

UNIVERSITÀ EUROPEA DI ROMA
VINCERE IN BONO MALUM



A cura di **Alberto M. Gambino** e **Valeria Falce**

di diritto
scuola

Scenari e prospettive del diritto d'autore

Con indirizzo di salute di **Maurizio Fallace**

Comunicazione al pubblico on-line: breve spunti in tema di legge applicabile

Francesco Graziadei

Docente di Diritto Industriale nell'Università LUISS "Guido Carli" di Roma

Lo sfruttamento delle opere digitali on line è ubiquo. Rimane pertanto aperto il problema dell'individuazione della legge applicabile alle varie utilizzazioni.

Come noto, in tema di diritti di proprietà intellettuale vige il principio di territorialità. Si veda già l'articolo 5 della Convenzione di Berna¹, per quanto riguarda specificamente il diritto d'autore, l'art. 54 della legge 218 del 1995, secondo il quale i diritti sui beni immateriali sono regolati dalla legge dello stato di utilizzazione, ed ora l'articolo 8 del regolamento comunitario n. 864 del luglio 2007².

Questo significa che la legge applicabile sarà quella del Paese per cui si richiede la protezione.

Rimane però aperto il problema dell'individuazione del Paese per cui si richiede la tutela e dunque – semplificando – del Paese dove è collocabile geograficamente lo sfruttamento del diritto, che determinerà l'ampiezza ed il regime dei diritti, l'ambito geografico della licenza e la giurisdizione per la tutela avverso gli atti di sfruttamento illegittimi.

Si inizia a sostenere che vi sia la necessità di una specificazione normativa del principio di territorialità con riferimento alla diffusione on line³.

Tra le posizioni che si stanno prospettando vi è il tentativo di recuperare un criterio utilizzato per definire, dopo anni di dibattito conclusosi con l'adozione nel 1993 di una Direttiva comunitaria⁴, il problema della giurisdizione con riferimento alla comunicazione al pubblico via satellite dei programmi radiotelevisivi.

Come noto, uno degli scopi principali della richiamata Direttiva del 1993⁵ è quello di dare una risposta normativa alle nuove forme di sfruttamento transfrontaliero delle opere tutelate, reso possibile dai sempre più frequenti aspetti extraterritoriali delle emissioni radiotelevisive.

All'epoca dell'adozione della Direttiva 93/83, due tesi si contendevano il campo: quella del Paese di origine (poi accolta dalla Direttiva e della quale il comma 1 della lettera b dell'art. 16-bis della Legge Autore italiana costituisce espressione) e quella cosiddetta del Paese di ricezione⁶.

La prima delle due teorie riconosceva rilevanza solo all'atto originario di emissione, costituito dall'invio del segnale al satellite (iniezione o up-link), a prescindere dagli atti e soprattutto dai luoghi di ricezione. La seconda teoria, invece, faceva riferimento ai singoli atti di utilizzazione e dunque sia all'atto di irradiazione del segnale sia ai numerosi atti di ricezione nei vari Paesi; dal che conseguiva, in applicazione del principio di territorialità, che la legge applicabile sarebbe stata quella relativa ad ogni singolo Paese di ricezione e che rispetto ad ognuno di questi andava ottenuta dai titolari una specifica autorizzazione.

Alla fine prevalse la tesi del Paese di origine, anche sulla base della considerazione che, essendo l'emissione via satellite unica, sarebbe bastato il diniego di licenza da parte di un titolare (anche solo per un singolo Paese) per bloccare qualunque emissione del segnale e dunque inibirne la diffusione anche in Paesi per i quali vi fosse stato il consenso del titolare (e l'interesse di quest'ultimo e dell'emittente a diffondere il contenuto protetto).

Il dibattito circa una estensione del principio del Paese di origine anche oltre le comunicazioni via satellite è ancora vivo, con il tentativo, ipotizzato in più sedi, di estendere il criterio della Direttiva 83/93 ad esempio alle comunicazioni telematiche⁸.

Segnalo, però, che nel confronto fra le diverse opinioni che ha preceduto l'adozione della Direttiva 83/93 e l'introduzione dei satelliti di radiodiffusione diretta non mancavano posizioni più articolate, le quali declinavano il principio del Paese di origine ponendo l'accento non tanto sul luogo tecnico in cui era individuabile l'emissione (quindi, per il satellite, l'iniezione, l'up-link) bensì nel luogo "editoriale" in cui veniva presa la decisione di inserire quell'opera nel palinsesto⁹.

Dare rilievo al luogo dove viene compiuta la scelta di sfruttamento dell'opera, piuttosto che al luogo in cui fisicamente avviene l'atto tecnico presupposto per la comunicazione al pubblico, appare una soluzione peraltro conforme a quanto stabilito dalla Direttiva UE "Tv senza frontiere" (anche nella sua recentissima revisione del 2007)¹⁰ per perseguire la finalità – indubbiamente diversa rispetto alla tutela della proprietà intellettuale – di determinare la giurisdizione sull'emittente radiotelevisiva ai fini dell'individuazione del complesso quadro normativo che disciplina l'attività radiotelevisiva (a partire dai titoli abilitativi fino ai contenuti dei programmi stessi).

Dopo un primo generico rinvio allo Stato che ha giurisdizione sull'emittente contenuto nella originaria Direttiva approvata nel 1989¹¹, del quale si è presto riscontrata l'inadeguatezza, la prima revisione della Direttiva, operata nel 1997, ha introdotto dei criteri armonizzati di individuazione della giurisdizione che si fondano sul principio di stabilimento, declinato secon-

do una serie di criteri successivi che danno rilievo alla sede dell'impresa ed al luogo dove vengono prese le scelte editoriali. Il luogo in cui avviene tecnicamente l'atto di comunicazione assume carattere meramente residuale.

Il rilievo dato al luogo in cui ha sede l'impresa che assume la scelta di sfruttamento dell'opera protetta è, tra l'altro, una soluzione che consentirebbe di superare i profili problematici dell'individuazione dell'atto tecnico rilevante per la trasmissione on-line ("caricamento").

È, inoltre e come evidente, soluzione ben diversa dalla concessione di licenze multiterritorio, che costituiscono senz'altro un più agevole meccanismo di *one stop shop*, ma presuppongono pur sempre la molteplicità geografica dei diritti.

Quanto sopra, non toglie che, laddove efficaci sistemi di *Digital Right Management* consentano di individuare giuridicamente il momento dell'accesso all'opera, così da rendere possibili singole remunerazioni rispetto alle singole utilizzazioni, ad un diritto – diciamo – di "caricamento", negoziato unitariamente nel luogo dove ha sede il licenziatario, potrebbero poi aggiungersi delle royalty relative ad ogni singola fruizione, eventualmente disciplinate dando adeguato rilievo al Paese dove avviene il singolo sfruttamento.

¹ Per quanto riguarda l'attività riconducibile alle Nazioni Unite occorre inoltre tener presente un'altra risalente Convenzione internazionale (anch'essa – come la Convenzione di Berna – ora amministrata dall'OMPI) che detta norme materiali sui diritti connessi, fra cui quelli delle emittenti radiotelevisive sulle proprie emissioni (Convenzione di Roma sulla protezione degli artisti interpreti o esecutori, dei produttori di fonogrammi e degli organismi di radiodiffusione, siglata originariamente a Roma nel 1961). Anche tale Convenzione sembra (argomentando principalmente dall'articolo 6) fondata sul principio di territorialità. In questo senso, BERTANI, in Commentario breve alle leggi su Proprietà Intellettuale e Concorrenza, a cura di MARCHETTI UBERTAZZI, CEDAM, 2007, commento all'art. 6 CR. Entrambe le Convenzioni appena richiamate sono state recentemente integrate da due Trattati OMPI del 1996 (il *Copyright Treaty* ed il *Performers and Phonograms Treaty*) che sono intervenuti sulla definizione e disciplina di nuovi diritti d'autore e connessi con riferimento all'ambiente digitale. Per i Paesi aderenti al World Trade Organization occorre infine richiamare l'Accordo su *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPs) del 1994. Il trattato TRIPs, in genere, nella prospettiva di armonizzazione della disciplina sostanziale e processuale sulla tutela dei diritti di proprietà intellettuale, rimanda espressamente alla Convenzione di Berna (si veda in particolare l'art. 9 dove si afferma che «members shall comply with Articles 1 through 21 of the Berne Convention (1971)»). Per alcuni diritti connessi il Trattato invece non rinvia alla Convenzione di Roma ma detta una disciplina specifica. Per quanto specificamente riguarda l'individuazione della legge applicabile il Trattato TRIPs però non sembra introdurre norme specifiche.

² In particolare il recentissimo Regolamento CE n. 864 del 2007 (G.U.C.E. L 199/40 del 31.7.2007) "sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (Roma II)", che entrerà in vigore dall'11 gennaio 2009, stabilisce all'articolo 8 relativo alla "Violazione dei diritti di proprietà intellettuale" che "La legge applicabile all'obbligazione extracontrattuale che deriva da una violazione di un

diritto di proprietà intellettuale è quella del paese per il quale la protezione è richiesta" specificando al comma 3 che "Non si può derogare alla legge applicabile in virtù del presente articolo con accordo ai sensi dell'articolo 14".

- ³ In questo senso si è espresso UBERTAZZI, conclusioni al Convegno "La Proprietà Intellettuale a 50 anni dal Trattato di Roma: bilancio e prospettive, Pavia, 28/29 settembre 2007.
- ⁴ 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, G.U.C.E. L 248/15 del 6 ottobre 1993.
- ⁵ Recepita in Italia con D.Lgs. 23 ottobre 1996, n. 581 che è intervenuto sulla L. 22 aprile 1941, n. 633 (in particolare, per quanto qui interessa, modificando l'art 16 e introducendo l'art. 16-bis).
- ⁶ Nota anche come "teoria di Bogsch" dal nome del Direttore generale dell'OMPI dell'epoca, il quale aveva espresso una simile posizione in apertura dei lavori di un comitato di esperti convocato dall'OMPI nel 1985 per affrontare i temi critici legati alle diffusioni via satellite.
- ⁷ Secondo una autorevole dottrina (UBERTAZZI, *I diritti d'autore e connessi*, Giuffrè, Milano, 2000, 96-99) la disciplina della comunicazione al pubblico via satellite introdotta dalla direttiva 93/83 ed in particolare il principio del Paese di origine quale criterio per determinare la giurisdizione dello sfruttamento dell'opera radiodiffusa via satellite, non costituirebbe una nuova norma di diritto internazionale privato, come da altri inizialmente sostenuto (CERINA, *Satellite ed internet: superamento del principio di territorialità*, in *Il Diritto Industriale*, n. 6, 1996, 511.) bensì una regola di diritto materiale che incide sul contenuto dei diritti patrimoniali d'autore e connessi prevedendo un esaurimento nazionale e ad un tempo comunitario, con l'immissione del segnale portatore di programmi in una sequenza interrotta diretta al satellite e poi a terra. Tale regola però "postula ancora una volta il principio di territorialità".
- ⁸ Come sottolineato in dottrina (UBERTAZZI, *I diritti d'autore e connessi*, cit.) già il Libro Bianco della Commissione europea sulla Società dell'Informazione del 1995 prospettava una simile linea ricostruttiva. Più di recente, si vedano i risultati della consultazione sulla Comunicazione della Commissione su "Creative Content Online in the single Market, Staff working document", SEC(2007)1710 del 3.1.2008, dove si affronta nuovamente – sia pure in termini problematici – il tema di una estensione della portata della Direttiva 93/83 alle comunicazioni on-line.
- ⁹ In particolare, partendo, per l'applicazione della Convenzione di Berna, dalla definizione di radiodiffusione contenuta nell'articolo 3.f della Convenzione di Roma, la quale stabilisce che "una emissione di radiodiffusione è una diffusione di suoni o di immagini e di suoni per mezzo di onde radio-elettriche al fine della ricezione da parte del pubblico", si ricavava che "in caso di emissione per mezzo di emittente classica, come in caso di utilizzazione di un satellite di radiodiffusione [...] l'iniezione (cioè, dal punto di vista del diritto d'autore, l'incorporazione di programmi costituiti da opere protette in segnali convogliati sia verso un'emittente, sia verso un satellite di radiodiffusione) è un'operazione di radiodiffusione ai sensi della legislazione dello Stato cui appartiene l'organismo responsabile della programmazione, indipendentemente dal luogo cui sono stati tecnicamente emessi (iniettati) i segnali portatori di programmi» KREVER, *Satelliti e diritto d'autore*, in *Il Diritto d'autore*, 1982, 389e ss.
- ¹⁰ Cfr. 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, G.U.C.E. L 298/23, del 17 ottobre 1989; Direttiva 97/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 giugno 1997 che modifica la direttiva 89/552/CE del Consiglio relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive, G.U.C.E. L 202/60, del 30 luglio 1997; Direttiva 2007/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007 che modifica la direttiva 89/552/CE 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, G.U.C.E. L 332/27 del 18 dicembre 2007.
- ¹¹ Che sostanzialmente rimandava alle norme di diritto internazionale privato dei singoli Stati membri, con tutti i possibili conflitti che questo poteva generare ed ha concretamente generato.