su un intero mercato nazionale ha l'effetto di rafforzare la frammentazione dei mercati, ostacolando la compenetrazione economica voluta dal Trattato. Di conseguenza, potrebbero ricadere

³⁰⁵ Tali regolamenti e direttive sono adottati su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento Europeo (art. 103 TFUE).

³⁰⁶ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza del 9 luglio 2003, *Kyowa Hakko Kogyo Co. Ltd. e Kyowa Hakko Europe GmbH vs. Commissione delle Comunità Europee*, causa T-223/00, in *Raccolta della Giurisprudenza* 2003, p. 2553.

³⁰⁷ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza del 17 ottobre 1972, *Vereeniging van Cementhandelaren vs. Commissione delle Comunità europee*, causa 8-72, in *Raccolta della Giurisprudenza* 1972, p. 977.

nella sfera di applicazione del diritto dell'Unione Europea anche intese e abusi di posizione dominante che pur essendo riferibili ad un solo mercato nazionale sono di proporzioni tali da ostacolare gli scambi commerciali a livello europeo.

Poiché sono le imprese ad essere destinatarie della disciplina in esame, un altro problema di carattere generale riguarda la nozione di impresa secondo il diritto dell'Unione Europea. Il Trattato non ne fornisce una definizione, tuttavia la giurisprudenza ha dichiarato che si definisce impresa, ai sensi degli articoli 81 e 82 (ora artt. 101 e 102) “qualsiasi entità che esercita un'attività economica”³⁰⁸. Si tratta di una definizione estremamente ampia, capace di ricomprendere non solo le entità individuali e collettive tradizionalmente considerate come “imprese” nel nostro ordinamento (art. 2082 del Codice Civile³⁰⁹), ma anche, per esempio, le associazioni imprenditoriali di categoria, gli artisti interpreti, i titolari di brevetti che non li abbiano concessi in licenza e i liberi professionisti. Va peraltro rilevato come le norme, benché dirette primariamente alle imprese, impongano degli obblighi anche a carico degli Stati membri. Questi ultimi sono infatti tenuti a non incoraggiare l'adozione di pratiche anticoncorrenziali e a non rafforzarne gli effetti³¹⁰.

4.3.1 Il divieto di intese

L'articolo 101 del TFUE stabilisce che:

“sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che

³⁰⁸ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza del 23 aprile 1991, *Klaus Höfner e Fritz Elser vs. Macrotron GmbH*, causa C-41/90, in *Raccolta della Giurisprudenza* 1991, p. 1979.

³⁰⁹ “Art. 2082: Imprenditore. E' imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata (2555, 2565) al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi (2135, 2195).”

³¹⁰ Tra le sentenze della Corte su questo punto: sentenza del 1° ottobre 1997, *A.S.B.L. Vereniging Van Vlaamse Reisbureaus vs. A.S.B.L. Sociale Dienst Van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten*, causa 311/85, in *Raccolta della Giurisprudenza* 1987, p. 3801. Nel caso *CIF* addirittura la Corte ha ritenuto che le imprese non fossero responsabili delle pratiche anticoncorrenziali, in quanto la normativa nazionale eliminava di per sé ogni forma di concorrenza e non lasciava alle imprese alcuna discrezionalità in merito all'applicazione (sentenza del 9 settembre 2003, *Consorzio Industrie Fiammiferi vs. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, causa C-198/01, in *Raccolta della Giurisprudenza* 2001, p. 8055).

abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno [...]"

Il termine "intesa", che pure non figura nel testo, viene normalmente impiegato per designare le pratiche anticoncorrenziali indicate dalla suddetta norma. Con esso si vuole evidenziare il tratto comune alle tre fattispecie, cioè la presenza di una "concertazione idonea a sostituire all'autonomia dei comportamenti di due o più imprese una forma di coordinamento degli stessi".³¹¹ In presenza di un mercato concorrenziale, infatti, le imprese si ritiene che le imprese debbano essere libere di determinare autonomamente la propria condotta.

Le intese possono essere di due tipi: orizzontali, se sono concluse da imprese che operano allo stesso livello del ciclo produttivo; verticali, se sono concluse da imprese che operano a livelli diversi del ciclo produttivo (per esempio, produttore e distributore). Le prime sono considerate più pericolose in quanto, essendo poste in essere da imprese in diretta concorrenza l'una con l'altra, sono suscettibili di procurare effetti distorsivi del mercato analoghi a quelli riscontrabili in presenza di un monopolio. Le intese verticali, invece, sono esposte al divieto solo episodicamente, allorché, per esempio determinino una ripartizione dei mercati e della clientela. È infatti opinione largamente diffusa che possano, in molti casi, produrre degli effetti positivi in termini di efficienza economica, concorrenzialità nel mercato e valorizzazione dei prodotti.³¹²

La prima fattispecie è quella dell'"accordo", la quale ricorre quando le imprese esprimono la volontà comune di comportarsi in un determinato modo e vi si conformano. Secondo la Corte di Giustizia, è sufficiente che "le parti abbiano espresso la loro comune volontà di comportarsi sul mercato in un determinato modo" e che tale incontro di volontà rappresenti "la fedele espressione della comune volontà

³¹¹ MANGINI V. e OLIVIERI G., *Diritto antitrust*, Giappichelli Editore, Torino, 2009, p. 25.

³¹² Si ritiene, per esempio, che la restrizione della concorrenza tra imprese che operano con prodotti di una medesima marca (concorrenza *intra-brand*) possa essere compensata da uno stimolo della concorrenza tra imprese che operano con prodotti di marche diverse (concorrenza *inter-brand*). Le intese verticali possono favorire la specializzazione delle imprese nella commercializzazione di prodotti di determinate marche, con conseguente maggiore investimento per la valorizzazione dei prodotti stessi. Sul punto: Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza del 13 luglio 1966, *Etablissements Consten e Grundig-Verkaufs-GmbH vs. Commissione delle Comunità Europee*, cause riunite 56 e 58/64, *Raccolta della Giurisprudenza* 1966, p. 458.

dei membri dell'intesa circa il loro comportamento nel mercato comune".³¹³ Non è invece necessario che l'accordo sia in forma scritta né che la comune volontà si sostanzi in un rapporto di natura contrattuale.

La seconda fattispecie, di gran lunga più problematica, è quella della pratica concordata. Secondo la Corte di Giustizia, si tratta di "una forma di coordinamento delle imprese che, senza essere stata spinta fino all'attuazione di un vero e proprio accordo, costituisc[e] in pratica una consapevole collaborazione fra le imprese stesse a danno della concorrenza, collaborazione che porti a condizioni di concorrenza non corrispondenti a quelle normali del mercato".³¹⁴ Devono dunque essere rilevati dei comportamenti ripetuti e paralleli, che appaiano frutto non di iniziative unilaterali delle imprese bensì di una concertazione, che non si è tuttavia sostanziata in un accordo espresso. Si assume infatti che in un regime di libera concorrenza ogni operatore economico determini autonomamente la propria condotta sul mercato. La prassi applicativa del divieto ha orientato l'attenzione degli interpreti verso l'individuazione di indizi rivelatori della presenza di pratiche anticoncorrenziali concordate: dalla simmetria dei comportamenti di imprese concorrenti agli incontri informali e agli scambi di informazioni.

La terza fattispecie, le decisioni di associazioni di imprese, ricorre in presenza di manifestazioni collettive di volontà da parte di organizzazioni che riuniscono le imprese operanti su determinati mercati, indipendentemente dal carattere giuridicamente obbligatorio di tali decisioni.

Le condizioni affinché un'intesa ricada nel divieto di cui all'articolo 101 sono due: da un lato l'intesa deve provocare, in termini attuali o anche solo potenziali, un pregiudizio sensibile al commercio tra gli Stati membri; dall'altro lato, essa deve avere per oggetto o per effetto quello di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza nel mercato interno. Anche la restrizione della concorrenza, come quella al commercio, deve essere sensibile, aspetto che viene valutato attraverso il concetto

³¹³ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza del 6 aprile 1995, *Tréfileurope Sales SARL vs. Commissione delle Comunità Europee*, causa T-141/89, in *Raccolta della Giurisprudenza* 1995, p. 791.

³¹⁴ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza del 16 dicembre 1975, *Suiker Unie*, cause riunite 40-48, 50, 54.56, 111, 113 e 114/73, in *Raccolta della Giurisprudenza* 1975, p. 1663.

di “mercato rilevante”, una nozione intesa a descrivere l’ambito merceologico e geografico nel quale l’intesa ha prodotto o andrà a produrre i suoi effetti restrittivi della concorrenza³¹⁵.

Al paragrafo 2 dell’articolo 101 vengono riportati alcuni contenuti tipici che un’intesa anticoncorrenziale può assumere:

- “a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione;
- b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti;
- c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento;
- d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza;
- e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.”

Il divieto di intese non è assoluto. Al paragrafo 3 sono infatti elencate quattro condizioni cui è subordinata l’eventuale inapplicabilità del divieto. In altre parole, benché una determinata pratica sia anticoncorrenziale, essa può nondimeno essere “non vietata” qualora: contribuisca a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico; riservi agli utilizzatori una congrua parte dell’utile che ne deriva; sia proporzionale e proporzionata al conseguimento dell’obiettivo ritenuto meritorio; non dia la possibilità alle imprese che la pongono in essere di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti da loro trattati. Come si è già accennato, sussiste inoltre la possibilità di ottenere un’esonazione in virtù della riconducibilità dell’intesa ad una delle categorie

³¹⁵ Sotto il profilo merceologico il mercato rilevante comprende non solo i prodotti identici o affini, ma anche quelli che sono percepiti dai consumatori come intercambiabili in ragione delle loro caratteristiche, del loro prezzo e così via. Sotto il profilo geografico, il mercato rilevante è costituito dal territorio dell’Unione Europea nel quale l’accordo produce i suoi effetti.

di intese individuate tramite regolamento dal Consiglio (o, come più spesso accade, dalla Commissione).³¹⁶

Gli accordi e le decisioni adottati in violazione del divieto di intese sono nulli di pieno diritto (art. 101.2).

4.3.2 L'abuso di posizione dominante

Ai sensi dell'articolo 102 del TFUE:

“[è] incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo.”

Per posizione dominante si intende, secondo una nota definizione della Corte di Giustizia:

“una posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e, in ultima analisi, dei consumatori”³¹⁷

Oggetto del divieto di cui all'articolo 102, non è la conquista di una posizione di potenza economica in sé, cosa che potrebbe avvenire in maniera del tutto lecita, bensì il suo sfruttamento abusivo, tale, per esempio, da impedire l'ingresso nel mercato di imprese concorrenti.

È chiaro che, con riferimento a questa fattispecie, la nozione di mercato rilevante richiamata in precedenza riveste un'importanza ancora maggiore rispetto a quella che le è riconosciuta in relazione alle intese anticoncorrenziali. In questo caso,

³¹⁶ Ne è un esempio il Regolamento della Commissione del 27 maggio 2010 n. 461/2010 relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate nel settore automobilistico.

³¹⁷ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza del 13 febbraio 1979, *Hoffmann-La Roche et Co. AG vs. Commissione delle Comunità Europee*, causa 85/76, *Raccolta della Giurisprudenza* 1979, p. 461.

infatti, l'individuazione del mercato rilevante è funzionale non alla valutazione della consistenza del pregiudizio alla concorrenza, bensì alla valutazione dell'esistenza stessa della violazione. La nozione di mercato rilevante rende infatti possibile la quantificazione della quota di mercato detenuta dall'impresa.

In questo caso, il divieto è assoluto; non è dunque ammessa alcuna esenzione.

4.3.3 Le imprese pubbliche e le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale

Come si è in precedenza sottolineato³¹⁸, il Trattato è neutrale in materia di regime di proprietà, il che consente agli Stati membri di preservare o istituire imprese pubbliche. Tale neutralità comporta che le imprese, indipendentemente dal fatto che siano pubbliche o private, siano tutte ugualmente assoggettate alle norme del Trattato, tra cui quelle sulla concorrenza. Tale principio è enunciato al paragrafo 1 dell'articolo 106:

“Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei trattati, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 18 e da 101 a 109 inclusi.”

È evidente che la suddetta norma ha per destinatari gli Stati membri, i quali hanno l'obbligo di non favorire sul piano concorrenziale le imprese pubbliche. Si definisce impresa pubblica “ogni impresa nei confronti della quale i poteri pubblici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante per ragioni di proprietà, di partecipazione finanziaria o della normativa che la disciplina”. Tale definizione si ricava dall'articolo 2 della Direttiva 80/723/CEE relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche.³¹⁹ Da essa si desume che non è necessario che l'impresa sia di proprietà statale, essendo sufficiente il controllo da parte dei pubblici poteri.

³¹⁸ V. par. 3.2.1.2.

³¹⁹ Direttiva 80/723/CEE della Commissione, del 25 giugno 1980, relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati Membri e le loro imprese pubbliche.

Il paragrafo 2 dell'articolo 106 ha invece per oggetto le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale³²⁰, le quali, proprio in ragione dell'attività che svolgono, sono soggette alle norme del Trattato solo nella misura in cui la loro applicazione non osti all'adempimento della missione loro affidata:

“Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione.”

Tali imprese sono soggette ad uno speciale statuto concorrenziale, in virtù del quale possono essere applicate nei loro confronti delle misure derogatorie. La misura derogatoria più frequentemente applicata è il riconoscimento all'impresa di un diritto esclusivo di svolgere il servizio, tale da impedire ogni concorrenza nel settore. La deroga, che è sempre oggetto di interpretazione restrittiva, è giustificata dalla necessità di garantire l'equilibrio finanziario e la redditività economica di un'impresa che, per assicurare il servizio, si è fatta carico dei cd. “oneri di servizio pubblico”, cioè di costi maggiori dovuti alle particolari caratteristiche del servizio da erogare, quali l'universalità, la parità di accesso, la continuità, la sicurezza e l'accessibilità dei prezzi.

Se non vi fosse una compensazione degli oneri, difficilmente un'impresa si farebbe carico della gestione dei servizi di interesse economico generale, dal momento che andrebbe incontro ad una situazione di grave svantaggio competitivo rispetto alle concorrenti.

³²⁰ Per fare qualche esempio, possono essere servizi di interesse economico generale: il servizio televisivo, la fornitura di energia elettrica, il servizio postale, la costruzione di una rete pubblica di telecomunicazione.

4.4 Tre manifestazioni del rapporto tra diritto d'autore e concorrenza

La storia del rapporto tra diritto d'autore e diritto della concorrenza nell'Unione Europea è relativamente recente. Ciò non stupisce, se si considera il fatto che il diritto della concorrenza si è diffuso in Europa solo nel secondo dopoguerra. Tale rapporto risulta improntato ad una forte conflittualità, imputabile alla natura stessa dei due diritti: restrittiva della concorrenza quella del diritto d'autore, espansiva della concorrenza quella del diritto della concorrenza. Il rapporto tra diritto d'autore e diritto della concorrenza, inoltre, ripropone il classico dibattito sulle differenze tra politiche di regolazione pubblica dell'economia e politiche di *enforcement* della concorrenza. La disciplina del diritto d'autore ha infatti una natura fondamentalmente regolatoria e mira a porre rimedio ad un fallimento del mercato: il livello subottimale delle opere dell'ingegno in assenza di incentivi adeguati. Esso rappresenta una calcolata restrizione della concorrenza allo scopo di stimolare le attività creative.

Il dibattito sul rapporto fra i due diritti è presente nella letteratura *antitrust* da diversi decenni. Negli Stati Uniti il caso scatenante fu quello della *major hollywoodiana* Paramount (1948), accusata di strumentalizzare a fini anticoncorrenziali i diritti sui propri film per impedire l'accesso al mercato dei concorrenti. In Europa il dibattito è stato ufficialmente aperto dal caso *Magill* (1995).³²¹

Nei paragrafi che seguono saranno ricostruite le diverse configurazioni che il rapporto tra diritto d'autore e diritto della concorrenza ha assunto, allo scopo di individuare i profili di criticità e gli approcci adottati dalle istituzioni comunitarie.

³²¹ RAMELLO G.B., "Diritti esclusivi e pratiche restrittive: la difficile convivenza tra diritto d'autore e tutela della concorrenza nell'esperienza antitrust europea e italiana", *Liuc Papers* n. 117, Serie Economia e Impresa, 32, dicembre 2002.

4.4.1 La mutua neutralità

Nei primi anni di vita della Comunità Economica Europea, il rapporto tra il diritto d'autore e il diritto della concorrenza appariva improntato ad una mutua neutralità, da cui scaturiva una pacifica coesistenza³²². Le ragioni di tale neutralità possono essere imputate ad almeno due fattori: da un lato, l'incertezza sull'applicabilità delle norme del Trattato alla materia del diritto d'autore³²³; dall'altro, il fatto che in quegli anni il diritto della concorrenza era ancora una novità in Europa³²⁴.

A differenza di quanto abbiamo rilevato a proposito del mercato interno, non c'è alcuna disposizione nel Trattato e nei regolamenti dell'Unione Europea che tracci una linea di delimitazione e/o individui un equilibrio tra diritto d'autore e diritto della concorrenza. Il Trattato, per esempio, non prevede alcuna possibilità di deroga alle regole della concorrenza sulla base di motivi di protezione della proprietà intellettuale; non esiste, cioè, l'equivalente dell'articolo 36 TCEE. La gestione dei diritti su base contrattuale non gode di alcuna forma di esenzione dal divieto di intese e sfruttamento abusivo di posizione dominante. L'unico atto in cui il diritto d'autore è preso in considerazione, nell'ambito di un'esenzione per categoria, è il Regolamento 772/2004 del 7 aprile 2004 sugli accordi di trasferimento di tecnologia, nel quale peraltro viene citato solo con riferimento ai programmi per *computer*.

Nel silenzio del diritto comunitario, le autorità nazionali competenti in materia di concorrenza non hanno avuto altra scelta se non quella di applicare i divieti di pratiche anticoncorrenziali anche al diritto d'autore, nei casi in cui, per esempio, il monopolio da esso risultante veniva sfruttato in maniera abusiva o come mezzo per accordi collusivi. Il diritto della concorrenza ha, in altre parole, assorbito la materia del diritto d'autore. In quanto "impresa" (nel senso comunitario del termine), l'artista interprete è assoggettato nella sua attività alle regole di

³²² BENABOU V.L., "European competition law and copyright: where do we stand? Where do we go?", in DERCLAYE Estelle (a cura di), *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2009, p. 543.

³²³ V. par. 3.2.1.1.

³²⁴ Ivi; D'ALBERTI Marco, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 71.

concorrenza, indipendentemente dal fatto che la sua attività abbia un impatto sociale e culturale, oltre che economico. Lo stesso discorso vale per gli enti di gestione collettiva dei diritti.³²⁵

La giurisprudenza della Corte, soprattutto nelle sue prime sentenze, ha consentito che il diritto della concorrenza venisse applicato con una certa tolleranza rispetto alle esigenze del diritto d'autore. In questo senso, la dottrina della distinzione tra esistenza ed esercizio del diritto ha svolto un ruolo cruciale, in quanto ha fatto sì che il carattere monopolistico del diritto d'autore non venisse automaticamente percepito come una violazione delle disposizioni sulla concorrenza. Nel caso *Sirena* (1971),³²⁶ la Corte ha affermato che la titolarità di un diritto di proprietà intellettuale non necessariamente conferisce una posizione dominante al soggetto titolare. Nel caso *Volvo* (1988),³²⁷ essa ha invece sottolineato il fatto che il rifiuto di concedere una licenza per un diritto di proprietà intellettuale non costituisce di per sé una violazione delle norme sulla concorrenza. La possibilità di opporre un simile rifiuto, infatti, costituisce la sostanza stessa del diritto, e nel caso in questione l'esercizio del diritto di proprietà intellettuale restringeva l'accesso esclusivamente al mercato in cui l'impresa titolare operava. Nel caso *Volvo*, dunque, la tolleranza nei confronti del diritto di proprietà intellettuale non è stata riferita soltanto all'esistenza del diritto, ma anche alle sue concrete modalità di esercizio.

Tra i casi più specificamente afferenti alla materia del diritto d'autore, riveste particolare interesse il caso *Coditel II* (1982),³²⁸ in quanto in esso la tutela del diritto d'autore ha chiaramente prevalso sulla tutela della concorrenza. I fatti coincidono con quelli già descritti a proposito del caso *Coditel I* (1980)³²⁹, mentre cambia il contenuto della domanda di pronuncia pregiudiziale formulata alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee (articoli 85 e 86 TCEE). In seguito ai fatti che si son visti, la

³²⁵ BENABOU V.L., "European competition law and copyright", op. cit., p. 546.

³²⁶ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza del 18 febbraio 1971, *Sirena srl vs. Eda srl e altri*, causa 40/70, *Raccolta della Giurisprudenza* 1971, p. 69.

³²⁷ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza del 5 ottobre 1988, *Volvo AB vs. Erik Veng UK Ltd.*, causa 238/87, *Raccolta della Giurisprudenza* 1988, p. 6211.

³²⁸ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza del 6 ottobre 1982, *Coditel SA, Compagnie Generale pour la Diffusion de la Television e altri vs. Cine-vog Films SA e altri*, causa 262/81, *Raccolta della Giurisprudenza* 1982, p. 3381.

³²⁹ V. par. 3.2.1.1.

Coditel, condannata dalla Corte d'Appello di Bruxelles a risarcire il danno alla Ciné-Vog, aveva impugnato la sentenza davanti alla Corte di Cassazione belga. Quest'ultima aveva operato un nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, chiedendo se un contratto con il quale il titolare del diritto d'autore su un film cede il diritto esclusivo di rappresentazione dell'opera possa sfuggire alla sfera di applicazione dell'articolo 85, in virtù di quanto stabilito dall'articolo 36 del Trattato. La Corte di Giustizia rispose che un simile contratto non è colpito di per sé dai divieti di cui all'articolo 85 e che spetta al giudice nazionale verificare di volta in volta se le modalità di esercizio del diritto si inseriscano all'interno di un contesto economico e giuridico di restrizione della concorrenza. In particolare, si tratta di comprendere se vi siano corrispettivi che vanno al di là della giusta remunerazione degli investimenti compiuti o se l'esclusività sia di durata eccessiva rispetto a tali esigenze, e ancora, più in generale, quale sia l'impatto dell'esercizio del diritto esclusivo sulla concorrenza nel mercato unico. In ogni caso, la Corte ha dichiarato che "il solo fatto che il titolare del diritti d'autore di un film abbia concesso ad un unico licenziatario il diritto esclusivo di rappresentarlo nel territorio di uno Stato membro, e quindi di vietarne la diffusione da parte di altri, per un periodo determinato, non è [...] sufficiente per affermare che tale contratto si deve considerare come l'oggetto, il mezzo o la conseguenza di un'intesa vietata dal Trattato".

4.4.2 L'incorporazione di considerazioni relative alla concorrenza nel diritto d'autore

In tempi più recenti, la natura del rapporto tra diritto d'autore e concorrenza si è evoluta nel senso di un crescente assorbimento, da parte del diritto d'autore, di considerazioni relative all'applicazione del diritto della concorrenza. Sempre più spesso il diritto d'autore incorpora norme dirette ad incrementare il grado di concorrenzialità del mercato³³⁰.

³³⁰ BENABOU V.L., "European competition law and copyright", op. cit., p. 549.

È possibile rinvenirne un esempio di ciò nella Direttiva 2001/29/CE, la cui applicazione è stata, in alcuni Paesi membri, parzialmente demandata ad una nuova autorità amministrativa incaricata di stabilire fino a che punto il titolare di misure tecnologiche di protezione debba rendere accessibile il suo sistema alla concorrenza per consentire l'interoperabilità. In questo modo, i legislatori nazionali hanno incorporato gli obiettivi di concorrenza all'interno del diritto d'autore, agevolando l'attività delle autorità nazionali *antitrust*.³³¹ In termini più generali, le direttive in materia di diritto d'autore contengono quasi sempre dei riferimenti all'applicabilità delle disposizioni del Trattato in materia di concorrenza alla materia da esse disciplinata. Secondo Benabou³³², tali riferimenti non si limiterebbero ad evidenziare la subordinazione di una fonte secondaria ad una fonte primaria, ma avrebbero anche l'effetto di accreditare definizioni proprie della fonte secondaria come termini di riferimento dell'attività dell'interprete. Per esempio, uno dei considerando del preambolo della Direttiva 91/250/CEE recita: "considerando che le disposizioni della presente direttiva non ostano all'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 85 e 86 del trattato se un fornitore in posizione dominante rifiuta di mettere a disposizione l'informazione necessaria all'interoperatività, quale definita nella presente direttiva". Se da un lato il considerando sottolinea la primazia delle suddette disposizioni del Trattato CEE, è altrettanto vero che implicitamente invita le autorità competenti in materia di concorrenza a non elaborare una nozione di interoperatività propria, ma a fare riferimento a quella già contenuta nella direttiva.

Gli esempi qui menzionati mostrano che l'incorporazione di considerazioni relative al diritto della concorrenza nel diritto d'autore può rendere più equilibrata la gestione del rapporto tra i due diritti. La precisa delimitazione dei rispettivi ambiti di applicazione riduce la necessità di ricorrere agli schemi propri del diritto della concorrenza in questioni relative al diritto d'autore, senza che per questo venga

³³¹ Un esempio di adozione di questa politica è rinvenibile in Francia, paese che nel 2007 ha istituito un'apposita Autorità di Regolazione delle Misure Tecnologiche (*Autorité de Régulation des Mesures Techniques*, ARMT) al fine di promuovere l'interoperabilità delle tecnologie multimediali utilizzate dai consumatori francesi (sul punto WINN J. e JONDET N., "A new deal for end users? Lessons from a French innovation in the regulation of interoperability", *William & Mary Law Review*, vol. 51 n. 2, 2009).

³³² BENABOU V.L., "European competition law and copyright", op. cit., pp. 549-550.

trascurata la tutela della concorrenza. Al contrario, l'incorporazione consente di realizzare un adattamento reciproco fra i due diritti, attenuando il loro naturale antagonismo.

4.4.3 La subordinazione del diritto d'autore al diritto della concorrenza:

l'essential facility doctrine

Negli ultimi quindici anni si è tuttavia altrettanto spesso assistito ad un fenomeno opposto a quello appena descritto, cioè ad un'applicazione più diretta e per certi versi invasiva del diritto della concorrenza in questioni relative alla tutela del diritto d'autore, con l'effetto di mettere in discussione il concetto classico di esclusività dei diritti. Il caso che ha fatto scuola in questo senso è stato il caso *Magill* del 1995,³³³ relativo ad un abuso di posizione dominante. In esso, la Corte di Giustizia ha capovolto quanto affermato nella sentenza *Volvo* (1989), condannando il rifiuto da parte dei titolari dei diritti d'autore di concedere una licenza ad un'impresa che intendeva produrre una guida settimanale dei programmi televisivi. Nello specifico, il caso riguardava il rifiuto da parte di tre emittenti televisive irlandesi di comunicare i palinsesti settimanali dei propri programmi ad una società, Magill, che intendeva produrre una guida generale dei programmi televisivi, prodotto all'epoca inesistente sul mercato irlandese. Fino a quel momento, i diritti di pubblicazione erano stati esercitati in via esclusiva dalle singole emittenti titolari del diritto, le quali erano solite pubblicare guide dedicate esclusivamente ai propri programmi. Talvolta le emittenti concedevano licenze gratuite di pubblicazione ad alcuni quotidiani, con condizioni che stabilivano le modalità di riproduzione delle informazioni. La Magill aveva quindi presentato una denuncia alla Commissione, la quale aveva accertato l'infrazione dell'articolo 86 TCEE (poi art. 82 TCE, ora art. 102 TFUE) e aveva ingiunto alle tre imprese di cessare la violazione, in particolare “fornendo a terzi su richiesta e su base non discriminatoria i loro elenchi settimanali dei futuri programmi

³³³ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza del 6 aprile 1995, *Radio Telefis Eireann & Independent Television Publications Ltd. vs. Commissione delle Comunità Europee*, cause riunite C-241/91 P e C-242/91 P, in *Raccolta della Giurisprudenza* 1995, p. 743.

e consentendo la riproduzione di tali elenchi da parte di altre parti”.³³⁴ Le tre imprese si erano rivolte alla Corte, chiedendo l’annullamento della decisione della Commissione. Avendo il Tribunale di Primo Grado respinto i ricorsi, avevano impugnato la decisione di quest’ultimo dinnanzi alla Corte di Giustizia.

Pur ribadendo l’esclusività del diritto di riproduzione, la Corte di Giustizia ha affermato che quando, alla luce delle “peculiari circostanze” del caso, risulta che le modalità di esercizio del diritto perseguono uno scopo contrario all’articolo 86 TCEE, il rifiuto di concedere una licenza può costituire uno sfruttamento abusivo di posizione dominante. Avendo rilevato la presenza di circostanze del genere sopra descritto, essa ha respinto i ricorsi presentati dalle tre imprese.

Le circostanze peculiari in cui il rifiuto di concedere una licenza può costituire un abuso di posizione dominante sono così riassumibili:

- la risorsa essenziale non è replicabile da parte dei concorrenti o non è replicabile in tempi o con costi economicamente sostenibili;
- il rifiuto impedisce la realizzazione di nuovi prodotti per i quali esiste una domanda potenziale;
- il rifiuto non è sostenuto da una giustificazione obiettiva;
- il rifiuto preclude ogni forma di concorrenza anche solo potenziale sul mercato a valle.

In presenza delle suddette circostanze, il titolare del diritto può essere obbligato a garantire l’”accesso” al suo diritto d’autore a terzi, secondo la “dottrina dell’input essenziale” (*essential facility doctrine*).

La sentenza Magill è stata oggetto di critiche e forti preoccupazioni, in quanto si è ritenuto che la Corte non fosse stata sufficientemente chiara nel definire i criteri di applicazione della dottrina. Gli ambienti industriali, in particolare, hanno temuto

³³⁴ Decisione della Commissione del 21 dicembre 1988 relativa ad una procedura in applicazione dell’articolo 86 del trattato CEE (IV/31.851 - Magill TV Guide/ITP, BBC e RTE); 89/205/CEE.

che un'interpretazione estensiva della sentenza potesse svalutare i loro assetti patrimoniali.³³⁵

Il caso IMS è stato ancora più controverso, in quanto ha suscitato timori per i rischi derivanti da un'interpretazione troppo ampia della giurisprudenza Magill. Nel caso in questione la IMS, titolare dei diritti, rifiutava alla concorrenza l'accesso ad una struttura di raccolta di informazioni sulle vendite e le prescrizioni di prodotti farmaceutici in Germania. Tale struttura si articolava nella divisione del territorio tedesco in 1860 zone e si era col tempo affermata come standard. Fino al 1999, la IMS, supportata da alcune società farmaceutiche, era stata l'unica società che forniva dati del genere sopra descritto su base regionale.

Due società concorrenti, la NDC e la AzyX, avevano incontrato difficoltà ad entrare nel mercato, in ragione del fatto che il sistema di ripartizione territoriale dalla IMS era ormai ben consolidato, e i potenziali clienti non erano disposti a sostenere i costi di conversione ad un altro sistema. Esse avevano dunque cominciato ad usare lo standard introdotto dalla IMS, senza tuttavia chiedere una licenza a quest'ultima. Venuta a conoscenza di ciò, la IMS aveva fatto loro divieto di usare la propria struttura ad aree ed ogni altra struttura ad aree da essa derivata. I provvedimenti della IMS erano stati confermati da un tribunale tedesco, che aveva ritenuto che la struttura ad aree usata dalla IMS fosse una banca dati e che, di conseguenza, fosse tutelabile dal diritto della proprietà intellettuale.³³⁶ La NDC aveva dunque presentato una denuncia dinnanzi alla Commissione, sostenendo che il rifiuto della IMS di rilasciarle una licenza d'uso della struttura ad aree costituisse una violazione dell'articolo 82 TCE. La Commissione, dopo attento esame, aveva imposto alla IMS di consentire l'accesso alla struttura a tutte le imprese presenti sul mercato dei servizi di fornitura dati.

³³⁵ TURNEY James, "Defining the Limits of the EU Essential Facilities Doctrine on Intellectual Property Rights: the Primacy of Securing Optimal Innovation", *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, vol. 3, n. 2, 2005.

³³⁶ Trattandosi di una banca dati, tutelata dal diritto d'autore secondo quanto sancito dalla Direttiva 96/9/CEE, non sono i dati – disponibili a tutti gli operatori – ad essere protetti, ma la loro formula organizzativa, la quale rappresenta il contributo di originalità minimo richiesto per l'attribuzione del diritto d'autore.

Interpellata dal tribunale di Francoforte (nel corso di un altro procedimento) sulla corretta interpretazione dell'articolo 82, la Corte di Giustizia ha dichiarato che il diniego della conclusione di un contratto di licenza può costituire, in presenza dei criteri indicati nel caso Magill, un abuso di posizione dominante e, in quanto tale, una violazione dell'articolo 82. Il caso si è concluso con l'imposizione alla IMS dell'obbligo di consentire alle società concorrenti l'utilizzo della propria struttura ad aree.

Il caso IMS ha sollevato una serie di perplessità. È stato contestato, per esempio, il fatto che l'*input* sia stato giudicato essenziale solo in ragione del fatto che le imprese concorrenti non abbiano voluto adottare standard diversi rispetto a quello già consolidato. È stato criticato il fatto che, in apparenza, la Commissione abbia trasformato il vantaggio concorrenziale derivante dalle preferenze dei consumatori in un *input* essenziale³³⁷. È stato inoltre osservato che l'esercizio del diritto d'autore da parte del titolare, esattamente come nel caso Volvo, restringeva la concorrenza esclusivamente nel mercato in cui il titolare operava, e non anche nei mercati connessi o derivati³³⁸. I timori connessi alla sentenza erano in buona misura legati al fatto che essa avrebbe potuto incoraggiare le imprese al *free riding* della proprietà intellettuale, cioè a fare causa ai concorrenti più forti al fine di vedersi garantito l'accesso alla loro proprietà intellettuale.

Il caso che sicuramente ha suscitato più scalpore è stato il caso Microsoft. Nel 1998 una società concorrente della Microsoft, la Sun Microsystems, aveva denunciato il rifiuto da parte della Microsoft di fornirle informazioni sulle interfacce necessarie per dialogare con i *computer* e i *server* che operano in ambiente Windows, il sistema operativo sviluppato dalla Microsoft. Data l'enorme diffusione di Windows, le società produttrici di *server* per gruppi di lavoro necessitavano di tali informazioni per immettere nel mercato programmi per *computer* sufficientemente competitivi.

³³⁷ LÉVÊQUE F. e SHELANSKI H.A., *Antitrust, patents and copyright: EU and US perspectives*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2005, pp. 72-73.

³³⁸ "European competition law. Copyrights and wrongs", *The Economist*, 26 aprile 2001. Disponibile su <http://www.economist.com/node/587213> ultimo accesso: 21 ottobre 2011.

Nell'inchiesta iniziata nel febbraio del 2000, la Commissione esaminò in primo luogo il mercato dei sistemi operativi per *server* per gruppi di lavoro, cioè i sistemi operativi cui è affidato il funzionamento delle reti interne molto diffuse nelle aziende e negli uffici. La Commissione rilevò che la Microsoft deteneva una posizione dominante su due mercati distinti: quello dei sistemi operativi per *computer* e quello dei sistemi operativi per *server* per gruppi di lavoro. Il rifiuto da parte di Microsoft di fornire le informazioni necessarie per la realizzazione di *server* per gruppi di lavoro compatibili con Windows costituiva uno sfruttamento abusivo di posizione dominante sul mercato dei sistemi operativi per *computer*. Non solo le informazioni rifiutate apparivano essenziali, ma non era nemmeno riproducibili o sostituibili a condizioni ragionevoli. Secondo la Commissione, attraverso il proprio rifiuto, la Microsoft aveva potuto estendere la propria posizione dominante anche al mercato dei sistemi operativi per *server* per gruppi di lavoro, minacciando così l'eliminazione di ogni concorrenza residua. La titolarità di un diritto di proprietà intellettuale sul bene richiesto non poteva, a giudizio della Commissione, costituire una giustificazione oggettiva del rifiuto.³³⁹

L'indagine venne successivamente estesa al settore dei lettori multimediali, ossia ai programmi che permettono all'utente di riprodurre *file* multimediali (musica, video, ecc). La Commissione ritenne che la Microsoft avesse tenuto una condotta anticoncorrenziale abbinando il proprio lettore multimediale Windows Media Player al sistema operativo Windows. Attraverso tale operazione di abbinamento, nota come *tying*, i consumatori che acquistavano il sistema operativo, trovandosi già abbinato Windows Media Player, venivano disincentivati all'acquisto dei lettori multimediali della concorrenza. In altre parole, la Microsoft aveva sfruttato la forte capacità attrattiva di un proprio prodotto per favorire l'acquisto abbinato di un prodotto complementare. Tale condotta fu ritenuta lesiva dell'art. 82.b, il quale vieta le pratiche che consistono nel "subordinare la conclusione dei contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o

³³⁹ Decisione della Commissione, del 24 maggio 2004, relativa ad un procedimento a norma dell'articolo 82 del trattato CE e dell'articolo 54 dell'accordo SEE contro Microsoft Corporation (Causa n. COMP/C-3/37.792 Microsoft) [notificata con il numero C(2004) 900].

secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi".

La condanna della Commissione, oltre ad aver avuto carattere inibitorio (cessazione della condotta lesiva) e pecuniario (ammenda di 497,2 milioni di euro), ha imposto alla Microsoft degli obblighi specifici di *facere*: l'obbligo di comunicare i dati necessari per assicurare l'interoperabilità dei prodotti della concorrenza con Windows e l'obbligo di offrire al mercato una versione di Windows priva di Windows Media Player.

La decisione della Commissione venne impugnata da Microsoft davanti al Tribunale di Primo Grado, il quale confermò la decisione della Commissione.³⁴⁰ Nel 2007 venne comminata a Microsoft una sanzione di 280,5 milioni di euro per inottemperanza della decisione della Commissione del 2004.³⁴¹ Non essendo stata pagata la sanzione, nel 2008 venne comminata un'ulteriore multa di 899 milioni di euro³⁴², contro la quale Microsoft depositò un ricorso dinnanzi al Tribunale di Primo Grado. Nel 2009 la Commissione ha cominciato ad indagare sul *tying* del programma Internet Explorer con il sistema operativo Windows. In risposta all'indagine, la Microsoft ha deciso di commercializzare Windows 7 senza abbinargli Internet Explorer.

Anche nel caso Microsoft appare evidente la difficoltà di conciliare la tutela della proprietà intellettuale con il diritto della concorrenza. Il tenore della sentenza del Tribunale di Primo Grado sembra chiarire che il test inaugurato dalla sentenza Magill debba essere applicato indistintamente a qualsiasi diritto di proprietà intellettuale. Benché nel corso del giudizio la Microsoft avesse vantato la titolarità di brevetti e di diritti d'autore, il Tribunale non ha voluto prendere posizione al riguardo, facendo costantemente riferimento al concetto generico di "diritti di

³⁴⁰ Tribunale di Primo Grado, sentenza del 17 settembre 2007, *Microsoft e altri vs. Commissione delle Comunità Europee e altri*, causa T-201/04, in *Raccolta della Giurisprudenza* 2007, p. 3601.

³⁴¹ Decisione della Commissione del 12 luglio 2006 che fissa l'ammontare definitivo dell'ammenda inflitta a Microsoft Corporation con decisione C(2005) 4420 def. e modifica tale decisione per quanto concerne l'ammontare dell'ammenda (Caso COMP/C-3/37.792 — Microsoft), C(2006) 3143 def.

³⁴² Decisione della Commissione, del 27 febbraio 2008, che fissa l'ammontare definitivo della penalità di mora inflitta a Microsoft Corporation con decisione C(2005) 4420 def. (Caso COMP/C-3/37.792 — Microsoft).

proprietà intellettuale”. Ciò induce a ritenere che il diritto della concorrenza in casi del genere debba essere applicato sempre, e che, di conseguenza, la definizione della natura dei diritti di proprietà intellettuale in esame non sia nemmeno necessaria³⁴³.

4.5 La ricerca di un equilibrio

In una sua comunicazione del 2005³⁴⁴, la Commissione ha sottolineato il fatto che i diritti esclusivi di sfruttamento concessi in materia di proprietà intellettuale non sono esclusi dall'applicazione delle regole di concorrenza. Gli articoli 101 e 102 si applicano in particolare nei casi di concessione in licenza dello sfruttamento dei diritti di cui si è titolari. Ciononostante la Commissione ha voluto precisare che

“sia la legislazione in materia di proprietà di beni immateriali³⁴⁵ sia le regole di concorrenza perseguono un'analogia finalità, ossia accrescere il benessere dei consumatori e favorire l'allocazione efficiente delle risorse. L'innovazione costituisce una componente dinamica ed essenziale di un'economia di mercato aperta e competitiva. I diritti di proprietà di beni immateriali favoriscono la concorrenza dinamica, in quanto incoraggiano le imprese a investire nello sviluppo o nel miglioramento di nuovi prodotti e processi. La concorrenza ha lo stesso effetto, in quanto spinge le imprese a innovare. Pertanto, i diritti di proprietà di beni immateriali e la concorrenza sono entrambi necessari per favorire le innovazioni e per assicurarne lo sfruttamento competitivo.”

Stando così le cose, si pone il problema di trovare un equilibrio tra i due diritti, in maniera tale che una loro efficace combinazione consenta di sfruttarne appieno il potenziale. Se è vero, com'è vero, che il diritto della concorrenza e il diritto d'autore perseguono un obiettivo comune, è altrettanto vero che le modalità

³⁴³ Sul punto CURLEY D., “Interoperability and Other Issues at the IP-Anti-trust Interface: the EU Microsoft Case”, *The Journal of World Intellectual Property*, vol. 11, n. 4, 2008, p. 314.

³⁴⁴ Comunicazione della Commissione delle Comunità Europee, Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81 del trattato CE agli accordi di trasferimento di tecnologia, 2004/C 101/2.

³⁴⁵ Nella traduzione inglese del testo si parla di “diritti di proprietà intellettuale” (*intellectual property rights*).

attraverso cui tale obiettivo è perseguito sono radicalmente opposte: il diritto della concorrenza rimuove gli ostacoli alla concorrenza, il diritto d'autore crea monopoli legali. Al momento il diritto d'autore appare particolarmente sacrificato rispetto alla disciplina della concorrenza. A differenza di quanto accade per la materia della libera circolazione delle merci e dei servizi, in cui è prevista un'eccezione a favore della proprietà intellettuale (art. 36 TFUE), quando entra in gioco la concorrenza non sono previste eccezioni, se non le circostanze "eccezionali" indicate dalla giurisprudenza Magill, i cui contorni appaiono piuttosto sfumati. Il dubbio che aleggia intorno alla corretta estensione della dottrina dell'*input* essenziale induce a temere che, in relazione alla materia della proprietà intellettuale, essa si possa rivelare particolarmente dura nei confronti della proprietà di maggior valore: le opere dell'ingegno uniche, che i concorrenti non sono in grado di replicare.

Ne consegue che i titolari dei diritti si trovano in una condizione di incertezza per quanto riguarda il valore e i limiti dell'esercizio dei propri diritti e di timore nei confronti di concorrenti che potrebbero tentare il *free riding*. Tale situazione è suscettibile di scoraggiare gli investimenti in ricerca, cultura e innovazione, con la conseguenza di allontanare l'obiettivo di dare vita ad un'economia competitiva fondata sulla conoscenza. Dall'altro lato, tuttavia, non si può negare il fatto che la progressiva estensione della durata di protezione del diritto d'autore da parte del legislatore europeo rappresenti una significativa limitazione della concorrenza. È dunque possibile affermare che, in qualche misura, è anche la concorrenza ad essere sacrificata in nome della tutela del diritto d'autore.

Come conciliare diritto d'autore e diritto della concorrenza, e conseguire un armonioso sviluppo del mercato interno? Una via percorribile potrebbe essere quella di favorire ulteriormente, nel processo di armonizzazione, la tendenza ad incorporare considerazioni relative al diritto della concorrenza nel diritto d'autore (e viceversa). Ciò garantirebbe un maggiore grado di adattamento tra i due diritti e ridurrebbe il rischio di un'applicazione *a posteriori* del diritto della concorrenza al diritto d'autore. In secondo luogo, potrebbero essere individuati degli strumenti per la valutazione delle conseguenze sui mercati, in termini di innovazione e impatto sull'utente finale, delle decisioni delle autorità *antitrust*. Sarebbe infine utile uno

sforzo congiunto degli esperti nelle due materie ai fini della definizione di criteri condivisi per l'analisi della condizione di sostituibilità dei prodotti, della nozione di mercato attuale e potenziale e del ruolo della domanda.³⁴⁶

³⁴⁶ Le proposte qui riportate sono una parziale reinterpretazione di quelle avanzate da Valérie Benabou (BENABOU V.L., "European competition law and copyright", op. cit., p. 566).

CONCLUSIONI

Giunti al termine della nostra indagine, è arrivato il momento di tirare le fila dell'analisi svolta, esponendone le risultanze e tentando, alla luce di queste, di dare una risposta agli interrogativi di partenza.

Nel ripercorrere l'evoluzione storica del diritto d'autore, abbiamo potuto osservare come esso, da privilegio originariamente concesso ad alcuni autori, si sia col tempo affermato come un diritto a tutti gli effetti; in quanto tale, oggetto di tutela giuridica. Abbiamo individuato la ragione prima del diritto d'autore nel riconoscimento e nella tutela giuridica di diritti esclusivi in capo agli autori, relativamente alle loro opere letterarie, artistiche, cinematografiche. Per quanto attiene al contenuto di tali diritti, abbiamo operato una distinzione tra i diritti morali, inalienabili e tutelati senza alcun limite temporale, e i diritti patrimoniali, alienabili e limitati nel tempo. Abbiamo riassunto i due concetti nel fatto che la signoria dell'autore sulla propria opera si concreta nella titolarità del diritto di essere identificato come autore e di opporsi ad ogni alterazione e/o utilizzazione non autorizzata dell'opera.

La distinzione tra diritti morali e patrimoniali ci ha fornito l'occasione per definire i diritti connessi e per descrivere brevemente il contenuto dei principali diritti economici. Da lì abbiamo rivolto la nostra attenzione alle due tradizioni giuridiche in materia di diritto d'autore: quella anglosassone del *copyright* e quella continentale del *droit d'auteur*. La prima tende a porre l'accento sugli aspetti economici del diritto d'autore, la seconda pone una maggiore enfasi sulla figura dell'autore e sui suoi diritti morali. Ne conseguono delle differenze in merito, per esempio, alla soglia di originalità delle opere e alla qualificazione degli autori. Ciononostante alla fine tali differenze tendono a ricomporsi nella pratica, di fronte ai comuni problemi che le due tradizioni sono chiamate ad affrontare: dalla necessità e opportunità di garantire un'adeguata remunerazione delle attività intellettuali alla lotta contro la contraffazione e la pirateria. Con riferimento a questi due fenomeni,

particolarmente diffusi nell'odierna società dell'informazione, abbiamo mostrato come tra i due la pirateria sia quello più comunemente associato al diritto d'autore. L'incidenza di tali pratiche illegali è stata una delle ragioni che hanno spinto i governi nazionali ad accordarsi sugli standard minimi di protezione del diritto d'autore, al fine di assicurare una tutela il più possibile uniforme ed efficace dei diritti. Tali sforzi hanno iniziato a concretizzarsi dalla seconda metà dell'Ottocento, e possono essere ricondotti a due fasi distinte sulla base dell'obiettivo primariamente perseguito: l'internazionalizzazione o l'armonizzazione. Appartengono alla prima fase la Convenzione di Berna (1886) e la Convenzione di Roma (1961), mentre la seconda fase ha visto l'adozione dell'Accordo TRIPs (1994) e dei due Trattati Internet dell'OMPI (1996).

Concluso l'inquadramento storico e teorico del diritto d'autore, siamo passati ad analizzare il percorso che ha portato alla nascita del mercato unico europeo, volgendo l'attenzione alle caratteristiche di quest'ultimo e alla sua disciplina. In particolare, abbiamo evidenziato come il mercato unico "viva" del principio della libera circolazione: delle merci, dei servizi, delle persone e dei capitali. Abbiamo quindi collocato l'evoluzione della disciplina comunitaria in materia di diritto d'autore all'interno del processo di integrazione economica europea, individuando tre fasi successive, corrispondenti a tre diversi approcci delle istituzioni comunitarie in materia di diritto d'autore. La prima fase (1958-1980) è stata caratterizzata da un atteggiamento di sostanziale indifferenza delle istituzioni comunitarie nei confronti del diritto d'autore, la seconda (1981-1988) è stata caratterizzata da un ruolo preminente della Corte di Giustizia, la terza (dal 1988 ai giorni nostri) dall'intervento del legislatore comunitario a fini di armonizzazione. A queste ultime due fasi corrispondono altrettanti approcci delle istituzioni comunitarie al problema del contrasto tra il diritto d'autore e il mercato interno, un contrasto che deriva dalla territorialità della tutela del diritto d'autore in contrapposizione al principio della libera circolazione.

Il primo, e per diversi anni unico, approccio al problema è stato quello giurisprudenziale. Attraverso la risoluzione di controversie relative ai rapporti reciproci tra i due diritti, la Corte di Giustizia ha elaborato tre dottrine

giurisprudenziali che rappresentano ancora oggi un indispensabile punto di riferimento in materia: la dottrina dell'esistenza/esercizio del diritto, la dottrina dell'oggetto specifico e la dottrina dell'esaurimento dei diritti. Il secondo approccio al problema è stato quello dell'armonizzazione legislativa. A partire dalla fine degli anni '80, il legislatore comunitario è intervenuto per ravvicinare le normative nazionali in materia di diritto d'autore: dapprima in senso "verticale" (cioè settoriale), poi sempre più in senso "orizzontale" (cioè generale). L'anno di svolta è stato il 2000, quando nella Strategia di Lisbona l'Unione Europea ha espresso per la prima volta l'ambizione di dare vita ad un'economia competitiva e dinamica basata sulla conoscenza. In questo nuovo scenario, la disciplina del diritto d'autore ha trovato un posto di primo piano, come testimonia il flusso di iniziative e proposte di direttive in materia che perdura ormai da un decennio. In una società dell'informazione in cui la ricchezza si fonda sempre di più sulla conoscenza e sulla creatività, una tutela efficace dei diritti degli autori appare un'esigenza imprescindibile.

Ciononostante, come abbiamo visto nell'analisi del rapporto con la concorrenza il diritto d'autore sembra ancora arrancare. Se nei primi anni di vita della Comunità, il rapporto reciproco fra i due diritti appariva improntato ad una mutua neutralità (non necessariamente positiva), negli ultimi decenni il diritto della concorrenza, fondamentale per il corretto funzionamento di un mercato interno, sembra aver preso il sopravvento. La tendenziale prevalenza della concorrenza sul diritto d'autore si è manifestata in due forme: la prima è quella della sempre più frequente incorporazione, nella disciplina del diritto d'autore, di considerazioni relative alla concorrenza; la seconda è quella della subordinazione del diritto d'autore al diritto della concorrenza attraverso l'applicazione della dottrina dell'*input* essenziale. Se la prima tendenza è da valutarsi in senso positivo, in quanto ha il merito di favorire un adattamento reciproco fra i due diritti, la seconda tendenza suscita invece alcune preoccupazioni in merito al rischio che un'interpretazione eccessivamente ampia della dottrina possa tradursi in un sacrificio eccessivo per la tutela del diritto d'autore e dei diritti connessi. Senza trascurare i casi, più esigui, in cui è stato il diritto d'autore a prevalere, un' almeno parziale soluzione allo squilibrio

tra i due diritti potrebbe consistere nella predisposizione di strumenti per la valutazione delle conseguenze sui mercati, in termini di innovazione e impatto sull'utente finale, delle decisioni delle autorità *antitrust*. Ciò dovrebbe accompagnarsi ad una persistente incorporazione di considerazioni relative alla concorrenza nella disciplina del diritto d'autore (e viceversa) e ad un impegno congiunto degli studiosi delle due materie per la definizione di criteri analitici condivisi.

Negli ultimi tempi si è parlato sempre più spesso, sia a livello accademico che a livello istituzionale, della possibilità e/o dell'opportunità di dare vita ad un diritto d'autore paneuropeo. A nostro avviso, la soluzione definitiva al problema del contrasto tra diritto d'autore e mercato unico risiederebbe proprio nell'istituzione di un diritto di privativa unico per tutti i paesi membri dell'Unione Europea. Dato che la radice del problema risiede nella territorialità della tutela del diritto d'autore avverso il principio della libera circolazione, l'unica soluzione realmente efficace sarebbe quella che spostasse il livello della territorialità da nazionale a europeo. Né la via giurisprudenziale, né l'armonizzazione legislativa possono conseguire un simile risultato, in quanto agiscono sulla superficie del problema senza nemmeno sfiorare la questione della territorialità.

La piena realizzazione di un mercato senza frontiere dovrebbe dunque passare per il conseguimento di un diritto d'autore senza frontiere. Non possiamo nasconderci il fatto che, al momento, la prospettiva di un diritto d'autore unico appare ancora remota. Allo stato attuale delle cose, lo scenario più verosimile sembra essere quello di un proseguimento e di un approfondimento degli sforzi di armonizzazione: un impegno apprezzabile ma non ancora risolutivo. D'altra parte, il diritto d'autore è notoriamente una materia complessa, in cui si intrecciano sensibilità culturali diverse e spesso in contrasto fra loro, e non si può certamente negare l'importanza dei progressi raggiunti fino a questo momento. Si potrebbe senz'altro ipotizzare un'armonizzazione tanto profonda da sfociare, in un punto imprecisato della storia futura, nella nascita di un diritto d'autore unico. Nel frattempo, il contrasto tra i due diritti continuerebbe ad esistere e a produrre i problemi che sono stati evidenziati nel presente lavoro.

In ogni caso, perché il diritto d'autore possa essere unificato sarà necessario che gli venga sempre più riconosciuta una dignità autonoma rispetto al mercato interno e alla concorrenza. Il paradigma dell'economia della conoscenza potrebbe, in questo senso, rappresentare la storica conciliazione tra le istanze del mercato e quelle della cultura: una duplice dimensione che il diritto d'autore, per sua natura, incarna molto bene.

BIBLIOGRAFIA

BARNARD Catherine, *The substantive law of the EU: the four freedoms*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

BENABOU Valérie Laure, “European competition law and copyright: where do we stand? Where do we go?”, in DERCLAYE Estelle (a cura di), *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2009.

BING Jon, “Copyright protection of computer programs”, in DERCLAYE Estelle (a cura di), *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2009.

BOCCHINI Ermanno, *Diritto commerciale nella società dell’informazione*, CEDAM, Padova, 2011.

CAMERON David R., “The 1992 Initiative: Causes and Consequences”, in Alberta M. Sbragia (a cura di), *Euro-politics: institutions and policymaking in the new European Community*, Brookings Institution Press, Washington D.C., 1992.

CASAS VALLÉS Ramón, “The requirement of originality”, in DERCLAYE Estelle (a cura di), *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2009.

D’ALBERTI Marco, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Il Mulino, Bologna, 2008.

DANIELE Luigi, *Diritto del mercato unico europeo*, Giuffrè Editore, Milano, 2006.

FUMAGALLI Giustino, *La tutela del software nell’Unione Europea. Brevetto e diritto d’autore*, Nyberg, Milano, 2005.

GOLDSTEIN Paul, *Copyright’s Highway: from Gutenberg to the celestial jukebox*, Stanford University Press, Stanford, 2003.

GORMLEY Laurence W., “The internal market: history and evolution”, in Niamh Nic Shuibne, *Regulating the internal market*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2006.

HOUSE OF LORDS, European Union Committee, UK, 5th Report of Session 2007-08, *The Single Market: Wallflower or Dancing Partner? Enquiry into the European Commission’s Review of the Single Market*, Vol. II, The Stationery Office, London, 2008.

HUGENHOLTZ P. Bernt, “Copyright without frontiers: the problem of territoriality in European copyright law”, in DERCLAYE Estelle (a cura di), *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2009.

JARACH Giorgio e POJAGHI Alberto, *Manuale del diritto d'autore*, Mursia, Milano, 2011.

KACZOROWSKA Alina, *European Union Law*, Routledge, Abingdon, 2010.

KEELING David, *Intellectual property rights in EU law: free movement and competition law (vol. 1)*, Oxford University Press, Oxford, 2004.

KORAH Valentine, *Intellectual Property Rights and the EC Competition Rules*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2006.

LÉVÊQUE François e SHELANSKI Howard A., *Antitrust, patents and copyright: EU and US perspectives*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2005.

LUCCHI Nicola, *I contenuti digitali. Tecnologie, diritti e libertà*, Springer Italia, Milano, 2009.

MANGINI Vito e OLIVIERI Gustavo, *Diritto antitrust*, Giappichelli Editore, Torino, 2009.

MARTENS Georg Friedrich *et al.*, *Nouveau recueil général de traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international*, Dieterich, Göttingen, 1887.

MAZZIOTTI Giuseppe, *EU digital copyright law and the end-user*, Springer Verlag, Berlin, 2008.

MONTI Mario, *Una nuova strategia per il mercato unico. Rapporto al Presidente della Commissione Europea José Manuel Barroso*, 9 maggio 2010.

REINBOTHE Jörg, “The EU Enforcement Directive 2004/48/EC as a Tool for Copyright Enforcement”, in STAMATOUDI Irini A., *Copyright Enforcement and the Internet*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2010.

SAUNDERS David, *Authorship and Copyright*, Routledge, London, 1992.

SBOLCI Luigi, “La libera circolazione delle merci”, in AA.VV., *Diritto dell'Unione Europea. Parte speciale.*, Giappichelli, Torino, 2010.

SEVILLE Catherine, *EU Intellectual Property Law and Policy*, Elgar European Law, Cheltenham, UK, 2009.

SOCIÉTÉ DES GENS DE LETTRES DE FRANCE, *Le congrès de la propriété littéraire et artistique tenu à Bruxelles en 1858*, Bureaux de la Société des Gens de Lettres, Paris, 1878.

STAAB Andreas, *The European Union Explained: Institutions, Actors, Global Impact*, Indiana University Press, Bloomington, 2008.

STOTHERS Cristopher, *Parallel Trade in Europe: Intellectual Property, Competition and Regulatory Law*, Hart Publishing, Oxford, 2007.

TOMMASEO Niccolò, *Della bellezza educatrice: pensieri*, Co' tipi del Gondoliere, Venezia, 1838.

VAN EECHOUD Mireille, HUGENHOLTZ P. Bernt, GUIBAULT Lucie, VAN GOMPEL Stef, HELBERGER Natalie, *Harmonizing European Copyright Law: the Challenges of Better Lawmaking*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009.

WOODS Lorna, *Free movement of goods and services within the European Community*, Ashgate Publishing Ltd., Aldershot, 2004.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION, *Introduction to intellectual property: theory and practice*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 1997.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION, *Understanding copyright and related rights*, WIPO Publication n° 909, pp. 9-12. Disponibile su http://www.wipo.int/freepublications/en/intproperty/909/wipo_pub_909.pdf ultimo accesso: 25 ottobre 2011.

Articoli

CAVIEDES Alexander A., “International Copyright Law: Should the European Union Dictate its Development?”, *Boston University International Law Journal*, vol. 16, n. 1, 1998.

CHAFEE Zechariah Jr., “Reflections on the law of copyright”, *Columbia Law Review*, vol. XLV, n. 4, luglio 1945.

COHEN JEHORAM Herman, “European Copyright Law – Even More Horizontal”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 32, n. 5, 2011.

CORBET Jan, “The Law of the EEC and Intellectual Property”, *Journal of Law and Commerce*, vol. 13, 1993-1994.

CURLEY Duncan, “Interoperability and Other Issues at the IP-Anti-trust Interface: the EU Microsoft Case”, *The Journal of World Intellectual Property*, vol. 11, n. 4, 2008.

DREIER Thomas, “The Role of the ECJ for the Development of Copyright in the European Communities”, *Journal of the Copyright Society of the USA*, vol. 54, n. 2, 2007.

HUET Jérôme e GINSBURG Jane C., “Computer Programs in Europe: a Comparative Analysis of the 1991 EC Software Directive”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 30, 1992.

HUGHENHOLTZ Bernt *et al.*, “The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy”, *IViR*, 2006.

HUGENHOLTZ Bernt, “Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid”, *European Intellectual Property Review*, vol. 11, 2000.

KEELING David, “Intellectual Property Rights and the Free Movement of Goods in the European Union”, *Brooklin Journal of International Law*, vol. 20, 1993.

KINGSTON William, “Intellectual Property in the Lisbon Treaty”, in *European Intellectual Property Review*, vol. 30, n. 11, 2008.

LAFFRANCHI Andrea, “Diritti d’autore: duello Europa - USA”, *Corriere della Sera*, 4 gennaio 2003, p. 30.

LUCAS André, “Copyright in the European Community: the Green Paper and the Proposal for a Directive Concerning the Legal Protection of Computer Programs”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 29., 1991.

LÜDER Tilman, “The Next Ten Years in EU Copyright: Making Markets Work”, *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, vol. 18, n. 1, 2007.

PALMER Alan K. e VINJE Thomas C., “The EC Directive on the Legal Protection of Computer Software: New Law Governing Software Development”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol.1, 1992.

PEARCE Graham e PLATTEN Nicholas, “Promoting the Information Society: the EU Directive on Electronic Commerce”, *European Law Journal*, vol. 6, n. 4, 2000.

PETITE Michel, “Letters to the editor: EU commitment to competition policy is unchanged”, *Financial Times*, 27 giugno 2007.

RAMELLO Giovanni, “Diritti esclusivi e pratiche restrittive: la difficile convivenza tra diritto d’autore e tutela della concorrenza nell’esperienza antitrust europea e italiana”, *Liuc Papers* n. 117, Serie Economia e Impresa, 32, dicembre 2002.

RAMELLO Giovanni e SILVA Francesco, La natura del diritto d’autore, *Liuc Papers*, Serie Economia e Impresa 12, agosto 1997.

REISCHL Gerhard, "Industrial Property and Copyright Before the European Court of Justice", *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, vol. 13, n. 4.

RILEY Alan, "The EU Reform Treaty and the Competition Protocol: Undermining EC Competition Law", *CEPS Policy Briefs*, n. 142, settembre 2007.

RUPING Karl, "Copyright and an Integrated European Market: Conflicts with Free Movement of Goods, Competition Law and National Discrimination", *Temple International and Comparative Law Journal*, vol. 11, n. 1, 1997.

SCORDAMAGLIA TOUSIS Andreas, *The Lisbon Treaty and Competition: Much Ado About Nothing?*, Presentazione nell'ambito del seminario EUI "Après la Constitution européenne" (Prof. G. Amato / J. Ziller), European University Institute, Firenze, 18 febbraio 2008.

TROUILLE Jean-Marc, Conference Contribution, "Mario Monti: Jean Monnet of the 21st Century? Monti's Method to Revive the Single Market", Global Jean Monnet Conference/ECSA World Conference "The European Union after the Treaty of Lisbon", Brussels, 25-26 maggio 2010.

TURNEY James, "Defining the Limits of the EU Essential Facilities Doctrine on Intellectual Property Rights: the Primacy of Securing Optimal Innovation", *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, vol. 3, n. 2, 2005.

VANDEBEEK Victor, "Realizing the European Community Common Market by Unifying Intellectual Property Law: Deadline 1992", *Brigham Young University Law Review*, symposium Europe 1992, vol. 4.

VEDDERN Michael, "The Enforcement Directive 2004/48/EC – A Further Step in the Harmonization of IP Laws in Europe", *IPR Helpdesk Bulletin* 4-5, 2004.

WINN Jane K. e JONDET Nicolas, "A new deal for end users? Lessons from a French innovation in the regulation of interoperability", *William & Mary Law Review*, vol. 51 n. 2, 2009.

SITOGRAFIA

www.aei.pitt.edu	sito dell'Archivio dell'Integrazione Europea (AEI) presso l'Università di Pittsburgh, USA
www.alai.org	sito della Association Littéraire et Artistique Internationale
www.copyrightcode.eu	sito del Wittem Project per un codice europeo del diritto d'autore
www.ec.europa.eu	sito della Commissione Europea
www.economist.com	sito del settimanale "The Economist"
www.eur-lex.europa.eu	sito di EUR-Lex, raccolta del diritto dell'Unione Europea
www.europa.eu	sito dell'Unione Europea
www.europa.eu/documentation	pubblicazioni e documenti dell'Unione Europea
www.interlex.it	sito del periodico di tecnologia, diritto e informazione "Interlex"
www.wipo.int	sito dell'Organizzazione Mondiale per la Proprietà Intellettuale