78
25 ottobre 2010

idee per il libero mercato

Istituto Bruno Leoni

IBL Occasional Paper

Estensione della durata del diritto d'autore e opere orfane

di Hal R. Varian

Questo articolo prende in esame tre questioni di attualità nel dibattito sul diritto d'autore (copyright) da una prospettiva economica: le estensioni della durata della tutela del diritto d'autore, il problema delle opere orfane e i progetti di digitalizzazione di massa. Le estensioni della durata del diritto d'autore renderanno ancora più difficile di quanto non lo sia già oggi individuare tanto i titolari dei diritti quanto le opere di interesse. Se da un lato si affronta il problema con alcune proposte di legge, dall'altro potrebbero rivelarsi utili i progetti di digitalizzazione di massa.

***Hal R. Varian** riveste l'incarico di Capo Economista di Google, con cui collabora dal 2002.*
Varian è inoltre Professore Emerito presso la University of California at Berkeley

1. Introduzione

Gli studi di economia sulla proprietà intellettuale si sono per lo più concentrati sui brevetti, tralasciando altre forme di proprietà intellettuale. In tempi recenti, tuttavia, l'interesse verso il copyright è ripreso a crescere. Si veda, per esempio, il sito web della Society for Economic Research on Copyright Issues (http://www.serci.org), la serie di articoli di William Landes e Richard Posner (2003), nonché le recenti pubblicazioni di Richard Watt (2004) e del sottoscritto (2005a).

Il copyright e i brevetti possono essere confrontati su tre dimensioni: lunghezza, larghezza e altezza. La durata (lunghezza) di un brevetto è pari a 20 anni, mentre la durata del copyright negli Stati Uniti è pari alla vita dell'autore più 70 anni successivi alla sua morte. L'entità della protezione (larghezza) di un brevetto dipende dalle rivendicazioni, mentre nel copyright è molto ristretta e riguarda soltanto l'espressione di un'idea, non l'idea stessa. Anche l'indice di novità (altezza) è piuttosto diverso: per i brevetti esiste un requisito esplicito di non ovvietà, mentre nel copyright non vi è alcun obbligo in tal senso.

In pratica, una qualsiasi opera creativa è automaticamente protetta dal copyright al momento della creazione e non è obbligatorio registrarla per godere della protezione. La registrazione offre alcuni vantaggi, per esempio nel caso in cui occorra perseguire legalmente una violazione, ma che risultano comunque relativamente modesti;[1] d'altronde, altrettanto esigue sono le spese di registrazione (30 dollari). Il quadro è senz'altro diverso per i brevetti, poiché in quest'ambito la registrazione è obbligatoria e può arrivare a costare diverse migliaia di dollari.

1 Cf. http://www.copyright.gov/circs/circ1.html per un elenco dei vantaggi e delle spese di registrazione.

Questo testo è stato originariamente pubblicato come "Copyright term extension and orphan works", *Industrial and Corporate Change*, volume 15, numero 6, (dicembre 2006) pp. 965-980. Pubblicato da Oxford University Press per conto dell'Associazione ICC. Tutti i diritti riservati.

Negli ultimi anni il copyright ha acquisito importanza crescente tra le priorità delle politiche pubbliche a seguito dell'eccezionale crescita di Internet e in particolare del World Wide Web. Qualcuno ha detto che «la libertà di stampa appartiene a chi possiede un organo di stampa», ma oggigiorno praticamente chiunque può "possederne uno", perché la tecnologia digitale ha reso estremamente economica la produzione e distribuzione delle opere: la riproduzione, l'archiviazione e la disseminazione di testi, audio, immagini e video costa meno di un centesimo. Secondo una stima di Nordhaus (2002), oggi il processo di pubblicazione ha un costo infinitesimale rispetto al 1900. Non può certo sorprendere che questa drastica riduzione dei costi si sia tradotta in un eccezionale aumento della produzione. Secondo stime di Peter Lyman (2000) e mie (2003), solo nel 2000 in tutto il mondo sono state prodotte informazioni per circa 1,5 miliardi di gigabyte e la produzione annua ha raggiunto i 5 miliardi di gigabyte nel 2003.

In altre parole, la produzione di informazioni è cresciuta in modo esponenziale al diminuire dei costi, come testimonia il boom del *desktop publishing*, della fotografia digitale e dei video amatoriali. Allo stesso tempo, se da un lato è diventato più economico riprodurre le informazioni, dall'altro si è visto un significativo aumento nella disseminazione di informazioni, al punto che ormai praticamente tutti gli editori di quotidiani, periodici e riviste scientifiche mettono a disposizione online almeno parte dei contenuti.

L'esplosione dei contenuti commerciali e l'esiguo costo della creazione e disseminazione di prodotti d'informazione hanno dato luogo a due fenomeni relativamente nuovi: la crescita di contenuti sviluppati dall'utente e un marcato aumento della pirateria. Ovviamente nessuno dei due fenomeni può dirsi interamente nuovo, ma credo che assumano un'importanza particolare nel caso dei contenuti digitali.

Nel lavoro pubblicato insieme a Carl Shapiro (1998), abbiamo raccontato la storia della battaglia tra la venerabile *Encyclopedia Britannica* e la neofita *Microsoft Encarta*, che è stata poi soppiantata da un'enciclopedia venuta dal nulla e gestita da una comunità di autori: *Wikipedia*. Creata nel 2001, questa enciclopedia online offre più di un milione di voci in lingua inglese, di qualità paragonabile alle due celebri opere di riferimento.[2]

Il software *open source* è un'altra forma di contenuto sviluppato dagli utenti, che ha avuto un impatto economico significativo (Carl Shapiro e Hal Varian, 2004), ma molto interessante è il fenomeno legato alla crescita dei blog: Technorati, un motore di ricerca di blog, dichiara di averne indicizzati oltre 50 milioni.[3]

Tuttavia, parallelamente a questa esplosione nella produzione di contenuti nuovi, la riproduzione di informazioni a costo zero ha portato anche a un aumento consistente dell'utilizzo illegale di materiale protetto da copyright. Come ben sappiamo, le proporzioni di questo tipo di illecito sono difficili da misurare. Dopo un'accurata analisi dei fatti, Stan Liebowitz (2005) sostiene che il numero dei brani musicali scaricati illegalmente nel 2000 corrisponde all'incirca al numero di brani musicali acquistati: intorno ai 3 miliardi al mese.

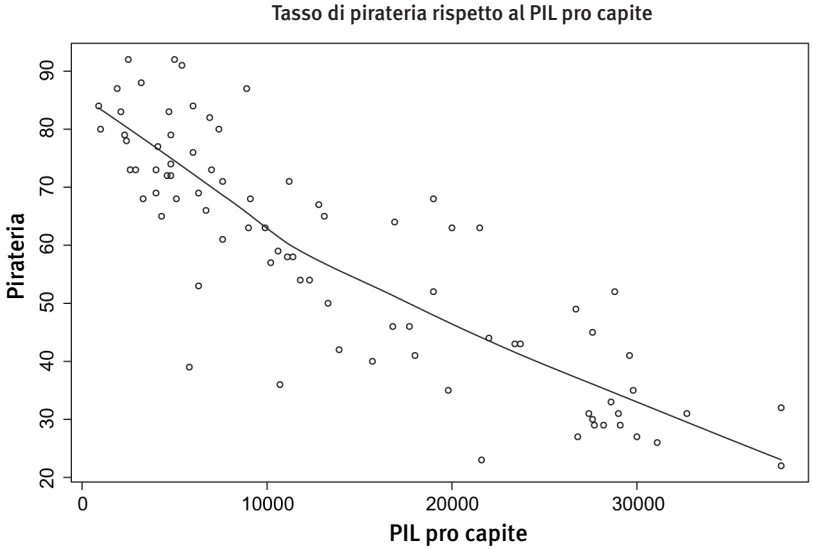
La pirateria è molto diffusa nei Paesi in via di sviluppo. Nella figura 1 (tratta da Hal Varian, 2005a) è rappresentata la proporzione di software "pirata" rispetto al prodotto interno lordo (PIL). Non può certo sorprendere che nei Paesi meno sviluppati il *free riding* a danno dei paesi più sviluppati sia così frequente. Nel 1981 gli Stati Uniti erano il primo Paese al mondo per pirateria, ossia per violazioni del copyright (Julian Warner, 1999; Hal Varian, 2005a).

2 http://en.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:About.

3 http://www.sifry.com/alerts/archives/000436.html.

FIGURA 1

Reddito pro capite rispetto alla quota di software illegalmente scaricato nei vari Paesi



Fonte: Business Software Alliance (2004) e CIA World Fact Book (2004)

2. Estensioni della durata

In origine, negli Stati Uniti la tutela offerta dal copyright durava 14 anni. Nel 1831 la durata fu estesa a 28 anni e nel 1909 fu introdotta l'opzione di rinnovo per altri 28 anni. Nel 1962 la durata fu prolungata a 47 anni e nel 1978 raggiunse i 67 anni. Nel 1967, la durata fu definita come la vita dell'autore più 50 anni per persone fisiche e 75 anni per le cosiddette "opere su commissione". Nel 1988 il *Sonny Bono Copyright Term Extension Act* (CTEA) ha prolungato la durata alla vita dell'autore più 70 anni per le persone fisiche e 75-95 anni per le opere su commissione.[4] Ci si potrebbe chiedere se 95 anni possa essere considerato un lasso di tempo coerente con il concetto di "tempo limitato" citato nella Costituzione degli Stati Uniti. In uno studio condotto nel 2002 da George Akerlof e altri 16 economisti (tra cui il sottoscritto) si sostiene che i benefici economici dell'estensione ventennale siano trascurabili. Un semplice calcolo del valore attuale dimostra che, a un tasso di interesse del 7 per cento, il valore di un'estensione ventennale è pari all'incirca allo 0,33 per cento del valore attuale dei primi 80 anni di tutela del copyright.

Il dato risulta da un calcolo molto prudente, che presuppone un flusso costante di rendimento dalla proprietà intellettuale, ma in realtà sono davvero poche le opere che generano un simile flusso di *royalty*. I copyright registrati tra il 1883 e il 1964 e rinnovati dopo 28 anni sono meno dell'11 per cento. Inoltre, dei 10.027 libri pubblicati nel 1930, soltanto 174 erano ancora in stampa nel 2001 (William Landes e Richard Posner, 2003, p. 212).

È lecito quindi chiedersi perché ci si impegni tanto per prolungare la durata del copyright se il vantaggio per gli aventi diritto è così risibile. La risposta è che la durata è stata estesa con effetto retroattivo, per cui il beneficio è risultato massimo per le opere prossime alla scadenza.

Un'estensione retroattiva del copyright non ha senso dal punto di vista economico, poiché per un autore l'importante è l'incentivo nel momento in cui crea l'opera. Se

4 http://en.wikipedia.org/wiki/Sonny_Bono_Copyright_Term_Extension_Act.

non esistessero queste forme di salvaguardia, forse nessuno si prenderebbe la briga di richiedere estensioni della durata del copyright. Queste argomentazioni di carattere economico non hanno impedito alla Corte Suprema degli Stati Uniti di confermare a larga maggioranza (7 contro 2) la costituzionalità del *Sonny Bono Copyright Extension Act*, citando come precedenti di estensioni retroattive le leggi sul copyright del 1790, del 1831, del 1909 e del 1976. La Corte ha ripreso l'argomentazione di un tribunale di grado inferiore per cui l'estensione della durata con effetto retroattivo rispetterebbe il concetto di "tempo limitato" nella Costituzione a patto che l'estensione in sé sia limitata e non perpetua. È logico che nell'intenzione originaria degli autori della Costituzione statunitense il "tempo limitato" indicasse un periodo di circa 14 anni, visto che quella era la durata più diffusa nell'ambito del copyright. La posizione della Corte Suprema potrebbe essere giustificata come segue: 14 anni è un tempo limitato, ma un tempo limitato più un anno rimane comunque un tempo limitato, per cui qualsiasi periodo finito è un tempo limitato. Nel 1960 la durata del copyright era ancora di 28 anni, mentre ora ha quasi raggiunto il secolo e, vista la propensione della Corte Suprema a basarsi sui precedenti, non c'è motivo per cui non possa essere ulteriormente estesa.

3. Implicazioni dell'estensione della durata del copyright

Vista la lunga durata del copyright e l'assenza di un obbligo di registrazione, può rivelarsi molto difficile rintracciare i titolari del diritto. Il problema si pone già da diversi anni ma potrebbe aggravarsi in futuro salvo significativi cambiamenti sul piano giuridico e/o tecnologico.

Poiché per la gran parte delle opere non esiste l'obbligo di registrazione e di rinnovo, non c'è un modo semplice per rintracciare i titolari dei relativi diritti. Carole George (2002) riferisce che il 22 per cento dei tentativi di identificare gli editori per ottenere il permesso di digitalizzare le loro pubblicazioni non è andato a buon fine. Il materiale scritto è il più facile da trovare, ma immaginate quanto possa essere arduo rintracciare i titolari dei diritti di fotografie d'epoca. In questi casi, i costi di liquidazione del diritto d'autore possono diventare proibitivi.

Una soluzione potrebbe risiedere nell'obbligo di registrazione per ottenere il copyright, ma purtroppo i numerosi trattati internazionali rendono l'introduzione di un simile requisito molto complicato. Parecchi autori hanno già proposto di limitare i danni legali minimi a un dollaro, per esempio, per le opere non registrate. È un *escamotage* interessante ma un cambiamento legislativo in questo senso è improbabile.

Landes e Posner (2003) sono favorevoli alla possibilità di rinnovare il copyright, perché secondo loro un sistema di rinnovi obbligherebbe lo Stato a tenere un registro aggiornato delle opere protette e rappresenterebbe un notevole incentivo per i titolari ad aggiornare le registrazioni.

4. Opere orfane

Nel 2005, a fronte dell'elevato costo della liquidazione dei diritti, il Copyright Office statunitense ha avviato uno studio su come comportarsi con le cosiddette "opere orfane", ossia le opere i cui autori sono introvabili.[5] Nel 2005, l'ufficio ha studiato la questione, pubblicando i risultati in un rapporto che illustra l'analisi eseguita e le proposte di legge per risolvere il problema. Sul sito web http://www.copyright.gov/orphan è possi-

5 http://www.copyright.gov/fedreg/2005/70fr3739.html.

bile consultare l'analisi dettagliata, visualizzare il rapporto completo o anche solo una sintesi.

La proposta di legge prevede che un utente esegua una "ricerca ragionevolmente diligente" per rintracciare il titolare dei diritti relativi a un'opera. Se l'utente fosse in grado di dimostrare di aver condotto una ricerca diligente senza riuscire a identificare il titolare dei diritti, qualora il titolare rivendicasse successivamente i propri diritti, l'utente si troverebbe a pagare un danno limitato per la violazione del copyright.

Secondo il rapporto, i criteri che qualificano una ricerca come "ragionevolmente diligente" devono essere valutati caso per caso, in base tra l'altro alle seguenti considerazioni:

- la quantità di informazioni identificative sulla copia dell'opera stessa, ovvero il nome dell'autore, l'avviso di copyright o il titolo;
- l'eventuale comunicazione al pubblico;
- l'anzianità dell'opera o la data di creazione o la data della comunicazione al pubblico;
- se le informazioni sull'opera sono reperibili in registri pubblicamente consultabili, quali i registri del Copyright Office o altre risorse analoghe;
- se l'autore è ancora in vita.

Inoltre, il rapporto richiede che per quanto possibile l'utente di un'opera orfana citi chiaramente l'autore delle opere per cui non ha ottenuto espressa autorizzazione di utilizzo.

Se l'utente riesce a dimostrare di aver condotto una ricerca ragionevolmente diligente e di aver adempiuto all'obbligo di menzione dell'autore, qualora i titolari dei diritti si facessero avanti e si identificassero, secondo la proposta di legge avrebbero solo due modi di ottenere un indennizzo/risarcimento.

In primo luogo, la sanzione pecuniaria si limiterebbe a un "ragionevole indennizzo per l'uso"; in particolare, se l'opera non fosse stata utilizzata a scopi commerciali non vi sarebbe alcuna sanzione pecuniaria qualora il trasgressore cessasse di utilizzare l'opera all'atto della notifica.

In secondo luogo, la proposta di legge limita la portata di un eventuale provvedimento giudiziario: in particolare, nel caso in cui un'opera orfana fosse stata elaborata e integrata in un'altra opera caratterizzata "in modo significativo da espressioni dell'utente", sarebbe impossibile ricorrere a un provvedimento giudiziario per bloccare la pubblicazione di quest'opera ma rimarrebbe comunque l'obbligo a un indennizzo ragionevole. Inoltre, in altri casi "il tribunale deve tener conto e conciliare eventuali interessi legittimi dell'utente che potrebbero essere lesi dal provvedimento".

In sostanza, la proposta di legge indebolisce i diritti del titolare nei casi in cui un potenziale utente dell'opera abbia compiuto uno sforzo diligente per rintracciarlo.

5. Analisi di impatto economico delle opere orfane

Per spiegare alcune delle forze economiche in gioco, prendiamo in esame un semplice modello di ricerca di un titolare del diritto d'autore.

Poniamo che e_b indichi lo sforzo di ricerca di un acquirente ed e_s lo sforzo di ricerca di un venditore dello stesso bene, in questo caso un'opera protetta. La probabilità che l'acquirente e il venditore riescano a individuarsi reciprocamente è espressa da $P(e_b,e_s)$

e si ipotizza che la funzione sia crescente per entrambe le variabili. Definiamo v come il valore dell'acquisizione di una licenza per l'utilizzo dell'opera per l'acquirente e p come il prezzo pagato al venditore. Il costo marginale dello sforzo di ciascuno è definito come c_b e c_s.

L'obiettivo dell'acquirente è di massimizzare il rendimento, ossia

payoff per l'acquirente = $P(e_b,e_s)(v - p) - c_b e_b$,

e pure l'obiettivo del venditore è di massimizzare il rendimento, ossia

payoff per il venditore = $P(e_b,e_s)\, p - c_s e_s$.

Il vantaggio netto per la società è dato dal benessere per la società, ossia

$$\textit{social welfare} = W(e_b,e_s) = P(e_b,e_s)v - c_b e_b - c_s e_s. \qquad (1)$$

Si rileva un'evidente esternalità nel fatto che la probabilità di essere rintracciati dipende dagli sforzi esercitati da entrambe le parti, mentre ognuna delle parti è interessata soltanto ai propri costi e benefici.

A questo punto, le condizioni primarie per l'equilibrio di Nash sono

$$\frac{\partial P(\hat{e}_b,\hat{e}_s)}{\partial e_b}(v-p) = c_b \qquad (2)$$

$$\frac{\partial P(\hat{e}_b,\hat{e}_s)}{\partial e_s}p = c_s \qquad (3)$$

mentre le condizioni primarie per il benessere sociale sono

$$\frac{\partial P(e_b^*,e_s^*)}{\partial e_b}v = c_b \qquad (4)$$

$$\frac{\partial P(e_b^*,e_s^*)}{\partial e_s}v = c_s. \qquad (5)$$

Per prima cosa, si noti il fatto piuttosto ovvio che nell'equilibrio di Nash lo sforzo profuso è insufficiente. Si differenzi $W(e_b,e_s)$ rispetto a e_b ed e_s e si noti che se $v > p$, in uno scambio volontario, avremo

$$\frac{\partial W(\hat{e}_b,\hat{e}_s)}{\partial e_b} = \frac{\partial P(\hat{e}_b,\hat{e}_s)}{\partial e_b}v - c_b = \frac{\partial P(\hat{e}_b,\hat{e}_s)}{\partial e_b}p > 0 \qquad (6)$$

$$\frac{\partial W(\hat{e}_b,\hat{e}_s)}{\partial e_b} = \frac{\partial P(\hat{e}_b,\hat{e}_s)}{\partial e_s}v - c_s > \frac{\partial P(\hat{e}_b,\hat{e}_s)}{\partial e_s}p - c_s = 0. \qquad (7)$$

Pertanto, il benessere sociale aumenta per lo sforzo di entrambe le parti dell'equilibrio di Nash.

In questo caso, gli incentivi sono direttamente analoghi a quello che si riscontra nell'analisi degli illeciti nella letteratura giuridica ed economica. In ambito assicurativo, se analizziamo le dinamiche dell'infortunistica, le persone si sforzano di evitare gli infortuni, ma poiché nessuna delle due parti deve sostenere l'intero costo dell'infortunio, nessuna delle due presta l'attenzione dovuta. Nel problema della ricerca, ognuna delle parti si sforza di trovare un partner commerciale, ma nessuna delle due ottiene tutti i vantaggi della transazione, per cui nessuna delle due dedica alla ricerca gli sforzi necessari.

Nel diritto civile, la soluzione al problema dell'esternalità è la responsabilità: i tribunali fissano uno standard minimo di attenzione e se le parti soddisfano lo standard sono esenti da responsabilità, mentre in caso contrario devono farsi carico del costo dell'infortunio; si veda il contributo illuminante di Steven Shavell (1987). In questo caso, la soluzione è simile: i tribunali definiscono uno standard di diligenza per la ricerca e incentivano acquirenti e venditori ad assorbire all'interno i costi della ricerca.

6. Al di là dello scoglio

Nel modello appena illustrato, l'acquirente e il venditore si cercano l'un l'altro e se si trovano ha luogo una transazione. Come si calcola il prezzo della transazione?

Una possibilità è che il venditore stabilisca un prezzo fisso, da "prendere o lasciare". Disponendo di tutte le informazioni, il venditore definirebbe un prezzo da monopolio v e trarrebbe il maggior guadagno possibile dalla transazione. Poiché l'acquirente dovrà comunque compiere uno sforzo per trovare il venditore, ne consegue che il guadagno per l'acquirente è negativo. Consapevoli di ciò, gli acquirenti considerano inutile profondere tanti sforzi nella ricerca.

Questo è lo scoglio da superare: per l'acquirente, lo sforzo compiuto è un costo non recuperabile, ma d'altro canto non c'è motivo per cui il venditore debba tenerne conto quando fissa il suo prezzo. Perciò, visto che non potrà mai recuperare i costi della ricerca, l'acquirente cercherà di evitarla.

Questa situazione può verificarsi anche in un ambiente ragionevolmente competitivo, fintanto che tutti gli acquirenti sono alla pari e mancano informazioni sulla dispersione dei prezzi. Il venditore fissa in ogni caso il prezzo a v, e siccome ogni acquirente si aspetta che tutti gli altri venditori facciano lo stesso, non vi è alcun vantaggio nel proseguire la ricerca. Questa teoria rimanda al modello di ricerca di Peter Diamond (1971), che pure porta a un prezzo di monopolio.

Si supponga, invece, di avere variazioni nei valori degli acquirenti. In tal caso il risultato non sarebbe così rigidamente predeterminato, ma i venditori tenterebbero ancora di sfruttare il loro potere di monopolio facendo leva sulla mancanza di informazioni e sulla natura sequenziale della ricerca. E di nuovo, questo tentativo *ex post* scoraggerebbe la ricerca *ex ante*.

Queste riflessioni indicano che un regime di prezzi di riferimento, cosiddetti *posted prices*, sarebbe molto più efficiente rispetto a un prezzo che risulta da una negoziazione. Se gli acquirenti potessero calcolare *ex ante* i diritti sarebbero più inclini a investire in uno sforzo di ricerca.

Ne è un esempio il modello dei diritti di riproduzione meccanica in uso negli Stati Uniti. Questo sistema, che risale ai tempi della pianola meccanica, prevede che, per avere la possibilità di effettuare una riproduzione meccanica di un'opera, sia necessario corrispondere all'autore del brano un diritto fisso. Il diritto è fissato dal Congresso ogni 10 anni e attualmente ammonta a 6,95 centesimi per ogni brano musicale o 1,3 centesimi al minuto per ogni testo. Il diritto può essere versato direttamente all'avente diritto o alla Harry Fox Agency, società di gestione dei diritti di New York, che accetta anche pagamenti via internet, sul loro sito http://www.harryfox.com. Il punto di forza di un diritto fisso è che riduce il problema del prezzo di monopolio e gli impedimenti che inevitabilmente sorgerebbero in un ambiente in cui la ricerca è dispendiosa. D'altro canto, un modello universale potrebbe non essere sufficientemente flessibile da adattarsi a tutti i media e tutte le circostanze.

7. Un modello semplice di ricerca diligente

A questo punto vorrei adattare il modello presentato sopra a un'ipotesi di livelli discrezionali di sforzo, in cui l'acquirente e il venditore possono prestare la dovuta attenzione oppure no. Indichiamoli rispettivamente con e_b^* ed e_s^*. È naturale dedurne che e_s^* è il costo della registrazione di un'opera (costo dello sforzo + onere finanziario), mentre e_b^* è il costo dello sforzo di ricerca nel registro. Per semplificare supponiamo che il registro funzioni perfettamente, in modo che $P(e_b^*,e_s^*)=1$ e $P(e_b^*,0)=P(0,e_s^*)=P(0,0)=0$. Ne risulta che se entrambe le parti usano il registro, l'opera viene sempre rintracciata, mentre se una delle due parti non usa il registro non è mai rintracciata.

Possiamo dire che è efficiente concludere una transazione se

$$v - e_b^* - e_s^* \geq 0. \qquad (8)$$

Possiamo dire che è *reciprocamente redditizio* concludere la transazione solo se esiste un $\overline{p}$ tale che

$$v - e_b^* - e_s^* \geq 0. \qquad (9)$$

$$v - e_b^* - \overline{p} \geq 0 \qquad (10)$$

Le tesi seguenti potranno essere ovvie ma meritano menzione.

Tesi 1: [Efficienza ‹—› redditività.] Una transazione è efficiente solo se è redditizia per entrambe le parti.

Dimostrazione. Riformulando (8), la condizione dell'efficienza è

$$v - e_b^* \geq e_s^* \geq 0. \qquad (11)$$

Di conseguenza, è possibile trovare un $\overline{p}$ tale per cui

$$v - e_b^* \geq \overline{p} \geq e_s^* \geq 0, \qquad (12)$$

ed è facile constatare che questa scelta di $\overline{p}$ soddisfa sia (9) sia (10).

Supponiamo ora, al contrario, che la transazione non sia efficiente, ossia che

$$v - e_b^* - e_s^* < 0, \qquad (13)$$

ma che esista un $\overline{p}$ che soddisfi (9) e (10). La somma di (9) e (10) dà (8), ossia una contraddizione.

Questa riflessione dimostra che basterebbe far sì che i *payoff* per gli acquirenti o i venditori fossero negativi se non raggiungono lo standard di diligenza.

Per gli acquirenti è facile: se non usano l'opera (presumibilmente) protetta l'utilità che ne ricavano è pari a 0. Potrebbero però rischiare e utilizzare ugualmente l'opera protet-

ta. In questo caso, supponiamo che vi sia una probabilità π che il titolare dei diritti si faccia avanti, nel qual caso l'acquirente deve risarcire i danni. Quindi, la previsione di spesa per non aver effettuato una ricerca diligente è uguale a $v - \pi \hat{p}$. Se $\hat{p} \geq v/\pi$ l'acquirente troverà più vantaggioso effettuare una ricerca diligente piuttosto che rischiare. Normalmente, è prevedibile che π sia piuttosto basso, per cui $\hat{p}$ deve essere piuttosto elevato per garantire che l'incentivo sia adeguato. In effetti, i danni legali minimi per violazione di *copyright* si aggirano intorno ai 150.000 dollari per ogni episodio, il che dovrebbe soddisfare la condizione sopra ipotizzata se π non è troppo basso.

Tornando ai venditori, abbiamo già dimostrato che se il venditore riceve un guadagno pari a zero quando $e_s = 0$, l'esito sarà certamente efficiente. A tutti gli effetti, questo è l'unico caso che garantisce l'efficienza.

Tesi 2: [Il *payoff* positivo per il venditore è inefficiente.] Se lo sforzo del venditore non raggiunge lo standard minimo e il venditore riceve comunque un *payoff* positivo, ci saranno alcuni valori di v ai quali si conclude una transazione efficiente, ma non vi è possibilità di concludere transazioni redditizie per entrambe le parti.

Dimostrazione. Supponiamo per assurdo che la transazione sia redditizia per entrambe le parti e che comunque il venditore ne ricavi una remunerazione positiva

$$v - e_b^* - \overline{p} \geq 0 \qquad (14)$$

$$\overline{p} - e_s^* = D > 0. \qquad (15)$$

Valutiamo il caso in cui $v = e_b^*$. In questa ipotesi, (14) significa che $\hat{p} > 0$ e (15) significa che $-e_s^* = D > 0$, che è impossibile.

In altre parole, se il venditore riceve una remunerazione positiva e l'acquirente ha un interesse solo marginale (a causa dei costi di transazione), la remunerazione che l'acquirente è disposto a corrispondere potrebbe non essere adeguata per far sì che il venditore sia disposto a profondere il minimo sforzo (cioè effettuare la registrazione).

Si noti che, com'è prassi quando si pone una questione di incentivo, la sanzione in cui potrebbe incorrere l'acquirente non sarebbe necessariamente pari ai diritti pagati al venditore. Infatti, se così fosse, per il venditore si tratterebbe di un "incentivo alla violazione", cioè ometterebbe deliberatamente di registrare la propria opera nella speranza, in caso di violazione dei diritti di proprietà intellettuale, di incassare gli (ingenti) danni legali minimi e di ottenere anche il provvedimento giudiziario.

Saggiamente, la proposta di legge evita questo problema limitando la sanzione pecuniaria e la portata dei provvedimenti giudiziari.[6] In particolare, la sanzione pecuniaria sarebbe limitata a un "indennizzo ragionevole". Sebbene il termine non sia definito con precisione, è lecito interpretarlo come analogo al diritto che sarebbe stato concordato se l'acquirente e il venditore si fossero trovati. Nel nostro modello stilizzato il risarcimento danni *atteso* sarebbe intorno a $\pi \hat{p}$. Come abbiamo visto, questo genererebbe un certo grado di inefficienza ma se $\pi \hat{p}$ è basso, sarebbe contenuta anche la perdita di efficienza.

6 Cf. il capitolo 4 dell'*Orphan Works Report* (Rapporto sulle opere orfane) intitolato "Limitations on remedies", pp. 11-13.

8. Un registro centralizzato del copyright

Come già accennato, sarebbe naturale interpretare lo "sforzo" come l'impegno necessario per effettuare la registrazione o ricercare un'opera in un database centralizzato. Abbiamo pure già specificato che attualmente non esiste alcun obbligo *di legge* alla registrazione di opere protette e che un cambiamento in questo senso richiederebbe la rinegoziazione di svariati trattati internazionali.

Tuttavia, espressioni quali "ricerca diligente" e "indennizzo ragionevole", così come intese nella proposta di legge, potrebbero portare un miglioramento della funzionalità e un più frequente utilizzo dei registri esistenti per le opere protette dal copyright. Inoltre, verrebbero creati nuovi registri contenenti informazioni sui diritti. Il Copyright Clearance Center già lo fa per le opere in forma scritta e con lo stesso criterio potrebbero essere istituiti registri per altri tipi di opere.

Abbiamo già avuto modo di dimostrare che il venditore deve essere incentivato a registrare l'opera e aggiornare le informazioni inerenti in un registro pubblico e che l'acquirente deve essere incentivato a consultarlo. Poiché il costo dello sforzo sarebbe praticamente uguale a 0 e la probabilità di trovarsi l'un l'altro sarebbe approssimativamente pari a 1, è lecito presumere che un registro pubblico delle opere protette da copyright unitamente all'obbligo di effettuare una "ricerca diligente" potrebbero offrire un contributo decisivo per risolvere i problemi sopra esposti. In effetti, sono numerosi gli studiosi che auspicano la creazione di un registro centralizzato delle opere protette da copyright, tra cui Landes e Posner (2003), William Patry (con Posner, 2004), nonché il sottoscritto (2005b).

9. Digitalizzazione di massa

L'ultimo argomento che desidero affrontare riguarda il fenomeno della digitalizzazione di massa, in particolare il Google Library Project. Per un'analisi più dettagliata, si veda il mio articolo del 2006.

Recentemente, Google ha iniziato a collaborare con molte biblioteche per digitalizzare le opere che hanno in catalogo, tutto a spese di Google, grazie a una tecnologia sviluppata ad hoc per il progetto. Il volume totale del corpus è di circa 25-30 milioni di libri.

Il Google Library Project non deve essere confuso con il programma Google Publisher Partner, nell'ambito del quale gli editori sottopongono volontariamente le proprie opere a Google per la digitalizzazione e l'inserimento in catalogo.

Il programma Google Publisher Partner permette agli utenti di visualizzare circa quattro pagine del libro, con l'intento di aiutarli a decidere se acquistarlo. Nel Google Library Project gli utenti possono visualizzare solo poche righe del testo, per verificare quanto è pertinente alle loro esigenze. La figura 2 mostra un esempio.

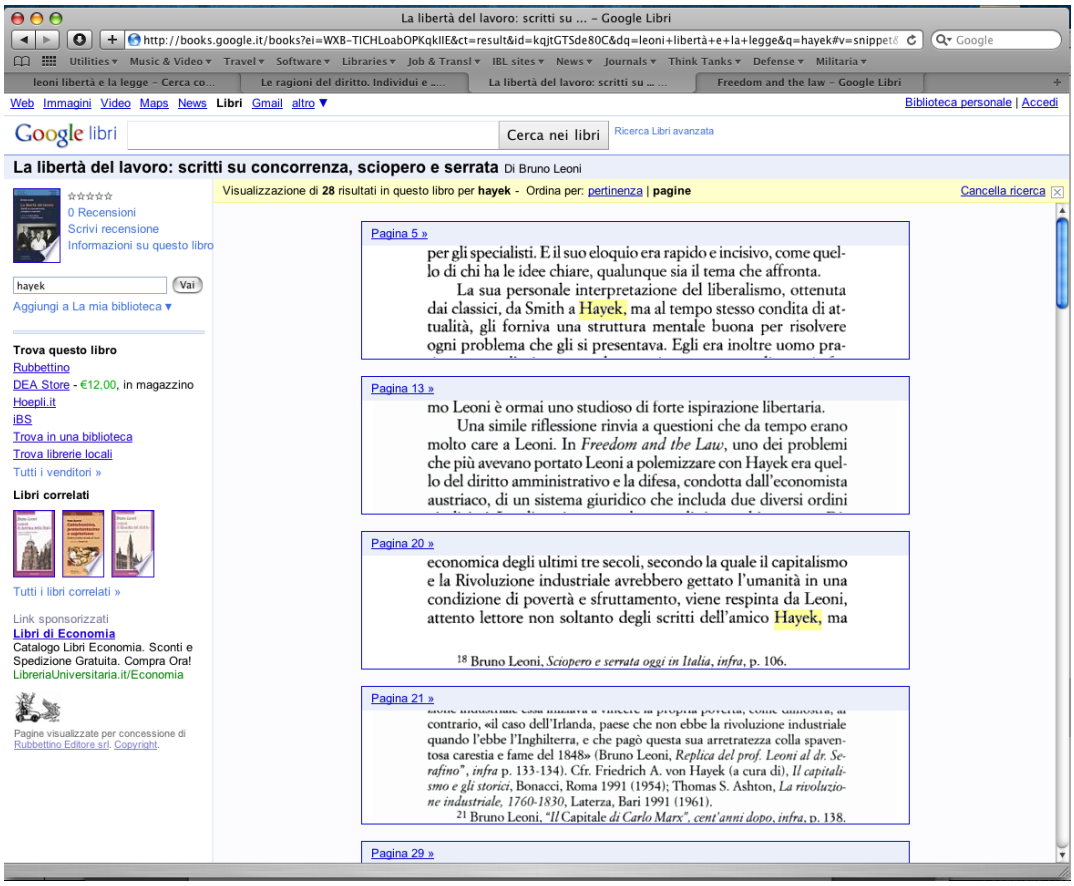
Il programma Google Publisher Partner è basato su un sistema cosiddetto *opt-in*: sono gli editori a dover richiedere la digitalizzazione dei libri. Per contro, il Google Library Project è cosiddetto *opt-out*: gli editori (o i titolari dei diritti) possono inviare a Google una richiesta affinché il libro venga tolto dal catalogo.

Nel settembre 2004, la Authors Guild, che riunisce circa 8000 autori, ha citato in giudizio Google accusando il Google Library Project di violazione del copyright.[7] L'associazione degli editori americani AAP ha presentato un analogo ricorso il 19 ottobre 2005

7 http://www.boingboing.net/images/AuthorsGuildGoogleComplaint1.pdf.

FIGURA 2

Schermata da Google Ricerca Libri



per conto di cinque membri, ossia The McGraw-Hill Companies, Pearson Education, Penguin Group (USA), Simon & Schuster e John Wiley & Sons.

In primo luogo, gli editori chiedevano che a Google venisse proibito riprodurre le loro opere senza il previo consenso dei titolari dei diritti. Secondo l'accusa, Google stava «compiendo una grave violazione del copyright».

Google sostiene di utilizzare le opere in linea con il principio del *fair use*; inoltre, un editore può chiedere l'esclusione delle proprie opere semplicemente inviando la relativa disdetta a Google. I temi più interessanti dal punto di vista economico vertono sull'interpretazione della dottrina del *fair use* e sul modello *opt-out* o *opt-in*.

9.1 Opt-in o opt-out

A questo punto sappiamo che può essere molto dispendioso localizzare il legittimo titolare dei diritti di un'opera. Il problema si è acuito notevolmente ora che la durata effettiva del copyright è stata estesa a ben oltre i 100 anni.

Circa il 65 per cento delle opere che Google intende digitalizzare sono fuori stampa e il titolare dei diritti di un'opera fuori stampa è davvero poco incentivato ad aggiornare le informazioni in un registro pubblico come quelli gestiti dal Copyright Office o dal Copyright Clearance Center.

Gli editori sanno benissimo che è molto dispendioso localizzare i titolari dei diritti. Secondo Tony Sanfilippo, direttore marketing e responsabile commerciale della Penn State University Press,

> [...] la compilazione di un elenco del genere richiederebbe già di per sé ingenti risorse. Noi pubblichiamo libri da 50 anni, l'Università della Pennsylvania pubblica libri da oltre 100 anni, la Johns Hopkins University Press pubblica libri da oltre 125 anni. Stiamo parlando di un sapere smisurato, contenuto in centinaia di migliaia di libri, per limitarsi alle edizioni universitarie. Perché un simile lavoro dovrebbe competere alle case editrici delle università?[8]

Tuttavia, nell'ottica economica del costo di transazione, sarebbe più corretto chiedersi per quale parte il costo di identificazione degli aventi diritto sarebbe minore: per Google o per le cosiddette *university press*? Agli editori non costa praticamente nulla identificare un'opera pubblicata dopo l'avvento, nel 1967, del codice ISBN, che rappresenta la chiave di ricerca più importante in considerazione del probabile numero delle ricerche. Per le opere orfane, la ricerca è già difficile se l'anno di pubblicazione è successivo al 1967, ma se l'opera è stata pubblicata prima di quella data il problema diventa insormontabile. Come si può pensare di trovare il titolare dei diritti di un'opera che è fuori stampa da oltre 50 anni? Una soluzione *opt-in* non è proprio fattibile.

Peraltro, la succitata procedura di *opt-out* è già utilizzata da Google e da altri motori di ricerca sul World Wide Web. I webmaster possono inserire un file denominato robots.txt nella directory *top-level* del loro sito per richiedere ai motori di ricerca di non indicizzare alcuni sottoinsiemi di materiale pubblicato sul sito. Google e la maggior parte degli altri motori di ricerca legali rispettano scrupolosamente questi divieti.

In effetti, è difficile immaginare come potrebbe essere strutturato un sistema di *opt-in* per la ricerca sul Web. Pensate a quanto sarebbe difficile stipulare accordi bilaterali con tutti i motori di ricerca e tutti i singoli siti web per ottenere il permesso di indicizzare il materiale. La procedura di *opt-out* utilizzata sul Web è ragionevole, in quanto minimizza i costi di transazione legati all'indicizzazione dei siti web.

9.2 Fair use

L'articolo 107 del *Copyright Act* del 1976 definisce come segue le condizioni del *fair use*:

> Nonostante le disposizioni di cui agli articoli 106 e 106A, non costituisce violazione del copyright il *fair use*, ossia l'utilizzo corretto di opere protette dal copyright, compresa la riproduzione su carta o supporti fonografici o su qualsiasi altro supporto specificato nel paragrafo in questione, a scopi quali la critica, il commento, la cronaca, l'insegnamento (anche copie multiple per l'utilizzo in classe), le borse di studio o la ricerca. I fattori da considerarsi nel determinare se nella fattispecie l'utilizzo dell'opera rientri nell'ambito del *fair use* comprendono
>
> - lo scopo e il tipo di utilizzo, per esempio se l'utilizzo è di natura commerciale o per fini educativi no-profit;
> - la natura dell'opera protetta da copyright;
> - l'entità e la significatività della parte utilizzata rispetto all'opera protetta da copyright nel suo complesso; e inoltre
> - l'effetto dell'utilizzo sul mercato potenziale o il valore dell'opera protetta da copyright.

8 http://pda.physorg.com/lofi-news-google-copyright-books_7646.html.

Sia Jonathan Band (2005, 2006) sia il sottoscritto (2006) abbiamo analizzato uno per uno tutti i fattori di *fair use* nel Google Library Project. E ne emerge che il timore principale è l'ultimo dei problemi: le ripercussioni sul mercato.

In questo caso è assolutamente chiaro che aiutare gli utenti a trovare opere pertinenti ai loro interessi accresce il valore del lavoro. La visualizzazione di un frammento di due o tre righe di testo è trascurabile rispetto all'"entità e al valore" dell'opera e non scoraggia l'acquisto dell'opera salvo che in casi molto rari e improbabili.

Indici, elenchi e cataloghi sono complementi per le opere in questione, non le sostituiscono. Perché dunque gli editori non dovrebbero accettare di buon grado una tecnologia che rende le loro pubblicazioni più accessibili?

La risposta più semplice è che gli editori vogliono mantenere il controllo totale sulle pubblicazioni. Ovviamente, gli editori sarebbero felici se Google creasse un catalogo efficiente e gratuito delle pubblicazioni, ma lo sarebbero ancor di più se Google li remunerasse per il diritto di farlo.

Non c'è alcun dubbio che gli editori abbiano il diritto di controllare se l'opera viene riprodotta per crearne un'altra che si ponga in concorrenza con l'originale; il punto è se i titolari dei diritti debbano poter controllare la riproduzione dell'opera per scopi sostanzialmente diversi, in particolare scopi che valorizzano l'opera in questione.

A questo punto dobbiamo valutare i relativi costi di transazione. Secondo l'interpretazione più restrittiva del copyright, per cui il titolare dei diritti può controllare praticamente qualsiasi utilizzo dell'opera in questione e non è incentivato a essere identificato con facilità, i promotori dell'innovazione tecnologica non sarebbero per niente motivati a creare sistemi (quali i motori di ricerca) che accrescano il valore delle opere protette da copyright.

È vero, i titolari delle opere protette guadagnano sui grandi numeri quando le opere sono indicizzate da questi sistemi, ma questo incentivo potrebbe essere minimo per il titolare di un'opera unica. Inoltre, uno sguardo ai numerosi cataloghi prodotti in altri settori rivela che i più riusciti sembrano quelli gestiti da terzi. Prendiamo ad esempio *Books in Print*, *TV Guide* e altre guide ai programmi televisivi, il catalogo dei libri di Amazon e tutti gli altri cataloghi editoriali prodotti da terzi. Per quanto a mia conoscenza, i titolari dei contenuti non ricevono alcun corrispettivo dal produttore della guida. In effetti, il modello più diffuso prevede che sia il titolare del contenuto a pagare per essere incluso in un elenco, per esempio nelle Pagine Gialle. Anche nel caso del sistema di gestione delle prenotazioni aeree Sabre della American Airline, concepito come orario dei voli, il fatto che l'elenco fosse controllato da una compagnia aerea ha generato importanti cause legali dinanzi all'autorità anti-trust per rivendicare l'uguaglianza di trattamento. Se l'obiettivo è la realizzazione di un mercato solido e competitivo di elenchi, indici e cataloghi, credo sia doveroso minimizzare i costi di transazione risultanti da trattative *ex ante* sui diritti. Naturalmente, non si potrà escludere che un compilatore oltrepassi il limite del *fair use* pubblicando estratti troppo generosi o creando opere che si pongono in seria concorrenza con le opere originali, ma i tribunali saranno in grado di arginare questi comportamenti laddove si verificano. Non è ragionevole pensare che la rapida crescita dei contenuti, in particolare dei contenuti digitali, subirà una battuta d'arresto nel prossimo futuro e la creazione di barriere arbitrarie per chi cerca di orientarsi in questo oceano di informazioni sarebbe decisamente controproducente.

Bibliografia

Peter Diamond, "A model of price adjustment", *Journal of Economic Theory*, n. 3, 1971, pp. 156-168.

Steven Shavell, *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1987.

Carl Shapiro – Hal R. Varian, *Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy*, Harvard Business School Press, Cambridge, MA, 1998.

Julian Warner, "Information society or cash nexus? A study of the United States as copyright haven", *Journal of the American Society for Information Science*, 50, n. 5, 1999, pp. 461-470.

Peter Lyman – Hal R. Varian, *How much information?*, Technical Report, Berkeley, CA, UC, 2000, disponibile sul sito http://www.sims.berkeley.edu:8000/research/projects/how-much-info-2000.

George A. Akerlof – Kenneth J. Arrow – Timothy F. Bresnahan, *Amicus Curiae* brief in the case of *Eldred v Ashcroft*, Technical Report 01-618, Harvard Law School, 2002, disponibile sul sito http://eon.law.harvard.edu/openlaw/eldredvashcroft/supct/amici/economists.pdf.

Carole A. George, *Exploring the feasibility of seeking copyright permission*, Technical Report, Carnegie-Mellon Libraries, 2002, disponibile sul sito http://www.library.cmu/edu/Libraries/FeasibilityStudy.ppt.

William D. Nordhaus, *The progress of computing*, Technical Report, New Haven, Connecticut, Yale University, 2002, disponibile sul sito http://nordhaus.econ.yale.edu/prog_030402_all.pdf.

William M. Landes – Richard A. Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 2003.

Peter Lyman – Hal R. Varian, *How much information?*, Technical Report, Berkeley, CA, UC, 2003, disponibile sul sito http://www.sims.berkeley.edu:8000/research/projects/how-much-info-2003.

Business Software Alliance, *Global software piracy study*, Technical Report, Washington DC, Business Software Alliance, 2004, disponibile sul sito http://www.bsa.org/globalstudy/contact/.

CIA, *CIA World Fact Book*, Washington DC, CIA, 2004, disponibile sul sito http://www.cia.gov/cia/ publications/factbook/index.html.

William F. Patry – Richard Posner, "Fair use and statutory reform in the wake of Eldred", *California Law Review*, 1, n. 1, 2004, disponibile sul sito www.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1003&context=ev.

Carl Shapiro – Hal R. Varian, *Linux adoption and the public sector: an economic analysis*, Berkeley, CA, Technical Report, UC, 2004, disponibile sul sito http://www.sims.berkeley.edu/~hal/Papers/2004/linux-adoption-in-the-public-sector.pdf.

Richard Watt, "The past and future of the economics of *copyright*", *Review of Economic Research on Copyright Issues*, n. 1, 2004, pp. 1-11.

Jonathan Band, "The Google Print Library Project: a *copyright* analysis", *E-Commerce Law & Policy*, 2005, disponibile sul sito http://www.policybandwidth.com/doc/googleprint.pdf.

Stan J. Liebowitz, *File-sharing: creative destruction or just plain destruction*, Technical Report, Dallas, Texas, University of Texas at Dallas, 2005, disponibile sul sito http://www.utdallas.edu/~liebowit/intprop/destruction4.pdf.

Hal R. Varian, "Copying and *copyright*", *Journal of Economic Perspectives*, 19, n. 2, 2005a, pp. 121-138.

Hal R. Varian, "Universal access to information", *Communications of the ACM*, 48, n. 10, 2005b, pp. 65-66.

Jonathan Band, "Copyright owners v. the Google Print Library Project", *Entertainment Law Review*, 17, n. 21, 2006, disponibile sul sito http://www.policybandwidth.com/doc/googleprint-EntLaw.pdf.

Hal R. Varian, *The Google Library Project*, Technical Report, Berkeley, CA, UC, 2006, disponibile sul sito http://www.sims.berkeley.edu/ ~ hal/Papers/2006/google-library.pdf.

Istituto Bruno Leoni

IBL Occasional Paper

Chi Siamo

L'Istituto Bruno Leoni (IBL), intitolato al grande giurista e filosofo torinese, nasce con l'ambizione di stimolare il dibattito pubblico, in Italia, promuovendo in modo puntuale e rigoroso un punto di vista autenticamente liberale. L'IBL intende studiare, promuovere e diffondere gli ideali del mercato, della proprietà privata, e della libertà di scambio. Attraverso la pubblicazione di libri (sia di taglio accademico, sia divulgativi), l'organizzazione di convegni, la diffusione di articoli sulla stampa nazionale e internazionale, l'elaborazione di brevi studi e briefing papers, l'IBL mira ad orientare il processo decisionale, ad informare al meglio la pubblica opinione, a crescere una nuova generazione di intellettuali e studiosi sensibili alle ragioni della libertà.

Cosa Vogliamo

La nostra filosofia è conosciuta sotto molte etichette: "liberale", "liberista", "individualista", "libertaria". I nomi non contano. Ciò che importa è che a orientare la nostra azione è la fedeltà a quello che Lord Acton ha definito "il fine politico supremo": la libertà individuale. In un'epoca nella quale i nemici della libertà sembrano acquistare nuovo vigore, l'IBL vuole promuovere le ragioni della libertà attraverso studi e ricerche puntuali e rigorosi, ma al contempo scevri da ogni tecnicismo.

Istituto Bruno Leoni – Via Bossi 1 – 10144 Torino – Italy
Tel.: (+39) 011.070.2087 – Fax: (+39) 011.437.1384 – www.brunoleoni.it – info@brunoleoni.it