

Valeria Falce *

Diritto dell'innovazione e *Fairness*. Il raccordo con l'economia di mercato sociale

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le stagioni del diritto dell'innovazione. – 3. La dimensione concorrenziale del diritto dell'innovazione e il raccordo con l'economia di mercato sociale. – 4. Conclusione.

1. Introduzione

Originariamente ispirato dai principi di libertà di intrapresa e di espressione affermati dalle rivoluzioni liberali, gli istituti a tutela dell'innovazione sono stati ampiamente scolpiti dal diritto comunitario e continuano ad essere da questo modellato, nella prospettiva della modernizzazione non tanto delle funzioni dei diritti nazionali e dei titoli europei, quanto piuttosto dei lineamenti dei singoli istituti¹.

Nello scenario europeo che si va delineando, non è insomma revocata in dubbio la ragione giustificatrice delle regole dell'innovazione, che, rimediando al cd. paradosso (della volatilità) dell'informazione, incoraggiano la produzione e circolazione di idee creative, inventive e distintive, con l'obiettivo ultimo di incrementare ed accelerare il progresso, di diffondere la cultura e la conoscenza, a beneficio della concorrenza e della collettività².

*Jean Monnet Professor of EU Innovation Policy e Professore ordinario di diritto dell'economia nell'Università Europea di Roma.

¹ Così, FALCE, GHIDINI, *Disciplina della proprietà intellettuale: un volto spiccatamente europeo*, in *Europa*, (a cura di Amato, Moavero Milanesi, Pasquino, Reichlin), Istituto della Enciclopedia Italiana Treccani, 2018, p. 335, di cui questo scritto costituisce una parzialmente aggiornata rielaborazione.

² In argomento, mi si permetta di rinviare a FALCE, *Profili pro-concorrenziali dell'istituto brevettuale*, Giuffrè, 2008, cap. 1.

Né è censurata *telle quelle* la tecnica di protezione prescelta, incentrata sull'attribuzione di diritti esclusivi ed escludenti, di natura reale e proprietaria, a favore dei titolari di idee inventive, creative o distintive, che, come tali, diventano oggetto di altrettanti monopoli legali (brevetto, marchio, diritto di autore)³.

Sono invece i tratti dei singoli istituti ad essere rivisitati, per affinarne la coerenza con l'*acquis* comunitario e rafforzarne l'identità europea che riconosce e promuove un'economia di mercato sociale nel processo (in corso) di creazione dell'Unione dell'Innovazione⁴. Processo, che come si vedrà subito, è tanto più faticoso perché annodato, se non intrinsecamente connesso, alla globalizzazione dei modelli ed esportazione delle tecniche di protezione (che ha trovato nell'Accordo TRIPS uno snodo fondamentale)⁵.

2. Le stagioni del diritto dell'innovazione

Un ideale percorso ricostruttivo delle tappe che hanno segnato l'evoluzione del diritto dell'innovazione non può muovere dallo sviluppo del commercio internazionale, che ha inaugurato la stagione delle grandi Convenzioni di fine '800 (Parigi, 1883, sulla proprietà "industriale": brevetti e marchi, e Berna, 1886, sulla proprietà "intellettuale", cioè il diritto d'autore).

In questa fase, infatti, le discipline nazionali sono state traghettate verso una fondamentale maturazione sia in termini di competenze che di fonti del diritto. Oltre ad allargare la base dei soggetti tutelati in forza di meccanismi di assimilazione dei cittadini stranieri a quelli nazionali, le Convenzioni internazionali hanno promosso il processo di uniformazione delle discipline materiali degli Stati, all'insegna del rafforzamento delle prerogative dei titolari dei diritti.

³ Per più ampi riferimenti, FALCE, *Intellectual Property in Italy*, Wolters Kluwer, 2014.

⁴ Sui profili di diritto del mercato e dell'innovazione, mi si permetta di rinviare a FALCE, GHIDINI, OLIVIERI, *Informazione e Big Data tra innovazione e Concorrenza*, Giuffrè, 2018.

⁵ In argomento, la bibliografia è vastissima. Ai fini di questo scritto, CORNISH, LLEWELYN, APLIN, *Intellectual Property: Patents, Copyrights, Trademarks & Allied Rights*, Sweet & Maxwell, 2013; DREXL, *Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law*, Edward Elgar, 2008; FALCE, *La modernizzazione del diritto di autore*, Giappichelli, 2012; GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale. Innovazione, creatività, informazione, dinamiche conflittuali, esperienze di condivisione*, Giuffrè, 2015; RICOLFI, *Making Copyright Fit for the Digital Agenda*, accessibile all'indirizzo internet: <http://nexa.polito.it/nexafiles/Making%20Copyright%20Fit%20for%20the%20Digital%20Agenda.pdf>; ULLRICH, HILTY, LAMPING, DREXL, *TRIPS plus 20. From trade rules to Market Principles*, Springer, 2016.

È però con la stagione dei Trattati (di Roma e poi di Maastricht, Lisbona e Amsterdam) che il volto degli istituti dell'innovazione ha assunto una connotazione squisitamente europea. La cornice internazionale, pur confermata, è stata dunque innervata da un nuovo ed incisivo processo di armonizzazione, che ha accompagnato altrettante fasi del processo di creazione prima del mercato europeo (comune, interno e unico) e poi dell'Unione dell'Innovazione, suggellando una prospettiva "regionale" (anche) della formazione (normativa in senso stretto, ed interpretativa) della regolazione.

Stella polare di questa ondata è l'obiettivo dell'integrazione europea e il perseguimento dell'obbiettivo sistemico (art. 36 del Trattato) della compatibilità dell'esercizio dei diritti dell'innovazione storicamente imperniati su diritti esclusivi aventi efficacia "territoriale" (vale a dire riconosciuti e disciplinati unicamente e autonomamente da ciascun ordinamento nazionale) con la creazione ed il consolidamento del Mercato Unico.

Si è così affermato il principio dell'"esaurimento" comunitario dei diritti nazionali dell'innovazione, e quindi della libertà delle "importazioni parallele", espressione funzionale (e simbolica) dell'abbattimento delle barriere nazionali quale postulato della emersione di un mercato effettivamente comune. Più ampiamente, si contrasta l'esercizio del potere dispositivo dei DPI da parte dei privati titolari (le imprese, tipicamente, quali necessarie "aventi causa" – *successors in title*, da inventori ed autori) ove contravvenga o comunque ostacoli la creazione del mercato interno, in particolare attraverso la violazione delle regole di concorrenza che ripudiano la formazione di cartelli e l'esercizio abusivo del potere economico da parte delle imprese in posizione dominante.

In questo rinnovato scenario matura una nuova stagione, che si caratterizza per l'avvento di normative comunitarie, che suggellano una prospettiva normativa "regionale" – europea, appunto – e disegnano la cornice giuridica della "Unione", rimodellando le regolazioni nazionali dei diritti dell'innovazione. Attraverso iniziative di "armonizzazione" (direttive, convenzioni) e di diretta "uniformazione" (regolamenti), si è costruita una sempre più accentuata convergenza della fisionomia e dei modi di esercizio su scala comunitaria, degli istituti cardine del diritto dell'innovazione. Dalla "riforma" della disciplina dei marchi, tra la fine degli anni '80 e l'inizio dei '90 (direttiva n. 104/1989 e regolamento n. 40/1994, poi rifluiti nella direttiva n. 95/2008 e nel regolamento n. 207/2009, e da ultimo nella direttiva n. 2436/2015 e nel regolamento n. 2424/2015), alla Convenzione di Strasburgo, 1963 e a quella sul Brevetto Europeo dieci anni dopo; alla direttiva e regolamento in tema di industrial design (direttiva 98/71/CE e regolamento n. 6/2002), nonché alle direttive in materia di copyright (proiettate an-

che sui contenuti in formato digitale diffusi sulle reti telematiche): da quella generale (direttiva n. 29/2001) sul copyright “nella società dell’informazione” (InfoSoc) a quelle specifiche sui programmi per elaboratore (direttiva 91/250/CEE) e sulle banche dati (direttiva 96/9/CE), e di nuovo, in tempi più recenti, a quelle generali: in particolare, sulle società di gestione collettiva dei diritti d’autore e connessi (direttiva 2014/26/UE), sulla la protezione di informazioni riservate (direttiva sul “segreto” 643/2016) e sulla modernizzazione del diritto autoriale. Quanto infine alla distinta disciplina delle denominazioni d’origine, posta a tutela delle produzioni locali di qualità (la ricchezza agroalimentare delle nazioni europee, Italia in testa), essa è stata affidata a Regolamenti (ultimo, il 1151/2012) che della tutela sanciscono il carattere pubblicistico – anche sotto il profilo dell’*officiosità* dell’*enforcement*, non più rimesso alle sole iniziative dei privati.

L’ulteriore approdo è rappresentato dal varo di esclusive sopranazionali, “direttamente europee – un tassello di manifesto rilievo ‘politico’ (e simbolico) del moto verso il consolidamento dell’unificazione europea”. Non più, dunque, soltanto coordinamento e armonizzazione di esclusive nazionali, bensì, appunto diritti “europei”: marchio comunitario (regolamento n. 2424/2015), disegni e modelli comunitari registrati o anche non registrati (regolamento CE 1891/2006), novità vegetali (regolamento 2100/94), IGP e DOP comunitarie (regolamento n. 1151/2012), e, in faticoso avvio, il brevetto (europeo con effetto) unitario (regolamento n. 1257/2012).

La stagione del “Mercato Unico Digitale”, pilastro dell’“Unione dell’Innovazione”, è ora in corso. Articolata in diverse iniziative annunciate nella “Strategia del Mercato Unico Digitale” pubblicata il 6 maggio 2015 (COM/2015/0192 final*/), fra di esse, si segnalano la nuova direttiva copyright (novella della direttiva n. 29/2001 sul diritto d’autore nella “società dell’informazione”); le misure costituenti il cd. Pacchetto “Building the European data Economy” (Brussels, 10 gennaio 2017 COM (2017) 9 final). E soprattutto, le iniziative che, per garantire l’offerta transfrontaliera dei contenuti digitali, intendono arginare il principio di territorialità, puntando alla non facile conciliazione della protezione “territoriale” dei DPI con l’ubiquità, per definizione, e la transnazionalità, per vocazione, delle reti telematiche, sulle quali i contenuti protetti circolano.

In particolare, ben consci dell’ostacolo che il principio di territorialità pone alla circolazione dell’informazione e della cultura nell’era digitale, e quindi pure ad una piena ed “unitaria” integrazione europea, la sfida è facilitare con due nuovi Regolamenti l’immissione sul mercato europeo, e la circolazione *cross border*, delle opere audiovisive e dei relativi servizi di media audiovisivi attraverso due distinte iniziative.

Il primo, dedicato all'esercizio del diritto di autore e dei diritti connessi alle trasmissioni e ritrasmissioni on line, fa anzitutto leva (quanto ai rapporti fra emittenti e titolari dei diritti sui contenuti per l'acquisizione dei diritti sui servizi accessori) sul criterio del Paese di origine. Quindi, le attività di comunicazione al pubblico e di riproduzione sono "considerate come aventi luogo esclusivamente nello Stato membro in cui si trova la sede principale dell'organismo di diffusione televisiva" (art. 2). Inoltre (quanto ai rapporti tra gli organismi di ritrasmissione ed i titolari dei diritti e le emittenti), si privilegiano il meccanismo della gestione collettiva obbligatoria per i titolari dei diritti (con licenze collettive estese e possibilità di *opt out*), e la soluzione della negoziazione diretta con le emittenti. Così facendo, il regolamento estende l'ambito di applicabilità del criterio del Paese di origine e favorisce alcune tecniche negoziali, ma non cancella il principio di territorialità dei diritti: dei quali viene espressamente ammessa la segmentazione. Ciò comporta, ad esempio, che un atto di comunicazione e riproduzione, realizzato in Italia ai sensi del regolamento, non debba essere necessariamente ritrasmesso in tutti gli Stati membri, ma possa essere oggetto di commercializzazione in Stati e a condizioni diverse.

Il secondo, incentrata sulla portabilità dei contenuti online nel mercato interno, prevede, a carico dei prestatori di servizi, lo specifico obbligo di consentire la "portabilità" di dati e opere digitali a parità di condizioni (stessi contenuti, stessi dispositivi per numero e funzionalità), così escludendo la violazione del diritto di autore quando il medesimo utente acceda a quello stesso contenuto da un altro Paese dell'Unione. Nemmeno in questo caso, a ben vedere, viene sconfessato il principio di territorialità, perché la portabilità dei servizi di contenuti online non mette di per sé in discussione l'esclusività territoriale delle licenze. In altri termini, portabilità e accesso dei servizi audiovisivi offerti in ciascun territorio nazionale anche a favore di cittadini di altri Stati membri rimangono su piani distinti, così che i titolari dei diritti rimangono liberi di promuovere un sistema nazionale di licenze combinandolo e temperandolo con il vincolo della portabilità.

3. La dimensione concorrenziale del diritto dell'innovazione e il raccordo con l'economia di mercato sociale

Nell'ambito e nel corso della descritta evoluzione ed articolazione di approcci normativi, si è assistito ad una marcata parallela evoluzione – con caratteri distinti tra i diversi paradigmi dei diritti dell'innovazione (brevetto, marchio, copyright) – dei contenuti sostanziali e dei riferimenti valoriali

stessi della disciplina all'insegna di un progressivo avvicinamento funzionale al modello di economia di mercato sociale.

Per effetto della deriva europea di produzione normativa, alcune delle premesse di fondo della tradizionale *summa divisio* che ascrive la "tecnologia ai brevetti" e l'"estetica al diritto d'autore" (ovviamente intendendo per estetica: creazioni destinate a fruizione meramente intellettuale) sono progressivamente entrate in crisi e parallelamente sono stati travalicati alcuni dei confini che limitavano l'ampiezza, anche in termini di ambito di tutela, dell'universo dei beni immateriali.

Il succitato percorso evolutivo è (stato) contrassegnato da un andamento apparentemente diacronico. Per un verso (A), si è assistito all'ampliamento dei beni oggetto di tutela, al "degrado" dei requisiti di accesso alla tutela, all'allargamento dell'oggetto della tutela e all'ispessimento delle prerogative assegnate. Per altro verso, o meglio specularmente (B), si è registrata la dilatazione dell'orizzonte degli interessi giuridicamente rilevanti, oltre la prospettiva inter-individuale/privatistica tradizionale ed originaria con conseguente contaminazione e "conciliazione" con altre discipline – antitrust *in primis*, e poi *human rights* – proprio grazie e attraverso la mediazione della *fairness*.

A) Sul primo fronte, l'estensione del perimetro è stato agevolato dalla stessa tecnica ellittica di protezione accolta dal legislatore innanzitutto europeo, che anziché contenere una definizione di invenzione, segno distintivo e opera dell'ingegno, ha finito per presupporla.

E così, ad esempio, in relazione alla tutela autoriale, la protezione originariamente riconosciuta alle sole opere letterarie e artistiche, si è progressivamente estesa ad altre opere, anche utili, come le fotografie (con l'intervento del 1979), i programmi per elaboratore e le banche dati (rispettivamente con l'innesto del 1992 e del 1999), le opere del disegno industriale (con la novella del 2001) e ad "altre" opere, di cui si è ravvisata un'esigenza di protezione (il pensiero corre ai bozzetti teatrali, ai personaggi di fantasia o al format, ma anche alle banche dati non originali e ai cd. dati digitali o infine alle opere giornalistiche on line). Assottigliando ulteriormente la linea di confine con la disciplina brevettuale, sono stati riconosciuti nuovi diritti (connessi o affini) su opere, supporti o servizi che, alla luce delle nuove tecnologie, risultino comunque meritevoli di protezione (pena la loro appropriazione indebita da parte di terzi che non abbiano contribuito ai relativi costi e rischi di utilizzazione). Anche in materia di marchi e segni distintivi, le maglie larghe del dettato normativo hanno consentito lo spostamento della linea di confine. Il riferimento è ad esempio ai nomi a dominio o anche ai marchi "nuovi" e "non convenzionali", quali i marchi di lettere o di cifre, i marchi sono-

ri, di colore, olfattivi e di sapore. Ancora, in tema di diritto brevettuale, la protezione tradizionalmente riconosciuta alle invenzioni della meccanica, ha via via allargato il cono d'ombra alle invenzioni informatiche, farmaceutiche, chimiche e biotecnologiche, per poi dilatare nei diversi settori l'area della brevettabilità (si pensi, ad esempio, al software, ai geni e al genoma, alle scoperte-invenzioni, agli intermedi e alle classi).

Quanto ai requisiti di accesso, per effetto dei quali la soglia della brevettabilità è collocata ad un livello facilmente superabile (cfr., art. 56 CBE e art. 27.1 dell'Accordo TRIPs), il rischio di alimentare una incontrollabile proliferazione di brevetti "immeritevoli" e di assoggettare l'intero sistema brevettuale ad una spirale "inflazionistica" è oggi arginato dallo strumento dell'opposizione, che consente all'inventore originario di bloccare la brevettabilità di trovati o processi che violino la propria esclusiva perché privi di attività inventiva, così dotando il sistema di un ulteriore antidoto alle attività di *free riding* illecito. Analogo rimedio è disposto in materia di marchi, ciò che consente ai titolari di diritti anteriori di opporsi a segni di cui possano censurare la confusorietà o il rischio di associazione e in ultima analisi favorisce la concorrenza e la trasparenza sul mercato.

Quanto alle facoltà escludenti, il relativo ispessimento si è concretizzato nel rafforzamento della tutela del marchio che gode di rinomanza, che trascende i tradizionali limiti di tutela legati all'affinità merceologica e alla confondibilità tra imprese e prodotti, consentendo al titolare di vietare a terzi, salvo il proprio consenso, di usare un segno confondibile, se rinomato, anche per prodotti o servizi non affini. Sempre che, senza giusto motivo, ciò permetta di trarre indebito vantaggio dal carattere distintivo o dalla rinomanza del marchio o a questi rechi pregiudizio. Sul fronte autoriale, si è ridotto l'ambito delle utilizzazioni libere e delle limitazioni – contrappesi interni al sistema tesi a prevenire forme di sfruttamento abusivo, degradate ad eccezioni dalla direttiva n. 29/2001 ed ora dalla direttiva 2019 per poi essere trasposte a livello nazionale di modo da ridurre ulteriormente l'ambito di applicazione e da accentuarne il carattere derogatorio ed eventuale.

B) Sul secondo fronte, l'allargamento degli interessi rilevanti ha seguito un andamento lineare rispetto all'allargamento della cornice istituzionale, tendente ad una progressiva convergenza al modello di economia di mercato sociale.

Ordine pubblico e buon costume esercitano un ruolo crescente nel crescere e svilupparsi dell'innovazione biotecnologica. E così le tecniche unicamente rivolte a realizzare, in sintesi, manipolazioni del corpo umano, sono, nell'attuale contesto storico, considerate eticamente inaccettabili. Così

pure, motivi etici hanno indotto a escludere la brevettazione di invenzioni la cui attuazione sia contraria alla tutela della salute, dell'ambiente e della vita delle persone e degli animali, alla preservazione dei vegetali e della biodiversità ed alla prevenzione di gravi danni ambientali.

Ancora, l'adesione ai valori fondamentali promossi dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo è stata via via assicurata dai principi di interpretazione adeguatrice, dalla presunzione di conformità rispetto ai trattati internazionali e comunque, in caso di conflitto insanabile, dal parametro indiretto di costituzionalità di cui all'art. 117 Cost.

Per l'effetto, norme interne non compatibili con le prescrizioni convenzionali, se a quest'ultime cronologicamente successive, risultano viziate da incostituzionalità (cfr. l'art. 185 ss. l. a., che tuttora discrimina gli autori sulla base della loro nazionalità). Diversamente, nel caso in cui siano le norme adottate dalle istituzioni comunitarie a trovarsi in situazione di antinomia con i principi di tutela della proprietà intellettuale contenuti nelle convenzioni internazionali o propri delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, il rimedio va rinvenuto nel medesimo ordinamento comunitario in applicazione dell'art. 6, n. 2, TUE.

Quanto, poi, al rapporto tra norme costituzionali interne e regole comunitarie, può verificarsi, ad esempio, il caso di una norma comunitaria, in ipotesi contenuta in una direttiva relativa alla tutela del diritto d'autore, la cui applicazione nell'ordinamento italiano provoca dubbi di compatibilità con principi anch'essi costituzionalmente protetti come l'accesso ai beni culturali (art. 9 Cost.) e la libertà di espressione (art. 21 Cost.). Da questo punto di vista, rimane invocabile la teoria cd. dei "controlimiti" per garantire la prevalenza dei secondi sulla prima e per consentire al singolo giudice comune, per le disposizioni dotate di diretta applicabilità, di disapplicare le disposizioni del diritto comunitario se si rinviene maggiore tutela nella costituzione nazionale.

Il raccordo con le libertà fondamentali prima ha indirizzato l'interpretazione degli istituti e poi è stato trasfuso in previsioni normative ad hoc, così definendo un punto di equilibrio tra le esigenze di libera circolazione delle merci e le aspettative di remunerazione del titolare. Passaggio strettamente collegato è la riespansione del valore della concorrenza e della *fairness*, che ha fatto tanto più breccia nell'interpretazione dei lineamenti degli istituti e finanche nell'attribuzione dei diritti, quanto più collegati ed interconnessi sono diventati i processi industriali e i mercati.

Sul fronte produttivo e dell'innovazione, la digitalizzazione e la smaterializzazione dei settori di attività, l'interconnessione con la rete e l'interdipendenza tra prodotti e servizi, ha imposto una standardizzazione specializ-

zata e ha spinto alla collaborazione produttiva, anche fra concorrenti (*coopetition*), favorendo forme “partecipate”, su base contrattuale (licenze incrociate, pools di brevetti) di esercizio dei diritti dell'innovazione, che oggi sono riconosciute e disciplinate in sede UE per garantirne la compatibilità con il paradigma dell'innovazione e della concorrenza⁶.

Sostanzialmente nella stessa linea giuspolitica è il *favor* per l'intervento antitrust che impone forme – equamente “paganti” – di condivisioni di tecnologie “indispensabili”, e standards, de iure o de facto, il cui sfruttamento esclusivo possa comportare una ostruzione sensibile della concorrenza, vuoi su mercati primari (“orizzontali”) o su altri “a valle”. Qui l'Europa rivisita in profondità la dottrina delle “*essential facilities*” nella declinazione statutense, (tradizionalmente restia ad ammettere la discesa in campo dell'antitrust, salvo che nelle ipotesi di *leveraging* del potere di mercato in mercati “a valle” [“downstream”]). Attraverso celebri sentenze della Corte di giustizia⁷, la “mano” europea si dimostra sensibile alle esigenze del modo di produzione caratteristico della *digital era*.

Insomma, con un intervento *ex post* assicurato dall'*enforcement* antitrust, si impongono innanzitutto degli oneri di *disclosure* in forza dei quali i partecipanti alle organizzazioni che definiscono standard sono tenuti a rivelare l'esistenza di brevetti e diritti IP che possono essere utilizzati dai potenziali utilizzatori dello standard in via di sviluppo, nonché vincoli a concedere in licenza ogni brevetto essenziale ai fini dello standard a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie.

Se, infatti, gli accordi di standardizzazione qualificano delle intese la cui compatibilità con le regole di concorrenza viene affidata alle linee direttrici sull'applicabilità dell'art. 101 TFUE ai cd. accordi di normazione, rimane percorribile la strada dell'abuso di posizione dominante, *ex art.* 102 TFUE, in caso di rifiuto a concedere la licenza. Anzi, secondo gli indirizzi più recenti (sentenza UE Huawei)⁸, la responsabilità a garantire un corretto bi-

⁶La valorizzazione di forme collaborative e condivisione produttiva, anche fra concorrenti (*coopetition*) attraverso l'introduzione di soglie di *safe harbour* rispetto ad un possibile intervento antitrust (cfr. regolamento UE 1217/2010; regolamento UE 1218/2010; regolamento UE 316/2014). In tal modo si asseconda, i.a., la progressiva interconnessione con la rete, l'interdipendenza tra prodotti e servizi, nonché forme partecipative, su base contrattuale (licenze incrociate, pools di brevetti), di esercizio dei DPI.

⁷Ad es. Magill – Sentenza 6 aprile 1995, cause riunite C-241/91 e C-242/91 Radio Telefis Eireann e altri – Commissione delle Comunità europee e Magill Tv, IMS-Sentenza della Corte nella causa C-418/01; IMS Health GmbH & Co. OHG/NDC Health GmbH & Co. KG., Microsoft, specie IV-Sentenza nella causa T-167/08. Microsoft Corp. / Commissione.

⁸Sentenza della Corte di giustizia del 16 luglio 2015: Huawei Technologies Co. Ltd contro ZTE Corp. e ZTE Deutschland GmbH, in forza della quale la responsabilità di garantire un

lanciamento degli interessi grava sul titolare del brevetto, sul quale dunque, al ricorrere di circostanze eccezionali, incombono obblighi di dare anzi di offrire. Sono tali circostanze, opportunamente misurate, a scongiurare il rischio che l'intersezione tra diritti IP e concorrenza deragli sul piano dell'espropriazione del diritto⁹.

Anche quando le regole del settore, per quanto ampiamente diffuse, non si ergono a standard dell'industria, il rispetto dei principi di concorrenza esprime un limite ineludibile. In tema di sistemi mobili integrati, è invocata l'apertura delle piattaforme (cfr. recente indagine conoscitiva sull'Industria 4.0.), in quanto indispensabile a favorire le economie *shared*, necessaria a salvaguardare l'interoperabilità tra servizi e prodotti, accorciandone le distanze, e funzionale ad incrementare l'innovazione.

In termini funzionali, l'integrazione tra prodotti e servizi deve poggiare su sistemi e applicazioni open, i codici sorgente dei software utilizzati – anziché rimanere segreti – vanno condivisi e sulla base di questi elaborate nuove e più promettenti soluzioni. In punto di diritto, è necessario che le licenze per lo sfruttamento dei diritti IP sia aperta (così da favorirne la diffusione e la contaminazione e l'integrazione con altre soluzioni) e che dunque il titolare rinunci ad esercitare le principali facoltà escludenti di cui gode, autorizzando in via preventiva l'uso, il riuso e il perfezionamento del sistema operativo, con l'unico obbligo di consentire l'interoperabilità con altre applicazioni, di riconoscere la paternità delle modifiche introdotte, di assicurare che gli usi successivi avvengano nel rispetto delle medesime condizioni.

Il prezzo dovuto (stabilito dalla legge della domanda e dell'offerta) per l'uso di un'applicazione *open* è corrisposto sotto forma di termini e restrizioni su funzionalità o applicazioni diverse, spesso verticalmente collegate, le cui implicazioni concorrenziali sono all'attenzione delle Autorità europee e nazionali¹⁰.

In parallelo, la diffusione delle tecnologie digitali assume un ruolo ulteriore, anche oltre la “comunicazione” in senso stretto, qualificandosi come strumento anche delle manifatture “industriali” hard (verso la frontiera di

corretto bilanciamento degli interessi grava in prima battuta sul titolare della risorsa essenziale, che è tenuto, in presenza del concreto rischio di creazione di una situazione di occlusione della concorrenza, a concedere in licenza a condizioni eque, trasparenti e non discriminatorie il frutto della propria attività inventiva. Responsabilità che la Corte ascrive non solo ad atteggiamenti dilatori od opportunistici, ma anche al mancato rispetto di regole e linee guida di comportamento che contrassegnano il manuale del corretto titolare di brevetti “essenziali”.

⁹ Così recuperando, sul fronte nazionale, i termini concettuali della relazione del Guardasigilli al codice civile (n. 1048) in relazione all'obbligo a contrattare del monopolista legale (art. 2597 c.c.).

¹⁰ (Vedi caso Android, in la Commissione ha accertato che le condizioni a cui è subordinata l'offerta gratuita del sistema operativo per dispositivi mobili qualificano restrizioni eccessive ed ingiustificate per i fabbricanti di dispositivi Android e gli operatori di reti mobili).

IoT): una prospettiva che si fonda tecnicamente su interconnessioni/condizioni. Si schiude così una prospettiva giuridica (e culturale insieme) che sarebbe improprio ricondurre primariamente a ispirazioni “ideologiche”, rappresentando bensì una espressione del nuovo modo *trend-setter* di produzione della innovazione.

Viceversa, sul piano della creazione e diffusione di “contenuti” informativi e culturali – il campo del copyright – la stessa facilità di riproduzione perfetta in tempo reale, spinge al mantenimento di un paradigma sostanzialmente escludente del diritto di autore, tutelato anche mediante la difesa contro la effrazione di MTP; con limitati accessi (gratuiti o paganti: eccezioni o limitazioni) per attività non competitive, come ricerca, insegnamento, lavoro giornalistico. Emblematica è in tal senso è la recente Direttiva con la quale è stato introdotto un nuovo diritto che consente agli editori on line di ottenere un compenso per ogni forma di ri-utilizzo di *snippets* (brevi estratti di articoli di giornale).

Quanto alle implicazioni sul piano delle attività commerciali, il “modello di business” è sempre più affidato a pubblicità, comunicazione, e sfruttamento decentrato dei “*brands*”, spezzando definitivamente il legame marchio-azienda, consentendo cessioni separate (e frazionate) licenze multiple non esclusive, tutela del brand (marchio famoso e rinomato, ovvero che gode di rinomanza) anche in settori diversi attraverso le licenze di *merchandising*. L'effetto è una frammentazione identitaria, che è funzionale a moltiplicare le chances di ricavi commerciali, compensata da norme a protezione dell'affidamento dei consumatori circa la sostanziale costanza qualitativa dei prodotti, e da qui implicitamente alla verità e correttezza della comunicazione commerciale. E che dal regime proprio della proprietà intellettuale, si allargano a livello nazionale alla prospettiva penalistica e amministrativistica (tutela contro le pratiche commerciali scorrette e la pubblicità *misleading*, ingannevole e comparativa illecita, che è affidata alla AGCM, ai sensi e per gli effetti del Codice del Consumo).

4. Conclusione

In conclusione, le dimensioni del diritto dell'innovazione, brevemente ripercorse insieme alle stagioni che ne hanno caratterizzato lo svolgimento, esprimono un'evoluzione che converge nell'ancoraggio al modello di economia di mercato sociale. Perché, se l'influenza esterna esercitata da sistemi altri si coglie nella deriva iper-protezionistica ormai da molto tempo in

corso, i principi di diritto della concorrenza tanto nel loro ruolo di linee guida interne, quanto nella loro funzione di correttivi regolatori esterni consentono di riportare il diritto dell'innovazione entro i binari dei trattati europei e delle loro ragioni ultime, per le quali mercato e concorrenza sono valori gerarchicamente pari-ordinati che si combinano e completano grazie e attraverso il paradigma della *fairness*.