

9/1/2010

AIDA
ANNALI ITALIANI DEL DIRITTO D'AUTORE
DELLA CULTURA E DELLO SPETTACOLO
Anno XIX 2010

(Estratto)

MARCO LAMANDINI

Televisioni, nuove tecnologie e IP: nuovi mercati e
collecting societies



MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE

MARCO LAMANDINI

Televisioni, nuove tecnologie e IP: nuovi mercati e collecting societies

SOMMARIO: 1. Premessa; – 2. Gestione multinazionale e singoli diritti d'autore o connessi: il diverso atteggiarsi del problema e la centralità dei diritti sulla musica; – 3. «Ambienti» televisivo e online e limiti della territorialità; – 4. L'impossibilità di individuare una regola unitaria per la gestione collettiva dei diritti: brevi cenni di analisi economica; – 5. La posizione «politica» della Commissione CE in materia di gestione collettiva; – 6. La prassi antitrust della Commissione CE in materia; – 7. I problemi lasciati irrisolti dall'intervento della Commissione: frammentazione dei repertori, rischi di consolidamento oligopolistico del mercato e scarsa accountability; – 8. Il problema della «equità» delle tariffe; – 9. Una modesta proposta di riassetto strutturale per la gestione collettiva.

1. Quando 163 anni fa Paul Henriot, Victor Parizot e Ernest Bourget – seduti per caso ad un tavolino de «Les Ambassadeurs» quando l'orchestra attaccò ed eseguì un loro brano - decisero di non pagare il conto del caffè perché il proprietario del locale non aveva a sua volta pagato alcun diritto per l'esecuzione pubblica della musica (1), forse potevano immaginare l'importanza, sul piano dei principi, della loro rivendicazione al diritto al compenso, ma certo non avrebbero creduto possibile che nascesse un'organizzazione «universale» di presidio incaricata della riscossione su scala mondiale (anche) dei (loro) diritti. Né, credo, avrebbero potuto immaginare le complessità istituzionali con le quali siamo chiamati oggi a confrontarci al fine di dare una risposta adeguata alla gestione collettiva dei diritti su scala globale o quantomeno europea. Eppure poco vi è, tra le creazioni umane, di altrettanto universale della musica. L'home bias – la proiezione essenzialmente territoriale del diritto d'autore e dei diritti connessi e così l'ambito per lungo tempo meramente nazionale dei mercati commerciali di riferimento – è dunque, e piuttosto evidentemente, proiezione e funzione della frammentazione delle sovranità e della compartimentazione dei mercati commerciali piuttosto che delle culture; certo, nei repertori letterari, artistici, musicali, una componente di essi ha sempre riflettuto – e continua a riflettere – contenuti, canoni e valori propri di comunità locali, trovando in esse il proprio limite territoriale congenito; ma altra componente di quei medesimi repertori, pur di «origine» nazionale, aveva ed ha in sé intrinseco valore universale o, se non universale, almeno spiccatamente transnazionale. I diritti che sono alla base di quei repertori pongono dunque, di per se stessi, un problema di gestione «multinazionale», quantomeno allargata all'ampia macro-area culturale nella quale quei prodotti artistici sono utilmente fruiti.

2. L'evidente trade off tra natura universale della creazione, natura universale del diritto e suo esercizio e sfruttamento su base meramente nazionale ha tardato

(1) Lo ricorda M.M. FRABBONI, *Collective management of copyright and related rights: achievements and problems of institutional efforts towards harmonisation*, in *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, a cura di ESTELLE DERCLAYE, 2009, p. 377

tuttavia a manifestarsi in pratica. Anzitutto, non tutti i diritti pongono i medesimi problemi. Per fare un esempio, l'editoria non richiede alcuna gestione collettiva del diritto primario d'autore, giacché esso viene acquisito direttamente dall'editore, il quale può poi vendere il libro – anche per via di e-commerce - in ogni lingua per la quale ha ottenuto i diritti senza limiti territoriali. Ciò fa sì che ciò che costituisce tradizionalmente la «prima» tra le industrie culturali ponga un problema di gestione collettiva dei diritti solo con riguardo a taluni diritti secondari, di minore rilevanza economica (tra i quali, per quanto qui rileva nella prospettiva dei «nuovi mercati tecnologici», possono peraltro annoverarsi non solo la comunicazione al pubblico via radio o TV di parti delle opere protette dal diritto d'autore, ma anche la copia digitale e altre attività di digitalizzazione, quale quella di opere esaurite e fuori catalogo) (2). Per certi versi analoga la situazione dei diritti sull'opera cinematografica, che vede la gestione collettiva limitata a settori molto circoscritti e di secondario impatto economico (la copia privata e la ri-trasmissione integrale e simultanea di programmi). Ben diversa la questione con riguardo ai diritti d'autore e connessi sulla musica (per lo streaming – e le sue varianti dei siti con musica di sottofondo e light streaming a scelta, broadcasting, webcasting, simulcasting, music on demand, podcast, servizi radio in store, siti di autoproduzione musicale, suonerie musicali e simili) e, ma con ben diverso rilievo economico, sulle arti visive e sui lavori giornalistici, per i quali tutti la gestione collettiva dei diritti svolge da lungo tempo una funzione essenziale per l'esercizio effettivo dei diritti. Per la sua rilevanza economica e per la ricchezza sia dei precedenti sia delle questioni pratiche e teoriche che in questo contesto sono state e sono dibattute nella prospettiva di una diversa configurazione della gestione collettiva su base universale dei diritti, merita pertanto porre al centro del nostro esame proprio il caso della musica, e cioè della gestione collettiva dei diritti d'autore e connessi sull'opera musicale nel quadro dei nuovi mercati originatisi dall'avvento delle nuove tecnologie. Per vero, per lungo tempo l'esercizio e lo sfruttamento di tali diritti è anche qui avvenuto su base meramente nazionale, dal momento che, per path dependency, i mercati commerciali «di sbocco» per i prodotti audiovisivi (quelli cioè «a valle» della creazione e che se ne servono per fini commerciali) si sono a lungo dimostrati essenzialmente nazionali. Da un lato, il mercato degli utilizzatori dei diritti (i c.d. «commercial users») ha fino a tempi relativamente recenti prevalentemente richiesto (o comunque saputo adattarsi a) licenze territorialmente limitate ad un solo territorio nazionale; dall'altro lato, la gestione dei diritti rispetto ad utilizzazioni c.d. offline e cioè in relazione ad utilizzi «tradizionali» localizzati in un preciso ambito territoriale, normalmente nazionale, è sembrata fino ad ora caratterizzata da minori costi di transazione (e dunque economicamente più conveniente ai titolari dei diritti) in presenza di una spiccata prossimità tra soggetto gestore dei diritti e mercato geografico di sfruttamento di quei diritti. Nei (comparativamente) pochi casi in cui l'opera destinata ad un mercato aveva utilizzi transfrontalieri, ciò si limitava in genere a modesti «sconfinamenti» (ad esempio nel caso delle radio e televisioni transfrontaliere i cui programmi erano ricevuti e

(2) Si tratta di un diritto secondario recentemente previsto tra quelli oggetto di gestione dalla società di gestione collettiva tedesca VGWort. Conf. EWC, testimonianza all'audizione pubblica organizzata dalla DG Mercato Interno il 23 aprile 2010, p. 2.

seguiti anche da comunità nazionali diverse, accomunate tuttavia dalla medesima lingua) (3) che, ai fini dell'esercizio dei diritti d'autore o connessi, hanno potuto essere gestiti contrattualmente dai titolari dei diritti o loro mandatari con assetti contrattuali sì «multiparte», ma comunque relativamente semplici e tali da interessare un numero limitato di soggetti. Il «paese di origine» ha inoltre assai significativamente condizionato la costruzione dei repertori e cioè i diritti sulle creazioni conferiti in gestione: i quali, in mancanza di un unico regime universale di gestione dei diritti e così di una unica «membership» universale rispetto ad un unitario gestore collettivo, e in presenza anzi, spesso, di regole di appartenenza obbligatoria ed esclusiva alla società di gestione collettiva nazionale sono divenuti nazionali anch'essi. Eseguire musica inglese in Italia ha significato, dunque – per fare un esempio tra i tanti – accedere ad un repertorio non già universale – come la natura della creazione avrebbe forse richiesto – bensì nazionale straniero. Per facilitare l'accesso ai diritti di tale repertorio, i soggetti gestori su base nazionale dei diritti hanno scelto la via della reciproca rappresentanza esclusiva: hanno cioè affidato ai gestori nazionali già insediati la cura, nel territorio di riferimento, anche dei repertori stranieri. In tal modo all'utilizzatore finale è stato possibile acquisire i diritti sul repertorio «mondiale» dal gestore nazionale, limitatamente tuttavia al suo sfruttamento in quel medesimo territorio nazionale.

3. L'ambiente on line, le televisioni satellitari e le nuove tecnologie (esemplare, tra i tanti, il caso del servizio di download di musica proposto da Nokia Comes With Music) hanno finalmente posto il diritto d'autore di fronte a questo suo paradosso originario. Hanno in altri termini manifestato come ineludibile - per la prima volta in termini così quantitativamente e qualitativamente rilevanti - l'esigenza dei mercati a valle, che utilizzano le creazioni audiovisuali, di ottenere licenze di tali diritti non più territorialmente limitate e di poterlo fare non solo avvalendosi della facilitazione di un unico «entry point» ma anche traendo vantaggio da un certo smalto competitivo del mercato a monte della gestione dei diritti. Può ben dirsi che, una volta che lo strumento tecnologico di diffusione della musica è divenuto a destinazione potenzialmente universale, il mercato degli utilizzatori dei diritti è, per così dire naturalmente, divenuto insopportabile alla frammentazione e compartimentazione nazionale della loro gestione e ha dunque messo in discussione il consolidato strumento di gestione meramente nazionale degli stessi. Ben si comprende, del resto, come la diffusione su scala mondiale via internet o tramite un canale televisivo satellitare di musica non può credibilmente accompagnarsi ai costi di transazione propri della negoziazione di tante licenze quanti sono i territori nazionali interessati; il rischio di hold out e cioè di opportunistico rifiuto di concessione del diritto o di imposizione di condizioni più gravose da parte di alcuni – in difetto di adeguate regole di azione collettiva – risulterebbe elevatissimo, con il rischio di pregiudicare il buon funzionamento del mercato a valle. Ben si comprendono dunque, in questo contesto

(3) Diverso il caso delle emittenti satellitari che per ragioni tecniche hanno visto il loro segnale raggiungere anche un territorio diverso da quello da esse commercialmente fatto oggetto di sfruttamento: v. ad esempio il caso dell'emittente francese Lagardère, rispetto alla quale si veda Corte di Giustizia, 14 luglio 2005, causa C-192/04

– in ambito europeo, nella prospettiva del c.d. Digital Single Market (4) – le richieste di licenze territorialmente universali, o almeno paneuropee e, quanto ai diritti in esse ricompresi, «full scope» e cioè tali da ricomprendere tutti i diritti necessari alla prestazione dei servizi commerciali a valle, ivi inclusi i diritti di copia privata.

4. In questo nuovo contesto di mercato, diverse possono essere, ovviamente, le risposte istituzionali o di mercato possibili. Ed esse possono anche differenziarsi a seconda dei titolari dei diritti e della natura degli stessi. E' dunque opinione corretta e largamente diffusa tra gli operatori che occorra guardarsi da soluzioni identiche per diritti e scenari di mercato diversi (non è dunque appropriata una regola «one size fits all»).

a) Per rimanere alla musica, un conto infatti è la gestione di diritti spettanti ad una molteplicità di autori, specie «minori», per i quali di necessità – in ragione di costi transattivi (e per evitare altresì che si origini una «tragedy of anticommons») (5) - la gestione deve essere collettiva e avviene attraverso società di gestione «tradizionali» o mutualistiche; altro conto la gestione dei diritti d'autore in proprio da parte di alcuni importanti gruppi musicali o la gestione dei diritti fonografici, per i quali ciascuna major discografica potrebbe avere, e concretamente ha dimostrato di avere (con riguardo ad esempio al downloading e alla diffusione interattiva, ossia la comunicazione al pubblico in maniera che possa essere scelto il brano ed il momento dell'ascolto, riservando alle sole collecting il simulcasting e webcasting non interattivo, ossia la diffusione su un canale lineare senza la possibilità che il pubblico possa determinare la scelta di un brano o di una sequenza di brani)., interesse a gestire anche in proprio la licenza mondiale dei diritti, senza avvalersi di alcun gestore collettivo (6) o quando si avvale di un soggetto collettivo ha interesse a che esso sia «dedicato» (ne è un esempio l'accordo IFPI sul simulcasting, approvato nella ver-

(4) Secondo uno studio delle European Policy Centre dell'aprile 2010 il mercato unico digitale potrebbe generare crescita economica per circa 500 miliardi di euro in 10 anni.

(5) V. ad esempio A. KATZ, *The Potential Demise of another Natural Monopoly: Rethinking the Collective Administration of Performing Rights*, in *Journal of Competition Law and Economics*, 2005, 1(3), p. 559

(6) Circostanza, questa, che potrebbe dover far ripensare l'approccio relativamente «liberale» finora dimostrato dalle autorità di concorrenza rispetto a tali collecting dedicate, in particolare ove ad esse aderiscano le major discografiche e tali collecting operino anche sui mercati on line, giacché, una volta dimostratosi che per i mercati on line le singole major hanno un interesse a gestire in proprio e non in via collettiva il loro repertorio, per esse non sembra (più) del tutto convincente l'argomento che individuerebbe nella efficienza nella riduzione dei costi di transazione la virtù redimente rispetto al rischio di equilibri collusivi, specialmente nelle politiche di prezzo. Giova del resto rammentare che nella fissazione dei prezzi anche queste collecting dedicate trovano limiti solo in relazione a taluni diritti (v. ad esempio, in Italia, la determinazione ministeriale delle sole tariffe di cui all'art. 73 l.d.a.). Da rimeditare appare pertanto l'affermazione, che si legge ad esempio al paragrafo 40 del provvedimento n. 7422 del 27 luglio 1999 dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato rispetto ad una collecting dedicata italiana secondo cui lo spazio rimesso alle determinazioni di prezzo della società collecting – beninteso, da fare poi oggetto di contrattazione di mercato – avrebbero «una portata marginale nel complesso dei diritti gestiti in via collettiva, tale da non assumere un'apprezzabile consistenza in termini di capacità di restringere la concorrenza».

sione condivisa con la Commissione nell'aprile 2002) (7). Ciò pone una prima essenziale questione di disegno istituzionale delle società di gestione collettiva, dal momento che viene qui in discussione non solo il loro modello organizzativo (tradizionale o dedicato) ma anche la legittimità e l'opportunità economica, sul piano dell'efficienza e delle competitività: (i) di regole di conferimento obbligatorio della gestione dei diritti ad una società di gestione collettiva; (ii) di regole che, pur ove il conferimento sia facoltativo, subordinino lo stesso all'attribuzione integrale e in esclusiva di tutti i diritti e non soltanto di alcuni, sì da impedire che il titolare dei diritti possa avvalersi della gestione collettiva per alcuni e ne possa viceversa esercitare in proprio altri e possa comunque licenziare anche i proprio i diritti pur fatti gestire, in via non esclusiva, anche dalla società di gestione collettiva.

b) Quanto poi alla risposta che gli strumenti di gestione collettiva possono dare al problema delle licenze mondiali o comunque multinazionali, ciò in linea teorica può avvenire vuoi attraverso un meccanismo di coordinamento internazionale tra i gestori nazionali (un equilibrio collusivo internazionale che genera potere monopolistico in ambito nazionale) vuoi mettendo gli stessi in concorrenza tra loro (sia pure, come si dirà, essenzialmente sui loro costi amministrativi e sulle spese di gestione). Entrambe le soluzioni presentano profili di complessità non trascurabili, che merita brevemente considerare, ripercorrendo, sia pure assai sinteticamente, i più importanti precedenti comunitari in materia.

5. La Commissione Europea, come è largamente noto, ha da tempo avviato un processo politico volto a favorire il superamento dei tradizionali assetti di gestione collettiva dei diritti al fine di promuovere risposte di mercato capaci di dare adeguata risposta ai mercati online. Con la raccomandazione del 18 maggio 2005 (8) sulla gestione transfrontaliera collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi la Commissione, rilevata la necessità – a fronte della «ubiquità» dell'ambiente online – di licenze multiterritoriali, ha promosso, seppur con uno strumento apparentemente «debole» (di mera soft law) quale la raccomandazione che si è tuttavia dimostrato non inefficace (9), il superamento delle restrizioni territoriali in forza delle quali era necessario concludere contratti di licenza dei diritti con il gestore collettivo di ciascun paese interessato dall'utilizzo online della musica; ciò attraverso il riconoscimento della facoltà, in capo a ciascun titolare dei diritti, di scegliere liberamente la collecting society cui affidare la gestione dei suoi diritti per utilizzi online, indipen-

(7) Commissione, decisione 8 ottobre 2002 (OJ L 107/62 del 30 aprile 2003)

(8) Raccomandazione 2006/737/EC. Si vedano anche la Comunicazione al Consiglio, al Parlamento Europeo e al Comitato Economico Sociale europeo sulla gestione dei diritti di autore e connessi nel mercato interno, Bruxelles, 16 aprile 2004, COM (2004) 261 definitivo. Per una accurata illustrazione v. A. SABATUCCI, *Collecting societies e antitrust, tesi di dottorato*, Pavia, 2008, p. 56 ss.

(9) V. Commissione, *Monitoring of the 2005 Music Online Recommendation*, Bruxelles, 7 febbraio 2008, dove a pag. 5 notizie sulla prima licenza paneuropea concessa da CELAS a Omnifone il 26 gennaio 2008 relativa al repertorio EMI per i servizi di downloading mediante telefono cellulare (c.d. servizio MusicStation) nonché la descrizione delle, peraltro piuttosto variegate, iniziative adottate dalle collecting societies per offrire licenze pan-europee (Alliance Digital; Armonia, CELAS, PEDL, SACEM-UMPG e altre minori).

dentemente dallo Stato membro di residenza o dalla nazionalità del gestore o del titolare dei diritti. In tal modo la raccomandazione promuove la concorrenza pan-europea tra società di gestione, essenzialmente attraverso la progressiva costruzione di repertori differenziati non già in funzione della nazionalità o residenza del titolare del diritto bensì in funzione di una libera scelta di mercato. Avviene così che le collecting societies, che fino ad allora esercitavano un monopolio (o quasi monopolio) di fatto sui singoli mercati nazionali riferito sia al repertorio proprio sia a quello «universale» per effetto di accordi di rappresentanza reciproca in esclusiva, sono state poste in concorrenza tra loro quantomeno sul mercato delle licenze per usi online. Di converso, si determina una frammentazione dei repertori, che, da un lato, è suscettibile di pregiudicare gli autori facenti parte di repertori meno «appetiti» dal mercato e, dall'altro lato, favorisce in prospettiva (per effetto delle scelte che razionalmente gli autori saranno portati a fare di privilegiare l'adesione alle collecting con i migliori repertori) l'emersione di un oligopolio internazionale (una concorrenza cioè effettiva tra solo poche collecting capaci di attrarre il miglior repertorio) e impone agli utilizzatori commerciali – per l'acquisizione in licenza dell'intero repertorio universale su di un medesimo territorio - una pluralità di contratti (tanti quanti sono i diversi frammenti di repertorio che vanno composti contrattualmente per ricostituire l'ampiezza universale dello stesso). Per questa ragione il modello teorico di riferimento adottato dalla Commissione non è andato esente da critiche, anche a livello istituzionale. Particolarmente severe quelle mosse dal c.d. rapporto Levai del Parlamento Europeo (10) secondo cui il ridisegno strutturale voluto dalla Commissione rappresenterebbe «una grave minaccia per la salute e la vitalità della diversità culturale in Europa, poiché la rimozione del repertorio internazionale dalla rete delle collecting nazionali potrebbe indurre molte di loro a cessare l'attività, a scapito dei repertori locali e minoritari».

6. A dispetto delle critiche, la Commissione ha mostrato anche recentemente di voler perseguire con coerenza il progetto politico di ridisegno del mercato delle società di gestione collettiva da essa proposto.

a) Anzitutto, con la decisione CISAC del 16 luglio 2008 (11) la Commissione

(10) Report on the Commission Recommendation of 18 October 2005 on collective cross border management of copyright and related rights for legitimate online music services (2005/737/EC) (2006-2008 INI) (A6-0053/2007 Final). A questo rapporto del novembre 2006 ha fatto seguito una risoluzione del 13 marzo 2007. Si noti che il Parlamento europeo si era già espresso sul tema alcuni anni prima con risoluzione del 15 gennaio 2004.

(11) Caso COMP/C2/38698 – CISAC. Si noti che i principi affermati dalla decisione trovano ancora resistenze nazionali ad una loro generalizzata applicazione: emblematico il caso GEMA c. BUMA e STEMRA deciso da LG Mannheim, con sentenza 7 novembre 2008, in BeckRS, 2009, 06328 (ne devo la segnalazione alla cortesia di Alessandro Cogo. In generale si ritiene di conseguenza che i principi espressi in CISAC siano «limited in scope» giacché si riferiscono ad una sola categoria di diritti (quelli di esecuzione) se e in quanto sfruttati in un limitato numero di media (ondine, televisione via filo e satellite): F.HOUWEN, R. NEVILLE, RISKY BUSINESS: CURRENT CHALLENGER in the *Relationship Between Competition Law and CopyRight*, in *2009 Comp Law*, p. 29. Ciò spiega anche perché questioni non molto dissimili siano state fatte oggetto di rinvio pregiudiziale da parte della High Court inglese, nel caso Football Association Premier League (caso C-403/08) con riguardo agli accordi territoriali re-

ha giudicato in contrasto con l'art. 81 (ora 101 TFEU) sia la clausola di affiliazione del contratto tipo della Confederazione Internazionale delle Società di Autori e Compositori – la quale vietava a ciascuna società di gestione nazionale di accettare come membro un aderente ad altra società di gestione collettiva o che sia comunque di nazionalità del paese in cui tale altra società opera – sia le restrizioni territoriali che ostacolano la concorrenza tra i membri della CISAC per la concessione di licenze di diritti di esecuzione agli utilizzatori commerciali. Con questa decisione la Commissione ha compiuto un ulteriore, e deciso, passo verso l'apertura concorrenziale del mercato della gestione collettiva dei diritti su scala pan-europea dando compimento ad un percorso applicativo che, sul piano dell'enforcement antitrust nel settore, per vero muove da lontano. Ed invero, per quanto riguarda le restrizioni in materia di affiliazione, basterà ricordare che la Commissione, già nel lontano 1971, nella decisione GEMA (12), aveva vietato alle società di gestione collettiva di fare discriminazioni sulla base della nazionalità dei titolari dei diritti sia quanto all'affiliazione sia quanto ai metodi di distribuzione delle royalty incassate e aveva del pari ritenuto che non potevano essere imposti ai titolari dei diritti contratti di lunga durata né esclusive per lo sfruttamento dei diritti su base mondiale. Coerentemente, la Corte di Giustizia nel caso SABAM (13), aveva precisato che le condizioni imposte da una società di gestione collettiva potrebbero risultare abusive ai sensi dell'art. 82 (allora 86) del trattato qualora impediscano al titolare l'esercizio del diritto d'autore oltre quanto necessario al «raggiungimento dello scopo sociale delle società di gestione». E ancora nei primi anni ottanta la Corte di Giustizia, nel caso GVL (14), aveva confermato la decisione 81/1030/CEE della Commissione che aveva riscontrato la violazione dell'art. 82 nel rifiuto opposto da una società di gestione collettiva di diritti connessi tedesca di affiliare artisti stranieri privi di domicilio in Germania e di tutelarli in quel paese.

b) Quanto poi alle restrizioni territoriali, è ben noto che la Corte se ne era ampiamente occupata nelle cause Tournier (15) e Lucazeau (16), nelle quali, pur riconoscendo che in linea di principio «i contratti di rappresentanza reciproca di cui trattasi sono contratti di prestazione di servizi di per sé non restrittivi della concorrenza» aveva anche avvertito che «la conclusione potrebbe essere diversa se questi contratti istituissero un'esclusiva nel senso che le società di gestione si fossero impegnate a non dare accesso diretto al loro repertorio agli utilizzatori di musica registrata stabiliti all'estero». Nel caso CISAC, per l'appunto, la Commissione ha valutato negativamente – ravvisandovi una pratica concordata vietata – «la definizione sistematica dei territori per la concessione di licenze di diritti d'autore per alcuni tipi di sfruttamento (trasmissione via satellite, via cavo e via internet) alla luce del test definitivo nelle cause Tournier e Lucazeau e delle caratteristiche di tali nuove forme

lativi alle trasmissioni televisive.

(12) Decisione 71/224/CEE

(13) Causa 127/73, in *Raccolta*, 1974, p. 313, punto 15 della motivazione.

(14) Causa 7/82, in *Raccolta*, 1983, p. 483, punti 38 e 47 della motivazione.

(15) Causa 395/87, in *Raccolta*, 1989, p. 2521, punto 17 della motivazione.

(16) Cause riunite 110/88, 241/88 e 242/88

di sfruttamento». Peraltro già con le decisioni *Trasmissioni in simulcast* (17) e *Accordo di proroga di Cannes* (18) la Commissione si era occupata delle relazioni tra società di gestione collettiva e utilizzatori commerciali in ambiente multiterritoriale e/o elettronico: con la prima decisione, la Commissione aveva concesso l'esenzione solo dopo che le società di gestione avevano modificato i loro accordi internazionali per la concessione di licenze multiterritoriali per la trasmissione in simulcast nel senso di consentire il rilascio della licenza da parte di qualunque società di gestione in ambito europeo. Con la seconda le società che gestivano i diritti di riproduzione meccanica erano state autorizzate a concedere licenze multiterritoriali alle case discografiche (utilizzatori finali) quale che fosse «l'entry point» scelto dall'utilizzatore finale mediante applicazione di una tariffa consistente in un tasso uniforme concordato tra tutte le società di gestione collettiva, purché tuttavia fosse consentita a ciascuna società di gestione collettiva applicare rispetto a questo tasso uniforme uno sconto in funzione dei propri costi amministrativi. La ratio comune di queste decisioni è che, assumendo che il provento multiterritoriale del diritto d'autore o concesso non cambia da società di gestione a società di gestione essendo la somma dei proventi nazionali, ciò che può e deve cambiare a seconda della società collettiva che rilascia la licenza sono le spese di gestione: su tale aspetto può determinarsi pertanto una concorrenza efficace di prezzo tra le società collecting diversamente dislocate geograficamente di cui gli utilizzatori finali possono utilmente beneficiare senza che tale concorrenza arrechi pregiudizio economico ai titolari dei diritti d'autore.

c) Infine, sia nel suo «Opportunities in online Goods and Services: Issues Paper» del 2008 sia nel suo «Reflection document» dell'ottobre 2009 ha ribadito di deplorare la mancanza di licenze multiterritoriali e la frammentazione dei diritti che impone l'acquisizione di molteplici licenze separate per consentire all'utilizzatore commerciale la prestazione dei suoi servizi. La nuova Commissione, poi, ha indicato come una delle sue priorità di azione il conseguimento del mercato unico digitale (agenda 2020).

7. Il modello concorrenziale di riassetto strutturale su base globale o almeno europea delle relazioni tra società di gestione collettiva lascia tuttavia irrisolti, a mio modo di vedere, almeno due fondamentali aspetti. Da un lato, come già osservato, questo modello per sua natura determina la frammentazione verticale dei repertori. Ciò, da un lato, aumenta i costi di transazione per l'acquisto da parte degli utilizzatori finali di un repertorio universale e, dall'altro lato e soprattutto, rischia di indurre un rapido processo di consolidamento oligopolistico su base globale dell'industria posto che solo le collecting con i migliori repertori potranno verosimilmente superare la prova del mercato. In luogo dell'attuale assetto monopolistico di fatto su base nazionale si potrebbe dunque determinare, in breve tempo, un oligopolio mondiale o almeno europeo che riproporrebbe fatalmente gli stessi problemi di dominanza, questa volta collettiva, del mercato in passato sperimentati con riguardo ai singoli

(17) Decisione 2003/300/CE dell'8 ottobre 2000.

(18) Decisione 2007/735/CE del 4 ottobre 2006.

mercati nazionali e che proprio l'apertura alla concorrenza internazionale avrebbe voluto curare. Dall'altro lato, e correlativamente, questo modello concorrenziale, per quanto certamente meglio di un mero equilibrio collusivo tra monopoli nazionali, elude a mio modo di vedere i principali problemi posti dalla gestione collettiva dei diritti: (i) il metodo di determinazione del compenso richiesto agli utilizzatori finali e l'equità dello stesso nonché (ii) la gestione trasparente e fiduciaria dell'attività rispetto ai mandanti. Mi pare infatti evidente che, anche in un contesto di concorrenza oligopolistica su scala internazionale si dovrebbe continuare a domandarsi se i compensi pretesi dalle società di gestione collettiva – che, lo si ricordi, sono prezzi uniformi imposti, diversi dunque da quelli unilateralmente pretesi dal singolo titolare del diritto, il quale di per sé non è mai in posizione dominante - sono «equi», se la loro riscossione avviene in modo non discriminatorio e trasparente nei confronti degli utilizzatori finali, se il riparto avviene correttamente in relazione all'effettivo uso della creazione protetta, se nella relazione con i titolari dei diritti la società collecting non imponga condizioni economicamente irragionevoli (19), se la governance delle società di gestione collettiva offra sufficienti presidi a garanzia di tutto questo.

8. La (relativamente) recente decisione della Corte di Giustizia nel caso Kanal 5 (20) offre utili indicazioni, specialmente a riguardo della determinazione delle tariffe. Un tema che, a mio modo di vedere, non può che rivestire un interesse centrale nella prospettiva del ridisegno strutturale del settore. La Corte di Giustizia, pur mostrando a ben vedere un atteggiamento più deciso di quello in passato fatto proprio nel caso Sena (21) che nella sostanza aveva rimesso alla competenza nazionale la valutazione del carattere equo o non equo e pur seguendo l'avviso dell'avvocato generale Trstenjak (22), secondo cui il controllo antitrust del carattere equo e non abusivo delle tariffe deve sostanziarsi nella verifica «se un metodo di calcolo faccia venire meno un rapporto equo tra esercizio del diritto d'autore e remunerazione», ha riconfermato nella sostanza la difficoltà di una verifica giudiziale *ex post* dell'entità delle tariffe. La Corte ha sì concluso che un metodo calcolato in percentuale fissa dei profitti di un'emittente televisiva sarebbe senz'altro abusivo giacché porterebbe a «svincolare la remunerazione dall'utilizzazione effettiva di opere musicali protette» mentre una percentuale variabile sui profitti non sarebbe abusivo, purché i canoni corrispondano ad una quota delle entrate delle emittenti che a sua volta sia globalmente proporzionata alla quantità delle opere tutelate dal diritto d'autore effettivamente o potenzialmente telediffusa e «salvo che un altro metodo consenta di identificare e di quantificare in maniera più precisa l'utilizzo di tali opere». Tuttavia

(19) Le società di gestione impongono ad esempio ai loro aderenti di conferire tutti i loro diritti; al titolare dei diritti non è dunque data altra scelta che affidare tutti i diritti o nessuno. E l'affidamento è in esclusiva, nel senso che il titolare dei diritti non può fare concorrenza alla società collecting nell'esercizio cumulativo dei diritti.

(20) Corte di Giustizia, 11 dicembre 2008, Causa C-52/07; di grande interesse anche l'opinione dell'avvocato generale Trstenjak dell'11 settembre 2008.

(21) Corte di Giustizia, 6 febbraio 2003, in causa c.245/00.

(22) Conclusioni 11 settembre 2008 in causa C-52/07, in specie paragrafo 49.

è emerso in modo inequivoco che esiste nel settore una difficoltà obiettiva ad individuare il valore economico sia dei diritti d'autore sia delle prestazioni delle società di gestione collettiva sicché non può avere utile applicazione in questo contesto il metodo utilizzato, a partire da *United Brands* (23), per verificare il carattere equo o non equo dei prezzi: quello del raffronto prezzo/costi. Come è stato correttamente rilevato dall'avvocato generale, «un siffatto approccio implica, tuttavia, logicamente la possibilità di trarre dai costi di produzione conclusioni in ordine al valore della prestazione. Tale approccio non può però essere trasposto ai diritti d'autore, in quanto sembra difficile poter determinare i costi di produzione relativi alla realizzazione di un'opera musicale ovvero trarne conclusioni in ordine al valore della prestazione». Questa conclusione sembra trovare conferma anche nel (relativamente) recente caso *iTunes*, chiuso dalla Commissione senza adozione di misure nel gennaio 2008 (24) a seguito dell'impegno assunto da Apple di uniformare i prezzi per il download in tutt'Europa. Quel procedimento ben illustrò infatti come sia complesso determinare il merito dei prezzi applicati dal momento che le dinamiche di prezzo promosse dai titolari dei diritti o dalle loro *collecting* nei diversi territori nazionali non sono omogenee, influenzandone così gli esiti anche nei mercati a valle.

9. Mi chiedo dunque se sul piano della politica del diritto non sia altra la strada che andrebbe percorsa: una via che sappia realizzare il massimo di efficacia contemperando maggiormente tra tradizioni giuridiche e mettendo a factor comune, attraverso l'azione complementare di pubblico e privato, i rispettivi punti di forza. E, seppur provocatoriamente, mi avventuro nell'accennarla assai sinteticamente pur consapevole del fatto che: (i) la mia visione risente, all'evidenza, di un *home bias* ed è cioè influenzata da un modello istituzionale della gestione dei diritti di ispirazione pubblicistica, quale quello che ispira l'art. 180 l.a. e che la Corte Costituzionale ha ritenuto trovare «piena e razionale giustificazione nell'esigenza di interesse generale e quindi pubblico di adeguata protezione del diritto d'autore e di altri diritti commessi»; (ii) ben altri sono gli umori e gli orientamenti dei *market players* che hanno finora dimostrato di avere voce nel processo politico in materia (gli uni, le principali società *collecting*, attenti a preservare per quanto possibile meccanismi di coordinamento delle esclusive e gli altri, gli utilizzatori commerciali, volti a favorire la concorrenza internazionale tra *collecting* al fine di veder abbassati i costi unitari delle licenze) e (iii), come purtroppo dimostra la storia della Siae (a dispetto della razionalità del modello astratto) i fallimenti istituzionali non sono minori, né meno gravi, dei fallimenti di mercato, sicché occorre ben guardarsi dall'attribuire alle istituzioni efficienze che purtroppo difficilmente esse conseguono o dal sottovalutare i costi e gli errori insite in tali inefficienze istituzionali. Poiché tuttavia a me pare che l'attuale sistema di gestione collettiva dei diritti sia caratterizzato, a ben vedere, da imponenti fallimenti di mercato e anche le linee evolutive indicate dalla Commissione non siano esenti da significativi rischi, mi pare che meriti sottoporre ad attenta valutazione economica anche l'ipotesi di un ridisegno strutturale della gestione collettiva dei di-

(23) Sentenza 14 febbraio 1978, causa C-27/76, paragrafi 239 ss.

(24) European Commission welcomes Apple's announcement to equalise prices for music downloads from iTunes in Europe, press release IP/08/22 (9 gennaio 2008).

ritti che assegni un ruolo più complementare sia alle forze di mercato sia ad un ben definito intervento pubblico comunitario. Un simile intervento di ridisegno, d'altronde, nella prospettiva armonizzatrice propria del mercato unico, potrebbe utilmente essere realizzato, non tanto, come prefigura la Commissione (per vero sulla base delle indicazioni a suo tempo ricevute dal Parlamento Europeo), con una direttiva quadro, bensì con un regolamento. Mi chiedo in altri termini se non sia opportuno trasferire, per la gestione pan-europea dei diritti d'autore (ben diverso è infatti il caso, come si è visto, dei diritti i connessi spettanti alle imprese fonografiche), i repertori nazionali attualmente gestiti dalle singole collecting nazionali ad un'unica agenzia europea indipendente (nei cui organi di governo siano peraltro adeguatamente rappresentati, ma in minoranza, anche gli stakeholders dell'industria), alla quale possano essere attribuiti: (i) sia il compito della definizione dell'equo compenso spettante agli aventi diritto, (ii) sia funzioni di determinazione degli standard tecnici sulla cui base le collecting societies devono operare (un single rule book europeo) (iii) sia funzioni di supervisione tecnica delle stesse (anche con riguardo alle attività di gestione e riparto dei repertori nazionali rispetto a licenze meramente nazionali). Si tratterebbe, in tal modo, di istituire un organismo comunitario investito di un servizio economico di interesse generale (25): un servizio, tuttavia, limitato alla «tenuta» del repertorio paneuropeo, non invece esteso all'attività di collecting in senso proprio. A tal fine l'art. 95 del Trattato (ora art. 114 TFEU) offre – come ben ha precisato la Corte di Giustizia nei casi «agenzia per la sicurezza delle reti informatiche» (26) e «aromi per sigarette» (27) - una solida base giuridica. Le decisioni con funzione regolatoria dell'agenzia potrebbero rendersi vincolanti, al pari di quanto previsto nel quadro della riforma della vigilanza finanziaria europea, mediante approvazione da parte della Commissione e l'agenzia potrebbe assumere, all'occorrenza, anche una struttura federale (ove le attuali collecting nazionali scindessero l'attività di tenuta del repertorio e, limitatamente a questa funzione, si caratterizzassero quali articolazioni territoriali dell'agenzia comunitaria). Per garantire la complementarietà efficace dell'azione pubblica e di quella privata, l'agenzia non dovrebbe peraltro provvedere essa stessa ad espletare le funzioni di mercato proprie delle società collecting, ma dovrebbe al contrario limitarsi a sub-concedere in gestione, in via non esclusiva e ad identiche condizioni, l'intero repertorio a qualunque collecting che ne faccia richiesta. In tal modo sia la determinazione delle tariffe per la quota spettante ai titolari dei diritti sia il meccanismo di riparto dei proventi – che fino ad oggi hanno manifestato gravi inefficienze – potrebbero beneficiare di un intervento istituzionale di supplenza e di presidio, beninteso – a differenza dell'art. 180 l.a. – tale da non imporre al titolare del diritto l'obbligatoria gestione collettiva del suo diritto (di talché resterebbe vivace la concorrenza «esterna» tra società di

(25) In tal modo assimilando l'agenzia comunitaria alla natura riconosciuta in Italia alla Siae: v. Autorità garante della concorrenza e del mercato, provvedimento 28 luglio 1995, n. 3195.

(26) Corte di Giustizia, 2 maggio 2006, caso C-217/04, Regno Unito c. Parlamento Europeo.

(27) Corte di Giustizia, 6 dicembre 2005, caso C-66/04, Regno Unito c. Parlamento Europeo.

gestione, da un lato, e singoli titolari di importanti diritti). Al contempo, il vero nucleo industriale dell'attività sarebbe riservata non già all'ente pubblico titolare del repertorio bensì al mercato e in un simile scenario le società di gestione collettiva (avendo scorporato la funzione di tenuta del repertorio demandata all'agenzia) si troverebbero a competere tra loro con uguali prodotti (il repertorio paneuropeo), potendo così utilmente confrontarsi sul mercato in relazione ai loro costi e alla loro efficacia sia nel licensing sia nel recupero dei crediti (un ambito, quest'ultimo, che non può prescindere dalla territorialità degli apparati giurisdizionali): la loro natura verrebbe in tal modo più propriamente ricondotta a quella di prestatori di servizi «a valle» dei diritti esclusivi e la loro azione integralmente ricondotta ad una genuina dinamica concorrenziale.