

Camera dei deputati - Commissioni riunite IX (Trasporti) e X (Attività produttive)
Disegno di legge recante “Disposizioni e deleghe al Governo in materia di intelligenza artificiale” (C. 2316)

Giuseppe Colangelo*

Il ruolo dell’analisi concorrenziale nell’ambito del difficile bilanciamento tra diritto d’autore ed intelligenza artificiale**

Se definire il giusto equilibrio tra accesso e incentivi è sempre stata la sfida centrale del diritto d’autore, l’emergere di tecnologie nuove e potenzialmente dirompenti ha reso questo compito nel tempo ancora più complesso. Bilanciare l’interesse pubblico a beneficiare dell’innovazione con la necessità di tutelare gli incentivi agli investimenti privati dal rischio di *free riding* è infatti diventato sempre più complesso. Di conseguenza, nuovi interrogativi e dubbi sorgono sull’estensione della protezione del diritto d’autore, in particolare sulla sua capacità di stimolare (anziché frenare) l’innovazione.

Storicamente, l’introduzione di nuove tecnologie ha spesso portato alla creazione di diritti esclusivi aggiuntivi, meccanismi di compensazione e specifiche limitazioni o eccezioni. Tuttavia, l’ascesa dell’intelligenza artificiale (IA), e in particolare dell’intelligenza artificiale generativa (GenAI), è considerata una vera e propria svolta epocale, che richiede un ripensamento radicale e una riforma complessiva del sistema del diritto d’autore, piuttosto che semplici aggiustamenti incrementali. In effetti, l’emergere della GenAI come nuova evoluzione dell’IA — talvolta definita anche IA creativa per la sua capacità di generare contenuti, anziché limitarsi ad analizzare o manipolare dati esistenti per prendere decisioni o formulare previsioni — pone sfide a tutti i livelli della tradizionale tutela offerta dal diritto d’autore.

Non sorprende che ciò abbia dato origine a un’ondata di contenziosi e di dibattiti accademici. Uno dei principali punti di attrito tra la GenAI e il diritto d’autore riguarda l’utilizzo di opere protette per l’addestramento dei modelli di intelligenza artificiale. In questo contesto, poiché il processo iniziale di apprendimento di un modello di IA (noto anche come *foundation model*) si basa sull’utilizzo di enormi quantità di dati per l’addestramento e la messa a punto, il diritto d’autore assume un ruolo cruciale, fungendo da gatekeeper e da potenziale barriera all’ingresso nel settore dell’IA, con il rischio di ostacolare la prossima ondata di innovazione tecnologica. Allo stesso tempo, tuttavia, i sistemi di GenAI possono rappresentare una minaccia esistenziale per il futuro delle industrie creative, in quanto capaci di imitare la creatività umana e di produrre opere letterarie e artistiche in modo più rapido e a costi più contenuti.

* Professore associato di Diritto dell’economia (Università degli Studi della Basilicata; Professore aggiunto di Markets, Regulations, and Law (LUISS Guido Carli); Transatlantic Technology Forum Fellow (Stanford Law School e University of Vienna); Senior Scholar (International Center for Law and Economics).

** Il presente contributo rappresenta una sintesi del lavoro “A competition policy analysis of copyright protection in generative AI” in corso di pubblicazione presso il *Singapore Journal of Legal Studies* e disponibile all’indirizzo internet https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=5201510. Si rinvia al suddetto lavoro per ogni ulteriore approfondimento.

Allo stato, in assenza di una solida base di ricerca empirica, il bilanciamento tra il valore che l'intelligenza artificiale generativa crea e quello che sostituisce rimane incerto. In teoria, la GenAI potrebbe avere un effetto di sostituzione significativo rispetto alle opere generate da esseri umani (in particolare quando produce copie quasi testuali), ma non tutti i suoi impieghi comportano necessariamente una riduzione dei ricavi per i creatori. Alcune applicazioni, infatti, potrebbero aumentare il surplus del consumatore riducendo le perdite secche e rendendo possibile un consumo che altrimenti non si sarebbe verificato. Al tempo stesso, al di là della perdita di ricavi, i contenuti generati dall'IA potrebbero ridurre il valore delle opere umane offrendo versioni di qualità inferiore, con il conseguente calo della domanda complessiva. Una preoccupazione più complessa riguarda poi l'impatto potenziale sull'innovazione scientifica e culturale nel lungo periodo. Sebbene la sperimentazione rappresenti un motore fondamentale del progresso creativo, resta incerto se l'IA sia in grado di replicare il processo di tentativi ed errori tipico dei creatori umani. D'altro canto, l'intelligenza artificiale ha il potenziale per potenziare la creatività, rendendo i creatori umani più produttivi e riducendo i costi di produzione.

Per queste ragioni, i policymakers stentano ad individuare un nuovo equilibrio tra i benefici derivanti dagli incentivi alla creazione e i costi imposti dalle restrizioni del diritto d'autore, affinché il quadro giuridico possa sostenere sia le industrie creative sia il settore dell'intelligenza artificiale. In particolare, l'obiettivo è quello di conciliare interessi economici e industriali apparentemente divergenti, ovvero promuovere un contesto favorevole allo sviluppo dell'IA garantendo un accesso ampio e lecito a dati di alta qualità, e al tempo stesso assicurare incentivi e ricompense adeguati per gli investimenti nella creazione letteraria e artistica umana.

A tal fine, tuttavia, **mentre la maggior parte del dibattito si concentra sul *perché* e sul *come* i titolari dei diritti d'autore debbano essere compensati, colpevolmente assente è una adeguata riflessione sul *quando* tale compensazione debba considerarsi appropriata.** In proposito, nel presente contributo si sostiene l'adozione di un approccio basato sull'analisi concorrenziale per stabilire l'applicazione delle limitazioni ed eccezioni al diritto d'autore. In particolare, si ritiene che gli strumenti dell'antitrust possano aiutare corti e policymakers a determinare quando i creatori subiscono un danno commerciale e quando i contenuti generati dall'IA possano essere considerati sostitutivi delle creazioni umane.

I profili concorrenziali sono, infatti, da sempre centrali nell'analisi dei diritti di proprietà intellettuale, in quanto questi ultimi sono tradizionalmente considerati eccezioni al principio del libero mercato. Essi vengono concessi solo nella misura in cui siano necessari per incentivare l'innovazione e sono soggetti a specifiche limitazioni, quali la durata, l'ambito di applicazione e determinati requisiti. Questa impostazione si riflette nelle eccezioni al diritto d'autore stabilite dal cosiddetto *three-step test*, introdotto per la prima volta nella Convenzione di Berna e successivamente recepito nell'Accordo TRIPS e nel Trattato WIPO sul diritto d'autore. Il test impone agli Stati membri di prevedere eccezioni (i) solo in "casi speciali", assicurando che l'uso libero non (ii) sia in conflitto con la "normale utilizzazione dell'opera" e non (iii) rechi un "pregiudizio ingiustificato ai legittimi interessi dell'autore".

L'interpretazione dei criteri del *three-step test* è stata a lungo oggetto di controversie e la sua applicazione a livello nazionale ha ulteriormente alimentato incertezze, stante gli

approcci diversi seguiti dai vari paesi. In particolare, mentre gli Stati Uniti si sono affidati alla vasta e flessibile eccezione del *fair use*, altri paesi hanno introdotto eccezioni specifiche per il *text and data mining* (TDM), che tuttavia variano significativamente in termini di utilizzi consentiti e sulla loro estensione a fini commerciali. Tuttavia, nonostante queste divergenze, il nucleo del *three-step test* incarna chiaramente un principio (non) concorrenziale, secondo il quale l'uso delle opere protette da diritto d'autore non deve entrare in concorrenza con i diritti di sfruttamento del titolare.

In particolare, il test condiziona l'applicazione delle eccezioni al fatto che l'uso libero non sia in conflitto con la normale utilizzazione dell'opera e non pregiudichi ingiustificatamente i legittimi interessi dell'autore. Per quanto riguarda la nozione di normale utilizzazione, il Panel del WTO ha chiarito che un'eccezione entra in conflitto con la normale utilizzazione di un'opera se gli usi esentati danno origine a una "concorrenza economica" con i modi in cui i titolari dei diritti normalmente traggono valore economico dalla protezione del diritto d'autore, privandoli così di guadagni commerciali significativi o tangibili.¹ Inoltre, il livello di pregiudizio deve essere considerato irragionevole quando un'eccezione comporta o ha il potenziale di comportare una perdita irragionevole di reddito per il titolare del diritto d'autore.²

Nell'Unione Europea, nonostante l'adozione di una lista chiusa di eccezioni e limitazioni specifiche al diritto d'autore, il *three-step test* è stato recepito in diverse direttive, in particolare nella Direttiva 2001/29 sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione e nella Direttiva 2019/790 sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale. Il test limita la discrezionalità degli Stati membri nell'attuazione delle eccezioni o limitazioni introdotte dalle direttive, poiché queste restano comunque soggette alle tre condizioni sopra menzionate.

Negli Stati Uniti, il quarto fattore della dottrina del *fair use* esamina anch'esso l'impatto sul mercato dell'uso contestato, valutando "l'effetto dell'uso sul mercato potenziale o sul valore dell'opera protetta da copyright." Questo fattore, insieme all'analisi dell'uso trasformativo prevista dal primo fattore, è ampiamente considerato il criterio più rilevanti nei casi di *fair use*. Come chiarito dalla Corte Suprema in *Campbell v. Acuff-Rose Music* [510 U.S. 569 (1994)], sebbene il quarto fattore richieda di considerare sia il danno all'opera originale sia quello al mercato (attuale e potenziale) delle opere derivate, l'unico "danno giuridicamente rilevante è la sostituzione sul mercato". In modo altrettanto significativo, nella più recente decisione in *Andy Warhol Foundation for the Visual Arts v. Goldsmith* [598 U.S. 508 (2023)], la Corte ha valutato anche l'uso trasformativo (il primo fattore della dottrina del *fair use*) secondo una logica concorrenziale, affermando che il giudizio sull'uso trasformativo riguarda "il problema della sostituzione".

In termini generali, la rilevanza del danno commerciale nella valutazione delle eccezioni al diritto d'autore dipende dal forte legame tra gli effetti sul mercato e gli incentivi alla creazione. Le perdite subite dal titolare di un diritto d'autore, infatti, si pongono normalmente in contrasto con l'obiettivo fondamentale del diritto d'autore, ossia garantire agli autori diritti esclusivi che incentivino l'espressione creativa. Viceversa, in assenza di un danno commerciale per il titolare del diritto d'autore e, dunque, di una

¹ WTO, *United States – Section 110 (5) of the US Copyright Act*, Report WT/DS160/R (2000), para. 6.183, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds160_e.htm.

² Ibid., para. 6.229.

minaccia agli incentivi privati ad investire, l'interesse pubblico alla diffusione della conoscenza e alla promozione dell'innovazione prevale rendendo legittime le eccezioni alla tutela esclusiva.

Dal momento che l'eventuale danno concorrenziale rappresenta il criterio chiave per l'applicazione delle eccezioni al diritto d'autore e che esso viene normalmente definito in termini di possibile sostituzione sul mercato dell'opera originale con quella derivata, è di tutta evidenza che gli strumenti del diritto della concorrenza possono rivelarsi estremamente utili, essendo per definizione quelli più appropriati per stabilire il rapporto di sostituzione tra due prodotti.

Per queste ragioni, nel contesto attuale di crescente incertezza e frammentazione normativa, **anziché introdurre nuove eccezioni ad hoc al diritto d'autore, si suggerisce di utilizzare l'analisi antitrust per valutare le attuali limitazioni ed eccezioni al diritto d'autore al fine di definire un quadro normativo nel quale l'uso di opere protette per l'addestramento dei modelli di intelligenza artificiale sia consentito fintanto che i prodotti realizzati non siano commercialmente sostituiti delle opere coperte dal diritto d'autore.**

Per essere chiari, non si suggerisce di attivare l'intervento delle autorità antitrust né l'applicazione del diritto della concorrenza. Piuttosto, si propone di interpretare le eccezioni al diritto d'autore rilevanti per l'addestramento dei modelli di intelligenza artificiale attraverso la lente degli strumenti antitrust. Questo approccio aiuterebbe giudici e policymakers a definire un quadro giuridico prevedibile e coerente, un obiettivo necessario per gestire il nuovo e delicato equilibrio tra diritto d'autore ed intelligenza artificiale.