

La pubblicazione è stata realizzata nell'ambito del progetto di ricerca sul tema "Innovazione, scienza, tecnologia, regole e responsabilità. Profili giuridici ed economici" (MiUR-PRIN 2005).



La prima edizione di questo libro © Copyright 2008 by Università degli Studi di Trento, Via Belenzani 12 - 38100 Trento, è pubblicata con Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 2.5 Italia License. Maggiori informazioni circa la licenza all'URL: [«http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/it/»](http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/it/)

ISBN 978-88-8443-219-3
ISSN 1972-1137

Stampato in Italia – Printed in Italy
Febbraio 2008

Litotipografia Alcione S.r.l. - Lavis (Trento)

DIGITAL RIGHTS MANAGEMENT

Problemi teorici e prospettive applicative

Atti del Convegno
tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento
il 21 ed il 22 marzo 2007

a cura di
ROBERTO CASO

Contributi di:
Roberto Caso
Leonardo Chiariglione
Claudio Di Cocco
Andrea Glorioso
Massimiliano Granieri
Nicola Lucchi
Laurent Manderieux
Giuseppe Mazziotti
Maria Lillà Montagnani
Alessandro Palmieri
Eugenio Prosperetti
Andrea Rossato

MISURE TECNOLOGICHE DI PROTEZIONE, SISTEMI DI DRM E BARRIERE ALL'ENTRATA

MARIA LILLÀ MONTAGNANI

SOMMARIO: 1. *Premessa* - 2. *Sistemi di DRM e strategie di distribuzione online* - 3. *Sistemi di DRM e mercati delle tecnologie* - 4. *La protezione delle piattaforme e l'interoperabilità tra beni complementari* - 5. *Una prima conclusione.*

1. *Premessa*

All'interno dell'irrisolto contrasto tra proprietà intellettuale e concorrenza pare acquisire sempre più rilevanza l'analisi di quegli strumenti di protezione e distribuzione *online* di contenuti digitali che pur non potendo più essere definiti «nuovi», possono sicuramente dirsi ancora controversi: i sistemi di Digital Rights Management (DRM). È incontrovertibile che l'adozione di tali sistemi condizioni, nel bene o nel male, la concorrenza nei mercati all'interno dei quali vengono impiegati o, più in generale, l'assetto della concorrenza nel settore dell'innovazione, poiché sia la tecnologia, sia le privative ad essa relative, costituiscono, anche nel caso dei sistemi di DRM, specifici prodotti di nuovi mercati rilevanti. Si pone allora il problema di verificare se il rapporto tra sistemi di DRM e diritto della concorrenza sia riconducibile al tradizionale, seppur complesso, rapporto tra diritti di proprietà intellettuale e concorrenza o non lo arricchisca invece di nuove e ulteriori sfaccettature. Invero, ogniqualvolta tali sistemi siano considerati delle «estensioni» delle privative del diritto d'autore, paiono riproporsi i medesimi problemi che pone il complesso rapporto tra privative intellettuali e diritto della concorrenza. Allo stesso modo, quando le tecnologie o le privative ad esse relative sono il prodotto di

un nuovo mercato rilevante, a riproporsi sono i problemi tipici dei mercati dell'innovazione¹. Tuttavia, la molteplicità di funzioni che i sistemi di DRM svolgono a seguito dell'ampia diffusione che hanno acquisito – fenomeno che li ha portati ad essere impiegati sempre più anche al di fuori del settore dell'intrattenimento – impone forse una riflessione più accurata sulla loro eventuale portata anticoncorrenziale e sulla possibilità che, in alcuni casi, essa possa superare quella delle tradizionali privative di proprietà intellettuale. La modalità seguita nell'analisi del rapporto tra sistemi di DRM e concorrenza predilige la classificazione dei maggiori casi che vedono queste tecnologie coinvolte, indipendentemente dal tipo di contenuti digitali ai quali vengono apposte, dall'ordinamento giuridico di riferimento e dalla natura dell'organo che ha adottato la decisione. Ciò al fine di identificare, all'interno di ciascuna categoria, se il conflitto che pare inevitabilmente riproporsi tra diritti di proprietà intellettuale e diritto della concorrenza venga risolto alla luce dei principi tradizionali o sia invece necessaria l'elaborazione di ulteriori criteri interpretativi. In altri termini, come i diritti di proprietà industriale possono costituire o innalzare barriere all'entrata, così i sistemi di DRM possono svolgere il medesimo ruolo a seconda del mercato di riferimento e dello scopo per il quale all'interno di tale mercato vengono impiegati. In particolare, si può sin da ora anticipare che, dal punto di vista dell'analisi concorrenziale, vi sono situazioni in cui i sistemi di DRM possono costituire barriere all'entrata di natura strategica. Si tratta prevalentemente delle ipotesi in cui la tecnologia viene usata a protezione di piattaforme *hardware* o *software*, che è peraltro la categoria che solleva maggiori

¹ P. MAGNANI, L. MANDERIEUX, M. L. MONTAGNANI, *I sistemi di Digital Rights Management e il diritto della concorrenza: l'individuazione del mercato rilevante e la definizione delle barriere all'ingresso*, in M. L. MONTAGNANI, M. BORGHI (a cura di), *Proprietà digitale: diritti d'autore, nuove tecnologie e Digital Rights Management*, Milano, 2006, 223, 232.

preoccupazioni, poiché in questo settore l'adozione di tali tecnologie permette di regolare l'interoperabilità tra beni complementari. Nelle altre ipotesi considerate la possibile o concreta natura anticoncorrenziale dei sistemi DRM (o, più esattamente, la possibilità che essi e le norme che li legittimano e tutelano costituiscano barriere strategiche) si collega invece alla capacità di tali strumenti di permettere la protezione e distribuzione di contenuti digitali protetti (quindi in funzione di «exclusion and versioning tools» al pari delle privative di proprietà intellettuale), oppure al fatto che essi stessi, o più precisamente i diritti di privativa ad essi o ai singoli elementi che li compongono relativi, siano l'oggetto del mercato considerato in sede di scrutinio antitrust.

Prima di procedere a verificare, all'interno di ciascuna delle categorie in cui sono stati divisi i casi che coinvolgono sistemi di DRM, l'effettiva o potenziale presenza di barriere all'entrata, si impone tuttavia una precisazione. Vi è oramai consenso sul fatto che «sistemi di DRM» e «misure tecnologiche di protezione» (MTP) non coincidano, o perlomeno non siano totalmente coincidenti. Minor consenso esiste invece su dove si debba collocare il confine tra le due categorie e quale sia il loro rapporto. Il problema pare però essere più a monte: nell'ampiezza della definizione di «sistemi di DRM» che si adotta. Alcuni tendono a sottolineare il ruolo di protezione tecnologica che essi svolgono e fanno così coincidere le due categorie o, perlomeno, tendono a ritenere che i sistemi di DRM racchiudano sempre, al loro interno, delle MTP. Altri, invece, evidenziano la funzione di gestione e soprattutto distribuzione dei contenuti che tali sistemi svolgono e fanno quindi rientrare nella categoria, indipendentemente dall'elemento della protezione tecnologica, tutti quei sistemi che mirano alla distribuzione, con l'esclusione dei sistemi di mera protezione. Ora, mentre per i sostenitori della prima posizione le MTP tenderanno a rientrare nella

categoria dei sistemi di DRM; anche laddove non svolgano il ruolo di «proteggere al fine di distribuire» (come, peraltro, in molti dei casi che vengono considerati); per i sostenitori della seconda, le ipotesi in cui le MTP non operano distribuzione di contenuti digitali *online* esulano dalla categoria dei sistemi di DRM.

Perché non ipotizzare invece un *continuum* che vada dalla semplice gestione (senza alcuna velleità di limitare la copia o l'accesso tramite MTP, ma unicamente finalizzata, ad esempio, a contare il numero degli accessi) a sistemi che hanno la sola funzione di limitare la compatibilità tra due tecnologie (ove quindi sia del tutto assente la finalità distributiva), passando per il DRM per eccellenza, come ad esempio il sistema FairPlay adottato da Apple, che viene impiegato per proteggere e distribuire contenuti protetti dal diritto d'autore? La consapevolezza delle differenze non impedisce quindi di considerare MTP e sistemi di DRM congiuntamente. Infatti, a partire da un certo punto del *continuum* (precisamente dal punto in cui si iniziano ad adottare MTP) le norme di legge che vengono applicate sono le medesime e sono, più precisamente, le disposizioni che legittimano l'uso di misure tecnologiche di protezione e di informazioni elettroniche, che sanciscono il divieto di aggirare le stesse e di produrre e commercializzare tecnologie atte all'aggiramento. Norme, altrimenti definite come «paracopyright», che recepiscono i Trattati OMPI sul diritto d'autore e sui diritti connessi. In recepimento di questi trattati sono stati adottati sia il Digital Millennium Copyright Act (DMCA) sia la direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2001, relativa all'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione – e, a seguire, le leggi degli Stati membri che a loro volta recepiscono la direttiva – nonché tutte le altre leggi nazionali che introducono le disposizioni internazionali. Di molti dei problemi che queste disposizioni

sollevano è dato ampiamente conto in questo volume, ciò nondimeno merita di essere nuovamente sottolineato che le difficoltà interpretative che pongono arrivano al punto di rendere possibile che queste disposizioni siano adoperate in maniera parzialmente difforme da quella per la quale è verosimile ipotizzare che siano state adottate (senza entrare nel merito della correttezza del fine per il quale sono state introdotte).

2. Sistemi di DRM e strategie di distribuzione online

La prima realtà che viene normalmente identificata con il termine DRM attiene alla distribuzione *online* di contenuti digitali, in particolare di musica. Più precisamente, il sistema di DRM è lo strumento tecnologico che ha permesso alle *major* discografiche di esportare il modello della distribuzione *offline* all'ambiente *online*, ad esempio il Fair-Play di i-Tunes, o le altre tecnologie proprietarie adottate dai *digital music stores* e dai lettori portatili². Nel settore della musica, così come negli altri settori in cui vengono adoperate, tali tecnologie permettono al titolare dei contenuti di diversificare la propria offerta sulla base delle differenti esigenze e possibilità dal lato della domanda. È infatti noto che il medesimo sistema di gestione può permettere di offrire diverse soluzioni commerciali per ciascun contenuto a seconda delle condizioni che l'utente sceglie tra quelle offerte. È parimenti noto che la possibilità per gli utenti di accedere ad un'offerta diversificata degli stessi contenuti dipende esclusivamente dal titolare dei contenuti, la qual cosa avviene

² Per la descrizione di questo modello di distribuzione e degli altri che adottano tecnologie DRM si vedano D. SLATER, M. SMITH, D. BAMBAUER, U. GASSER, J. G. PALFREY, *Content and Control: Assessing the Impact of Policy Choices on Potential Online Business Models in the Music and Film Industries*, Berkman Publication Series Paper No. 2005-01, 11 (2005), disponibile all'URL: «<http://ssrn.com/abstract=654602>»; M. L. MONTAGNANI, Dal *peer-to-peer* ai sistemi di *Digital Rights Management*: primi appunti sul *melting pot* della distribuzione online, in *Dir. autore*, 2007, 43-52.

peraltro anche per le opere tradizionali (si pensi ad esempio alla stessa versione di un'opera letteraria che viene offerta in collane che presentano diverse caratteristiche e prezzo)³. Quello che pare differenziare in maniera sostanziale la distribuzione *online* rispetto a quella *offline* non pare quindi essere il fatto che essa possa avvenire solo tramite la conclusione di contratti per adesione – vista l'impossibilità per gli utenti di negoziare le condizioni di acquisto (o meglio di licenza trattandosi di opere protette dal diritto d'autore) – quanto il fatto che nelle ipotesi di distribuzione *online* di contenuti protetti tramite sistemi di DRM si possa ignorare il tradizionale regime delle libere utilizzazioni (peraltro ora denominate eccezioni nel capo V della legge n. 633 del 1941 sul diritto d'autore, denominazione modificata dall'art. 9 del d. lgs. n. 68 del 2003 con il quale è stata recepita in Italia la direttiva n. 29 del 2001 sul diritto d'autore nella società dell'informazione).

Che cosa sono esattamente, allora, dal punto di vista del diritto della concorrenza, questi sistemi di DRM? Altro non sono che strumenti per attuare il passaggio da bene pubblico (informazione, prodotti culturali) a bene privato, permettendo così l'esclusione dei consumatori (esclusione che non potrebbe sussistere se fossero beni pubblici), o meglio rafforzando la possibilità di esclusione che viene offerta ancora prima dalla concessione della privativa. In questo contesto il sistema di DRM rafforza la privativa sui contenuti e permette l'attuazione di strategie di mercato da parte dei titolari dei diritti sui quei contenuti. A voler ben vedere tali tecnologie costituiscono degli «exclusion and versioning tools» non solo pari ma anche superiori ai supporti fisici poiché combinano le caratteristiche tipiche delle privative tradizionali, esclusione e

³ MAGNANI, MANDERIEUX, MONTAGNANI, *I sistemi di Digital Rights Management e il diritto della concorrenza: l'individuazione del mercato rilevante e la definizione delle barriere all'ingresso*, cit., 234.

rivalità, con dei *set* predefiniti di utilità tra loro diversi a seconda dell'accordo stipulato con il (o meglio imposto dal) titolare dei contenuti⁴.

La funzione di «exclusion and versioning tools» che i sistemi di DRM svolgono nel settore della distribuzione *online* emerge con chiarezza fin dalle prime (e per il momento anche uniche) decisioni della Commissione europea di autorizzazione di concentrazioni tra imprese attive nella distribuzione *online* e nella produzione di tecnologie DRM o apparecchi complementari. Le decisioni in esame considerano le concentrazioni tra AOL e Time Warner, e Sony e BMG⁵. La prima ha visto, nel 2000, l'Internet Service Provider statunitense e il colosso dell'*entertainment* comunicare la decisione di concentrarsi e ottenere l'autorizzazione a condizione che la *joint venture* tra AOL Europa e Betelsmann venisse sciolta e che l'accesso alla *library* di BMG (società del gruppo Betelsmann) fosse mantenuto aperto a tutti gli operatori. Ci sono una serie abbastanza dettagliata di mercati che vengono identificati nell'analisi di questa concentrazione, tra cui anche quello della distribuzione di contenuti *online*. Non essendoci sovrapposizione ma integrazione verticale è evidente, da un lato, il favore per la concentrazione e, dall'altro, il timore che l'integrazione verticale impedisca l'accesso ai contenuti (la preoccupazione è rivolta ai contenuti più che alla tecnologia che ne abilita la distribuzione). Quello che è interessante è la modalità con la quale la Commissione procede all'identificazione dei mercati rilevanti, dei confini dei mercati rilevanti, delle barriere all'entrata e degli ulteriori elementi significativi per la valutazione della concentrazione. L'adozione effettiva o potenziale di tecnologie DRM determina, infatti, l'individuazione di nuovi mercati rilevanti (tutta la

⁴ MAGNANI, MANDERIEUX, MONTAGNANI, *I sistemi di Digital Rights Management e il diritto della concorrenza*, cit., 234, ove ulteriori riferimenti bibliografici.

⁵ AOL/Time Warner, COMP/M.1845 (2000); Sony/BMG, COMP/M.333 (2004).

distribuzione *online* risulta ad esempio un nuovo mercato dal punto di vista del diritto della concorrenza) oppure il frazionamento di mercati già esistenti poiché, modificando l'offerta, modifica anche la domanda.

In maniera non dissimile nel 2004 la Commissione ha autorizzato la concentrazione tra BMG, ancora società del gruppo di Betelsman, attiva nel settore della musica registrata – ma non della distribuzione di musica *online* – e titolare di privative su un ampio «portafoglio» di contenuti e Sony, attiva invece nel settore della musica registrata e dell'elettronica (tra cui si annovera ad esempio un lettore portatile), nonché titolare della tecnologia DRM proprietaria Open Magic Gate. In particolare Sony offriva, al momento della richiesta di autorizzazione, un servizio già attivo, Sony Connect, di distribuzione di musica *online* e deteneva anche la licenza di svariati contenuti. Anche in questo caso, come in quello precedente, la concentrazione dei due soggetti genera effetti verticali (nel senso che Betelsman detiene molti contenuti, mentre Sony si sta affacciando al mercato della distribuzione *online*) ed effetti orizzontali (in quanto sono entrambe attive nel settore della musica registrata che appare nell'analisi della Commissione molto concentrato). La Commissione non ha tuttavia ritenuto che l'operazione rappresentasse un problema per la concorrenza in quanto la *joint venture* avrebbe avuto ad oggetto la sola fase della A&R⁶ e non anche quella del *trade* delle licenze e della distribuzione della musica *online*.

In entrambi i casi riportati l'adozione dei sistemi di DRM emerge come un elemento che crea un mercato ulteriore rispetto a quello della distribuzione tradizionale di musica. Al fine di operare in tale nuovo mercato l'acquisizione di una tecnologia DRM

⁶ Con il termine Artist and Repertoire (A&R) ci si riferisce alla divisione delle case discografiche che si occupa di individuare nuovi artisti al fine di svilupparne l'offerta.

costituisce una risorsa importante. In quest'ottica i sistemi di DRM possono essere allora considerati barriere all'entrata poiché contribuiscono a costituire i costi che devono essere sostenuti per entrare – e rimanere – in un mercato rilevante. La posizione sui cui pare si fondi l'analisi compiuta dalla Commissione nelle decisioni ricordate vede i sistemi di DRM come analoghi alle privative di proprietà intellettuale, di cui peraltro i primi costituiscono un'estensione e un rafforzamento. Come coloro che vogliono operare in mercati in cui sia necessario detenere diritti sui contenuti, quale ad esempio il mercato della distribuzione di musica, devono sostenere i costi connessi all'acquisizione di tali diritti, così coloro che vogliono operare nel mercato della distribuzione di musica *online* devono procedere anche all'acquisizione della tecnologia che abilita la distribuzione, o più esattamente, come evidenziato nel prosieguo, dei diritti sulle soluzioni tecnologiche che rendono possibile la distribuzione⁷. In questo senso i sistemi di DRM sono barriere esogene come qualsiasi altra tecnologia in uso nel settore poiché non derivano direttamente dai comportamenti anticoncorrenziali delle imprese operanti nel mercato considerato.

⁷ La posizione riportata nel testo è quella che emerge nelle decisioni della Commissione e che risente del momento storico in cui è stata formulata. È infatti opinione ora condivisa che i sistemi di DRM costituiscano lo strumento principale per realizzare una delle modalità con le quali avviene la distribuzione *online*, la quale può nondimeno realizzarsi anche in assenza di tali tecnologie, tramite i c.d. modelli «open business». Sul punto di veda, da ultimo, L. GUIBAULT *et al.*, *Study on the implementation and effect in Member States' laws of Directive 2001/29/EC on the Harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society*, 149-153 (2007) disponibile all'URL: «http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/studies/studies_en.htm»; MONTAGNANI, *Dal peer-to-peer ai sistemi di Digital Rights Management: primi appunti sul melting pot della distribuzione online*, cit., 52.

3. Sistemi di DRM e mercati delle tecnologie

Il secondo profilo che l'analisi dei risvolti concorrenziali dell'adozione di tecnologie DRM impone di esplorare attiene alle tecnologie *software* che costituiscono tali sistemi, le quali sono, nella maggior parte dei casi, protette da diritti di proprietà intellettuale; così come sono peraltro protette le soluzioni DRM finali (che nascono dall'interazione dei diversi elementi). Parallelamente quindi alla diffusione dei sistemi di DRM si è sviluppata la produzione dei singoli componenti, così dando vita, in termini di analisi antitrust, al mercato rilevante dei diritti di proprietà intellettuale relativi ai sistemi di DRM, mercato distinto da quello delle soluzioni DRM finali.

Entrambi i mercati ora ricordati sono individuati dalla Commissione nella decisione che autorizza l'acquisizione del controllo congiunto di Intertrust da parte di Sony e Philips⁸. Tale operazione infatti non dà luogo ad alcuna integrazione orizzontale ma esclusivamente verticale, poiché ciascuna delle imprese interessate è attiva in mercati differenti. Intertrust è presente nella produzione dei componenti tecnologici che servono per realizzare un'architettura DRM, e quindi nel mercato dei diritti di proprietà intellettuale relativi ai sistemi DRM in cui sono presenti anche altre imprese che svolgono la stessa attività e sono titolari di privative analoghe sulle proprie creazioni (tra cui Microsoft, ContentGuard, IBM, RealNetwork, Adobe, *etc.*). Sony è presente nel secondo dei mercati sopra ricordati, quello relativo alle soluzioni finali poiché, non producendo alcuno dei componenti tecnologici che servono per costruire una soluzione DRM, assembla invece il proprio prodotto tramite l'acquisto delle licenze relative ai singoli elementi, che servono per costruire l'architettura completa, e lo rivende a chi distribuisce contenuti. Accanto alla commercializzazione del sistema

⁸ Sony/Philips/Intertrust, COMP/M.3024 (2002).

DRM Open Magic Gate (OPG), Sony è poi particolarmente presente nel mercato dell'elettronica dove produce i *device* più svariati – su alcuni dei quali installa OPG – e nel mercato della musica (tramite alcune case discografiche che appartengono al gruppo). Philips, infine, è anch'essa attiva nel settore dell'elettronica e degli elettrodomestici, ma non è invece presente in nessuno dei mercati relativi alle soluzioni DRM.

Quando i mercati rilevanti identificati sono quelli delle privative relative ai componenti dei sistemi DRM o alle soluzioni finali, l'analisi concorrenziale incontra gli stessi problemi che si pongono nei mercati dell'innovazione⁹, così come identificati nelle linee guida statunitensi sul *licensing* della proprietà intellettuale¹⁰, e nelle linee direttrici comunitarie per l'applicabilità dell'art. 81 agli accordi di cooperazione orizzontale¹¹. In particolare, emergono tutte le difficoltà connesse alla valutazione di mercati particolarmente dinamici, che nelle decisioni riportate la Commissione non ha avuto occasione di esaminare approfonditamente poiché la valutazione degli effetti delle concentrazioni di cui è stata richiesta l'autorizzazione è avvenuta senza avviare l'istruttoria¹².

È necessario fare un passo ulteriore per comprendere appieno i risvolti anticoncorrenziali connessi alla titolarità dei diritti relativi ai componenti DRM, che tenderanno a presentarsi ogniqualvolta la

⁹ Per i problemi che sorgono nei mercati dell'innovazione e della tecnologia si rinvia a P. MAGNANI, *La tutela della concorrenza nel «mercato dell'innovazione»*, Milano, 2003, *passim*.

¹⁰ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, FEDERAL TRADE COMMISSION, *Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, 1995, disponibili all'URL: «www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0558.htm».

¹¹ COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE, *Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 81 del trattato CE agli accordi di cooperazione orizzontale*, in *Gazzetta ufficiale* n. C 003 del 6 gennaio 2001, 2-30.

¹² P. MAGNANI, M. L. MONTAGNANI, *Digital Rights Management systems and Competition: What Developments within the Much Debated Interface between Intellectual Property and Competition Law?*, in corso di pubblicazione in *IIC*, § 2.

titolarità dei singoli componenti si traduca nella titolarità della privativa sull'architettura DRM che quelle componenti costituiscono. La presenza di effetti di rete nel mercato delle soluzioni finali, derivante dalla possibilità, tra le altre, che il formato connesso ad una determinata soluzione sia diffuso al punto da spingere i *content provider* ad usare solo quello standard, può innescare il c.d. *tipping* del mercato verso quella tecnologia che finisce per imporsi come standard di fatto. Tale eventualità pare essere emersa in *Microsoft/Time Warner/Content Guard* ove la notifica dell'acquisto del controllo congiunto di Microsoft e Time Warner su ContentGuard ha delineato la concreta possibilità di una concentrazione delle privative sulle soluzioni DRM in capo a Microsoft (che già sviluppava un sistema proprietario e avrebbe così acquistato anche la titolarità delle soluzioni sviluppate da ContentGuard)¹³. E questo per quanto riguardava appunto gli effetti orizzontali della concentrazione, ai quali si andavano sommando anche gli effetti verticali connessi al fatto che Time Warner, attiva nella produzione di contenuti, aveva iniziato ad operare, a seguito della concentrazione con AOL, nel mercato della distribuzione *online*. Tuttavia, nel caso di specie, l'avvio dell'indagine sembrava collegato più al fatto che Microsoft avrebbe rafforzato la propria posizione già dominante nel mercato delle soluzioni DRM, così determinando uno standard di fatto potenzialmente in grado di eliminare la concorrenza degli altri produttori all'interno di quel mercato della tecnologia, nonché di limitare la concorrenza, in virtù dei c.d. *spill-over-effects*, nei mercati collegati dei contenuti, della telefonia mobile, e via dicendo. Tanto è vero che le parti hanno proceduto, dopo aver ricevuto lo *statements of objection* della Commissione, a modificare la *corporate governance* di

¹³ L. NASCIBENE, *Il caso ContentGuard: le mani di Microsoft sul futuro delle tecnologie DRM*, in *Dir. ind.*, 2005, 287.

ContentGuard e ad includere un terzo soggetto, la qual cosa ha evitato si cadesse nell'ipotesi di controllo congiunto di Microsoft e Warner Bros. Proprio in virtù dell'acquisto del 33% di ContentGuard da parte di Thomas, nel marzo del 2005, la concentrazione è fuoriuscita dalla sfera di competenza della Commissione.

Anche nelle ipotesi ora esposte i profili anticoncorrenziali dell'adozione di sistemi DRM non sono dissimili da quelli generati dalla titolarità di diritti di proprietà intellettuale. Anche qui la titolarità in capo ad un soggetto delle privative relative alla tecnologia che diventa standard di fatto in ragione delle caratteristiche del mercato interessato, quale ad esempio la presenza di effetti di rete, pone il problema della liceità dell'eventuale rifiuto di concedere in licenza tale tecnologia e degli effetti di tale rifiuto sull'entrata di nuovi concorrenti o l'uscita di quelli già presenti. Lo stesso problema che si pone allorché l'oggetto della privativa diventi un bene essenziale per l'innovazione derivata e per la creazione di opere derivate. A questo tema, già discusso in questo volume¹⁴, si preferisce tuttavia l'altrettanto controversa ipotesi, analizzata nel prosieguo, in cui i sistemi di DRM siano barriere all'entrata di tipo strategico. O, meglio ancora, possano diventare barriere all'entrata di natura strategica in virtù delle norme di «paracopyright».

4. La protezione delle piattaforme e l'interoperabilità tra beni complementari

C'è una certa tendenza a parlare di sistemi di DRM in relazione ad una serie di casi che con la distribuzione di contenuti protetti dal diritto d'autore hanno ben poco a che fare, ma che molto hanno a che fare con stampanti e toner, garage e telecomandi che ne permettono il

¹⁴ G. MAZZIOTTI, *DRM e abuso di posizione dominante: il caso iTunes*, in questo volume, § 3.

controllo a distanza, Playstation e videogiochi e altre tecnologie simili. Non solo quindi le tecnologie DRM possono essere adottate a protezione di contenuti tipici del settore dell'intrattenimento, ma possono anche essere adottate per la protezione di opere di natura funzionale come il *software*, sia quando esso è equiparato ad un contenuto «culturale» – distribuito e fruito *online*¹⁵ – sia quando è invece parte di una piattaforma *hardware* o *software*¹⁶. In quest'ultima ipotesi i sistemi di DRM rilevano, dal punto di vista dell'analisi autitrust, poiché possono essere usati (anzi, sono spesso usati) per limitare la compatibilità tra piattaforme (così limitando la concorrenza orizzontale) e tra piattaforme e accessori (così limitando la concorrenza nel mercato secondario).

È necessario precisare che tali ipotesi si collocano nell'ultimo segmento di quel *continuum* a cui si accennava in premessa, segmento nel quale i sistemi di DRM tendono a perdere la connotazione di strumenti di distribuzione di contenuti protetti dal diritto d'autore per accentuare la funzione di protezione fino a coincidere con le sole MTP. Vale ugualmente la pena ricordare che, per quanto sia forse preferibile non usare più il termine «sistemi di DRM», ma quello più preciso di «MTP», tali tecnologie vengono considerate congiuntamente poiché anche nel caso delle MTP si applicano le medesime norme che vigono per i sistemi di DRM in

¹⁵ La distribuzione di software *online*, così come la fruizione (a pagamento) di software *web-based*, sta se non soppiantando, almeno uguagliando la tradizionale distribuzione di software su supporto. Per le differenze e analogie che si presentano, in prospettiva *antitrust*, tra sistemi di DRM adoperati per *proteggere e distribuire* il software o per proteggere software che siano parte di una piattaforma *hardware* o *software* si rinvia a MAGNANI, MONTAGNANI, *Digital Rights Management systems and Competition: What Developments within the Much Debated Interface between Intellectual Property and Competition Law?*, cit., §§ 3.2, 4.

¹⁶ Il tema della protezione del software «built-in hardware platforms» è ampiamente trattato da J. LIPTON, *The Law of Unintended Consequences: The Digital Millennium Copyright Act and Interoperability*, 62 *Wash & Lee L. Rev.* 487 (2005).

senso stretto, con effetti peraltro se non paradossali quasi sicuramente anticoncorrenziali. In tali ipotesi emerge appieno la natura di barriera strategica che tali tecnologie possono rivestire.

Una prima serie di casi statunitensi sono stati decisi in base alle norme sul *copyright*, o meglio hanno richiesto, ai fini della decisione, l'interpretazione delle norme di «paracopyright». In *Chamberlain v Skylink* la prima ha cercato di inibire la produzione e commercializzazione di telecomandi universali compatibili con l'ultima generazione di garage di sua produzione, al fine di promuovere la vendita di telecomandi proprietari¹⁷. La modalità con la quale si è tentato di vietare la produzione dei telecomandi universali è stata quella di sostenere la contrarietà alle norme del DMCA dell'attività di produzione e commercializzazione di tecnologie atte ad eludere le misure di protezione tecnologica apposte a protezione del *software* (c.d. *rolling*) di gestione dei garage di ultima generazione (che presenta, in effetti, la peculiarità di aprirsi per effetto di segnali sempre diversi). La corte d'appello, tuttavia, non ha esitato, accogliendo la posizione della *Consumers Union*¹⁸, a sottolineare che le MTP nel caso di specie (e i sistemi DRM in generale) non debbano essere usati per limitare la concorrenza nel mercato secondario dei complementi alla tecnologia primaria. Si è quindi affermato il principio in base al quale è necessario che l'elusione delle MTP sia finalizzata a commettere una violazione del *copyright*, non potendosi equiparare ad attività illecita qualsiasi elusione. La qual cosa non era invece apparsa scontata né ad una

¹⁷ *Chamberlain Group, Inc. v. Skylink Technologies, Inc.*, 381 F.3d 1178, 1183 (Fed. Cir. 2004).

¹⁸ *In The United States Court of Appeals, For The Federal Circuit, Chamberlain Group, Inc., Plaintiff-Appellant, v. Skylink Technologies, Inc., Defendant-Appellee, «Brief Of Amicus Curiae Consumers Union In Support Of Appellee»*, disponibile all'URL: «www.eff.org/legal/cases/Chamberlain_v_Skylink/20040408_Skylink_Amicus_Brief.pdf» (April 2004).

prima lettura delle norme del DMCA, né nelle prime interpretazioni delle stesse effettuate.

Le decisioni successive paiono riprendere e meglio articolare i principi ora esposti. Di particolare rilievo è la sentenza adottata nel caso Lexmark¹⁹. L'attore aveva tentato di far dichiarare illegale la tecnologia (un *software*) in grado di rendere compatibili con la stampante di sua produzione anche quelle cartucce, sempre di sua produzione, che erano però destinate ad essere restituite dopo l'uso e non quindi autonomamente ricaricabili dagli acquirenti. La pronuncia della corte d'appello, oltre a mettere in dubbio che il software adoperato da Lexmark per limitare la compatibilità della stampante alle sole cartucce ricaricabili fosse protetto da *copyright*, affermava anche che, pur nell'ipotesi in cui Lexmark fosse titolare del *copyright* sul software, la tecnologia prodotta e commercializzata dalla convenuta SCC non avrebbe comunque violato le norme di «paracopyright», in quanto finalizzata a produrre una chiave di compatibilità tra i prodotti di terzi e la stampante di Lexmark. Il DMCA, viene ancora una volta ribadito, non avrebbe il fine di costituire monopoli nei mercati secondari delle tecnologie accessorie.

Si collocano nella stessa scia due decisioni nazionali che hanno per prime applicato le norme che recepiscono nell'ordinamento nazionale la direttiva 29/2001²⁰. Per quanto siano note le differenze che intercorrono tra DMCA e direttiva comunitaria, i principi di fondo sono gli stessi e mirano a sanzionare l'aggiramento della protezione tecnologica, delle informazioni elettroniche e della produzione e commercializzazione di tecnologie

¹⁹ *Lexmark Intl., Inc. v. Static Control Component, Inc.*, 387 F.3d 522, 564 (6th Cir. 2004).

²⁰ Trib. Bolzano, ord. 31 dicembre 2003, in *Foro it.*, 2004, II, 259; Trib. Trento, ord. 3 maggio 2004, *ibid.*, 375 (commentata da R. CASO, *Il declino del diritto d'autore nell'era digitale: dalle misure tecnologiche di protezione al "Digital Rights Management"*, *ibid.*, 479).

che hanno la finalità prevalente di permettere l'aggiramento della protezione tecnologica. Limitandosi in questa sede alla prima e più nota delle sentenze ora ricordate, è conosciuto il tentativo di sanzionare la produzione e commercializzazione di *microchip* in grado di rendere compatibili le Playstation con accessori complementari provenienti dall'estero, così superando la frammentazione geografica che viene invece imposta tramite la configurazione delle piattaforme per la sola lettura dei giochi venduti nella medesima area geografica.

Ora, numerose sono le critiche che possono essere mosse nei confronti dell'ordinanza adottata dal Tribunale di Bolzano, indipendentemente dalla divisibilità o meno della conclusione. Ciò nondimeno, quello che emerge è la consapevolezza che la tecnologia possa essere utilizzata in quella sede per limitare la compatibilità tra un prodotto primario e i suoi accessori, costituendo una barriera all'entrata nel mercato dei complementi che mira a limitare anche la concorrenza potenziale nel mercato primario. Questo obiettivo può essere raggiunto a condizione che la strategia sia supportata dalle norme che abbiamo più volte ricordato. In questo senso la tecnologia diventa una barriera diretta all'entrata nel mercato degli accessori e indirettamente preclude anche l'entrata nel mercato della tecnologia principale.

Il problema non è di poco rilievo. Mentre le corti statunitensi sono in qualche modo riuscite a limitare gli effetti anticoncorrenziali tramite un'interpretazione del *paracopyright* che lo riporti, almeno in linea di principio, alla — seppur discutibile — funzione iniziale; lo stesso non si può dire per le decisioni nazionali, che pur perseguendo un fine più che giustificato, prestano comunque il fianco a numerose critiche di carattere sistematico²¹.

²¹ M. RICOLEFI, *Videogiochi che passione! Consoles proprietarie, mod-chips e norme antielusione nella prima giurisprudenza italiana*, in *Giur. it.*, 2002, 1454.

In maniera originale pare essere stato affrontato il problema in Francia in sede di recepimento della direttiva sul diritto d'autore nella società dell'informazione, ove si prevede che le misure tecnologiche di protezione siano adottate a protezione di una serie di contenuti ma non di *software*. Così facendo si esclude che si possa lamentare una violazione del diritto d'autore ogniqualvolta *software* limitativi della compatibilità tra tecnologie primarie e accessori vengano aggirati e si riporta l'adozione dei sistemi di DRM a quella che era, almeno in linea di principio, la funzione per la quale sono stati ideati.

5. Una prima conclusione

Dall'analisi dei casi sopra ricordati emerge che, da un lato, l'adozione dei sistemi di DRM condiziona la concorrenza nei mercati interessati e, dall'altro, tali tecnologie, così come quelle di sola protezione, ripropongono e per molti versi accentuano il già difficile rapporto tra diritto della proprietà intellettuale e diritto della concorrenza.

I problemi sono quelli noti, e solo parzialmente risolti, che pongono i diritti di proprietà intellettuale sia nell'ipotesi in cui i sistemi di DRM siano considerati *versioning tools* – e costituiscano quindi barriere esogene – sia qualora siano l'oggetto della privativa.

Procedendo all'analisi dell'ipotesi in cui le tecnologie DRM sono adoperate dai titolari dei diritti per realizzare le proprie strategie distributive, una prospettiva strettamente economica impone di sottolineare gli effetti pro concorrenziali che derivano dal moltiplicarsi dei modelli di *business* presenti nel mercato (è ad esempio il caso della distribuzione di musica *online*)²². Ciò è stato

²² Non sarà certo sfuggito a chi si interessi di distribuzione di musica *online* che non si assiste al solo proliferare di diversi sistemi di distribuzione che vanno da quelli più «proprietary», quali i *digital music stores*, alle più innovative modalità di superdistribuzione o a sistemi che potrebbero essere definiti *open business* (quale ad

tuttavia reso possibile dal rafforzamento della protezione tipica dei diritti di privativa intellettuale e ha in parte alterato il tradizionale equilibrio tra interesse pubblico e privato che legittima la concessione di diritti d'esclusiva. Nondimeno – e fintantoché la funzione dei sistemi di DRM è quella di permettere la diversificazione dell'offerta dei titolari di diritti – le critiche che possono essere sollevate non superano i confini di quelle indirizzate ai diritti di proprietà intellettuale così come attualmente configurati. I sistemi di DRM impiegati in questo contesto, e con la funzione ora ricordata, sollevano comunque alcune perplessità, legate tuttavia più alla *policy* che ne legittima e incoraggia l'adozione che agli effetti sulla concorrenza che la loro adozione genera.

Nell'ipotesi successiva in cui tali tecnologie siano il prodotto di un mercato della tecnologia, così come precedentemente individuato e definito, l'analisi si deve concentrare sulle peculiarità di tale mercato. Per un verso, infatti, le numerose e diverse soluzioni che l'adozione di sistemi DRM permettono di realizzare impone che tale analisi sia, ancor più che nei mercati tradizionali e in altri mercati della tecnologia, adattata alle specificità del caso che viene considerato. Per altro verso, non si può non considerare che in contesti altamente dinamici il numero di operatori, le quote e la

esempio quello adottato da John Buckman per la sua casa di produzione e distribuzione musicale Magnatune). Ma, anche all'interno della prima delle categorie ora ricordate, la pressione concorrenziale è tale per cui nel tempo i diversi *Digital Media Stores* hanno modificato le proprie condizioni di offerta aumentando gli usi della musica acquisita che vengono consentiti agli utenti (L. GEE, L. IVANOVA, *Fragmentation versus Standardization in the Market for Digital Rights Management Solutions – A Case Study of the Online Market for Audio and Video Content* (26 luglio 2006) disponibile all'indirizzo URL: «<http://ssrn.com/abstract=920711>» § 4). Sempre in questo senso deve essere letta la decisione recentemente adottata da iTunes e EMI di distribuire l'intero catalogo di quest'ultima senza ricorrere a tecnologie DRM (cfr. N. F. SHARPE, O AREWA, *Is Apple Playing Fair? Navigating the iPod FairPlay DRM Controversy*, in *5 Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, 331 (2007)).

struttura stessa del mercato sono molto meno stabili e soggetti a cambiamenti repentini. In quest'ipotesi si pone inoltre il problema degli standard di fatto che si possono costituire qualora vi siano forti effetti di rete. Le peculiarità ora ricordate non paiono tuttavia modificare in maniera rilevante la frizione tra diritti di proprietà intellettuale e concorrenza. Rimane quindi valida la definizione di barriere all'entrata adottata per le private di proprietà intellettuale in mercati altamente dinamici.

Diverso è invece il caso in cui la tecnologia sia a protezione di *software* che fanno parte di una piattaforma *hardware*. La possibilità che i sistemi di DRM costituiscano barriere all'entrata di tipo strategico è presente ed è accresciuta dalla presenza delle norme di «paracopyright». Invero, non è la tecnologia ad essere una barriera strategica all'entrata ma sono le norme a protezione della tecnologia che ne permettono un uso tale da erigere barriere di tipo strategico nei mercati secondari (la qual cosa si riflette indirettamente sul mercato primario). In questa situazione il rapporto con il diritto della concorrenza si rende allora più complesso che nell'ipotesi dei diritti di proprietà intellettuale, poiché la presenza di queste disposizioni ha effetti ulteriori rispetto a quello ricordato di alterare il già traballante equilibrio tra interesse pubblico e interesse privato che il diritto d'autore dovrebbe rappresentare²³. È infatti verosimile che i sistemi di DRM siano stati ideati per permettere il controllo e la distribuzione delle opere creative sia *online* sia *offline* con l'intento di limitare la c.d. pirateria. Tuttavia, quando sono adottati a protezione di *software* o *hardware* destinati a interagire con accessori non proprietari (con ciò intendendosi prodotti che vengono realizzati da soggetti diversi dal produttore della piattaforma), tali

²³ M. BORGHI, *Il diritto d'autore tra regime proprietario e «interesse pubblico»*, in MONTAGNANI, BORGHI, *Proprietà digitale: diritti d'autore, nuove tecnologie e Digital Rights Management*, cit., 1.

tecnologie permettono al produttore della piattaforma di espandere il proprio potere di mercato anche nel mercato secondario degli accessori. Lo strumento che consente l'effetto leva non è tanto, o non solo, l'adozione delle tecnologie DRM, quanto la protezione legislativa loro fornita. È allora questa forte protezione (che va dalla tradizionale protezione *ex post* del diritto d'autore alla protezione *ex ante* offerta dalla tecnologia stessa, alla protezione prevista contro le tecnologie che permettono l'aggiramento della protezione tecnologica) a rendere possibile la limitazione dell'interoperabilità tra la tecnologia primaria proprietaria e gli accessori non proprietari.

Ora, l'applicazione delle norme di «paracopyright» è controversa in molti settori, e ancora meno appropriata appare nelle ipotesi in cui si tenti di giustificare comportamenti che non hanno come obiettivo quello di proteggere opere creative, ma potrebbero essere definiti «incidentalmente alla protezione di opere creative». È stato osservato che quando beni interoperabili contengono opere protette dal diritto d'autore, il diritto della proprietà intellettuale finisce per considerare situazioni che afferiscono principalmente al commercio di beni fisici²⁴. Anche se è sempre meno possibile operare una netta distinzione tra beni tangibili e beni intangibili, in ragione del fatto che sempre più beni fisici incorporano beni digitali, la soluzione non è certo quella di applicare indiscriminatamente le norme invocate dal produttore della piattaforma, quanto quella di identificare meccanismi che permettano di verificare in concreto l'oggetto del contendere. Invero, per quanto si assista sempre più di frequente a beni la cui natura è appunto «mista», incorporare un bene protetto dal diritto d'autore non rende certo un prodotto fisico proteggibile in base al diritto d'autore poiché la sua natura non muta²⁵. Per quanto

²⁴ LIPTON, *The Law of Unintended Consequences: The Digital Millennium Copyright Act and Interoperability*, cit., 546.

²⁵ LIPTON, *The Law of Unintended Consequences: The Digital Millennium Copyright Act and Interoperability*, cit., 546.

possa quindi apparire complicato, questo «distinguo» deve essere effettuato al fine di evitare che azioni legali (infondate) siano intentate da parte del titolare della tecnologia primaria al fine di limitare l'interoperabilità ai soli beni complementari proprietari, così danneggiando in maniera diretta la concorrenza nei mercati degli accessori (e in certi casi in maniera indiretta la concorrenza nel mercato primario).

L'interoperabilità non è tuttavia un problema presente solo quando si considerano mercati complementari di beni fisici, è invece uno dei punti più spinosi della disciplina dei sistemi di DRM. Infatti, anche quando tali tecnologie vengono adoperate per distribuire contenuti tipici del settore dell'intrattenimento, vi sono casi che mostrano come, in presenza di effetti di rete, l'adozione di un sistema di DRM permetta la creazione di sistemi di distribuzione «chiusa», instaurando un vincolo materiale tra la piattaforma distributiva da un lato, e i *device* adoperati per la fruizione dei contenuti distribuiti dall'altro²⁶. Fondamentale nella creazione di tale «legame» è l'adozione di un formato proprietario, quale ad esempio quello FairPlay adottato da iTunes. Per quanto, nel caso di specie, il rifiuto di concedere la licenza di FairPlay non sia stato considerato lesivo della concorrenza in Francia²⁷, ciò nondimeno ha contribuito all'adozione di una legge di recepimento della direttiva sul diritto d'autore nella società dell'informazione che instaura un'autorità regolatoria per l'interoperabilità²⁸. La scelta, oggetto di numerose

²⁶ Cfr. K. J. HARRANG, *Challenges in the Global IT Market: Technology, Creative Content, and Intellectual Property Rights*, 49 *Ariz. L. Rev.* 29, 34 (2007).

²⁷ MAGNANI, MANDERIEUX, MONTAGNANI, *I sistemi di Digital Rights Management e il diritto della concorrenza: l'individuazione del mercato rilevante e la definizione delle barriere all'ingresso*, cit., 229-231, ove ulteriori riferimenti bibliografici.

²⁸ Cfr. HARRANG, *Challenges in the Global IT Market: Technology, Creative Content, and Intellectual Property Rights*, cit., 37. E, in merito agli emendamenti adottati nel maggio 2006, M. VÄLIMÄKI, V. OKSANEN, *DRM Interoperability and Intellectual Property Policy in Europe*, 28 *EIPR* 562 (2006).

critiche, segnala che il problema è stato identificato ed è verosimile che anche gli altri Stati Membri debbano rivedere, qualora già non lo stiano facendo, le norme interne di «paracopyright»²⁹.

²⁹ Lo studio già menzionato dell'*Institute for Information Law* dell'Università di Amsterdam sul recepimento della direttiva 29/2001 sottolinea la necessità che sia chiarita la disciplina della protezione delle MTP al fine di allinearle con il dettato internazionale (v. L. GUIBAULT *et al.*, *Study on the implementation and effect in Member States' laws of Directive 2001/29/EC on the Harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society*, cit., 168-169).