



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI
'FEDERICO II'

Dottorato di ricerca in
DISCIPLINA DEL MERCATO E DELLA CONCORRENZA NELL'UNIONE EUROPEA
- Ciclo XXVIII -

LA GESTIONE COLLETTIVA
DEI DIRITTI D'AUTORE NELL'UNIONE EUROPEA
TRA REGOLAZIONE E CONCORRENZA

COORDINATORE DEL CORSO DI DOTTORATO E RELATORE:

Chiar.mo Prof. Roberto Mastroianni

DOTTORANDO
Alberto Capobianco

Anno Accademico 2016/2017

Ad Ilaria

*«Le emozioni passano,
i sentimenti restano»
Zygmunt Bauman*

PREFAZIONE

L'esigenza di affrontare il tema oggetto di questo elaborato nasce dalla curiosità di comprendere i complessi meccanismi che governano la produzione e la circolazione dei prodotti culturali necessari per lo svolgimento di determinate attività economiche. Le ragioni di tale interesse risiedono nella consapevolezza che il fenomeno, se inteso nella sua dimensione storica, è oggi nel pieno di una fase evolutiva sviluppatasi intorno al confronto dialettico tra la globalizzazione dei mercati ed il principio di territorialità della proprietà intellettuale.

Considerata la vastità dell'argomento, il lavoro di ricerca è stato anzitutto circoscritto alla sola gestione collettiva dei diritti d'autore in modo da avere il campo sgombro da altre forme di intermediazione, come ad esempio quelle dei diritti connessi che seguono logiche differenti – perlopiù imprenditoriali – rispetto a quelle delle società di autori. Dall'analisi è stato inoltre espunto l'esame dei singoli sistemi nazionali di gestione collettiva, caratterizzati in alcuni casi da profonde divergenze (si pensi al duopolio americano di ASCAP e BMI). Seppur la comparazione tra i diversi ordinamenti nazionali sarebbe stata particolarmente interessante, la ricerca si è concentrata sulla dimensione sovranazionale del fenomeno, inquadrandolo nel ben definito contesto giuridico dell'Unione europea.

Una sola eccezione è stata fatta per il recepimento della direttiva 2014/26/UE sulla gestione collettiva dei diritti d'autore in Italia. Ho avuto il privilegio di assistere nel corso di un periodo di stage presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri ai lavori di redazione del decreto legislativo diretti dall'ufficio legislativo del Dipartimento politiche europee del Governo. L'occasione, più unica che rara, ha consentito un proficuo approfondimento delle difficoltà che le istituzioni italiane hanno incontrato nell'attuazione della direttiva e che hanno determinato l'apertura di una procedura d'infrazione per ritardato recepimento.

Il titolo prescelto («La gestione collettiva dei diritti d'autore nell'Unione europea tra regolazione e concorrenza») rispecchia, inoltre, il tema peculiare del corso di dottorato al quale ho partecipato, ovvero quello sulla «Disciplina del mercato e della concorrenza nell'Unione europea», tenutosi nell'Università degli Studi di Napoli Federico II a partire dal 2013. Il percorso di studi mi ha permesso di approfondire tematiche economiche fondamentali per lo studio della materia in questione. Il bagaglio culturale acquisito mi ha consentito di condurre, seppur con molta cautela, un'analisi di impatto dell'attuazione del diritto dell'Unione su sistemi economici tendenti spontaneamente a forme monopolistiche, come quello della gestione collettiva dei diritti d'autore. I risultati raggiunti, pur sulla scorta di un materiale bibliografico non cospicuo in argomento, hanno evidenziato che il libero dispiegarsi delle forze di mercato e della concorrenza non

sempre è auspicabile ma che sia necessario porvi un argine attraverso lo strumento della regolazione.

Quanto alla struttura del lavoro, si è scelto di sviluppare la ricerca lungo due linee direttrici. La prima segue il fenomeno evolutivo delle società di autori nel suo sviluppo diacronico, prendendo le mosse dalle origini storiche per poi giungere all'attuale *status quo* di detti enti. La seconda, invece, parte dall'esame di un contesto giuridico ampio, volto ad inquadrare l'incidenza delle norme dell'Unione europea sull'esercizio dei diritti d'autore, per poi focalizzare l'attenzione sull'attuale disciplina specifica della gestione collettiva, proprio come un modello composto da cerchi concentrici.

Mi sia consentito, infine, esprimere la più sentita gratitudine a tutte quelle persone che hanno avuto modo di lasciare un segno indelebile in questo percorso di crescita nel mondo accademico ed in particolare al prof. Roberto Mastroianni per i suoi insegnamenti e per avermi trasmesso la passione per lo studio del diritto dell'Unione europea, al prof. Luigi Carlo Ubertazzi per avermi introdotto e guidato nell'affascinante mondo della proprietà intellettuale, al dott. Gianluca Sepe, impareggiabile mentore e sincero amico e alla dott.ssa Carla Marincovich per le arricchenti e stimolanti occasioni di confronto.

Bari, 31 marzo 2017



SOMMARIO

Prefazione.....	III
Sommario	VI

CAPITOLO I

PROFILI STORICI DEI SISTEMI DI GESTIONE COLLETTIVA

1. Le radici del diritto d'autore in Europa (cenni)	3
2. La nascita degli enti di gestione collettiva	7
3. L'età dell'internazionalizzazione. La Convenzione dell'Unione di Berna e la <i>Confédération Internationale des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs</i> ...	12
4. La cooperazione tra le società di gestione collettiva nel sistema di mercato.....	18
5. I riflessi solidaristici e culturali della tutela collettiva dei diritti d'autore.	25
6. Alle origini del processo evolutivo. La società dell'informazione e le nuove tecnologie	29
7. Il diritto dell'Unione europea e la gestione collettiva. Un punto di vista privilegiato	36

CAPITOLO II

LE SOCIETÀ DI GESTIONE COLLETTIVA NELLA CORNICE DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

1. I limiti soggettivi all'applicazione delle norme del Trattato. La nozione di impresa, i servizi di interesse economico generale	45
2. I limiti oggettivi all'applicazione delle norme del Trattato: a) libertà economiche fondamentali e diritto d'autore	55
3. (Segue). b) diritto della concorrenza e diritto d'autore.....	63
4. (Segue). c) la diversità culturale.....	69

5. Alcune considerazioni sistematiche	78
---------------------------------------------	----

CAPITOLO III

L'ADATTAMENTO DEI MODELLI DI GESTIONE COLLETTIVA AL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

1. L'abuso di posizione dominante. I rapporti con gli autori	82
2. (Segue). I rapporti con gli utilizzatori	87
3. Il divieto di intese e gli accordi di reciproca rappresentanza	99
4. Le libertà economiche fondamentali ed i monopoli nazionali	108
5. Lo statuto concorrenziale delle società di gestione collettiva	116

CAPITOLO IV

LA REGOLAZIONE EUROPEA DELLA GESTIONE COLLETTIVA DEI DIRITTI D'AUTORE

1. L'originaria neutralità dell' <i>acquis</i> comunitario rispetto alle modalità di gestione dei diritti.....	123
2. L'approccio dell'Unione europea alla gestione collettiva dei diritti d'autore nel mercato interno	130
3. La comunicazione della Commissione europea del 2004 sulla «Gestione dei diritti d'autore e diritti connessi nel mercato interno».....	133
4. La raccomandazione della Commissione europea del 2005 sulla gestione transfrontaliera collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi nel campo dei servizi musicali <i>on-line</i> autorizzati	138
5. Le critiche alla raccomandazione sulla gestione collettiva dei diritti d'autore: deficit democratico e limiti del modello efficientista.	143
6. Verso l'adozione di uno strumento vincolante. La proposta di direttiva e la valutazione d'impatto.....	152
7. La direttiva 2014/26/UE sulla gestione collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi.....	158
8. Il recepimento della direttiva 2014/26/UE in Italia.....	170

Considerazioni conclusive	179
Bibliografia	184
Indice cronologico della giurisprudenza citata	197
Indice degli atti citati.....	200

CAPITOLO I

PROFILI STORICI

DEI SISTEMI DI GESTIONE COLLETTIVA

CAPITOLO I

PROFILI STORICI

DEI SISTEMI DI GESTIONE COLLETTIVA

SOMMARIO: 1. Le radici del diritto d'autore (cenni). – 2. La nascita degli enti di gestione collettiva. – 3. L'età dell'internazionalizzazione. La Convenzione dell'Unione di Berna e la *Confédération Internationale des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs*. – 4. La cooperazione tra le società di gestione collettiva nel sistema di mercato. – 5. I riflessi solidaristici e culturali della tutela collettiva dei diritti d'autore. – 6. Alle origini del processo evolutivo. La società dell'informazione e le nuove tecnologie. – 7. Il diritto dell'Unione europea e la gestione collettiva. Un punto di vista privilegiato.

«Dei tre interessi che gravitano attorno ad un'opera dell'ingegno – di chi la crea, di chi la fa circolare e di chi la usa direttamente – l'ultimo a trovare una specifica protezione nell'ordinamento giuridico è stato, storicamente, quello dell'autore»¹.

1. *Le radici del diritto d'autore in Europa (cenni).*

L'affermazione che introduce il presente capitolo pone l'accento su alcuni elementi che hanno contribuito alla nascita e allo sviluppo dei sistemi di tutela degli interessi degli autori. In particolare, l'esigenza di diffondere conoscenze, arti e tecniche acquisite attraverso l'esperienza ha favorito nel

¹ P. GRECO e P. VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, in Trattato Vassalli, Unione tipografica – editrice torinese, Torino, 1974, 1.

tempo l'ideazione e la realizzazione di supporti sui quali è stato possibile fissare informazioni in modo durevole nel tempo rispetto alla comunicazione orale. Prendendo le mosse da una prospettiva storica, l'Europa è stata la culla di quella invenzione rivoluzionaria chiamata stampa². Attraverso essa è stato possibile rendere più veloce il processo di copiatura di manoscritti con un conseguente abbattimento dei costi e dei tempi necessari alla rilegatura di un libro.

Tale innovazione, pur avendo favorito il progresso della cultura europea attraverso una più veloce circolazione delle idee, stimolò la necessità di ripensare il modello di diffusione delle opere letterarie. Esso, infatti, per poter essere profittevole, e cioè economicamente sostenibile, aveva bisogno di un sistema di tutela degli investimenti necessari alla stampa dei libri. Infatti gli editori, erano sovente soggetti al rischio che tipografi abusivi stampassero e distribuissero copie di manoscritti senza il loro consenso. Di talché, *in primis* col sistema dei privilegi³ a favore degli stampatori ed in seguito con il pieno riconoscimento di un diritto d'esclusiva

² Le prime tecniche di stampa erano già conosciute nel XI secolo in Cina le quali non furono però mai utilizzate a livello industriale nei secoli seguenti per varie ragioni economiche e culturali. Nel continente europeo, l'invenzione della stampa è comunemente riconosciuta a Johannes Gutenberg che per primo si servì di caratteri mobili per riprodurre la Bibbia in numerosi esemplari.

³ A ben vedere, le regole che hanno disciplinato a partire dal XVI secolo la concorrenza tra stampatori erano inoltre architettate in modo tale da censurare quei libri o quelle categorie di libri contrari al sentimento religioso o al regime dal quale promanava lo stesso privilegio. Secondo un autore «l'arte della stampa è pertanto sottoposta al regime dei privilegi, nell'ambito del quale l'autorizzazione sovrana al suo esercizio è concessa in via ottriata a persone controllabili (o comunque non ostili al) regime, cosicché esso possa amministrare la circolazione delle idee in modo funzionale ai propri disegni politici» (v. M. BERTANI, *Diritto d'autore europeo*, Giappichelli, Torino, 2011, 3).

agli autori⁴, le preoccupazioni per un parassitismo incontrollato vennero, in parte, dissipate.

Gli avvenimenti citati hanno segnato la storia di diversi Stati europei tra il Settecento e l'Ottocento, i quali hanno, nel tempo, dato vita a sistemi di protezione dei diritti d'autore con specificità e caratteristiche proprie, fondate sui valori predominanti dell'epoca. Si pensi ad esempio al fondamento giusnaturalistico della proprietà letteraria nei sistemi di *civil law* in cui l'opera dell'ingegno rappresenta il frutto dello sforzo creativo dell'autore inteso come estensione della sua personalità⁵ oppure alla vocazione «utilitaristica» del *copyright* anglosassone in cui è predominante l'idea di proteggere l'editoria per poter promuovere una più capillare diffusione della cultura⁶.

Senza ulteriormente approfondire le divergenze che ancora oggi modellano le due culture giuridiche che si sono sviluppate al di là e al di qua della Manica, si potrebbe prendere in considerazione un dato comune ad

⁴ Solo dopo la diffusione degli ideali liberali di John Locke e di tolleranza religiosa di Erasmo da Rotterdam (M. RICOLFI, in N. ABRIANI, G. COTTINO e M. RICOLFI, *Diritto industriale*, CEDAM, Padova, 2001, 338) si svilupparono le prime legislazioni sul diritto d'autore (v. ad es. lo statuto della Regina Anna di Inghilterra del 1709) che, attraverso l'attribuzione legale – e quindi non discrezionale - di un diritto d'esclusiva a tutti gli autori, definivano le regole per una concorrenza leale tra editori. Per un approfondimento cfr. *ex multis* L.C. UBERTAZZI, *Diritto d'autore. Introduzione*, in L.C. UBERTAZZI e M. AMMENDOLA, *Diritto d'autore*, Utet, Torino, 1990, 7.

⁵ Per un approfondimento su giusnaturalismo e diritto d'autore v. A. DONATI, *La fondazione giusnaturalistica del diritto sulle opere dell'ingegno*, in *AIDA* 1997, 405 ss..

⁶ Secondo la visione utilitaristica dei sistemi di *common law*, il *copyright* non è un diritto che esiste già in natura ma rappresenta la ricompensa che spetta all'autore per aver contribuito al progresso economico e culturale di una società. In questo senso tale ricompensa rappresenta un incentivo, uno stimolo per i creativi a produrre maggior benessere per la collettività. A conferma di tale impostazione, la *copyright clause* della Costituzione degli Stati Uniti (Article I, Section 8, Clause 8) afferma che «the Congress shall have the power [...] to promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries».

entrambe. Le legislazioni europee sul diritto d'autore incorporano una nozione generale e astratta di opera dell'ingegno e riconoscono al suo autore alcune facoltà esclusive di utilizzazione della stessa. In questo contesto, è possibile immaginare il diritto d'autore come complesso di norme che regola e disciplina il mercato di prodotti culturali in cui il creativo è al centro del sistema. Spetta infatti all'autore dare un impulso o imprimere un arresto⁷ alla diffusione della sua opera in modo tale da regolarne la circolazione.

Il successo dell'autore, inoltre, non prescinde ma, anzi, trae la sua linfa vitale dall'intermediazione dell'impresa⁸. La funzione dell'editore è, infatti, quella di riprodurre e diffondere l'opera presso il pubblico per poter ottenere profitti sufficienti a coprire i costi di produzione e a ricompensare gli autori per il loro sforzo creativo. Era pertanto inevitabile che si formasse una solida alleanza tra creativi e classe imprenditoriale. Attraverso il contratto di edizione, infatti, l'autore, cedendo i propri diritti all'editore otteneva una remunerazione per lo sfruttamento economico dell'opera. Al contempo, l'editore otteneva un monopolio sull'utilizzo della stessa opera in modo da poter controllare la diffusione e ridurre i rischi di plagio.

⁷ Anche attraverso l'esercizio dei diritti morali è possibile chiedere e ottenere il ritiro dell'opera dal commercio quando la sua circolazione possa pregiudicare gli interessi personali dell'autore. La legge italiana sul diritto d'autore (l. 22 aprile 1941, n. 633) all'art. 142, prevede infatti che «L'autore, qualora concorrano gravi ragioni morali, ha diritto di ritirare l'opera dal commercio, salvo l'obbligo di indennizzare coloro che hanno acquistato i diritti di riproduzione, diffusione, eseguire, rappresentare o spacciare l'opera medesima». Il *Code de la propriété intellectuelle* francese (*loi* n. 92-597 del 1 luglio 1992) all'art. L.121-4 prevede in modo analogo che «l'auteur, meme postérieurement à la publication de son oeuvre, joui d'un droit de repentir ou de retrait vis-à-vis du cessionnaire».

⁸ Fatta eccezione per quelle opere che non richiedono alcuna intermediazione tra autore ed imprenditore, quali ad es. le arti figurative o plastiche.

2. La nascita degli enti di gestione collettiva.

Nel paragrafo precedente è stato messo in luce come le leggi nazionali hanno di fatto responsabilizzato l'autore attribuendogli diverse facoltà riguardanti lo sfruttamento commerciale delle sue opere. In ambito letterario, gli usi non autorizzati erano in parte contenuti poiché le copie illecite di manoscritti, circolando su supporti materiali permanenti (i libri), potevano essere facilmente individuate e, di conseguenza, poteva essere inibita la loro circolazione attraverso un ordine dell'autorità giudiziaria. In un siffatto sistema la gestione individuale dei diritti d'autore era particolarmente efficace.

Solo in un secondo momento, e cioè con l'avvento del periodo storico della *Belle Époque*, la nascente borghesia, coinvolta da un sentimento generale di benessere, si avvicinò alla scena culturale emergente. Era il periodo delle rappresentazioni teatrali, del balletto e delle grandi invenzioni: si pensi al cinematografo dei fratelli Lumière e al grammofono. Le novità della tecnica e delle arti permisero dunque l'emergere di nuove fonti di ricchezza legate all'offerta di prodotti cosiddetti «culturali» perché non solo rappresentavano il genio creativo dei loro autori ma esprimevano anche i più alti valori della nuova società protagonista di quel periodo storico.

Al fine di facilitare la fioritura e lo svolgimento di tali attività, durante la seconda metà dell'Ottocento vennero riconosciuti agli autori di opere musicali e teatrali i diritti di autorizzare la rappresentazione, la recitazione e

l'esecuzione delle loro opere presso sale da concerto, teatri o caffè⁹. Codesto modello di sfruttamento economico delle opere, diverso da quello del commercio librario, mise in crisi l'apparato di protezione dei diritti degli autori. Il problema era l'efficacia della tutela. Per l'autore sarebbe stato praticamente impossibile verificare se e in che luogo le sue opere teatrali o musicali venissero sfruttate senza la sua previa autorizzazione¹⁰.

Particolarmente consapevole della crisi della gestione individuale delle opere teatrali era il drammaturgo francese Pierre-Augustin Caron de Beaumarchais. Verso la fine del Settecento l'autore versava in una situazione finanziaria molto complessa sia per i debiti ereditati dalla moglie Madeleine Catherine Aubertin, sia a causa dei commedianti francesi che sfruttavano opere quali «Il barbiere di Siviglia» e «Le nozze di Figaro» senza offrire alcuna ricompensa al drammaturgo. Per questi motivi il 3 luglio 1777 il Beaumarchais, assieme ad altri ventidue drammaturghi suoi commensali, fondò il *Bureau de législation dramatique*. L'associazione, di stampo lobbistico, si proponeva lo scopo di ottenere dal legislatore francese

⁹ Ormai passato alla storia è il rifiuto del compositore Ernest Bourget di pagare il conto di due franchi del suo bicchiere d'acqua con zucchero consumato presso la *brasserie Les Ambassadeurs* di Parigi. L'autore riteneva che il suo comportamento fosse giustificato dal fatto che il proprietario del caffè utilizzasse le sue opere senza riconoscergli alcuna remunerazione. Per un approfondimento degli avvenimenti storici e delle vicende processuali che coinvolsero il Bourget vedi S. ALBINSSON, *A Costly Glass of Water. The Bourget v. Morel case in Parisian courts 1847-1849*, in *Swedish Journal of Music Research*, II, 2014, 59 ss. e F. MELICHAR, *Die wahrnehmung von urheberrechten durch verwertungsgesellschaften*, Schweitzer, Monaco, 1983.

¹⁰ In altre parole «sarebbe difficile, per non dire impossibile, ad un autore per es. di opera musicale, o di una canzonetta, sapere ed essere pronto là dove ci può essere un bisogno di tale sua opera dell'ingegno; o controllare dove l'opera sua viene eseguita, o riprodotta, o diffusa in pubblico; e farsi a pretendere dappertutto un compenso (e insomma, i suoi «diritti d'autore»); o sapere esattamente che cosa gli sia dovuto, quando la sua opera sia eseguita, in un dato spettacolo, con altre, e quanta parte dei «proventi» possa spettare a lui, e quanta agli altri autori con lui rappresentati» (così R. FRANCESCHELLI, *La SIAE e le società di percezione nel diritto d'autore*, in *Rivista di diritto industriale* 1957, 209).

il riconoscimento dei diritti d'autore e di costituire un ente capace di tutelare più efficacemente gli interessi comuni della classe dei drammaturghi. Se il primo obiettivo fu raggiunto con la legge del 19 gennaio 1791 a firma di Luigi XVI¹¹, il secondo si realizzò solo nel 7 marzo 1829 attraverso la costituzione della *Société des Auteurs et Compositeurs Dramatiques*¹² alla cui fondazione il Beaumarchais non poté assistere perché avvenuta ben trent'anni dopo la sua morte (1799).

Conclusosi con successo questo primo esperimento, il modello associativo della *Société des Auteurs* di Beaumarchais si diffuse a macchia d'olio in tutta Europa. Tra le più importanti si ricordano la *Société des Auteurs, Compositeurs et Éditeurs de Musique* (SACEM) fondata nel 1851 in Francia¹³, la Società degli autori – oggi Società italiana degli autori ed editori (SIAE) – fondata nel 1882 in Italia¹⁴, la *Sociedad de autores* – oggi *Sociedad General de Autores y Editores* – nel 1899 in Spagna, la *Performing Rights Society* (PRS) fondata nel 1914 nel Regno Unito, la

¹¹ Le Chapelier, nel rapporto di presentazione del progetto del decreto francese del 1791, affermò: «La plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable, [...], la plus personnelle des propriétés, est l'ouvrage fruit de la pensée de l'écrivain» (I. LE CHAPELIER, *Rapport sur la pétition des auteurs dramatiques*, Imprimerie Nationale, Parigi, 1791, 16).

¹² Per un approfondimento storico della *Société des Auteurs et Compositeurs Dramatiques* v. il sito web www.sacd.fr. Per la biografia di Pierre-Augustin Caron de Beaumarchais v. M. LEVER, *Beaumarchais: a biography*, Farrar, Strauss and Giroux, 2009.

¹³ Ad opera dell'autore Ernest Bourget, dei compositori Paul Henrion e Victor Parizot e dell'editore Jules Colombier. Per un rapido *excursus* storico v. www.societe.sacem.fr.

¹⁴ «Fu, infatti, nel 1882 che in Milano un gruppo di letterati, musicisti, artisti, editori e uomini di legge, costituirono un sodalizio, sotto il nome di Società italiana degli autori, avente per scopo principale la difesa del diritto d'autore ed il progressivo miglioramento della legislazione in questa materia. In seguito questo sodalizio assunse anche il fine direttamente economico di assistere gli autori e gli editori, soci del sodalizio, nell'esazione dei diritti pecuniari loro spettanti per diritto di autore, particolarmente nella esecuzione o rappresentazione delle opere musicali o drammatiche, creando una rete di agenti controllori ed estendendo successivamente la sua attività anche all'estero in collegamento con analoghe società straniere» (E. PIOLA CASELLI, *Commentario al codice del diritto d'autore*, UTET, Torino, 1943, 675).

Genossenschaft Aufführungsrechte - oggi *Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte* (GEMA) - fondata nel 1915 in Germania, la *Société d'Auteurs Belge – Belgische Auteurs Maatschappij* (SABAM) fondata nel 1922 in Belgio, la *Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå* (STIM) fondata nel 1923 in Svezia.

La formazione delle prime società di autori, quindi, coincide con l'ascesa della nascente borghesia, ormai pronta ad imprimere un'influenza determinante sulle scelte politiche dello Stato liberale dell'Ottocento. I primi sodalizi tra autori ed editori, infatti, non potevano che essere dei corpi intermedi, portatori di interessi tra loro tendenzialmente omogenei di una classe sociale che cercava di far sentire la propria voce allo Stato che in quel periodo definiva su base territoriale le relazioni economiche e giuridiche tra i diversi operatori coinvolti¹⁵.

In quest'ottica, la tutela degli autori, sia individuale che collettiva, non poté non svilupparsi secondo i rigidi confini statali¹⁶. Questa, infatti, era

¹⁵ Il protagonista geopolitico dell'Europa continentale era il *Sozialstaat* (da non confondersi col *welfare state*) in cui i conflitti tra diverse corporazioni venivano risolti in funzione degli interessi superiori della nazione e cioè, come in questo caso, nella formazione di un'identità culturale (v. nota 19). L'ideazione del corporativismo trova la sua elaborazione dottrinale nell'opera di G. BESELER, *Volksrecht und Juristrecht*, Weidman, Leipzig, 1843 in cui il fenomeno associativo è posto come soluzione al caotico individualismo propugnato dall'illuminismo giuridico.

¹⁶ Ad essere evocato è il c.d. principio di territorialità secondo il quale le regole sull'acquisto, sull'utilizzo e sulla perdita dei diritti d'autore sono determinate in base alla legge dello Stato in cui l'opera è sfruttata. Esso trova riconoscimento nelle legislazioni nazionali e nell'art. 5, par. 2, della Convenzione dell'Unione di Berna (CUB – vedi *infra* par. 3) il quale recita che «the extent of protection [...] shall be governed exclusively by the laws of the country where protection is claimed». Esso, tuttavia, in questo contesto non va inteso come criterio per risolvere conflitti tra più leggi secondo quanto ammette la disciplina internazional-privatistica, ma come principio che esprime «una limitazione spaziale e geografica del diritto di proprietà intellettuale e la necessaria inerenza della sua esistenza e dei suoi effetti in un unico territorio» (N. BOSCHIERO, *Il principio di territorialità in materia di proprietà intellettuale: conflitti di leggi e giurisdizione*, in AIDA

preordinata a legittimare il potere politico nei confronti di una comunità ancora frammentata poiché non retta su solide basi culturali. Ed è per questo motivo che gli Stati europei hanno agevolato la spontanea creazione di associazioni tra creativi, le quali contribuirono a dar forma ad una identità nazionale attraverso lo spirito unificatore delle opere dei loro autori¹⁷. Sulla base di tale argomento si spiega come le legislazioni nazionali accordassero tutela agli autori stranieri solo secondo poche e determinate condizioni. A questi ultimi, infatti era riconosciuta tutela solo nel caso in cui la loro legislazione di provenienza attribuisse eguali diritti agli autori nazionali (principio di reciprocità)¹⁸.

2007, 35). Letto in questa accezione, il principio di territorialità di limitazione esprime l'esercizio di un potere strettamente legato al concetto di sovranità statale. In altre parole la territorialità del diritto d'autore si riferisce a quella «circostanza che la gestione collettiva ha come punto soggettivo di riferimento un'intera area e la sua popolazione: tutti i creatori di un certo paese, tutte le imprese che vi operano e, ancor più, gli utilizzatori di una certa area – e verrebbe da dire, se è consentito ritornare ad espressioni un tempo non sospette: «comunità» - culturale e linguistica» (M. RICOLFI, *Figure tecniche di gestione collettiva del diritto d'autore e dei diritti connessi* in P. SPADA (a cura di), *Gestione collettiva dell'offerta e della domanda di prodotti culturali*, Giuffrè, Milano, 2006, 8).

¹⁷ Per poter affermare e legittimare il proprio potere, lo stato-nazione, inteso come una «organizzazione gerarchica che abbia un'area di competenza delimitata», doveva necessariamente monopolizzare tutte quelle forze (militari, economiche e culturali) che avrebbero potuto distruggerlo. In altre parole, il potere legislativo ed esecutivo dello stato moderno si appoggiava sul dominio «sulle risorse che un tempo mettevano in campo i poteri diffusi della società, ora tutti necessari per costruire e conservare l'ordine gestito e amministrato dallo stato. E a una capacità effettiva di fare ordine non si poteva pensare senza il supporto di una analoga capacità di difendere il territorio dalle sfide di altri modelli di ordine, sia esterni sia interni allo stato; dalla capacità di far quadrare i conti della Nationalökonomie; e dalla capacità di mobilitare sufficienti risorse culturali per difendere l'identità e la specificità dello stato mediante la specifica identità dei suoi sudditi o cittadini» (Z. BAUMAN, *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, Laterza, Roma-Bari, 2001, 70). Sul tema specifico della gestione collettiva, la nascita delle società europee degli autori è funzionale «alla composizione degli interessi configgenti secondo una cifra corporatistica [...] come elemento importante per conferire solidità interna all'intero sistema e sostenerne l'affermazione all'esterno» (M. RICOLFI, *Figure tecniche di gestione collettiva del diritto d'autore e dei diritti connessi*, cit., 9).

¹⁸ Un esempio può rinvenirsi nella legislazione italiana del 1865. L'art. 39 della l. 25 giugno 1865, n. 2337 sui diritti spettanti agli autori delle opere dell'ingegno, infatti stabilisce che «La presente legge è applicabile agli autori di opere pubblicate in paese estero, col quale non siano o cessino di aver vigore speciali trattati, purché presso di esso

3. *L'età dell'internazionalizzazione. La Convenzione dell'Unione di Berna e la Confédération Internationale des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs.*

Per le ragioni esposte nel paragrafo precedente, è stato osservato che l'opera dell'ingegno rimane imbrigliata tra le norme nazionali. In questo senso, la tutela del diritto d'autore, e di conseguenza anche la sua gestione collettiva, non potendo non essere nazionale, doveva necessariamente svilupparsi secondo i rigidi confini politici degli Stati. Le società degli autori, infatti, adottarono un apparato burocratico capillare, capace di raccogliere i proventi derivanti da spettacoli e rappresentazioni avvenute sia nei centri abitati ove le attività culturali erano più floride, sia nelle località periferiche difficilmente raggiungibili, senza però mai spingersi al di là dei confini nazionali.

Seppur questa politica fosse in linea con le intenzioni protezionistiche dell'epoca¹⁹, il modello nazionale della gestione collettiva presto dovette confrontarsi con quella caratteristica imprescindibile dell'opera dell'ingegno, ovvero la sua «ubiquità»²⁰. Essa, infatti, per sua natura può circolare liberamente al di là di ogni confine nazionale, a prescindere dalle

sieno leggi che conoscano a pro degli autori diritti più o meno estesi e che queste leggi siano applicate con reciprocità alle opere pubblicate nel Regno d'Italia». L'effetto di tale norma è quindi quella di precludere la protezione degli autori stranieri in Italia nel caso in cui lo Stato di cui questi è cittadino non conceda alle opere di autori italiani una protezione effettivamente equivalente.

¹⁹ Ovvero quella di favorire le corporazioni degli autori e degli editori in quanto espressione dell'identità culturale dello Stato (v. parag. precedente).

²⁰ L'ubiquità consiste in quella naturale inclinazione delle opere dell'ingegno a circolare liberamente. Consapevoli di tale qualità sono l'autore e l'editore che hanno manifestato il loro interesse comune a «beneficiare per quanto possibile in tutto il mondo di una tutela efficace delle proprie opere dell'ingegno» (L.C. UBERTAZZI, *Diritto d'autore internazionale e comunitario*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione commerciale*, UTET, Torino, 1990, 452 ss.).

barriere linguistiche e culturali che possono frapporsi tra autore e fruitore²¹. Gli autori e gli editori, inoltre, consapevoli di questa naturale attitudine delle loro creazioni, hanno mostrato un forte interesse a che venisse riconosciuta a livello internazionale un'adeguata protezione delle loro opere. È dal momento in cui si prende contezza dell'incapacità delle sole legislazioni nazionali di disciplinare la crescente circolazione delle opere dell'ingegno che inizia il periodo delle grandi convenzioni internazionali.

Le divergenze tra leggi sul *copyright*, sul *droit d'auteur*, sul *Urheberrecht*, sul *derecho de autor*, governate dal principio di territorialità e di reciprocità, necessitavano di un'armonizzazione attraverso l'individuazione di un livello minimo di tutela per gli autori stranieri. Lo scrittore Victor Hugo, durante l'esposizione universale di Parigi del 1878, prese una netta posizione sulla questione affermando la necessità che «si costituisse fra i diversi stati d'Europa e di oltremare una Unione Generale che adotti una legislazione uniforme in materia di proprietà intellettuale»²².

Il 9 settembre 1886 rappresenta una data decisiva²³ nel processo di internazionalizzazione del diritto d'autore, in quel giorno veniva infatti

²¹ Come osservato da M. RICOLFI, in N. ABRIANI, G. COTTINO e M. RICOLFI, *Diritto industriale*, cit., 341 «le differenze di codice semantico sono infatti superabili: anche le distanze linguistiche possono essere accorciate dalla traduzione».

²² Lo riferisce N. STOLFI, *La proprietà intellettuale*, UTET, Torino, 1915, 191 s..

²³ Essa, infatti, segna un momento fondamentale di passaggio dalle convenzioni bilaterali alle convenzioni multilaterali sul diritto d'autore. Per una rassegna sugli avvenimenti storici che hanno caratterizzato l'internazionalizzazione della proprietà intellettuale e, in particolare, del diritto d'autore cfr. P. YU, *Currents and crosscurrents in the international intellectual property regime*, in *MSU Legal Studies Research Paper Series* 2012, II, 5 ss.. Per uno studio più approfondito della CUB v. inoltre S. RICKETSON e J.C. GINSBURG, *International copyright and neighbouring rights. The Berne Convention and beyond*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 2 ed..

firmata la Convenzione dell'Unione di Berna (CUB)²⁴. In essa era stabilito che, tra le altre cose, gli autori delle opere protette secondo la CUB dovessero avere accesso alla tutela accordata dai paesi firmatari secondo le loro rispettive leggi nazionali²⁵.

Pertanto si superò quella concezione secondo la quale lo Stato avrebbe dovuto farsi carico esclusivamente degli interessi dei propri cittadini a scapito di quelli stranieri. Si introducono, infatti, nuovi meccanismi di «assimilazione» che permettono all'autore straniero di godere degli stessi diritti di quello nazionale²⁶. Queste novità hanno avuto un'influenza di non poco conto sul commercio internazionale: la caduta delle barriere protezionistiche rappresentava dunque il segno dell'ascesa di una imprenditoria matura, pronta ad esportare i propri prodotti culturali al di fuori dei confini nazionali (v. ad es. quella del Regno Unito, della Francia e dell'Italia, con particolare riferimento per quest'ultima all'industria cinematografica). A tale posizione invece si contrapponevano gli Stati

²⁴ I paesi originariamente firmatari erano Belgio, Francia, Germania, Haiti, Italia, Liberia, Regno Unito, Spagna Svizzera e Tunisia. Gli Stati Uniti vi aderirono solo nel 1989, sul tema v. J.C. GINSBURG e J.M. KERNOCHAN, *Centodieci anni dopo: gli Stati Uniti aderiscono alla Convenzione di Berna*, in *Il diritto d'autore* 1989, 394.

²⁵ Si tratta dell'art. 5, parag. 1, CUB secondo cui «Authors shall enjoy, in respect of works for which they are protected under this Convention, in countries of the Union other than the country of origin, the rights which their respective laws do now or may hereafter grant to their nationals, as well as the rights specially granted by this Convention». Il testo della Convenzione è disponibile su www.wipo.int.

²⁶ Sull'argomento v. diffusamente P. GOLDSTEIN e P.B. HUGENHOLTZ, *International copyright. Principles, law and practice*, Oxford University Press, Oxford, 2010, 2 ed., 99 ss.; S. ERCOLANI, *Il criterio di assimilazione (o principio del trattamento nazionale) e la gestione collettiva del diritto d'autore e dei diritti connessi*, in *Il diritto d'autore* 2000, 206 ss.; R. MASTROIANNI, *Diritto internazionale e diritto d'autore*, Giuffrè, Milano, 1997.

importatori, restii a riconoscere agli autori stranieri una protezione pressoché equivalente a quella accordata agli autori nazionali²⁷.

Iniziate a cadere le barriere normative alla circolazione delle opere, era tuttavia necessario ideare un sistema tale da permettere agli autori di beneficiare dei servizi offerti dalle società di gestione collettiva estere. Due erano le alternative possibili. La prima consisteva nella possibilità di concedere ai titolari dei diritti di affiliarsi ad altre società straniere sulla base di un mandato diretto. La seconda invece riguardava il coordinamento internazionale dell'attività di amministrazione dei repertori tutelati tra più società di gestione collettiva. Tra le due alternative si scelse la seconda nel rispetto del principio di territorialità.

Il 13 giugno 1926, infatti, si tenne a Parigi il primo Congresso Internazionale delle Società degli Autori. I delegati delle diciotto principali associazioni europee di drammaturghi che vi parteciparono posero le basi per costituire un ente internazionale chiamato *Confédération Internationale des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs* (CISAC). Le funzioni di questo nuovo protagonista internazionale della gestione collettiva dei diritti d'autore sono state riassunte nelle parole del ministro francese della Pubblica Istruzione Paul Leon il quale affermò che:

²⁷ A tal proposito si ricorda la lettera inviata dall'editore Albertus Willem Sijthoff inviata il 12 novembre 1899 alla regina Guglielmina dei Paesi Bassi con la quale si opponeva duramente alla richiesta dello stato olandese di divenire parte contraente della CUB (lettera pubblicata sulla rivista *The Publisher's circular and booksellers' of British and foreign literature*, Sampson Low, Martson & Co., Londra, 1899, 597).

«To lay down in each country homogenous principles for the collection of royalties and for the safeguarding of works; to unify your methods; to compare your conclusions; to increase among you the links resulting from your exchanges – this is a vast program which fully justifies your excellent initiative. Today it appears more necessary than ever»²⁸

Gli scopi della CISAC erano infatti quelli di promuovere una più stretta collaborazione tra le società di gestione collettiva al fine di rendere effettiva la tutela apprestata dalle leggi nazionali e dalla CUB. Per poter realizzare questo obiettivo una delle prime attività della CISAC è stata quella di elaborare dei modelli contrattuali (detti accordi di reciproca rappresentanza²⁹) che avrebbero permesso alle società di gestione collettiva affiliate di amministrare nel proprio territorio di appartenenza i repertori di altre società consorelle. Il sistema così ideato dava quindi la possibilità ai titolari dei diritti di accedere ai servizi offerti da altre società di autori, godendo così di una protezione estesa a più territori³⁰. In questo modo le

²⁸ La citazione di Paul Leon è ripresa dalla rivista settimanale *Billboard*, Vol. 98, n. 46 del 15 novembre 1986 dedicata al mondo della musica.

²⁹ Il primo modello è stato approvato dall'Assemblea Generale della CISAC nel 1936. Oggi ha subito diverse modifiche, le più rilevanti sono avvenute nel maggio del 1996 con la quale è stata soppressa la clausola di esclusiva e nel giugno 2004 quando è stata abolita la clausola di affiliazione.

³⁰ Delle occasioni offerte dal sistema di reciproca rappresentanza era ben consapevole U. GHERALDI, *Di talune funzioni dell'«E.I.D.A.» nelle relazioni con l'estero*, in *Il diritto d'autore* 1941, 282 il quale si faceva promotore di una funzione propagandistica dell'EIDA (Ente italiano per il diritto d'autore, odierna SIAE). L'autore riteneva necessario che «le società di autori escano da un certo purismo, da un certo agnosticismo per tutto ciò che non è strettamente la tutela e l'amministrazione del diritto. Siamo ben convinti che le società di autori non sono mercanti e debbono astenersi da una attività affaristica. Ma nelle relazioni

società di gestione collettiva si facevano carico di tutelare non solo i repertori nazionali ma anche quelli stranieri, aggregandoli in un unico repertorio tanto grande quanto più numerosi erano gli accordi di reciproca rappresentanza stipulati tra i membri CISAC.

Il fenomeno dell'internazionalizzazione del diritto d'autore non si è arrestato ma si è ripresentato nel tempo sotto altre vesti. In particolare, con lo sviluppo di un mercato globale non era più sufficiente garantire agli autori o agli aventi diritto l'accesso alla tutela dello Stato in cui l'opera sarebbe stata sfruttata (principio del trattamento nazionale previsto dalla CUB³¹) ma era necessario richiedere alla comunità internazionale di predisporre un efficace apparato di *enforcement* dei diritti. In altre parole, per il commercio internazionale le inefficienze dei sistemi di protezione della proprietà intellettuale costituiscono «barriere (non tariffarie) all'esportazione»³² di beni su mercati esteri. Sulla base di tali convinzioni due principali enti come la *World Intellectual Property Organisation* (WIPO) e la *World Trade Organisation* (WTO) hanno elaborato tre convenzioni internazionali³³ volte a definire degli standard minimi di tutela della proprietà intellettuale.

con l'estero una certa funzione propagandistica è perfettamente ortodossa e sicuramente utile. Questa funzione la vorremmo chiamare: portare a conoscenza».

³¹ V. nota 25.

³² M. RICOLFI, *La tutela della proprietà intellettuale fra incentivo all'innovazione e scambio ineguale*, in *Rivista di diritto industriale* 2002, I, 518.

³³ V. l'Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) del 1994, il WIPO Copyright Treaty (WCT) ed il WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT) del 1996.

4. *La cooperazione tra le società di gestione collettiva nel sistema di mercato.*

Sebbene la nascita delle società degli autori ha assunto un carattere «rivoluzionario» in quanto ha sancito il passaggio da una tutela individuale ad una collettiva dei diritti, sarebbe più corretto oggi collocare questo fenomeno all'interno di un processo di tipo «evoluzionario»³⁴ poiché guidato dalle innovazioni tecnologiche e dall'applicazione delle norme di diritto dell'Unione europea. Prima però di esaminare le cause che hanno determinato i mutamenti nelle modalità di amministrazione dei diritti d'autore, occorre concentrare l'attenzione sul punto di partenza da cui il fenomeno evolutivo ha preso le sue mosse. Le società europee di gestione collettiva, infatti, grazie anche al coordinamento internazionale condotto dalla CISAC, hanno sviluppato delle funzioni sostanzialmente simili che, per poter essere esaminate, possono distinguersi in due tipi. Il primo tipo di attività consiste propriamente nella tutela dei diritti d'autore, il secondo tipo invece riguarda la realizzazione di scopi di natura sociale e culturale.

Con riferimento al primo tipo di attività, la tutela collettiva dei diritti d'autore, se osservata da un punto di vista essenzialmente economico, rappresenta una soluzione alle inefficienze generate dalla c.d. frammentazione dei diritti d'autore³⁵. Per poter comprendere questo aspetto

³⁴ In questo senso v. D. GERVAIS, *Collective Management of Copyright: Theory and Practice in the Digital Age*, in ID. (a cura di), *Collective Management of Copyright and Related Rights*, Wolters and Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2010, 2 ed., 5.

³⁵ Secondo J. DREXL, *Competition in the field of collective management: preferring 'creative competition' to allocative efficiency in European copyright law* in P. TORREMANNS

problematico, occorre osservare che il complesso di regole, che disciplina la diffusione di prodotti creativi, prevede che sia necessario ottenere un'autorizzazione dai titolari dei diritti. Sovente accade che queste autorizzazioni siano numerose perché l'autore può concedere a terzi diverse facoltà di utilizzo di un'opera (come ad es. la riproduzione, la comunicazione al pubblico, il noleggio di un'opera). A questa frammentazione oggettiva può aggiungersi una seconda, di natura soggettiva, poiché i diritti d'autore possono appartenere a più soggetti che ne condividono l'esercizio. Pertanto si può facilmente notare che questo groviglio di diritti non è per sua natura facilmente conciliabile con la spontanea inclinazione delle opere a circolare liberamente, ma anzi, attraverso questo sistema di veti incrociati ne rappresenta un serio ostacolo.

Il problema della frammentazione dei diritti può essere affrontato attraverso diverse tecniche. La prima, che in realtà rappresenta una soluzione parziale e non esaustiva, può attuarsi attraverso la negoziazione individuale dei diritti d'autore. Gli strumenti contrattuali³⁶, infatti, permettono agli utilizzatori di selezionare le diverse modalità di sfruttamento delle opere, consone al tipo di attività realizzata³⁷. Per

(a cura di), *Copyright law. A Handbook of Contemporary Research*, Edgar Elgar, Cheltenham, 2008, 259 ss., sono i mercati a richiedere una forma di tutela collettiva degli autori.

³⁶ In tema di proprietà intellettuale si discute su come lo strumento contrattuale possa risolvere i diversi problemi economici sollevati dall'eccessiva frammentazione dei diritti sui beni immateriali. In dottrina v. M. GRANIERI, *Soluzioni contrattuali agli anticommons (pooling, collecting, standards). Esperienze europee e statunitensi a confronto*, in *AIDA* 2013, 277 ss..

³⁷ Secondo D. GERVAIS, *Collective Management of Copyright: Theory and Practice in the Digital Age*, cit., 10 «a contract can define a 'use' that is allowed rather than which

esempio, una compagnia teatrale potrebbe essere interessata ad acquisire solo i diritti di rappresentazione di una commedia e non invece quelli che esulano dall'attività da essa esercitata. Tuttavia questa soluzione non pare esser soddisfacente nei casi in cui un utilizzatore intende sfruttare una molteplicità di opere o una singola opera i cui diritti però appartengono ad una pluralità di autori. Si pensi ad un'emittente radiofonica che fa largo utilizzo di musica. Se si dovesse adottare un sistema di negoziazione individuale, un'attività imprenditoriale di questo genere sarebbe eccessivamente onerosa da realizzare a causa degli elevati costi di transazione che i titolari dei diritti e l'emittente radiofonica dovrebbero sostenere. In assenza di un soggetto capace di aggregare le opere in un unico repertorio, l'utilizzatore dovrebbe sostenere i costi necessari ad ottenere un'autorizzazione per ogni opera sfruttata che consistono nell'individuazione dei titolari dei diritti, nella negoziazione e nella rendicontazione delle attività di sfruttamento³⁸.

Una soluzione alternativa alla negoziazione individuale consiste nell'istituire dei modelli associativi che si occupano di amministrare i diritti d'autore. Questa forma di tutela collettiva, in realtà, tende quasi naturalmente ad assumere le forme del monopolio³⁹ proprio perché è l'unico

fragments of rights are licensed, but that simplification is apparent only if right fragments are owned by, and a license negotiated with, multiple entities».

³⁸ Per uno studio v. G. HANSEN e A. SCHMIDT-BISCHOFFSHAUSEN, *Economic functions of collecting societies. Collective rights management in the light of transaction cost and information economics*, in ssrn.com, 2007 e M.A. EINHORN, *Transactions costs and administered markets: license contracts for music performance rights*, in *Review of Economic Research on Copyright Issues* 2006, I, 61 ss..

³⁹ Con il termine monopolio naturale si indica quella particolare attività che esprime la sua massima efficienza economica quando, in assenza di altri concorrenti, è in grado di

modo attraverso il quale è possibile abbattere i costi di transazione che inibiscono lo sviluppo di quelle attività che prevedono un utilizzo massivo di opere protette⁴⁰. La posizione monopolistica delle società di gestione collettiva consente inoltre ad esse di esercitare il proprio potere di mercato rispetto ai grandi utilizzatori al fine di instaurare trattative negoziali su basi più eque⁴¹.

Le società degli autori sono anzitutto in grado di offrire agli utilizzatori le licenze multirepertorio (cc.dd. *blanket licenses*) che hanno ad oggetto l'intero repertorio mondiale di opere che esse rappresentano, anche grazie agli accordi di reciproca rappresentanza stipulati con le società consorelle sotto l'egida della CISAC. Seppur queste licenze prevedono una concertazione nell'esercizio di tutti i diritti amministrati dalle società⁴², esse

produrre economie di scala. Onde però evitare che l'eccesso di potere economico produca malfunzionamenti nel mercato, gli economisti ritengono necessario che il monopolio naturale debba essere regolato. Per alcuni spunti sulla teoria economica del monopolio naturale cfr. M. LIEBERMAN e R.E. HALL, *Principi di economia*, Apogeo, Milano, 2013, 3 ed., 382 ss.. La letteratura specialistica tende ad inquadrare i sistemi di gestione collettiva nella categoria dei monopoli naturali (C. HANDKE e R. TOWSE, *Economics of Copyright Collecting Societies*, in ssrn.com, 2007; S.M. BESEN, S.N. KIRBY e S.C. SALOP, *An economic analysis of copyright collectives*, in *Virginia Law Review* 1992, I, 383, nota n. 2). Vi è inoltre chi ritiene che alcuni tipi di economie di scala prodotte dai sistemi di gestione collettiva possono essere realizzate anche attraverso modelli di tipo concorrenziale (A. KATZ, *The potential demise of another natural monopoly: new technologies and the future of collective administration of copyrights*, in *American Law & Economics, Association Annual Meetings* 2004, Paper n. 35, in law.bepress.com).

⁴⁰ Sia gli utilizzatori che gli autori possono beneficiare della riduzione dei costi di transazione per la negoziazione dei diritti. La teoria del monopolio naturale, applicata alla gestione dei diritti d'autore, prevede che la funzione dei costi sia sub-additiva e cioè che «average cost diminishes with the size of the collective» (v. R. WATT, *Copyright collectives and contracts: an economic theory perspective*, in CREATE Working Paper 2015, 2). Sull'abbattimento dei costi di transazione v. anche G.M. RICCIO, *Copyright collecting societies e regole di concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2012, 65 ss..

⁴¹ Sul ristabilimento di un maggior potere negoziale in capo agli autori attraverso la gestione collettiva dei diritti v. M. KRETSCHMER, *Access and reward in the information society: regulating the collective management of copyright*, in ssrn.com, 2005.

⁴² Le società di gestione collettiva possono apparire, in *prima facie*, delle forme di cartello, delle «horizontal joint venture of copyright holders who create a common sales agency [...] and then pool revenues and distribute them among members, thus eliminating competition

sono in grado di ridurre i costi di transazione che la gestione dell'intero repertorio richiede⁴³. Inoltre, in alcuni sistemi il carattere globale del repertorio amministrato consente alle società di gestione collettiva di beneficiare di una presunzione legale che esonera queste ultime a provare la legittimazione ad agire in un giudizio per la tutela dei diritti d'autore⁴⁴.

Per quanto riguarda invece i criteri di fissazione dei prezzi del repertorio concesso in licenza, le società di gestione collettiva sfruttano il loro potere di mercato per offrire un'equa remunerazione ai titolari dei

between the member copyright holders» (A. KATZ, *The potential demise of another natural monopoly: new technologies and the future of collective administration of copyrights*, cit., 9). Secondo parte della letteratura specialistica le licenze multirepertorio costituiscono un'indebita restrizione della concorrenza tra i titolari dei diritti, un «unreasonable restraint of trade» (cfr. I. REIDEL, *The Taylor Swift paradox: superstardom, excessive advertising and blanket licenses*, in *NYU Journal of Law and Business* 2011, II, 765 ss.). Per un'opinione differente v. M. LIBERTINI, *Gestione collettiva dei diritti di proprietà intellettuale e concorrenza*, in P. SPADA (a cura di), *Gestione collettiva dell'offerta e della domanda di prodotti culturali*, cit., 108 il quale sostiene che la concessione di licenze «in blocco [...] sono state tradizionalmente giustificate proprio da un'esigenza di protezione degli autori minori». Sul punto, la giurisprudenza statunitense ha riconosciuto la liceità delle licenze multirepertorio (Supreme Court, *Broadcast Music Inc. v. Columbia Broadcasting System Inc.*, 441 U.S. 1, 1979).

⁴³ Secondo C. HANDKE e R. TOWSE, *Economics of Copyright Collecting Societies*, cit., 5 la concessione delle *blanket licenses* è «administratively efficient» perché «saves market participants the costs of negotiating the exact size of the bundle of rights and its price for every transaction».

⁴⁴ In diversi Stati membri dell'Unione europea opera una presunzione secondo la quale la società di gestione collettiva è legittimata ad agire in giudizio nell'interesse dell'autore o dell'editore pur se questi non vi abbiano conferito alcun potere di rappresentanza. Un esempio si può rinvenire nella legislazione tedesca del 9 settembre 1965 sulla gestione dei diritti d'autore (c.d. *Urheberrechtswahrnehmungsgesetz* o *WahrnG*) ove si afferma che è presunto il diritto della società di gestione collettiva di amministrare le opere fuori commercio. La legge sul diritto d'autore italiana invece (l. 22 aprile 1941, n. 633) all'art. 164, n. 1, prevede che «i funzionari [...] possono esercitare le azioni di cui sopra nell'interesse degli aventi diritto senza bisogno di mandato». Nei paesi scandinavi, invece, è stato elaborato il modello delle licenze collettive estese che coinvolge l'intera categoria degli autori, compresi coloro che non hanno conferito alcun potere di rappresentanza alle società di gestione collettiva. Questi ultimi hanno tuttavia la facoltà di esercitare un *opt-out* che consiste o nel proibire l'utilizzazione o nel richiedere una remunerazione negoziata su basi individuali. Sull'argomento v. T. RIIS e J. SCHOVSBO, *Extended collective licenses and the nordic experience: it's a hybrid but is it a Volvo or a lemon?*, in *Columbia Journal of Law & the Arts* 2009, IV, 472 ss. e D. DE ANGELIS, *Le licenze collettive estese e la condivisione di opere dell'ingegno sulle reti peer-to-peer*, in *Il diritto d'autore* 2009, III, 408 ss.; D. GERVAIS, *Collective Management of Copyright: Theory and Practice in the Digital Age*, cit., 21 ss..

diritti, per coprire i costi del servizio e per destinare una parte dei proventi a scopi culturali o solidaristici. Pur essendo nella maggior parte dei casi associazioni che non si prefiggono scopi di lucro⁴⁵, è possibile che esse abusino del loro potere di mercato per riconoscere agli autori una remunerazione eccessiva. Tuttavia questi rischi sono ridotti attraverso l'intervento dello Stato che fissa *ex ante* i prezzi delle licenze⁴⁶ o che sanziona *ex post* le società di gestione collettiva che applicano prezzi eccessivamente alti.

La peculiarità delle licenze multirepertorio è che la tariffa ad esse applicata è unica: ciò significa che non vi è alcuna discriminazione di prezzo tra le opere licenziate⁴⁷. È stato segnalato dalla dottrina che se i criteri di distribuzione delle *royalties* non fossero proporzionati alla loro

⁴⁵ L'assenza dello scopo di lucro è connaturato al modello di gestione collettiva dei diritti d'autore. Un'organizzazione in forma capitalistica di questi enti potrebbe determinare «un conflitto fra l'interesse dei titolari dei diritti d'autore ad ottenere la remunerazione più elevata possibile a fronte degli atti di sfruttamento delle loro opere, e l'interesse della *collecting* a remunerare il proprio capitale attraverso i proventi dell'attività di amministrazione accentrata» (D. SARTI, *Gestione collettiva e modelli associativi*, in P. SPADA (a cura di), *Gestione collettiva dell'offerta e della domanda di prodotti culturali*, cit., 32).

⁴⁶ Per un'indagine su i criteri di fissazione dei prezzi di licenza da parte di alcune società di gestione collettiva dell'Europa centrale e dell'est v. R. MATANOVAC VUČKOVIĆ, *Implementation of directive 2014/26/EU on collective management and multi-territorial licensing of musical rights in regulating the tariff-setting systems in central and eastern Europe*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 2016, I, 32 ss..

⁴⁷ Nelle manifestazioni musicali, ad esempio, «la licenza concessa all'utilizzatore ha carattere forfettario, secondo una tariffa standardizzata; ciò significa che il valore/costo della licenza non dipende dal numero e/o dal successo delle opere effettivamente utilizzate (come avverrebbe nel caso di contrattazione individuale) ma dal risultato economico della manifestazione; di conseguenza, i diritti versati dall'utilizzatore rispecchiano il «valore di mercato» complessivo del paniere di opere/diritti oggetto di licenza» (così S. ERCOLANI, *Gli enti di gestione collettiva e la ripartizione dei diritti musicali*, in P. SPADA (a cura di), *Gestione collettiva dell'offerta e della domanda di prodotti culturali*, cit., 139. Cfr. anche R. TOWSE, *The economic effects of digitization on the administration of musical copyrights*, in *Review of Economic Research on Copyright Issues* 2013, II, 62 il quale afferma che il prezzo di licenza offerto dalle società di gestione collettiva «is based on the 'average' value of the whole repertoire».

effettiva utilizzazione questo tipo di omologazione non consentirebbe ai titolari dei diritti di conoscere l'effettivo valore economico della loro opere⁴⁸. Per questi motivi le società di gestione collettiva cercano, ove possibile, di adottare forme di ripartizione analitica dei proventi anche a fronte di ingenti investimenti nell'intento di rendere più efficiente l'attività di intermediazione dei diritti. Tuttavia questa operazione non può essere adottata ad ogni tipo di utilizzazione. Alcune forme di sfruttamento, ed in particolar modo quelle realizzate in ambiente *off-line*, non sono suscettibili di essere campionate in modo agevole e sufficientemente preciso. Ed è proprio per questi motivi che per molto tempo le società degli autori hanno adottato tecniche approssimative di ripartizione dei proventi raccolti⁴⁹.

Infine è necessario tenere in considerazione che le licenze multirepertorio contemplano gli utilizzi avvenuti nel territorio di appartenenza della società licenziante. La portata territoriale limitata è stata ideata proprio per evitare che vi sia una «gara al ribasso» nel fissare le tariffe di licenza tra le società di gestione collettiva. La pratica, infatti, sarebbe stata deleteria per gli autori ai quali, invece, deve essere garantita un'effettiva remunerazione per gli utilizzi delle loro opere. Le licenze

⁴⁸ La tendenziale disomogeneità del valore economico delle opere rende «necessario adottare tecniche di stima e campionamento maggiormente analitiche, idonee ad evidenziare le diverse intensità di utilizzazione di utilizzazione delle creazioni» (D. SARTI, *Gestione collettiva e modelli associativi*, cit., 37). In relazione al medesimo argomento cfr. C. HANDKE e R. TOWSE, *Economics of Copyright Collecting Societies*, cit., 7.

⁴⁹ Secondo S. ERCOLANI, *Gli enti di gestione collettiva e la ripartizione dei diritti musicali*, in P. SPADA (a cura di), *Gestione collettiva dell'offerta e della domanda di prodotti culturali*, cit., 143, i criteri di forfetizzazione nella ripartizione delle *royalties* si è sviluppata a causa della «indisponibilità di dati per l'identificazione delle effettive utilizzazioni, per cui oggettive carenze informative contribuivano a giustificare regole di attribuzione motivate 'politicamente'».

«multiterritoriali», inoltre, sarebbero incompatibili con un efficace *enforcement* dei diritti d'autore che, come sopra osservato, è fondato sul principio di territorialità (v. *supra* parag. 3). Le società di gestione collettiva, infatti, riconoscendosi vicendevolmente una posizione d'esclusiva a livello nazionale, possono servirsi di un fitto apparato di controllo capillare sul territorio. Pertanto, la ripartizione dei mercati dell'intermediazione dei diritti consente di realizzare numerose esternalità positive⁵⁰, tra cui quella di consentire alle società di autori di svolgere alcune funzioni solidaristiche e redistributive (v. *infra* parag. 5).

5. I riflessi solidaristici e culturali della tutela collettiva dei diritti d'autore.

Concepire il sistema di gestione collettiva come strumento per abbattere i costi di transazione necessari alla negoziazione dei diritti d'autore sarebbe tuttavia parziale e riduttivo. Collocando il fenomeno in una dimensione storica, è infatti possibile notare che le società degli autori nascono nella forma di enti corporativi che realizzano un ampio ventaglio di attività dedicate alla promozione della cultura nazionale e alla tutela degli interessi dell'intera categoria degli autori. Per questi motivi, la tutela collettiva degli autori è anche orientata a criteri solidaristici e redistributivi⁵¹. I principi di equità e di parità di trattamento nascono, infatti,

⁵⁰ Gli effetti di tale cooperazione sono letti in termini di «strong economies of scope and network economies» (R. TOWSE, *The economic effects of digitization on the administration of musical copyrights*, cit., 62).

⁵¹ Seppur con modalità e gradazioni differenti. Le società degli autori del continente europeo presentano infatti connotati solidaristici più accentuati rispetto a quelle stabilite in

con l'intento di proteggere tutta la categoria degli autori per l'attitudine di questi ultimi a formare e ad arricchire la cultura degli Stati nazionali. Se si fosse adottato, invece, un sistema in cui le forze di mercato fossero libere di prendere il sopravvento, un tale processo avrebbe inevitabilmente celebrato la vittoria del più forte (l'editore o l'utilizzatore) sul più debole (l'autore). Un'attenta dottrina parla, infatti, della gestione collettiva come sistema di «regolazione»⁵² che non può essere ricondotta a mero rimedio ad un fallimento di mercato⁵³. Per questi motivi, le società di gestione collettiva, nella loro forma tradizionale, assumono una struttura ibrida capace di conciliare il loro animo «corporativistico», che abbraccia i principi di equità e di giustizia distributiva⁵⁴, a quello «efficientista»⁵⁵ che intende offrire al mercato un ottimo strumento per ridurre i costi di transazione.

Le funzioni solidaristiche che le società di gestione collettiva realizzano sono diverse. Anzitutto un esempio di solidarietà tra gli associati può leggersi in tutte quelle attività che realizzano una forma di sussidio alle economie più deboli. Le società di gestione collettiva destinano una parte

Gran Bretagna (PRS) e negli Stati Uniti (ASCAP e BMI), ove criteri di efficienza economica prevalgono rispetto ad altri obiettivi di interesse generale.

⁵² V. M. RICOLFI, *Figure tecniche di gestione collettiva del diritto d'autore e dei diritti connessi* in P. SPADA (a cura di), *Gestione collettiva dell'offerta e della domanda di prodotti culturali*, cit., 8.

⁵³ Secondo R. TOWSE, *Why has cultural economics ignored copyrights?*, in *Journal of cultural economics* 2008, IV, 255 «regulating copyright collecting societies is not like regulating just another natural monopoly; it has wider cultural and social aspects».

⁵⁴ Termine che si contrappone a quello della «giustizia commutativa» secondo il quale, nella delicata ripartizione dei proventi a favore degli autori, «i diritti devono essere distribuiti in modo da rispecchiare quanto più è possibile l'effettiva utilizzazione delle opere» (S. ERCOLANI, *Gli enti di gestione collettiva e la ripartizione dei diritti musicali*, cit., 142).

⁵⁵ La distinzione tra il modello «generalista» ed «efficientista» dei sistemi di gestione collettiva è formulata da P.M. SANFILIPPO, *La gestione collettiva dei diritti d'autore e connessi tra regolazione e concorrenza*, in *AIDA* 2007, 443 ss..

dei loro proventi all'istituzione di fondi di previdenza sociale o di solidarietà in favore degli autori⁵⁶. La percentuale dei proventi così come le regole di deduzione sono stabilite su base nazionale o dagli statuti delle società o dalle norme di regolazione del settore. A volte le percentuali risultano essere variegata in relazione ad ogni ordinamento, soprattutto in funzione della riscossione dell'equo compenso per copia privata⁵⁷. La CISAC ha tuttavia inserito nei modelli degli accordi di reciproca rappresentanza la cosiddetta soglia del «dieci per cento»⁵⁸ che impone un limite alle trattenute sui proventi raccolti in ragione dello sfruttamento di opere straniere⁵⁹.

Altre forme di altruismo tra gli associati possono individuarsi nei criteri di distribuzione delle *royalties* tra autori ed editori, entrambi rappresentati dalle società di gestione collettiva. Onde evitare, infatti, che i

⁵⁶ V. ad esempio l'art. 20 dello Statuto SIAE approvato con decreto ministeriale del 4 giugno 2001 che istituisce un fondo di solidarietà a favore degli associati. La legislazione tedesca sulla gestione dei diritti d'autore (v. nota 44) prevede all'art. 8 che le società di gestione collettiva debbano istituire dei fondi di previdenza e di assistenza nell'interesse dei titolari dei diritti. Lo statuto della SACEM prevede all'art. 4, paragrafo 2, che gli scopi della società degli autori francese sia diretta ad «une action de prévoyance, de solidarité et d'entraide par la constitution et le versement de prestations dans le cadre des œuvres sociales».

⁵⁷ Per uno studio comparativo sulla riscossione dell'equo compenso per copia privata e sulle detrazioni per finalità culturali v. l'International Survey on Private Copying, Law & Practice, 2012 in wipo.int ed il report di M. KRETSCHMER, *Private Copying and Fair Compensation: A comparative study of copyright levies in Europe*, Report for the UK intellectual property office, in epip.eu, 2011.

⁵⁸ Per un riferimento v. D. GERVAIS, *Collective Management of Copyright: Theory and Practice in the Digital Age*, cit., 7. Per un'applicazione della regola del 10 per cento v. lo statuto della SACEM all'art. 33: «Le financement des œuvres sociales et culturelles des Membres est assuré: - Par une retenue en pourcentage sur les recettes nettes de la société résultant de l'exercice des droits dont elle assure directement la gestion, ce pourcentage étant déterminé par le Conseil d'administration mais ne pouvant être supérieur à 10».

⁵⁹ La condotta di alcune società di gestione collettiva è stata oggetto di forti critiche da parte di alcuni titolari dei diritti (in particolare di opere del repertorio anglosassone) i quali sono obbligati a subire delle detrazioni molto elevate (prossime al dieci per cento) senza però esprimere alcun consenso al riguardo (cfr. S. NÉRISSON, *Social functions of collective management societies (CMS). Provisory conclusions*, in ssrn.com, 2007, 8 ss. e M. FICSOR, *Collective Management of Copyright and Related Rights*, Ginevra, World Intellectual Property Organization, 2002, 150 s.).

meccanismi di libera contrattazione penalizzino inevitabilmente gli autori che in gran parte sono dei soggetti economicamente deboli, le società di gestione collettiva determinano in quale percentuale i proventi debbano essere ripartiti in favore dei diversi titolari dei diritti sulla medesima opera. Tale meccanismo si rivela un ottimo rimedio, basato su ragioni di equità, per evitare una disparità di trattamento tra gli associati⁶⁰.

Ulteriori profili di espressione della vocazione solidaristica delle società di gestione collettiva si rivengono nel c.d. modello «aperto» che riconosce all'amministrazione dei diritti d'autore una natura spiccatamente universale. Una società di gestione collettiva «aperta» si differenzia da una società di gestione collettiva «chiusa» quando consente a qualsiasi autore od editore di affidarsi senza attuare alcuna discriminazione tra i nuovi entranti. Un approccio di tipo efficientista, invece, predica il modello chiuso per poter selezionare e amministrare quelle opere che hanno un particolare *appeal* nel mercato. Le opere che invece non hanno alcun riscontro commerciale sarebbero escluse poiché rappresentano solo un costo amministrativo aggiuntivo capace di comprimere i margini di profitto destinati ai soggetti già affiliati⁶¹.

Eppure una simile impostazione sarebbe particolarmente difficile da attuare. In primo luogo essa tradisce l'ispirazione egalitaria e universalistica delle società di gestione collettiva. Infatti, il principio di non

⁶⁰ Il tema è stato oggetto di studio da parte di D. SARTI, *Gestione collettiva e modelli associativi*, cit., 34 ss..

⁶¹ Per uno studio sulla modalità «aperta» e «chiusa» dell'amministrazione dei diritti d'autore v. S.M. BESEN, S.N. KIRBY e S.C. SALOP, *An economic analysis of copyright collectives*, cit., 390 ss.;

discriminazione, prima ancora di ricevere pieno riconoscimento dalle norme di diritto antitrust e di diritto dell'Unione europea⁶², esprimeva già la vera essenza delle società di gestione collettiva, ovvero quella di essere «al servizio dell'intera comunità»⁶³ e non solo di una parte di essa. In secondo luogo, un modello che tende ad escludere gli autori dalla tutela collettiva sarebbe comunque destinato a fallire poiché concretizzerebbe il rischio di appiattare l'offerta di prodotti culturali sul mercato. Di conseguenza, se si considera che i gusti dei consumatori tendono a variare continuamente, gli utilizzatori non sarebbero in grado di soddisfare queste nuove preferenze perché potrebbero attingere le opere da un repertorio non sufficientemente ampio⁶⁴.

6. *Alle origini del processo evolutivo. La società dell'informazione e le nuove tecnologie.*

Le modalità di amministrazione accentrata dei diritti d'autore e la concessione di licenze multirepertorio su base nazionale da parte delle società di autori sono rimaste inalterate per lungo tempo. Tuttavia, a partire dalla seconda metà del Novecento, si è avviato un lento ma costante

⁶² Corte di giustizia, sentenza del 20 ottobre 1993, cause riunite C-92/92 e C-326/92, *Phil Collins*; Corte di giustizia, sentenza del 2 marzo 1983, causa 7/82, *GVL*.

⁶³ M. RICOLFI, *Figure tecniche di gestione collettiva del diritto d'autore e dei diritti connessi* in P. SPADA (a cura di), *Gestione collettiva dell'offerta e della domanda di prodotti culturali*, cit., 13.

⁶⁴ Le licenze multirepertorio ed il modello aperto di gestione collettiva dei diritti d'autore producono delle esternalità positive in favore degli utilizzatori, i quali «sono spesso interessati ad acquisire licenze estese a tutte le opere (specialmente musicali) protette, non potendo conoscere *ex ante* quali fra esse saranno oggetto di atti di sfruttamento» D. SARTI, *Liberalizzazioni e gestione collettiva dei diritti di proprietà intellettuale*, in *Orizzonti del diritto commerciale* 2014, II, 5. Sul tema v. anche C. HANDKE e R. TOWSE, *Economics of Copyright Collecting Societies*, cit., 6

processo evolutivo determinato dal nuovo contesto economico, sociale e tecnologico in cui le società di gestione collettiva avrebbero dovuto operare. Per poter comprendere come funzioni il modello odierno della *collecting society* europea⁶⁵ è necessario risalire alle cause che hanno determinato questi mutamenti.

In quella che è stata definita società post-industriale⁶⁶, l'informazione e la conoscenza diventano le merci più preziose per i paesi sviluppati a causa del processo di delocalizzazione degli stabilimenti produttivi propugnato dalla globalizzazione dei mercati. La competizione internazionale tra imprese ha inoltre determinato un aumento degli investimenti nell'innovazione in nuove tecnologie⁶⁷ che hanno reso più efficiente ed immediato lo scambio di informazioni attraverso la rete delle telecomunicazioni. In particolare, la digitalizzazione ha reso superflui tutti quei supporti fisici (carta, musicassetta, *compact disc*, etc.) attraverso i quali le informazioni hanno sempre circolato. Esse, infatti, potendo essere convertite in impulsi elettrici capaci di essere trasmessi attraverso la rete, sono facilmente accessibili da chiunque posseda un terminale capace di

⁶⁵ Con il termine *collecting society* si intende in senso lato quell'ente che si occupa dell'amministrazione dei diritti di proprietà intellettuale (*collective rights management*) come ad esempio i diritti d'autore o i diritti connessi.

⁶⁶ Il concetto è stato definito da D. BELL, *The coming of post-industrial society. A venture in social forecasting*, Basic Books, New York, 1973.

⁶⁷ Secondo la teoria dell'economista austriaco Schumpeter, il capitalismo procede non in base ad una concorrenza sul prezzo ma in base alla concorrenza sull'innovazione (c.d. processo di «distruzione creatrice»). Le imprese sono spinte ad investire nell'innovazione per poter sbaragliare la concorrenza e godere di rendite monopolistiche. Sull'argomento v. J.A. SCHUMPETER, *Capitalism, socialism and democracy*, Routledge, Londra e New York, 6 ed., 2003, 81 ss..

decodificarli. Questo nuovo modo di riprodurre e scambiare informazioni⁶⁸ ha provocato un ampliamento della domanda di prodotti culturali in Internet a discapito dei tradizionali canali di distribuzione, facendo così vacillare le industrie creative che fondavano la loro forza economica sullo sfruttamento dei diritti d'autore⁶⁹.

A seguito delle perdite sofferte dal settore, si ritenne opportuno promuovere una forma di gestione individuale dei diritti d'autore in rete nell'intento di rendere marginale la costosa amministrazione collettiva⁷⁰. La

⁶⁸ Le caratteristiche delle tecnologie digitali sono essenzialmente tre. Anzitutto, rispetto alle tecniche tradizionali di riproduzione, esse permettono di realizzare infinite copie di opere, perfettamente identiche e gratuite che possono essere diffuse in tutta la rete. La seconda caratteristica riguarda la possibilità per il consumatore di fruire delle copie informatiche in qualsiasi momento. La tecnologia, superando il concetto di fruizione lineare tipica dei servizi radiofonici o televisivi (per una distinzione v. R. MASTROIANNI, *La direttiva sui servizi di media audiovisivi e la sua attuazione nell'ordinamento italiano*, Giappichelli, Torino, 2011, 2 ed., 7 ss.), ha permesso di creare infrastrutture di rete tali da offrire su richiesta musica, prodotti audiovisivi, articoli di attualità, etc. Il terzo aspetto, infine, attiene all'assenza di confini della rete. Internet è essenzialmente un'entità svincolata dai limiti spaziali e dalle divisioni territoriali degli Stati. I contenuti, pubblicati in esso, infatti, possono essere raggiunti da chiunque in qualsiasi luogo. La triplice natura della tecnologia digitale (*perfect, anytime, anywhere*) è di M. RICOLFI, *Individual and collective management of copyright in a digital environment*, in P. TORREMANS (a cura di), *Copyright law. A Handbook of Contemporary Research*, Edgar Elgar, Cheltenham, 2008, 286 s..

⁶⁹ Le industrie creative o «copyright industries» svolgono nella società dell'informazione un ruolo cruciale in quanto riescono a creare ricchezza sfruttando i diritti d'autore sulle opere da esse create (v. ad es. l'industria dei software). Sul tema v. N. GARNHAM, *From cultural to creative industries. An analysis of the implications of the «creative industries» approach to arts and media policy making in the United Kingdom*, in *International Journal of Cultural Policy* 2005, I. Uno studio specifico sulle industrie culturali è stato svolto dalla Commissione europea (Commissione europea, *Libro verde su «Le industrie culturali e creative, un potenziale da sfruttare»*, 27 aprile 2010, COM(2010) 183 def., 2) nel quale si sottolinea che «in questa nuova economia digitale, il valore immateriale determina sempre più il valore materiale, perché i consumatori cercano 'esperienze' nuove e arricchenti. La capacità di creare esperienze e reti sociali è ora un fattore di competitività. Se l'Europa vuole restare competitiva in questo ambiente globale in evoluzione, deve creare le condizioni propizie al fiorire della creatività e dell'innovazione in una nuova cultura imprenditoriale.».

⁷⁰ Le grandi case discografiche come la SonyBMG e dei colossi dell'informatica come Microsoft e Apple intendevano creare delle piattaforme distributive di opere musicali *on-line* senza dover ricorrere a forme di intermediazione nell'amministrazione dei diritti. Il loro motto era «tanta gestione collettiva quanto indispensabile, tanta gestione individuale quanto possibile» (M. RICOLFI, *Figure tecniche di gestione collettiva del diritto d'autore e dei diritti connessi*, cit., 18).

tecnologia infatti aveva sviluppato misure di protezione (*Digital rights management* – DRM) capaci di consentire al titolare dei diritti di controllarne l'accesso e la duplicazione⁷¹ in ragione della possibilità di riprodurre in copie perfette le opere messe in commercio.

Per poter realizzare questi obiettivi si tentò anzitutto di valorizzare la dimensione individuale del diritto d'autore per poi poter invocarne una più efficace gestione. Secondo tale visione⁷², la funzione predominante del *copyright* è quella di massimizzare i profitti che derivano dalla produzione e dalla diffusione di contenuti creativi nelle reti della società dell'informazione. Infatti, è proprio grazie alle tecniche di esclusiva che il titolare del diritto può appropriarsi di una risorsa (in realtà non scarsa⁷³) e

⁷¹ Per una definizione v. D. GERVAIS, *Electronic Rights Management Systems*, in *The journal of world intellectual property* 2000, I, 79 ss..

⁷² Il riferimento è agli economisti neoclassici e ai loro studi sul diritto d'autore (per ampi riferimenti cfr. N.W. NETANEL, *Copyright and a democratic civil society*, in *Yale Law Journal* 1996, 292 ss.). Ad esempio, R.M. HURT e R.M. SCHUCHMAN, *The economic rationale of copyright*, in *American Economic Review*, 56, 1966, 421 ss. si pongono il problema se il diritto d'autore rappresenti un efficace incentivo per la produzione di nuove opere. Gli autori, dopo aver preso le mosse dalla concezione del diritto d'autore come «natural property right», affermano che «the copyright system will almost inevitably be judged by its effect upon some notion of the general welfare: it is held to be a necessary supplement to the free market in promoting the best allocation of scarce resources according to the priorities of human wants» (R.M. HURT e R.M. SCHUCHMAN, op. loc. cit., 425). Per un approccio neoclassico al diritto d'autore v. anche P. GOLDSTEIN, *Copyright's highway. From Gutenberg to celestial jukebox*, Stanford University Press, 2003 e W.M. LANDES e R.A. POSNER, *An economic analysis of copyright law*, in *Journal of Legal Studies* 1989, 325 ss..

⁷³ Una delle problematiche principali dell'economia dell'informazione consiste nella difficoltà di applicare il modello proprietario ad una risorsa – l'informazione – che in natura non è scarsa ma che, anzi, possiede i connotati dei beni comuni (cc.dd. *commons*) quali la non rivalità e la non escludibilità. In termini critici è stato affermato che «i beni immateriali come l'informazione e la conoscenza subiscono [...] la stessa sorte delle risorse naturali con la decisiva differenza che, mentre foreste, acqua, chiese, terre, (i commons per antonomasia) sono oggetto di un saccheggio perpetrato da autorità politiche nazionali (a causa dell'inevitabile individualità geografica di queste stesse entità), informazione e conoscenza sono vittime delle stesse pratiche perpetrate a livello transnazionale e globale (un'idea astratta, del resto, non ha confini né radicamento territoriale): ciò che, del resto, è in perfetta continuità con la spiccata vocazione internazionalistica del diritto della proprietà intellettuale» (L. NIVARRA, *Anticommons and legal standards*, in *AIDA* 2013, 263). Per

collocarla efficientemente nel mercato ad un prezzo che rispecchia il suo effettivo valore economico e non invece il valore forfettario stabilito dalla società di gestione collettiva.

Il tanto atteso passaggio da una tutela collettiva ad una tutela individuale dei diritti d'autore si mostrò ben presto fragile nel mondo virtuale perché incapace di gestire alcuni rischi che non erano stati presi in debita considerazione nel momento progettuale. Ad esempio, l'amministrazione individuale dei diritti d'autore avrebbe inevitabilmente reso marginali le funzioni sociali e redistributive delle società di autori che invece hanno svolto un ruolo fondamentale nella promozione della cultura degli Stati europei⁷⁴. Inoltre, non potendo essere più stipulate licenze che coprono l'intero repertorio globale di opere, la gestione individuale avrebbe condotto ad una restrizione dell'offerta di prodotti culturali nel mercato a causa degli elevati costi di accesso al servizio⁷⁵. Infine, le misure tecniche di protezione non sono in grado di offrire una soluzione definitiva alla pirateria di massa essendo vulnerabili e mai perfettamente sicure⁷⁶.

questi motivi se è vero che il modello proprietario conduce ad una più efficiente allocazione delle risorse non è men vero che la proliferazione incontrollata della proprietà potrebbe paralizzare la ricerca e l'innovazione (in argomento v. *amplius* M. HELLER, *Tragedy of anticommons: property in the transition from Marx to market*, in *Harvard Law Review* 1998, III, 622 ss.).

⁷⁴ P. GILLIÉRON, *Collecting societies and the digital environment*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 2006, VIII, 953.

⁷⁵ V. nota precedente.

⁷⁶ J.C. GINSBURG, *The Pros and Cons of Strengthening Intellectual Property Protection: Technological Protection Measures and Section 1201 of the U.S. Copyright Act*, in *Columbia Public Law & Legal Theory Working Papers* 2007, n. 07-137, in ssrn.com; M. RICOLFI, *Individual and collective management of copyright in a digital environment*, cit., 300.

A questo punto si comprende che la strada giusta da percorrere non era quella di imporre eccessive restrizioni alla circolazione di beni protetti dal *copyright* ma di stimolare nuove forme di utilizzazioni lecite in rete⁷⁷. Un approccio di natura difensiva dei diritti d'autore non farebbe altro che orientare la domanda dei consumatori verso utilizzazioni illecite di opere perché gratuite e esenti da ogni restrizione⁷⁸. Evidentemente il modello di gestione individuale dei diritti d'autore ha fallito proprio perché non è andato incontro alle esigenze dei consumatori che intendono poter avere ampia facoltà di scelta avendo l'accesso illimitato al repertorio mondiale di opere. Per questi motivi è stato sostenuto che i titolari dei diritti d'autore dovrebbero abbandonare quei modelli restrittivi di offerta di prodotti culturali e orientarsi verso nuovi modelli di *business* capaci di rispondere alle istanze del mercato⁷⁹. In questo modo sarebbe possibile trovare un giusto bilanciamento tra la piena accessibilità dei prodotti culturali e la necessità di garantire un'equa remunerazione in favore degli autori⁸⁰.

⁷⁷ Lo scopo delle industrie creative «was not to minimize unauthorized uses but rather to maximize authorized use» (D. GERVAIS, *Collective Management of Copyright: Theory and Practice in the Digital Age*, cit., 17).

⁷⁸ Secondo N. CONLEY, *The future of licensing music online: the role of collective rights organizations and the effect of territoriality*, in *Journal of computer and information law* 2008, 460 «if rights holders make access to copyrighted works too difficult or if subsequent use by purchasers of the works is too limited, consumers will find illegal ways to obtain a wider variety of works that are more user-friendly».

⁷⁹ Questa posizione è accolta da R. TOWSE, *Economics of music publishing: copyright and the market*, in *Journal of Cultural Economics* 2016, in springer.com.

⁸⁰ L'aspetto in questione evoca il c.d. paradosso del diritto d'autore (D. GERVAIS, *Collective Management of Copyright: Theory and Practice in the Digital Age*, cit., 13 s.). Appare, infatti, paradossale che le norme sul diritto d'autore, nell'intento di promuovere la diffusione della conoscenza attraverso la diffusione di opere dell'ingegno, attribuiscono agli autori dei diritti di esclusiva che possano ostacolare la circolazione. Le società di gestione collettiva in parte risolvono questa contraddizione in quanto sostituiscono alle plurime volontà degli autori l'unica volontà dell'ente corporativo, rendendo così maggiormente accessibili tutte le opere del repertorio amministrato.

Poste tali premesse sorge tuttavia il dubbio se le società di gestione collettiva possano ancora svolgere un ruolo fondamentale nella società dell'informazione. È stato ritenuto da alcuni studiosi che lo sviluppo delle misure tecniche di protezione avrebbe potuto portare alla disintermediazione nell'amministrazione dei diritti d'autore, marginalizzando così il ruolo delle società degli autori⁸¹. Questa tesi, come è stato osservato pocanzi, è stata successivamente contraddetta dall'insuccesso dell'offerta di contenuti digitali protetti e della lotta alla pirateria di massa. I consumatori, desiderando un'offerta piena ed illimitata di prodotti culturali, hanno quindi stimolato lo sviluppo di nuove forme di distribuzione *on-line* di opere che necessariamente devono servirsi dei servizi offerti dalle società di gestione collettiva. Esse, infatti, offrendo in licenza un ampio repertorio di opere, permettono agli utilizzatori di sviluppare un'offerta di prodotti culturali basata sull'accessibilità e sulla gratuità, caratteristiche rese possibili da nuove forme di remunerazione, come le inserzioni pubblicitarie o l'iscrizione ad abbonamenti.

I sistemi di DRM, tuttavia, più che rappresentare il declino della tutela collettiva degli autori, oggi si rivelano preziosi alleati per le *collecting*⁸².

⁸¹ V. P.B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT e S. VAN GEFFEN, *The Future of Levies in a Digital Environment*, in ivir.nl, 2003; M. KRETSCHMER, *The failure of property rules in collective administration: rethinking copyright societies as regulatory instruments*, in *European Intellectual Property Review* 2002, 133; H. COHEN JEHOAM, *The Future of Copyright Collecting Societies*, in *European Intellectual Property Review* 2001, 134 ss..

⁸² Il sistema DRM è stato definito come un «friendly enemy» delle società di gestione collettiva (v. P. GILLIÉRON, *Collecting societies and the digital environment*, cit., 952). Sulle potenzialità dell'adozione di tecniche di amministrazione digitale dei repertori da parte delle società di gestione collettiva v. M. LIBERTINI, *Gestione collettiva dei diritti di proprietà intellettuale e concorrenza*, in P. SPADA (a cura di), *Gestione collettiva dell'offerta e della domanda di prodotti culturali*, cit., 120.

Esse, infatti, per poter assumere una posizione di rilievo nella rete informatica, dovranno adeguarsi alle tecnologie, offrendo dei servizi che valorizzino – e che quindi non ostacolino – i nuovi modelli di diffusione delle opere che si stanno sviluppando⁸³. L'amministrazione digitale dei diritti può consentire ad esempio alle società di autori di affinare la rendicontazione degli utilizzi dei repertori e di rendere ancor più analitica la ripartizione delle *royalties* a favore dei titolari dei diritti. L'utilizzo di nuove tecnologie da parte delle società di gestione collettiva potrebbe però mettere in crisi il loro radicamento territoriale. Il modello tradizionale di amministrazione dei diritti risulta, infatti, difficilmente trasponibile nel mondo virtuale ove è possibile controllare le utilizzazioni delle opere anche a distanza attraverso i sistemi di DRM, rendendo così superflua la ripartizione territoriale dell'attività di intermediazione dei diritti.

7. Il diritto dell'Unione europea e la gestione collettiva. Un punto di vista privilegiato.

Per poter comprendere come la transizione dal modello tradizionale della gestione collettiva dei diritti d'autore a quello attuale si sia sviluppata è necessario inquadrare il fenomeno all'interno di un contesto giuridico ben definito, e cioè quello del diritto comunitario. Già a partire dagli anni Settanta, la Comunità europea con le sue politiche di liberalizzazione e di

⁸³ Sull'adattamento alla realtà tecnologica v. D. GERVAIS, *Collective Management of Copyright: Theory and Practice in the Digital Age*, cit., 18 e G. HANSEN e A. SCHMIDT-BISCHOFFSHAUSEN, *Economic functions of collecting societies. Collective rights management in the light of transaction cost and information economics*, cit., 20.

instaurazione di un mercato competitivo, ha svolto un ruolo non trascurabile ma, anzi, determinante per il mutamento delle società gestione collettiva dei diritti d'autore. Il nuovo modello di *collecting society* europea si distingue da quello originario perché concilia l'esigenza di garantire un'equa remunerazione ai titolari dei diritti a quella di non ostacolare l'integrazione dei mercati nazionali (Art. 3, par. 3, TUE). La Commissione europea, in particolare, ha posto molta attenzione alle diverse modalità di esercizio dei diritti d'autore in quanto potrebbero condurre ad indebite restrizioni al commercio tra Stati membri. Non sorprende infatti che se in passato si riteneva che le società d'autori dovessero astenersi «da una attività affaristica»⁸⁴, oggi sono trattate alla stregua di imprese che incidono sul mercato della diffusione e della distribuzione di prodotti culturali.

Se in origine il fenomeno è stato disciplinato solo dalle legislazioni nazionali e dalle stesse corporazioni di autori ed editori, oggi il diritto dell'Unione europea si sovrappone ad esse, aggiungendo un nuovo livello di regolazione capace di ridefinire la struttura originaria e le modalità di funzionamento delle società di gestione collettiva. In questo sistema multi-livello, fondato sul primato delle norme dei Trattati e del diritto derivato rispetto alle norme nazionali⁸⁵, le *collecting societies* sono quindi tenute ad adottare uno «statuto di concorrenza» in forza della posizione monopolistica

⁸⁴ U. GHERALDI, *Di talune funzioni dell'«E.I.D.A.» nelle relazioni con l'estero*, cit., 282.

⁸⁵ Sul primato del diritto dell'Unione europea la letteratura è sterminata. In giurisprudenza v. il *leading case* Corte di giustizia, sentenza del 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa Enel*.

(di fatto e, in alcuni casi, di diritto⁸⁶) detenuta nei mercati nazionali che attribuisce loro una «speciale responsabilità»⁸⁷ nei confronti del sistema di mercato che crea e distribuisce le opere amministrare. Il diritto antitrust è stato infatti spesso invocato per ridisegnare il sistema tradizionale di gestione collettiva poiché esso mira reprimere tutte quelle inefficienze che gli abusi del potere di mercato sono in grado di produrre.

Appare quindi evidente che il diritto dell'Unione europea ha offerto una nuova chiave di lettura alle forme di tutela collettiva dei diritti d'autore, valutando il fenomeno secondo quei criteri fatti propri dalla scienza economica. In questo senso gli organi comunitari, servendosi di «canoni di valutazione che sono estranei alla vocazione regolatoria da cui ha preso le mosse la gestione collettiva europeo-continentale»⁸⁸ hanno definito un modello innovativo di *collecting society* che in parte si allontana dai valori corporativistici che hanno caratterizzato la storia delle società di gestione collettiva.

L'evoluzione verso modelli più efficienti di gestione collettiva dei diritti deve comunque confrontarsi con quelle inefficienze che i monopoli nazionali producono per realizzare finalità sociali e redistributive. Se da un lato risulta necessaria la promozione di una maggiore competitività tra *collecting societies* europee per incrementarne l'efficienza, essa, tuttavia,

⁸⁶ Secondo quanto riportato da uno studio commissionato dal Parlamento europeo (KEA AFFAIRS, *The collective management of rights in Europe. The quest for efficiency*, 1 luglio 2006, in europarl.europa.eu, 17, nota 21) sono sei gli Stati membri che riconoscono alle società di gestione collettiva dei monopoli legali. Essi sono l'Italia, il Belgio, l'Ungheria, i Paesi Bassi, la Repubblica Ceca e Malta.

⁸⁷ Corte di giustizia, sentenza del 9 novembre 1983, causa 322/81, *Michelin I*, punto 57.

⁸⁸ M. RICOLFI, *Figure tecniche di gestione collettiva del diritto d'autore e dei diritti connessi*, cit., 27.

non può essere perseguita in modo assoluto. Da ciò emerge l'approccio cauto della Commissione europea nel valutare le tecniche di amministrazione dei diritti adottati dalle società di gestione collettiva per poter preservare l'animo solidaristico che ha contraddistinto sin dalle origini il loro operato. D'altronde, gli interessi sottesi alla gestione collettiva dei diritti d'autore - e cioè la protezione della creatività e della cultura nazionale - sono ampiamente riconosciuti sia dalle norme di diritto primario dell'Unione europea⁸⁹, sia dalla Carta dei diritti fondamentali (c.d. «Carta di Nizza») che ha assunto, dopo le modifiche apportate dal Trattato di Lisbona, il medesimo valore giuridico dei Trattati. Infatti in essa è stabilito che «la

⁸⁹ Per quanto riguarda la tutela delle diversità culturale, ad essa sono dedicate numerose norme di diritto dell'Unione europea. Tra le più importanti, è affermato che l'Unione rispetta «la ricchezza della sua diversità culturale e linguistica» (art. 3, par. 3, quarto comma, TUE) e «l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai Trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale» (art. 4, par. 2, TUE). L'art. 167, par. 4, TFUE afferma inoltre che l'Unione «tiene conto degli aspetti culturali nell'azione che svolge a norma di altre disposizioni dei Trattati, in particolare ai fini di rispettare e promuovere la diversità delle sue culture». Nel rispetto di tali principi, può ricordarsi che la Comunità europea (Consiglio dell'Unione europea, decisione del 18 maggio 2006 relativa alla conclusione della convenzione sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali, 2006/151/CE, in GU L 201 del 25 luglio 2006, 15 ss.) ha approvato la Convenzione sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali, adottata nel corso della conferenza generale dell'UNESCO tenutasi a Parigi il 20 ottobre 2005. Per uno studio sul tema v. D. FERRI, *La Costituzione culturale dell'Unione europea*, CEDAM, Padova, 2008. Per quanto riguarda il diritto d'autore, il riferimento è, per così dire, indiretto in quanto la giurisprudenza della Corte di giustizia lo riconduce ad un principio generale (v. Corte di giustizia, sentenza del 29 gennaio 2008, causa C-275/06, *Promusicae*, punto 62: «A tale riguardo va ricordato che il diritto fondamentale di proprietà, di cui fanno parte i diritti di proprietà intellettuale, come il diritto d'autore [...] costituiscono principi generali del diritto comunitario»). In dottrina v. C. SGANGA, *EU Copyright Law between Property and Fundamental Rights: A Proposal to Connect the Dots*, in R. CASO e F. GIOVANELLA (a cura di), *Balancing Copyright Law in the Digital Age. Comparative Perspectives*, Springer, Berlino, 2015, 1 ss.; C. GEIGER, *Copyright's Fundamental Rights Dimension at EU Level* in E. DERCLAYE (a cura di), *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009; R. MASTROIANNI, *La tutela internazionale e comunitaria del diritto d'autore come diritto fondamentale dell'uomo*, in A. GAMBINO e V. FALCE, *Scenari e prospettive del diritto d'autore*, Edizioni ART, Novara, 2009; ID. *Proprietà intellettuale e costituzioni europee*, in *AIDA* 2005, 7 ss..

proprietà intellettuale è protetta» (art. 17, parag. 2) e che «l'Unione rispetta la diversità culturale, religiosa e linguistica» (art. 22).

La tutela dei diritti d'autore e della diversità culturale, quindi, giocano un ruolo fondamentale nell'attività di *governance* dell'economia europea poiché le ragioni di efficienza devono essere necessariamente bilanciate⁹⁰, nel rispetto del principio di proporzionalità⁹¹, con i diritti fondamentali che trovano ampio riconoscimento nelle norme di diritto dell'Unione europea. Pertanto, nell'ottica della costruzione del mercato interno, è necessario coordinare le funzioni tipiche delle società di gestione collettiva e le politiche economiche dell'Unione europea.

Al raggiungimento di questo obiettivo non si frappongono particolari ostacoli in quanto le disposizioni dei Trattati prevedono un ampio spettro di tutela dei diritti fondamentali. Ad esempio, si pensi all'art. 36 TFUE il quale pone un argine alla liberalizzazione degli scambi intracomunitari per scopi di tutela della proprietà intellettuale o all'art. 167, paragrafo 4, TFUE nel quale è prescritto all'Unione di tenere conto delle diversità culturali degli Stati membri nell'azione che svolge.

⁹⁰ Per uno studio sul bilanciamento tra diritti fondamentali e libertà economiche v. R. MASTROIANNI, *Diritti dell'uomo e libertà economiche fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea: nuovi equilibri?*, in *Il diritto dell'Unione europea* 2011, II, 319 ss..

⁹¹ Il riferimento è all'art. 52, parag. 1 della Carta di Nizza il quale sancisce che «nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui». Per una applicazione v. Corte di giustizia, sentenza dell'8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland*, punti 38 ss.. In commento cfr. A. ARENA, *La Corte di giustizia sulla conservazione dei dati: quali conseguenze per le misure nazionali di recepimento?*, in *Quaderni costituzionali. Rivista italiana di diritto costituzionale* 2014, III, 722 ss..

Anche nel contesto del diritto antitrust il rispetto dei diritti fondamentali assume un peso preponderante, in special modo, nell'art. 106, par. 2, TFUE il quale prevede un limite all'applicazione delle norme dei Trattati quando una restrizione della concorrenza sia funzionale all'adempimento di servizi di interesse economico generale. Se l'impresa non è incaricata di un simile servizio, essa potrà comunque beneficiare dell'esenzione di cui all'art. 101, par. 3, TFUE che richiede però una valutazione tecnico-economica dell'illecito antitrust⁹².

L'intervento dell'Unione europea sulle società di gestione collettiva può scandirsi temporalmente in due fasi⁹³. La prima, che va dagli anni Settanta agli anni Novanta, detta anche di integrazione «negativa», è caratterizzata dall'applicazione delle norme dei Trattati, in particolare di diritto della concorrenza, alle società di gestione collettiva. La seconda fase, che si sviluppa dagli anni Novanta ai giorni nostri, invece, riguarda un'attività più incisiva degli organi comunitari (integrazione «positiva») che

⁹² La valutazione consiste nell'accertare se l'illecito concorrenziale produca incrementi di efficienza nel mercato rilevante. Tuttavia questo non è l'unico criterio per poter applicare l'art. 101, par. 3, TFUE. Esso infatti contempla anche ulteriori obiettivi di politica industriale («promuovere il progresso tecnico ed economico») o di benessere del consumatore («pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva»), che non sono propriamente riconducibili ad una *efficiency defence*. Altri obiettivi possono essere tenuti in considerazione «nella misura in cui possano essere fatti rientrare nelle quattro condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3» (Commissione europea, *Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del Trattato*, 2004/C 101/08, in GU C 101 del 27 aprile 2004, par. 42). In argomento v. G. MONTI, *Ec competition law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, 89 ss..

⁹³ La periodizzazione coincide sostanzialmente con i primi due dei quattro momenti logici dell'intervento del diritto europeo sulla proprietà intellettuale segnalati da L.C. UBERTAZZI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *La proprietà intellettuale (Trattato di diritto privato dell'Unione europea)*, Giappichelli, Torino, 2011, 19 ss.. Il primo momento logico si riferisce all'applicazione delle norme del Trattato sulla concorrenza e sulla libera circolazione di merci e servizi, il secondo momento, invece, riguarda una più ampia armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri.

si è concretizzata in un intervento di armonizzazione e di liberalizzazione delle attività relative alla protezione dei diritti d'autore, esigenza ormai impellente a seguito dello sviluppo di nuove forme di distribuzione *on-line* di opere.

La seconda fase si divide a sua volta in altre due sottofasi in relazione all'approccio adottato dalla Commissione nel disciplinare il fenomeno. La prima sottofase è stata caratterizzata dall'emanazione di atti di *soft law*⁹⁴ che pur non dotati della vincolatività tipica della direttiva sono stati in parte attuati, anche se in modo non omogeneo, all'interno dell'Unione⁹⁵. Nella seconda fase la Commissione ha deciso di adottare una strategia più invasiva delle competenze statali volta all'adozione di un atto vincolante, e cioè della direttiva 2014/26/UE sulla «gestione collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi e sulla concessione di licenze multiterritoriali per i

⁹⁴ Con tale termine si fa riferimento a tutti quegli atti che promanano dalle istituzioni europee ma che non hanno alcuna forza vincolante, né per gli Stati membri né per i singoli. Ad esempio le raccomandazioni e i pareri previsti dall'art. 288 TFUE rientrano in questa ampia categoria. Non è passato inosservato l'incremento dell'attività di *soft law* da parte della Commissione Europea (per uno studio v. i recenti lavori di R. DEHOUSSE, *Has the European Union moved towards soft governance?*, in *Comparative European Politics* 2016, I, 20 ss. e F. TERPAN, *Soft Law in the European Union - The Changing Nature of EU Law*, in *European Law Journal* 2015, I, 68 ss.) che se da un lato rende più trasparenti ed efficienti le politiche dell'Unione, dall'altro vi è il pericolo che tali atti incidano di fatto sul mercato senza essere sottoposti al controllo popolare del Parlamento europeo e al controllo giudiziale della Corte di giustizia.

⁹⁵ Commissione europea, raccomandazione del 18 maggio 2005 sulla *Gestione transfrontaliera collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi nel campo dei servizi musicali on-line autorizzati*, 2005/737/CE, in GU L 276 del 21 ottobre 2005, 54 ss.. L'atto è stato adottato sulla base giuridica dell'art. 211 TCE (oggi abrogato dal Trattato di Lisbona, ma sostituito nella sostanza dall'art. 17, parag. 1, TUE) in forza del quale la Commissione, se lo ritiene necessario, può adottare raccomandazioni riguardanti materie di rilevanza per il Trattato.

diritti su opere musicali per l'uso online nel mercato interno»⁹⁶ (v. capitolo IV, parag. 7).

⁹⁶ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sulla gestione collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi e sulla concessione di licenze multiterritoriali per i diritti su opere musicali per l'uso online nel mercato interno, 2014/26/UE, in GU L 84 del 20 marzo 2014, 72 ss..

CAPITOLO II

LE SOCIETÀ DI GESTIONE COLLETTIVA NELLA CORNICE DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

CAPITOLO II

LE SOCIETÀ DI GESTIONE COLLETTIVA NELLA CORNICE

DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

SOMMARIO: 1. I limiti soggettivi all'applicazione delle norme del Trattato. La nozione di impresa, i servizi di interesse economico generale. – 2. I limiti oggettivi all'applicazione delle norme del Trattato: a) libertà economiche fondamentali e diritto d'autore. – 3. (Segue). b) diritto della concorrenza e diritto d'autore. – 4. (Segue). c) la diversità culturale. – 5. Alcune considerazioni sistematiche.

1. I limiti soggettivi all'applicazione delle norme del Trattato. La nozione di impresa, i servizi di interesse economico generale.

Alle origini del processo di armonizzazione delle norme nazionali sul diritto d'autore, dettato dall'esigenza di sottoporre le discipline nazionali ad una struttura omogenea che renda effettive le libertà dei Trattati, la Comunità europea ha attuato – come è stato in precedenza precisato - una politica di integrazione «negativa» dei mercati nazionali. Con tale termine si indica quel particolare intervento degli organi comunitari volto a rimuovere tutti gli ostacoli che possono incidere sull'obiettivo di creare un mercato comune. In particolare, il principio di territorialità che sorregge il sistema di

protezione degli interessi degli autori⁹⁷ produce una frammentazione dei mercati che potenzialmente è in grado di pregiudicare il commercio dei beni protetti dal *copyright* tra gli Stati membri.

Tuttavia, pur producendo una frattura tra mercati nazionali, la protezione a livello territoriale dei diritti d'autore comporta numerosi vantaggi come ad esempio quello di adattare le norme sul diritto d'autore alle esigenze del pubblico locale o di garantire l'operatività delle società di gestione collettiva che, con i propri sussidi, sostengono parte della cultura nazionale⁹⁸. Per queste ragioni la Corte di giustizia è stata onerata del difficile compito di fissare un limite al processo di integrazione negativa dei mercati nazionali, atteso che la rimozione degli ostacoli al commercio tra Stati membri deve arrestarsi quando venga impedito il dispiegarsi della piena tutela degli interessi generali di uno Stato membro. Pertanto, ai fini del presente lavoro, è opportuno definire in che modo l'applicazione delle norme del Trattato incida sulla tutela collettiva dei diritti d'autore.

Come è ben noto, i divieti previsti dalle norme europee sulla concorrenza possono essere applicati nei confronti di soggetti chiamati

⁹⁷ Esso trova il suo fondamento giuridico nella CUB (v. nota 16) cui gli Stati membri dell'Unione europea sono tenuti a sottoscrivere in forza dell'accordo sullo spazio economico europeo (Art. 5, Protocollo 28 dell'EEA agreement). Il principio trova anche riconoscimento nella giurisprudenza della Corte di giustizia. La sentenza *Lagardère* (Corte di giustizia, sentenza del 14 luglio 2005, causa C-192/04, *Lagardère*, punto 46) infatti, afferma che la direttiva 92/100/CEE sul diritto di noleggio «non mira a rimettere in discussione, in particolare, il principio di territorialità di tali diritti, sancito dal diritto internazionale e riconosciuto anche dal Trattato CE. Tali diritti hanno dunque carattere territoriale, ed inoltre il diritto interno può sancire unicamente atti compiuti nel territorio nazionale».

⁹⁸ Per alcuni spunti v. P.B. HUGENHOLTZ, *The last frontier: territoriality* in M. VAN EECHOU, P.B. HUGENHOLTZ, S. VAN GOMPEL, L. GUIBAULT e N. HELBERGER (a cura di), *Harmonizing european copyright law. The challenges of better lawmaking*, Wolters and Kluwer, Alphen aan den Rijn, 309 ss..

«imprese», nozione che il diritto dell'Unione europea ha fatto propria attraverso l'elaborazione, a livello giurisprudenziale, di pochi ma semplici criteri identificativi. Secondo la Corte di giustizia è definita impresa «qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento»⁹⁹. Per attività economica si intende «qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi in un determinato mercato»¹⁰⁰. Occorre inoltre ricordare che tale definizione è di natura funzionale in quanto si riferisce non all'ente considerato di per sé ma all'attività che esso concretamente svolge. Da ciò consegue che l'esercizio di un'attività non economica, pur non essendo soggetta all'applicazione delle norme del Trattato, non esclude che la medesima possa cumulare l'esercizio di attività sia economiche che non economiche¹⁰¹.

Ciò posto occorre verificare se le società di gestione collettiva possano considerarsi imprese nell'accezione offerta dalla succitata giurisprudenza. La questione non è stata mai sollevata dinanzi alla Corte di giustizia anche se in diverse pronunce è stato incidentalmente sostenuto che le società di

⁹⁹ Corte di giustizia, sentenza 17 febbraio 1993, cause riunite C-159/91 e C-160/91, punto 17 e Corte di giustizia, sentenza 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Höfner e Elser*, punto 21. La definizione odierna si discosta in parte da un'interpretazione risalente della Corte nella pronuncia *Mannesmann* (Corte di giustizia, sentenza del 13 luglio 1962, causa 19/61, *Mannesmann*, in Racc. 1962, 683) in cui, assieme all'elemento funzionale, sono presi in considerazione anche alcuni elementi costitutivi dell'impresa. Infatti, in un passo la Corte di giustizia afferma che «l'impresa consiste in un complesso unitario di elementi personali, materiali ed immateriali facente capo ad un soggetto giuridico autonomo e diretto in modo durevole al perseguimento di un determinato scopo economico».

¹⁰⁰ Corte di giustizia, sentenza del 12 settembre 2000, cause riunite C-180/98 a C-184/98, *Pavlov*, punto 75.

¹⁰¹ Sul tema cfr. Corte di giustizia, sentenza del 1 luglio 2008, causa C-49/07, *MOTOE*, punto 25 e Corte di giustizia, sentenza del 24 ottobre 2002, causa C-82/01 P, *Aéroports de Paris*, punto 74.

autori siano capaci di porre in essere condotte contrarie alle norme del Trattato. Riferimenti più espliciti si rinvengono in una decisione della Commissione europea la quale, accertando l'esistenza di una serie di infrazioni perpetrate dalla società di gestione collettiva tedesca, affermava che «la GEMA è un'impresa ai sensi dell'articolo 86; che essa, concedendo e gestendo a titolo oneroso diritti di autore, svolge un'attività imprenditoriale consistente nella prestazione di servizi nei confronti sia dei compositori, autori ed editori che degli utilizzatori di opere musicali»¹⁰². Nelle osservazioni presentate dall'Avvocato generale Mayras nella causa *BRT c. SABAM* può inoltre scorgersi un ulteriore spunto di riflessione su tale argomento. Nel documento, infatti, la natura d'impresa della società di gestione collettiva è dedotta dall'impossibilità di qualificare la SABAM come una «mandataria» degli autori rappresentati «giacché essa fa valere, in nome proprio, diritti che le sono stati ceduti»¹⁰³. L'argomento tuttavia appare debole perché richiederebbe di valutare caso per caso l'esistenza o meno di un rapporto di mandato tra autore e *collecting* giungendo al risultato paradossale che identici servizi offerti sarebbero soggetti a discipline giuridiche diverse. L'ambito di applicazione delle norme del Trattato pare invece escluso quando le società di gestione collettiva

¹⁰² Commissione europea, decisione del 2 giugno 1971, caso IV/26760, *GEMA I*, in GU L 134 del 20 giugno 1971, 21.

¹⁰³ Conclusioni dell'Avv. Generale H. Mayras del 12 febbraio 1974, causa 127/73, *BRT c. SABAM*.

svolgano funzioni sociali, culturali o previdenziali proprio perché manca il carattere dell'economicità della prestazione¹⁰⁴.

Verificato il carattere economico della prestazione, un'impresa è soggetta ai divieti di diritto della concorrenza. Tuttavia, le norme del Trattato definiscono un regime di deroga a favore di tutte quelle imprese che sono incaricate dalle pubbliche autorità di gestire un servizio di interesse economico generale allo scopo di garantire il soddisfacimento di un interesse generale. Infatti, un'applicazione indiscriminata delle norme del Trattato renderebbe di fatto impossibile l'esercizio di tali attività considerate essenziali per la tutela di valori fondamentali dell'individuo¹⁰⁵. Per poter trovare un giusto compromesso tra l'obiettivo di integrazione dei mercati e il soddisfacimento di interessi generali, il Trattato stabilisce che la disciplina derogatoria opera solo nei limiti in cui l'applicazione delle norme del Trattato «osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata» (art. 106, par. 2, TFUE).

Le premesse permettono ora di chiarire se le società di gestione collettiva possano considerarsi incaricate di un servizio di interesse

¹⁰⁴ Occorre dunque separare da tutte quelle attività di natura economica quelle che non possono essere offerte in un sistema di mercato. I soggetti che esercitano prerogative di natura pubblica (Corte di giustizia, sentenza del 18 marzo 1997, causa C-343/95, *Diego Cali e figli*, punto 16; Corte di giustizia, sentenza 16 giugno 1987, causa 118/85, *Commissione c. Italia*, punto 7) o che svolgono funzioni solidaristiche (Corte di giustizia, sentenza del 17 febbraio 1993, cause riunite C-159/91 e C-160/91, *Poucet e Pistre*, punto 18) non possono essere considerate imprese ai sensi del diritto dell'Unione.

¹⁰⁵ L'accesso ai servizi d'interesse economico generale è considerato a tutti gli effetti un diritto fondamentale riconosciuto all'art. 36 della Carta di Nizza. Sul tema v. J. VAN DE GRONDEN e C.S. RUSU, *Service of general (economic) interest post-Lisbon*, in M. TRIBUS e L. RUBINI (a cura di), *The Treaty of Lisbon and the future of European law and policy*, Edward Elgar, Cheltenham, 2012, 413 ss.; O. PORCHIA, *Alcune considerazioni sull'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: l'accesso ai servizi di interesse economico generale*, in *Il diritto dell'Unione europea 2002*, 633 ss..

economico generale. Anzitutto pare opportuno sottolineare che non si ritrova nell'ordinamento comunitario una definizione della nozione di «servizio di interesse economico generale». La lacuna, tuttavia, non è lasciata al caso ma risponde alla deliberata esigenza di concedere un margine di discrezionalità agli Stati membri per poter fissare gli obiettivi che l'impresa incaricata deve raggiungere¹⁰⁶. Ebbene, è noto che le *collecting* non siano dei puri e semplici operatori di mercato ma che, attraverso la loro attività di intermediazione tra autori ed utilizzatori, contribuiscono in modo consistente alla protezione della proprietà intellettuale dei loro iscritti e alla promozione della cultura. Questo è tanto vero quanto è più fitta la regolazione del servizio attraverso la normativa nazionale di settore o gli statuti delle società. Se, invece, le forze di mercato fossero lasciate libere di agire, i canoni dell'efficienza economica imporrebbero alle società di gestione collettiva di escludere dalla tutela gli autori di opere meno appetibili sul mercato o di tagliare i fondi destinati a finanziare attività culturali. Alla luce di tutto ciò, pare in concreto configurabile che le società di gestione collettiva possano essere incaricate di un servizio di interesse economico generale. La tesi è inoltre confermata da parte di quella stessa giurisprudenza comunitaria che riconosce nella tutela del diritto d'autore¹⁰⁷ e della cultura¹⁰⁸ un limite all'attuazione delle

¹⁰⁶ Tribunale dell'Unione europea, sentenza del 27 febbraio 1997, causa T-106/95, *FFSA e a.*, punto 99 e Tribunale dell'Unione europea, sentenza del 15 giugno 2005, causa T-17/02, *Fred Olsen*, punto 216.

¹⁰⁷ V. capitolo II, paragg. 2 e 3.

¹⁰⁸ V. capitolo II, paragg. 4.

libertà economiche fondamentali, e cioè dell'obiettivo di integrazione dei mercati¹⁰⁹.

La disciplina derogatoria dell'art. 106, parag. 2, TFUE però incontra un duplice limite alla sua applicazione. Anzitutto essa richiede che le imprese debbano essere incaricate di un tale servizio attraverso un provvedimento dell'autorità statale («specifica missione loro affidata»). E questo tuttavia dipende dal tipo di disciplina giuridica che le legislazioni nazionali riservano alle società di gestione collettiva. Pertanto, non è escluso, ma anzi, è probabile che la normativa di settore non attribuisca alcun incarico alle società di gestione collettiva ma ne disciplini soltanto il funzionamento¹¹⁰. A queste conclusioni sono giunti gli stessi giudici della Corte di giustizia i quali hanno affermato che le imprese private possono beneficiare della disciplina derogatoria «solo quando siano state incaricate dalla pubblica autorità della gestione di servizi d'interesse economico generale»¹¹¹. Inoltre, questo tipo di valutazione è rimessa ai giudici nazionali atteso che la norma in questione è dotata di effetto diretto¹¹², che

¹⁰⁹ La tesi è proposta da R. MASTROIANNI, *I diritti esclusivi delle collecting societies*, in *AIDA* 2001, 219.

¹¹⁰ V. ad esempio il caso *GVL* (Corte di giustizia, sentenza del 2 marzo 1983, causa 7/82, *GVL*, punto 31) in cui la Corte ha escluso l'applicazione dell'art. 90, parag. 2, TCE (oggi art. 106, parag. 2, TFUE) perché «la legge tedesca non affida la tutela dei diritti d'autore e dei diritti connessi a determinate imprese, ma stabilisce in forma generale le norme relative alle attività di società aventi lo scopo di garantire lo sfruttamento collettivo di tali diritti». V. anche Commissione europea, *GEMA I*, cit., 27.

¹¹¹ Corte di giustizia, sentenza del 27 marzo 1974, causa 127/73, *BRT c. SABAM*, punto 20.

¹¹² Considerato che la facoltà dello Stato di incaricare un'impresa di un servizio di interesse economico generale possa sconfinare in un provvedimento di natura protezionistica, la Corte di giustizia in un primo momento è giunta ad escludere l'efficacia diretta dell'art. 106, parag. 2, TFUE (Corte di giustizia, sentenza del 14 luglio 1971, causa 10/71, *Muller*, punti 15 e 16). In un secondo momento la Corte di giustizia approda ad un orientamento contrario nell'intento di salvaguardare i diritti che le norme del Trattato attribuiscono ai

consente a questi di esaminare se il legislatore abbia commesso un errore manifesto nell'affidamento del servizio di interesse economico generale¹¹³.

Il secondo limite alla deroga prevista dall'art. 106, paragrafo 2, TFUE consiste nell'accertare se le norme in materia di concorrenza siano effettivamente d'ostacolo al raggiungimento della missione affidata all'impresa incaricata del servizio d'interesse economico generale. Ciò significa che la violazione delle norme del Trattato è ammessa solo se consente all'impresa incaricata di un servizio di interesse economico generale di raggiungere l'obiettivo affidatole.

Si prenda ad esempio il caso del servizio postale. Esso rappresenta un importante fattore che contribuisce sia a livello nazionale che europeo alla coesione sociale e territoriale¹¹⁴. La fornitura di tale servizio però, può in alcuni casi non essere profittevole a causa dei costi di trasporto sostenuti dall'impresa. Pertanto, pur di garantire la continuità del servizio universale a prezzi contenuti, spesso è adottata una tariffa uniforme per tutte le spedizioni in modo tale che le tratte maggiormente profittevoli possano contribuire a coprire i costi di quelle che invece sono effettuate in perdita. Sicché questo tipo di comportamento che può apparire discriminatorio¹¹⁵

singoli e che i giudici nazionali devono tutelare (Corte di giustizia, *BRT c. SABAM*, cit., punto 22 e Corte di giustizia, sentenza del 30 aprile 1974, causa 155/73, *Sacchi*, punto 18).

¹¹³ Cfr. Commissione europea, comunicazione del 20 settembre 2000, «*I servizi di interesse generale in Europa*», COM(2000) 580 def., in GU C 17 del 19 gennaio 2001, paragrafo 22. In giurisprudenza v. Tribunale dell'Unione europea, *FFSA e a.*, cit., punto 101.

¹¹⁴ Si tratta di un obiettivo a cui sono ispirate le direttive sui servizi postali comunitari. Cfr. la direttiva 97/67/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 dicembre 1997 concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e il miglioramento della qualità del servizio.

¹¹⁵ In questo caso, la pratica discriminatoria non consiste nel trattamento disuguale di fattispecie equivalenti ma nel trattamento equivalente di fattispecie disuguali.

sulla base delle norme di diritto della concorrenza (art. 102 TFUE), in realtà è lecito poiché necessario al raggiungimento degli obiettivi di interesse economico generale posti dal legislatore nazionale (art. 106, paragrafo 2, TFUE).

Questo esempio aiuta a tracciare un parallelo col caso delle società di gestione collettiva. Come è stato osservato in precedenza (capitolo I, paragrafo 5), le esigenze di tutela della classe degli autori impongono alle *collecting societies* di adottare un modello «aperto» capace di accogliere i nuovi iscritti senza operare alcuna discriminazione di sorta, e cioè a prescindere dalla profittabilità delle opere che saranno in futuro amministrare. Una conseguenza di tale scelta è quella di fissare un prezzo uniforme di licenza del repertorio. Tale strategia, infatti, appare giustificata dall'abbattimento dei costi che deriverebbero dall'adozione di un sistema che diversifica i prezzi di licenza delle numerose opere che compongono il repertorio. Una soluzione contraria, invece, tenderebbe quasi fisiologicamente a prediligere un modello «chiuso» di amministrazione che, per preservare l'economicità del servizio, si opporrebbe alle richieste di affiliazione di un cospicuo numero di autori di opere che non hanno alcuno sbocco sui mercati.

I casi appena illustrati sono intesi ad evidenziare che alcuni obiettivi di interesse economico generale non potrebbero essere raggiunti se i divieti previsti dal Trattato ed in particolare quelli relativi al diritto della concorrenza operassero indiscriminatamente. Le eccezioni alle regole del Trattato tuttavia hanno un carattere residuale. Secondo l'orientamento

costante della giurisprudenza comunitaria, il secondo paragrafo dell'art. 106 TFUE assume il rango di norma eccezionale che va «interpretata restrittivamente»¹¹⁶. Ciò significa che solo attraverso un giudizio di stringente proporzionalità sono ammesse le deroghe alle norme sulla concorrenza per permettere all'impresa di raggiungere l'obiettivo di interesse generale che essa deve perseguire. Inoltre, gli Stati membri non possono nemmeno arrogarsi il diritto di estendere la deroga a tutte quelle attività economiche ancillari, separabili da quella principale, che non possono essere sottratte alle regole di mercato¹¹⁷. A ciò si aggiunga che le innovazioni della tecnica hanno ridotto ancora di più l'ambito di applicazione dell'art. 106 TFUE, rendendo superflue le deroghe al diritto della concorrenza perché sproporzionate rispetto alle nuove modalità di offerta dei servizi d'interesse economico generale. Seppur tale fenomeno può essere accolto positivamente perché sviluppa maggiori guadagni di efficienza, dall'altro lato della medaglia si può scorgere però un costo

¹¹⁶ Corte di giustizia, *BRT c. SABAM*, cit., punto 19. La dottrina tuttavia critica questo atteggiamento cauto della Commissione nell'escludere che le società di gestione collettiva siano incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale perché esse «sono soggette ad ampia regolazione amministrativa e sono quasi sempre titolari di diritti speciali od esclusivi» (M. LIBERTINI, *Gestione collettiva dei diritti di proprietà intellettuale e concorrenza*, in P. SPADA (a cura di), *Gestione collettiva dell'offerta e della domanda di prodotti culturali*, cit., 110. Favorevole all'applicazione dell'art. 106, par. 2, TFUE è anche R. MASTROIANNI, *I diritti esclusivi delle collecting societies*, cit., 217 ss.).

¹¹⁷ La sentenza *Corbeau* (Corte di giustizia, sentenza del 19 maggio 1993, causa C-320/91, *Corbeau*, punto 19) ritaglia ulteriormente l'ambito di applicazione dell'art. 106, par. 2, TFUE, escludendo quei «servizi specifici, scindibili dal servizio di interesse generale, che rispondono ad esigenze specifiche di operatori economici e che richiedono determinate prestazioni supplementari che il servizio postale tradizionale non offre».

sociale cui si è disposti a pagare per inseguire un «approccio più tecnologico» al diritto della concorrenza¹¹⁸.

2. *I limiti oggettivi all'applicazione delle norme del Trattato: a) libertà economiche fondamentali e diritto d'autore.*

Una volta tracciato, dal punto di vista soggettivo, l'ambito applicativo del diritto dell'Unione europea rispetto al fenomeno della gestione collettiva dei diritti d'autore, occorre ora esaminare il rapporto tra norme del Trattato e le esigenze di tutela degli autori e della diversità culturale.

Anzitutto pare difficile, se non quasi impossibile, trovare un riferimento normativo esplicito al diritto d'autore nei testi dei Trattati. Infatti, dalla nascita della Comunità economica europea sino ai primi anni Settanta si riteneva che si dovesse mantenere una sorta di neutralità rispetto ai regimi di proprietà esistenti negli Stati membri (ex art. 222 TCE, oggi art. 345 TFUE). Tuttavia questo tipo di approccio non contemplava quella norma del Trattato che regola i rapporti tra proprietà industriale e libertà economiche fondamentali. Essa stabilisce che la libera circolazione delle merci lascia impregiudicati «i divieti o restrizioni all'importazione, all'esportazione e al transito giustificati da motivi di [...] tutela della proprietà industriale e commerciale» (art. 36 TCE, oggi art. 36 TFUE).

¹¹⁸ Locuzione utilizzata da R. PODSZUM, *The more technological approach: competition law in the digital economy*, in G. SURBLYTÉ (a cura di), *Competition on the internet*, Springer, Monaco, 2015, 101 ss.. Sul rapporto tra nuove tecnologie e diritti umani v. anche M.V. DE AZEVEDO CUNHA, N. NUNO GOMEZ DE ANDRADE e L. LIXINSKI (a cura di), *New technologies and human rights: challenges to regulation*, Routledge, Londra e New York, 2016.

Considerata tale difficoltà, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha interpretato la deroga alla libera circolazione di merci in modo tale da riconciliarla con la pretesa neutralità della disciplina proprietaria degli Stati membri.

Con riferimento alla disciplina dei marchi, un primo tentativo è stato affrontato dai giudici della Corte di giustizia nella sentenza *Consten & Grundig*¹¹⁹. I giudici della Corte avevano colto tale occasione per mettere in luce la sottile differenza tra esistenza ed esercizio dei diritti di proprietà intellettuale¹²⁰. Secondo questa distinzione possono essere sindacate solo le modalità di tutela, e cioè d'esercizio, dei diritti di proprietà intellettuale e non invece la loro esistenza¹²¹ che resta appannaggio della potestà legislativa nazionale¹²². In tal modo si mettevano a riparo i regimi proprietari nazionali poiché le competenze della Comunità erano state

¹¹⁹ Corte di giustizia, sentenza del 13 luglio 1966, cause riunite 56/64 e 58/84, *Consten & Grundig*.

¹²⁰ In dottrina v. A. RAMALHO, *The competence of the European Union in copyright lawmaking. A normative perspective of EU powers for copyright harmonization*, Springer, Berlino, 2016, 67 ss.; C. SEVILLE, *EU Intellectual Property Law and Policy*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009, 320 ss.; C. STOTHERS, *Parallel trade in Europe. Intellectual property, competition and regulatory law*, Hart Publishing, Oxford e Portland, 2007, 28 ss..

¹²¹ La distinzione tra esercizio ed esistenza dei diritti resta tuttavia alquanto vaga. In dottrina è infatti stato affermato che «in legal theory, it is impossible to draw the line between existence and exercise, except at the extremes. The existence of a right comprises all the ways in which it may be exercised» (V. KORAH, *Intellectual Property Rights and the EC Competition Rules*, Hart Publishing, Oxford e Portland, 2006, 3 s.). Tale distinzione è, inoltre, stata definita «irreale» dall'Avvocato Generale Fennelly nelle sue conclusioni del 6 giugno 1996, cause riunite C-267/95 e C-268/95, *Merck II*, punto 93.

¹²² Tuttavia, dopo le modifiche del Trattato di Lisbona l'Unione europea può istituire autonomi diritti europei di proprietà intellettuale (cfr art. 118 TFUE). In realtà questa competenza è stata già da tempo esercitata dalla Comunità europea attraverso l'utilizzo della clausola di flessibilità (v. ad es. il Regolamento (CE) n. 207/2009 del Consiglio del 26 febbraio 2009 sul marchio comunitario ed in particolare il considerando 5). In dottrina cfr. P.B. HUGENHOLTZ, *The last frontier: territoriality* cit., 317 ss.. Per una proposta del gruppo Wittem sull'*European copyright code* v. www.copyrightcode.eu.

circoscritte alle sole modalità di esercizio dei diritti di proprietà industriale e non invece alla loro esistenza.

A partire dagli anni Settanta cominciano inoltre ad affiorare le prime pronunce della Corte di giustizia in materia di diritto d'autore e diritti connessi. Nei casi *Deutsche Grammophon*¹²³ e *Coditel II*¹²⁴ si può infatti notare che la Corte per risolvere il contrasto tra norme nazionali sul diritto d'autore e norme comunitarie fa espresso riferimento alla dicotomia esistenza/esercizio dei diritti di esclusiva applicando *mutatis mutandis* la giurisprudenza *Consten & Grundig* in materia di marchi. Inoltre, la questione terminologica della nozione di diritto d'autore che rientra nel più ampio concetto di «proprietà industriale e commerciale» è stata risolta positivamente nella sentenza *Coditel II*¹²⁵.

¹²³ Per un riflesso nella disciplina del diritto d'autore v. Corte di giustizia, sentenza del 8 giugno 1971, causa 78/70, *Deutsche Grammophon*, punto 11: «quantunque il Trattato faccia salva l'esistenza dei diritti attribuiti dalle leggi di uno Stato membro in materia di proprietà industriale e commerciale, l'esercizio di questi diritti può ciò nondimeno ricadere sotto i divieti sanciti dal Trattato».

¹²⁴ Corte di giustizia, sentenza del 6 ottobre 1982, causa 262/81, *Coditel II*, punto 13: «La distinzione, implicita nell'art. 36, tra l'esistenza di un diritto riconosciuto dalla legislazione di uno Stato membro in fatto di tutela della proprietà artistica ed intellettuale, che le disposizioni del Trattato non possono intaccare, ed il suo esercizio, che può costituire una restrizione dissimulata nel commercio fra gli Stati membri, vale del pari qualora tale diritto venga esercitato nella sfera della circolazione dei servizi».

¹²⁵ Principio affermato nella sentenza *Coditel II* (Corte di giustizia, *Coditel II*, cit., punto 10: «l'art. 36 del Trattato autorizza i divieti o restrizioni relativi agli scambi di merci tra Stati membri, qualora siano giustificati in particolare da motivi di tutela della proprietà industriale e commerciale, espressione che abbraccia la tutela della proprietà letteraria ed artistica, ivi compreso il diritto d'autore». V. anche Corte di giustizia, sentenza del 20 gennaio 1981, cause riunite 55/80 e 57/80, *Musik Vertrieb Membran*, punto 9. In materia di diritti connessi si era già espressa la Corte di giustizia nella sentenza *Deutsche Grammophon* (Corte di giustizia, *Deutsche Grammophon*, cit., massima n. 4): «non è escluso che un diritto connesso al diritto d'autore possa ricadere, come i diritti di proprietà industriale e commerciale, sotto l'art. 36 del Trattato». Sul tema cfr. L.C. UBERTAZZI, *Diritto d'autore e libera circolazione delle merci*, in *Legislazione economica. Rassegne e problemi*, 1983, 828 ss. e G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, CEDAM, Padova, 2012, 429.

Il bilanciamento tra norma nazionale e norma comunitaria deve inoltre tenere in considerazione le finalità che l'ordinamento interno si pone. Il diritto d'autore ha per i sistemi nazionali di protezione un ruolo fondamentale nel sistema degli incentivi alla diffusione dei prodotti creativi e della protezione degli interessi economici e morali degli autori. La Corte, infatti, nel chiarire il rapporto tra norme nazionali sul diritto d'autore e diritto comunitario, ha affermato che forme di restrizione al commercio intracomunitario sono ammissibili quando «appaiono indispensabili per la tutela dei diritti che costituiscono oggetto specifico di detta proprietà»¹²⁶. Il riferimento all'oggetto specifico è stato poi precisato da un'altra pronuncia della Corte di giustizia, (caso *Phil Collins*) nella quale è stato affermato che l'obiettivo delle norme nazionali del diritto d'autore è «quello di assicurare la tutela dei diritti morali ed economici dei loro titolari»¹²⁷.

Le indicazioni comunitarie sull'oggetto specifico del diritto d'autore non sono tuttavia sufficientemente chiare nel selezionare quali interessi giuridici devono essere preservati dalle libertà economiche fondamentali. Come è stato giustamente osservato dalla dottrina¹²⁸, l'oggetto specifico è

¹²⁶ Corte di giustizia, *Deutsche Grammophon*, cit., punto 11.

¹²⁷ Corte di giustizia, sentenza del 20 ottobre 1993, cause riunite C-92/92 e C-326/92, *Phil Collins*, punto 20. La Corte prosegue nella definizione affermando che «la tutela dei diritti morali consente soprattutto agli autori e agli artisti di opporsi a qualsiasi deformazione, mutilazione o altra modifica dell'opera che possa recare pregiudizio al loro onore o alla loro reputazione. Il diritto d'autore e i diritti connessi presentano del pari un carattere economico in quanto prevedono la facoltà di sfruttare commercialmente la messa in circolazione dell'opera tutelata, in particolare attraverso la concessione di licenze dietro il pagamento di compensi». Nello stesso punto la Corte richiama la sentenza *Musik Vertriebs-Membran*, cit., punto 12.

¹²⁸ Cfr. V. KORAH, *Intellectual Property Rights and the EC Competition Rules*, cit., 6 la quale afferma che «it is clear, however, that 'the specific subject matter' includes both the nature of the right [...] and the reason the law grants it».

anzitutto un termine che fa riferimento agli obiettivi di *policy* che il legislatore nazionale intende raggiungere attraverso la protezione di un particolare interesse. Se si pensa ai diritti economici cui la pronuncia *Phill Collins* fa riferimento, essi potrebbero essere concessi dai legislatori nazionali non solo al fine di proteggere gli interessi dei titolari ad ottenere una remunerazione per le utilizzazioni dell'opera ma anche per differenziare territorialmente politiche di prezzo, per controllare i canali distributivi dei prodotti attraverso condizioni di licenza o per incentivare gli investimenti in ambito tecnologico e culturale¹²⁹.

Dato che il concetto di oggetto specifico ha un contenuto tendenzialmente ampio, la giurisprudenza della Corte di giustizia ne ha ristretto la portata al fine di evitare possibili derive protezionistiche. Si pensi ad esempio a quelle norme nazionali che, pur segmentando il mercato comune in forza del principio di territorialità, riconoscono all'autore la facoltà di autorizzare la comunicazione al pubblico¹³⁰ o il noleggio¹³¹ di

¹²⁹ Sul tentativo di una ricostruzione dogmatica degli interessi giuridicamente rilevanti e non nella proprietà intellettuale v. D. SARTI, *Proprietà intellettuale, interessi protetti e diritto antitrust*, in *Rivista di diritto industriale* 2002, I, 543 ss..

¹³⁰ La restrizione al commercio tra Stati membri è derogata ai sensi dell'art. 36 TFUE quando il cessionario dei diritti su di opera cinematografica richieda la cessazione di un servizio di teledistribuzione della medesima opera presso un altro Stato membro. Questa facoltà risulta «essenziale» al titolare dei diritti d'autore per percepire una remunerazione conseguente allo sfruttamento dell'opera protetta (cfr. Corte di giustizia, sentenza del 18 marzo 1980, causa 62/79, *Coditel I*, punto 14).

¹³¹ L'esercizio del diritto di noleggio di opere dell'ingegno è ammesso ai sensi dell'art. 36 TFUE perché consente «agli autori di film una remunerazione che sia proporzionata al numero di noleggi effettivamente realizzati e che riservi agli autori stessi una quota soddisfacente del mercato del noleggio» (Corte di giustizia, sentenza del 28 aprile 1998, causa C-200/96, *Metronome Musik*, punto 16). Significative sono anche le parole dell'Avvocato generale G. Tesaurò, il quale, nelle sue conclusioni presentate per la causa *Metronome Musik*, avverte che l'esaurimento del diritto di noleggio «porterebbe, all'evidenza, ad una forte contrazione delle vendite dei prodotti fonografici, non recuperabile con il ricavato del noleggio. Si presenterebbe dunque il rischio di non poter

opere dell'ingegno. In tali circostanze gli obiettivi di integrazione dei mercati nazionali devono cedere necessariamente il passo alla tutela dei diritti d'autore in quanto risulta essere l'unico modo per garantirne un'effettiva remunerazione agli autori.

Al contrario, nel caso in cui le restrizioni al commercio non fossero indispensabili alla tutela dei titolari dei diritti d'esclusiva, le norme del Trattato non possono essere derogate ai sensi dell'art. 36 TFUE. Secondo la teoria dell'esaurimento comunitario elaborata dalla Corte di giustizia per poter riconciliare la natura territoriale della proprietà intellettuale rispetto all'obiettivo dell'integrazione dei mercati¹³², i diritti di proprietà intellettuale non sono suscettibili di tutela quando il loro esercizio non abbia come obiettivo la remunerazione dei titolari dei diritti ma quello di erigere barriere artificiali al commercio parallelo tra Stati membri¹³³. Questo accade

adeguatamente remunerare chi pone in essere investimenti economici per la realizzazione dei prodotti fonografici, con evidenti ripercussioni sull'attività di creazione di nuove opere. Inoltre, i produttori si concentrerebbero esclusivamente sugli investimenti delle opere commerciali e dunque più lucrative, a scapito del pluralismo culturale all'interno della Comunità» (punto 26). Sul tema del noleggio v. anche la sentenza *Warner Brothers* (Corte di giustizia, sentenza del 17 maggio 1988, causa 158/86, *Warner Brothers*, punto 15).

¹³² Cfr. ad es. la sentenza *Coditel I* (Corte di giustizia, *Coditel I*, cit., punto 16) ove si afferma che «le norme del Trattato non possono, in linea di principio, opporsi ai limiti geografici che le parti nei contratti di cessione hanno convenuto per proteggere l'autore ed i suoi aventi causa in proposito».

¹³³ Definite dalla Corte di giustizia nella sentenza *Deutsche Grammophon* (Corte di giustizia, *Deutsche Grammophon*, cit., punto 12) come «discriminazioni arbitrarie o delle restrizioni dissimulate nel commercio fra gli Stati membri». Nella medesima pronuncia (punto 13), è stata ritenuta contraria alla libera circolazione delle merci la condotta di un fabbricante di riproduzioni sonore che richiedeva la tutela dei propri diritti connessi al diritto d'autore «adducendo come unico motivo che la messa in commercio non è avvenuta nel territorio del primo Stato membro». V. anche sentenza *Coditel I* (Corte di giustizia, *Coditel I*, cit., punto 14). Con riferimento all'esaurimento di altri diritti di proprietà intellettuale per i brevetti v. Corte di giustizia, sentenza del 9 luglio 1985, causa 19/84, *Pharmon* e Corte di giustizia, sentenza del 14 luglio 1981, causa 187/80, *Merck*, per i marchi v. Corte di giustizia, sentenza del 18 febbraio 1971, causa 40/70, *Sirena* e Corte di giustizia, sentenza del 3 luglio 1974, causa 192/73, *HAG I*, per il design v. Corte di giustizia, sentenza del 14 settembre 1982, causa 144/81, *Keurkoop*.

ad esempio quando la commercializzazione di opere avviene attraverso la circolazione di supporti materiali che incorporano opere dell'ingegno. Infatti, l'interesse del titolare dei diritti d'autore ad essere remunerato può intendersi soddisfatto già con la prima immissione in commercio dell'opera che, a partire da quel momento, potrà circolare liberamente all'interno del mercato comune¹³⁴.

Il principio dell'esaurimento non è però applicabile a tutti i casi in cui un'opera sia commercializzata col consenso del titolare¹³⁵ ma è necessario verificare se quel particolare tipo di sfruttamento sia in grado di realizzare la funzione essenziale del diritto di proprietà intellettuale. Ad esempio quando le opere sono suscettibili di essere riprodotte un numero illimitato di volte, come avviene in ambiente *on-line*¹³⁶, l'esaurimento dei diritti in quest'ambito non farebbe altro che arrecare un grave pregiudizio agli autori che, sprovvisti di tutela, rischierebbero di non ricevere alcuna ricompensa per il loro sforzo creativo.

Alla luce di quanto sopra affermato, la Corte di giustizia ha quindi adottato un test di proporzionalità¹³⁷ che permette di confrontare gli obiettivi

¹³⁴ Sull'esaurimento dei diritti del produttore di riproduzioni sonore cfr. Corte di giustizia, *Deutsche Grammophon*, cit..

¹³⁵ Corte di giustizia, *Deutsche Grammophon*, cit., punto 12.

¹³⁶ Cfr. Considerando 29 della direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2001 sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione. Sul tema cfr. Corte di giustizia, sentenza del 3 luglio 2012, causa C-128/11, *Usedsoft*. In dottrina v. E. ROSATI, *Online copyright exhaustion in a post-Allposters world*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 2015, 673 ss.; G. SPEDICATO, *Online exhaustion and the boundaries of interpretation*, in R. CASO e F. GIOVANELLA (a cura di), *Balancing copyright law in the digital age*, cit., 27 ss..

¹³⁷ Comune a tutto il sistema delle libertà economiche fondamentali. Sul punto v. Corte di giustizia, sentenza del 14 luglio 1983, causa 174/82, *Sandoz*, punto 18. Il test è inoltre è anche estensibile a tutte quelle misure indistintamente applicabili che pur restringendo le libertà economiche fondamentali possono essere giustificate sulla base di «esigenze

perseguiti dalle misure nazionali e le esigenze di integrazione dei mercati. Nell'ambito del diritto d'autore, tale valutazione si sostanzia nell'accertamento della necessità della misura restrittiva rispetto all'obiettivo perseguito dalla stessa, e cioè quello di garantire una giusta remunerazione agli autori. Si tratta, in particolare, del minimo indispensabile per poter rispettare l'oggetto specifico del diritto d'autore poiché secondo la logica economica sottostante alle libertà fondamentali è necessario incidere il meno possibile sugli obiettivi di integrazione dei mercati nazionali¹³⁸.

Per quanto riguarda invece l'esistenza di eventuali misure di armonizzazione a livello europeo occorre sottolineare che le norme nazionali adottate in ossequio alla disciplina di diritto derivato si presumono proporzionate agli obiettivi di interesse generale. Sulla base di tali considerazioni la giurisprudenza della Corte di giustizia ha affermato che l'art. 36 TFUE, in questa particolare circostanza, «perde la sua giustificazione»¹³⁹. Venendo alla disciplina europea del diritto d'autore, questo problema si è posto in pochi ed isolati casi¹⁴⁰ atteso che le legislazioni nazionali sono in gran parte armonizzate.

In conclusione, l'esaurimento comunitario rappresenta, quindi, un tentativo della Comunità europea di ridurre gli ostacoli che il principio di

imperative di interesse generale». Su quest'ultimo aspetto v. Corte di giustizia, sentenza del 20 febbraio 1979, causa 120/78, *Rewe Zentral*. Sul test di proporzionalità v. Corte di giustizia, sentenza del 12 marzo 1987, causa 178/84, *Commissione c. Germania*; Corte di giustizia, sentenza del 11 ottobre 1990, causa C-196/89, *Nespoli e Crippa*.

¹³⁸ Per alcune considerazioni in merito a questo aspetto si rinvia al paragrafo 5.

¹³⁹ Corte di giustizia, sentenza del 5 aprile 1979, causa 148/78, *Ratti*, punto 36.

¹⁴⁰ Come ad esempio nella pronuncia della Corte di giustizia, sentenza del 27 febbraio 2014, causa C-351/12, *OSA*, che sarà esaminata al capitolo III, paragrafo 4.

territorialità pone alla circolazione di prodotti protetti dal *copyright*. La soluzione offerta dalla Corte di giustizia appare tuttavia ristretta solo ad alcune forme di sfruttamento delle opere, come ad esempio il diritto di distribuzione che non può più essere tutelato quando l'opera sia stata immessa nel mercato col consenso del titolare del diritto¹⁴¹. Ulteriori modalità di esercizio dei diritti, come la facoltà di rappresentazione e di riproduzione, che le società di gestione collettiva comunemente amministrano, restano tuttavia impregiudicate dalle norme dei Trattati¹⁴² e, pertanto, il regime territoriale dell'applicazione di tali diritti è mantenuto intatto.

3. (Segue). b) diritto della concorrenza e diritto d'autore.

Le norme di diritto della concorrenza rappresentano un altro strumento utile per attenuare gli effetti negativi causati dalla territorialità della proprietà intellettuale. Esse, infatti, pur lasciando impregiudicata la facoltà dei titolari dei diritti di tutelarsi opportunamente nello Stato in cui l'opera è sfruttata, dettano le condizioni attraverso le quali è possibile evitare che una simile condotta sconfini in un illecito anticoncorrenziale

¹⁴¹ Cfr. ad esempio Corte di giustizia, *Deutsche Grammophon*, cit., punto 12: «se un diritto connesso al diritto d'autore viene fatto valere per vietare la messa in circolazione in uno Stato membro di prodotti messi in commercio dal suo titolare, o col suo consenso, nel territorio di un altro Stato membro, per la sola ragione che tale messa in commercio non è stata effettuata nel territorio nazionale, un divieto siffatto, che contribuisca all'isolamento dei vari mercati nazionali, è in contrasto con lo scopo essenziale del Trattato, il quale tende alla fusione di detti mercati in un mercato unico».

¹⁴² Corte di giustizia, *Warner Brothers*, cit., punto 13.

contrario agli obiettivi del Trattato¹⁴³. Resta tuttavia una questione importante da affrontare e cioè se ed in che misura l'esercizio di un diritto di proprietà intellettuale possa integrare un illecito concorrenziale, rientrando così nei divieti previsti dagli artt. 101 e 102 TFUE. Dall'esame della giurisprudenza della Corte di giustizia che seguirà, saranno messi in luce quegli schemi logici, presi in prestito dalle già citate pronunce sulla dicotomia tra esistenza ed esercizio del diritto e sull'oggetto specifico della proprietà intellettuale, in virtù dei quali è stato possibile tracciare una linea di confine tra i domini del diritto della concorrenza e della proprietà intellettuale.

Il caso *Parke & Davis* del 1968 è uno dei primi arresti della Corte di giustizia che concernono il rapporto tra diritto della concorrenza e proprietà intellettuale. Nella pronuncia è stato affermato che il brevetto di invenzione, considerato di per sé, non costituisce una violazione del divieto d'intesa o di abuso di posizione dominante a meno che il suo esercizio non integri i divieti in questione¹⁴⁴. In un modo non dissimile dalla giurisprudenza *Consten & Grundig*, la Corte si serve della distinzione tra esistenza ed esercizio dei diritti di proprietà intellettuale per poter affermare che sono le modalità di esercizio e non la semplice esistenza dei diritti che possono

¹⁴³ Non solo le norme nazionali ma anche le condotte delle imprese possono costituire ostacoli alla circolazione di beni e servizi. Questa particolare funzione del diritto europeo della concorrenza è stata in particolar modo evidenziata nelle sentenze *Football Association Premier League* (Corte di giustizia, sentenza del 4 ottobre 2011, cause riunite C-403/08 e C-403/08, *Football Association Premier League*, punto 139) e *Glaxosmithkline* (Corte di giustizia, sentenza del 6 ottobre 2009, causa C-501/06, *Glaxosmithkline*, punto 61).

¹⁴⁴ Cfr. Corte di giustizia, sentenza del 29 febbraio 1968, causa 24/67, *Parke, Davis & Co*, in *Racc.* 1968, p. 100 in cui si afferma che solo in alcuni casi l'esercizio del diritto di proprietà intellettuale potrebbe «degenerare in un uso abusivo di detta tutela».

porsi in contrasto con gli obiettivi che il Trattato persegue tutelando la concorrenza nel mercato unico. Spetterà quindi al giudice nazionale valutare se alcune modalità di esercizio dei diritti di proprietà intellettuale, in concomitanza con altre circostanze di fatto, integrino le fattispecie di cui agli art. 101 TFUE e 102 TFUE.

Venendo al contesto del diritto d'autore, è opportuno concentrare l'attenzione sul divieto d'intesa. Molto frequenti nella prassi commerciale sono gli accordi di licenza o di cessione di diritti che consentono agli autori di ricevere una remunerazione per lo sfruttamento delle opere licenziate. In virtù del principio di territorialità, gli accordi in questione possono contenere delle clausole che limitano gli effetti del contratto ad una porzione territoriale definita in modo tale da concedere al cessionario un'esclusiva nazionale che metta al riparo quest'ultimo da pressioni concorrenziali esterne. Non è mancato, quindi, l'intervento della Corte di giustizia che ha condannato questo particolare tipo di pratica che costituisce «l'oggetto, il mezzo o la conseguenza di un'intesa la quale, vietando le importazioni da altri Stati membri di prodotti lecitamente messi in commercio in detti Stati, avesse come effetto di mantenere separati i vari mercati»¹⁴⁵. In particolare, in questo passo, la Corte di giustizia, nell'esaminare il mercato dei supporti fonografici, si è preoccupata di far rientrare nel divieto d'intesa tutte quelle condotte di imprese che mirano ad ostacolare il commercio parallelo tra Stati membri attraverso l'utilizzo dei diritti di proprietà intellettuale.

¹⁴⁵ Corte di giustizia, *Deutsche Grammophon*, cit., punto 6.

La tesi sostenuta dalla giurisprudenza comunitaria sembrava aver trovato una soluzione definitiva al delicato rapporto tra il principio di territorialità dei diritti di proprietà intellettuale e l'obiettivo comunitario dell'integrazione dei mercati. Tuttavia, in un altro arresto degli anni Ottanta, la Corte di giustizia, nel caso *Coditel II* ha osservato che la stipula di un contratto di cessione dei diritti di rappresentazione di un film contenente una clausola di protezione territoriale assoluta non debba necessariamente considerarsi come un'intesa vietata ai sensi del Trattato. Infatti, per poter verificare se un'intesa abbia un oggetto restrittivo della concorrenza, e cioè che sia contraria agli obiettivi del Trattato, non è sufficiente esaminare il contenuto dell'accordo ma è necessario verificare il «contesto economico o giuridico»¹⁴⁶ in cui esso è attuato¹⁴⁷. Le peculiarità del mercato dell'industria cinematografica quali le differenze culturali e i sistemi di finanziamento assumono quindi un carattere decisivo per verificare l'elemento restrittivo dell'oggetto dell'intesa. A ciò i giudici della Corte di giustizia aggiungono che spetterà al giudice nazionale verificare se le clausole di un accordo di cessione di un diritto di rappresentazione di un film e le caratteristiche del mercato dell'industria cinematografica ostino al rispetto delle norme comunitarie di diritto della concorrenza.

¹⁴⁶ Corte di giustizia, *Coditel II*, cit., punto 17.

¹⁴⁷ L'esame del contesto economico o giuridico assume un ruolo decisivo per verificare se un accordo abbia un oggetto restrittivo della concorrenza. Nella sentenza *Football Association Premier League* (Corte di giustizia, *Football Association Premier League*, cit., punto 143) è stato affermato che una clausola di protezione territoriale assoluta in un contratto di licenza deve ritenersi illecita perché le imprese coinvolte «non hanno dedotto alcuna circostanza risultante dal contesto economico e giuridico di dette clausole che consenta di ritenere che [...] le clausole medesime non siano tali da pregiudicare la concorrenza e non abbiano, pertanto, un oggetto anticoncorrenziale».

Nelle conclusioni al caso *Coditel II*¹⁴⁸, l'avvocato generale Reischl si spinge oltre, richiamando la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di oggetto specifico dei diritti di proprietà intellettuale. Secondo tale interpretazione, le limitazioni geografiche contenute nel contratto di cessione dei diritti d'autore consentono al produttore di ricevere «un corrispettivo adeguato per la prestazione intellettuale fornita creando un film, che necessita l'uso di svariati diritti d'autore (musica, letteratura, ecc.) e che implica notevoli rischi finanziari». Pertanto, l'esclusiva territoriale concessa al distributore, pur apparendo *prima facie* contraria agli obiettivi del Trattato, costituisce uno strumento che consente al diritto d'autore di svolgere la sua «funzione essenziale», ovvero quella di ricevere una remunerazione adeguata al tipo di sfruttamento dell'opera cinematografica.

Per quanto riguarda invece l'ambito di applicazione del divieto di abuso di posizione dominante, ci si è chiesti quando l'esercizio dei diritti d'autore, pur ritenuto lecito dalle norme nazionali, possa sconfinare in una condotta illecita contraria agli obiettivi del Trattato. Una prima risposta a tale quesito è stata espressa dall'ormai nota giurisprudenza *Deutsche Grammophon* la quale, richiamando anzitutto la necessità di provare la posizione dominante di una impresa, ha affermato che l'esercizio di un diritto connesso al diritto d'autore può assumere un carattere abusivo, e quindi illecito, quando non sia «obiettivamente giustificato»¹⁴⁹. Il concetto espresso dalla Corte appare tuttavia molto generico e non idoneo a tracciare

¹⁴⁸ Conclusioni dell'Avv. Generale G. Reischl del 14 settembre 1982 nella causa *Coditel II*.

¹⁴⁹ Corte di giustizia, *Deutsche Grammophon*, cit., punto 19.

con chiarezza una linea di confine esatta tra liceità e illiceità della condotta abusiva.

Un ulteriore passo avanti nella definizione del carattere abusivo dell'esercizio dei diritti d'autore è stato fatto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia relativa al caso *BRT c. SABAM*¹⁵⁰. I giudici erano chiamati a verificare se la condotta della società di gestione collettiva belga, la SABAM, con la quale veniva imposto ai nuovi iscritti di cedere la totalità dei diritti d'autore, sia presenti che futuri, consistesse in un abuso di sfruttamento vietato ai sensi dell'art. 86 TCE (oggi art. 102 TFUE). In tale occasione la Corte di giustizia affermò che la pratica *de qua* sarebbe stata lecita nel caso in cui questa fosse «effettivamente indispensabile»¹⁵¹ per il conseguimento di un'efficace tutela collettiva degli interessi degli autori. In altre parole, la Corte ha affermato che alcune pratiche apparentemente lesive del diritto della concorrenza sono ammesse solo se si rivelano necessarie per proteggere l'oggetto specifico dei diritti di proprietà intellettuale¹⁵².

Alla luce di quanto sopra esposto si può concludere che la giurisprudenza comunitaria in materia di concorrenza e diritto d'autore si è servita dello stesso apparato logico sul quale è stato costruito il rapporto tra proprietà intellettuale e libertà economiche fondamentali. In effetti, le pronunce appena esaminate affermano che la condotta di un'impresa

¹⁵⁰ Corte di giustizia, cit., *BRT c. SABAM*.

¹⁵¹ Corte di giustizia, *BRT c. SABAM*, cit., punto 11. V. anche Corte di giustizia, sentenza del 13 luglio 1989, causa 395/87, *Tournier*, punto 31.

¹⁵² Corte di giustizia, *BRT c. SABAM*, cit., punto 13 in cui si afferma che «l'eccessività degli obblighi così imposti deve venir valutata dal giudice, il quale terrà conto tanto dell'effetto di ogni singola clausola quanto dell'effetto derivante dalla loro interazione».

consistente nell'esercizio di un diritto d'autore ha natura illecita quando si discosti dalla funzione essenziale che le norme sulla proprietà artistica e letteraria intendono realizzare¹⁵³. In questo caso, l'esercizio dei diritti rappresenta il pretesto per consentire alle imprese di acquisire delle rendite monopolistiche a danno dell'intera struttura di mercato disegnata dalle norme del Trattato (cfr. art. 3, parag. 3, TUE).

4. (*Segue*). c) *la diversità culturale*.

Nel processo di integrazione dei mercati, la cultura nazionale svolge un ruolo determinante. L'attuazione delle libertà economiche fondamentali comporta inevitabilmente l'incontro tra culture differenti che si sono sedimentate attraverso un lento processo storico di formazione e che hanno dato un'identità ai popoli e agli artefatti culturali da essi creati. Da questo incontro, il fenomeno culturale tende ad assumere un carattere ambivalente. Esso può rappresentare, da un punto di vista meramente economico, una qualità intrinseca di un prodotto tale da renderlo o maggiormente accattivante sul mercato e incline ad essere esportato o meno attraente in quanto espressione di una tradizione popolare o di una cultura desueta.

In quest'ultimo caso, è necessario che gli Stati membri adottino un sistema capace di garantire la sopravvivenza delle culture nazionali sottoposte ai rischi di omologazione prodotti dal mercato. Tale obiettivo tuttavia appare in contrasto con l'impostazione liberale dei Trattati poiché le

¹⁵³ L'abusività di tale esercizio tuttavia si manifesta solo «in casi eccezionali» (Corte di giustizia, sentenza del 6 aprile 1995, cause riunite C-241/91 e C-242/91, *Magill*, punto 50).

esigenze di integrazione dei mercati nazionali possono indebolire le politiche interne a tutela della cultura nazionale¹⁵⁴. Da ciò emerge l'esigenza di valutare se ed in che modo le misure nazionali che tutelino l'identità culturale di uno Stato membro si pongano in contrasto con le libertà economiche fondamentali e se vi siano margini di applicazione delle deroghe previste dal Trattato.

Stante la difficoltà di individuare un concetto unico di cultura¹⁵⁵, le istituzioni comunitarie hanno dichiarato di non voler prendere parte al dibattito accademico sulla definizione del termine¹⁵⁶. Le politiche comunitarie hanno, però, nel tempo manifestato approcci differenti al fenomeno culturale in relazione al periodo storico in cui esse sono state attuate.

Una volta tramontati gli ideali di una cultura unica tipici dei totalitarismi della prima metà del Novecento, nel secondo dopoguerra gli Stati membri decisero di aprire le porte al multiculturalismo, precipitato di un fenomeno più ampio che è quello della globalizzazione. L'idea di fondo

¹⁵⁴ Secondo C. ROMAINVILLE, *The multidimensionality of cultural policies tested by European law*, in ID. (a cura di), *European law and cultural policy*, Peter Lang, Bruxelles, 2015, 28 le libertà economiche applicate al settore culturale hanno condotto ad un indebolimento delle «member state cultural policies, whether they aimed at conserving and promoting culture, democratizing it or initiating a cultural democracy».

¹⁵⁵ In sociologia, la nozione di cultura trova un ottimo riferimento nelle parole di Tylor il quale interpreta il concetto come una «a complex totality that includes knowledge, beliefs, art, laws, morals, customs and all other capacities acquired by man as a member of society» (E.B. TYLOR, *Primitive Culture*, Murray, Londra, 1871, 1). Tuttavia le scienze filosofiche, antropologiche e psicologiche sono giunte ad approdi in parte differenti a causa dell'oggetto di studio della materia.

¹⁵⁶ In un documento della Commissione sull'approccio comunitario alla cultura (Commissione europea, comunicazione del 16 ottobre 1982 *Stronger community action in the cultural sector*, COM(82) 590 final, par. 4) si afferma che «no one expects Community to become involved in academic argument over the definition, purpose and substance of culture».

alla base di questa scelta politica era quella di favorire un modello di società pienamente democratica, formata da individui di culture differenti che hanno accesso alla politica nazionale ed eguale dignità rispetto ad una comunità già stabilita¹⁵⁷.

Quest'idea di cultura teorizza, quindi, uno spazio unico di discussione in cui tutti i partecipanti possono concorrere ad esprimere la propria opinione in uno Stato pluralistico e democratico¹⁵⁸. Tale spazio condiviso nasce proprio dalla costruzione di un mercato unico europeo in cui la libera circolazione delle merci e delle persone ha costituito le basi per la formazione di un'identità comune europea. Secondo quest'ordine di idee si innestano nella struttura dei Trattati le azioni di coordinamento dell'Unione in materia di cultura, previste in origine dal Trattato di Maastricht (Art. 128 TCE, oggi art. 167 TFUE).

Il secondo approccio è, invece, di natura più strettamente economica. In questo senso i prodotti culturali hanno «un ruolo cruciale nello sviluppo della società dell'informazione, alimentando investimenti nelle infrastrutture e nei servizi a banda larga, nelle tecnologie digitali, nell'elettronica di

¹⁵⁷ Secondo Habermas, le ombre dei nazionalismi non consentono all'Europa di poter uscire dallo stato attuale di crisi - «the long shadow cast by nationalism continues to obscure the present» - e che sia necessario giungere ad una solidarietà civica tra popoli europei attraverso l'incontro tra più culture - «but this can take on concrete form only as national public spheres gradually open themselves up to each other» - (J. HABERMAS, *The Crisis of the European Union. A Response*, Polity, Cambridge, 2012, 47 s.). Questa sfida è definita dallo stesso autore come «unfinished project» della modernità (ID., *Modernity: an unfinished project* in M. PASSERIN D'ENTRÈVES e S. BENHABIB (a cura di), *Habermas and the unfinished project of modernity: critical essays on 'The philosophical discourse of modernity'*, MIT Press, Cambridge, 1997, 38 ss.).

¹⁵⁸ Per uno studio sul concetto di cultura democratica cfr. T. LACY, *The dream of a democratic culture*, Palgrave Macmillan, New York, 2013.

consumo e nelle telecomunicazioni»¹⁵⁹. In altre parole, essi costituiscono la forza trainante dell'economia della digitalizzazione, settore dotato di un enorme potenziale di crescita considerato che la rete informatica sia destinata a soddisfare numerosi tipi di bisogni (conoscenza, intrattenimento, cultura...).

Il potenziale creativo delle industrie culturali, quindi, non rileva più come forma espressiva di una identità popolare ma come strumento che contribuisce ad incidere sulla crescita europea¹⁶⁰. Da qui consegue che l'approccio di natura economica alle industrie culturali richiede un ambiente non ostile all'attività da esse svolta, sgombro da quelle barriere al commercio che possono ostacolare lo sviluppo di questo strategico settore¹⁶¹. Se tuttavia le logiche di mercato tendono a concepire i prodotti culturali come merci da esportare, è inevitabile che si concretizzino dei

¹⁵⁹ Commissione europea, *Libro verde su «Le industrie culturali e creative, un potenziale da sfruttare»*, cit., 2.

¹⁶⁰ In questo senso si potrebbe tracciare un parallelo con il livellamento degli standard di creatività richiesti dalle direttive europee per la protezione del *software* o delle banche dati. La *ratio* di tale scelta normativa può individuarsi nell'intento di tutelare gli investimenti necessari all'ideazione dell'opera e non invece di premiare il contributo creativo dell'autore. Si veda ad es. il secondo considerando della direttiva del Consiglio del 14 maggio 1991 relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore (91/250/CEE): «considerando che per creare programmi per elaboratore è necessario investire considerevoli risorse umane, tecniche e finanziarie, mentre è possibile copiarli a un costo minimo rispetto a quello necessario a crearli autonomamente» o anche il considerando 7 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 1996, relativa alla tutela giuridica delle banche di dati (96/9/CE): «considerando che per poter creare una banca di dati è necessario investire considerevoli risorse umane, tecniche e finanziarie, mentre è possibile copiarle o accedervi ad un costo molto più basso rispetto a quello richiesto per crearle autonomamente». Sull'espansione dell'oggetto di protezione del diritto d'autore v. R.M. HILTY, *The expansion of copyright law and its social justification*, in C. HEATH e K.C. LIU (a cura di), *Copyright law and the information society in Asia*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2007, 1 ss.; M. RICOLFI, in N. ABRIANI, G. COTTINO e M. RICOLFI, *Diritto industriale*, cit., 366.

¹⁶¹ Per una panoramica delle iniziative adottate dall'Unione in materia cfr. M.L. MONTAGNANI, *Il diritto d'autore nell'era digitale. La distribuzione online delle opere dell'ingegno*, Giuffrè, Milano, 2012.

rischi di omogeneizzazione degli stili di vita e di convergenza verso un modello culturale unico. Alla luce di queste difficoltà, si rende necessario l'intervento statale per poter garantire la diversità culturale degli Stati membri la quale è alla base dell'identità comune europea intesa non come dominio di una cultura rispetto alle altre ma come sommatoria di tutte le differenze che rendono uniche le culture nazionali (da qui il motto «uniti nella diversità»)¹⁶².

Venendo al punto di vista giuridico, occorre ora esaminare il rapporto tra politiche culturali nazionali e libertà economiche fondamentali. Il Trattato individua diverse deroghe ai principi del libero mercato nell'intento di preservare le culture nazionali degli Stati membri¹⁶³. Un primo importante riferimento alla cultura nel Trattato si rinviene nell'art. 36 TFUE, il quale prende in considerazione come deroga alla libera circolazione delle merci le esigenze di «protezione del patrimonio artistico, storico e archeologico nazionale». Essa tuttavia non può essere configurata come vera e propria eccezione culturale al commercio intracomunitario¹⁶⁴ ma come espressione del principio, di carattere internazionale, secondo il

¹⁶² Non esente da ricadute in materia di diritto costituzionale. Sul tema cfr. G. D'IGNAZIO, *Multilevel constitutionalism tra integrazione europea e riforme degli ordinamenti decentrati*, Giuffrè, Milano, 2011 e M. CARTABIA, «Unità nella diversità»: il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali, in *Il diritto dell'Unione europea 2005*, III, 583 ss..

¹⁶³ Le deroghe hanno lo scopo di «éviter que des pans entiers de la culture des États membres ne s'évanouissent et disparaissent sous les coups de boutoir d'une dérégulation effrénée» (A. BAILLEUX, *La culture à l'épreuve du marché intérieur*, in C. ROMAINVILLE, *European law and cultural policy*, cit., 118).

¹⁶⁴ La diversità culturale, infatti, non è ricompresa tra le deroghe di cui all'art. 36 TFUE (Corte di giustizia, sentenza del 30 aprile 2009, causa C-531/07, *Fachverband*, punto 32) considerato che costantemente la Corte ne dà un'interpretazione restrittiva (Corte di Giustizia, sentenza del 10 dicembre 1968, causa 7/68, *Commissione c. Italia*, Racc. 1968, 572).

quale spetta allo Stato dettare la disciplina che regola il settore dei beni culturali¹⁶⁵, disciplina che secondo l'art. 167, par. 5, TFUE non è suscettibile di essere armonizzata a livello europeo.

La Corte di giustizia, inoltre, grazie all'attività creativa della sua giurisprudenza¹⁶⁶, è giunta a riconoscere la cultura come esigenza imperativa che giustifica le deroghe alle libertà economiche fondamentali del Trattato¹⁶⁷. A ben vedere la regola affermata dalla Corte rimane circoscritta alle sole misure indistintamente applicabili¹⁶⁸ in quanto risultano «neutre rispetto al rapporto tra prodotti nazionali e prodotti importati»¹⁶⁹. Pertanto, seppur la cultura può rappresentare un'esigenza imperativa da proteggere di per sé, la diversità culturale invece non può rientrare nell'ambito di applicazione della deroga perché, per poter essere protetta, deve necessariamente distinguere un prodotto nazionale da quello importato.

Considerati gli scarsi risultati ottenuti, si giunge ad un punto di svolta con il Trattato di Maastricht del 1992, il quale, oltre a ritenere potenzialmente compatibili con il mercato interno gli aiuti di Stato

¹⁶⁵ In argomento cfr. A. CANNONE, *La protezione internazionale ed europea dei beni culturali*, Cacucci, Bari, 2014; M. FRIGO, *La circolazione internazionale dei beni culturali: diritto internazionale, diritto comunitario e diritto interno*, Giuffrè, Milano, 2007; F. FRANCONI, A. DEL VECCHIO e P. DE CATERINI (a cura di), *Protezione internazionale del patrimonio culturale: interessi nazionali e difesa del patrimonio comune della cultura*, Giuffrè, Milano, 2000.

¹⁶⁶ In particolar modo a partire dal caso *Cassis de Dijon* (Corte di giustizia, *Rewe-Zentral* cit.).

¹⁶⁷ Corte di giustizia, *Fachverband*, cit., punto 34; Corte di giustizia, sentenza del 13 dicembre 2007, causa C-250/06, *United Pan Europe Communications Belgium*, punto 41; Corte di giustizia, sentenza del 25 luglio 1991, causa C-288/89, *Gouda*, punto 27; Corte di giustizia, sentenza del 26 febbraio 1991, causa C-154/89, *Commissione c. Francia*, punto 17; Corte di giustizia, sentenza del 26 febbraio 1991, causa C-198/89, *Commissione c. Grecia*, punto 21.

¹⁶⁸ Corte di giustizia, sentenza del 24 novembre 1993, causa riunite C-267/91 e C-268/91, *Keck e Mithouard*, punto 15; Corte di Giustizia, *Rewe-Zentral*, cit., punto 8.

¹⁶⁹ G. TESAURO, *Il diritto dell'Unione europea*, cit., 406.

«destinati a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio» (art. 92, par. 3, lett. d, TCE, oggi art. 107, par. 3, lett. d TFUE), riconosce che la tutela della diversità culturale intensifichi maggiormente la solidarietà tra popoli¹⁷⁰. Per questi motivi viene inserito un nuovo articolo il quale stabilisce che l'Unione contribuisce «al pieno sviluppo delle culture degli Stati membri nel rispetto delle loro diversità nazionali e regionali, evidenziando nel contempo il retaggio culturale comune» (art. 128, par. 1, TCE, oggi art. 167, par. 1, TFUE)¹⁷¹. L'articolo inoltre prevede un'ulteriore funzione di natura trasversale la quale richiede all'Unione di tenere conto «degli aspetti culturali nell'azione che svolge a norma di altre disposizioni dei trattati, in particolare ai fini di rispettare e promuovere le diversità delle sue culture»¹⁷². La dottrina ha tuttavia ritenuto molto controversa questa norma perché non prevedeva alcun tipo di conseguenza giuridica in caso di sua violazione tanto che il legislatore dell'Unione spesso ne ha trascurato la sua applicazione¹⁷³. Vi erano inoltre alcune resistenze a

¹⁷⁰ Nel preambolo del Trattato di Maastricht infatti si legge: «Desiderando intensificare la solidarietà tra i loro popoli rispettandone la storia, la cultura e le tradizioni».

¹⁷¹ Secondo la dottrina, il nuovo articolo 167 introdotto con il Trattato di Maastricht più che istituire una nuova competenza dell'Unione intende circoscrivere la portata degli interventi comunitari rispetto alle competenze statali in materia culturale (S. MABELLINI, *La dimensione culturale dell'Unione europea: la cultura come limite o come competenza?* in A. D'ATENA (a cura di), *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Giuffrè, Milano, 2012, 274 s. e R. MASTROIANNI, *Il ruolo del principio di sussidiarietà nella definizione delle competenze statali e comunitarie in materia di politiche culturali*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario* 1994, 82 s.).

¹⁷² In argomento cfr. B. DE WITTE, *Market integration and cultural diversity in EU law*, in ID e V. VADI (a cura di), *Culture and international economic law*, Routledge, London, 2015, 193 ss., E. PSYCHOGIOPOULOU, *The integration of cultural considerations in EU law and policies*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2008, J.C. BARBATO, *La diversité culturelle en droit communautaire. Contribution à l'analyse de la spécificité de la construction européenne*, PUAM, Aix-Marseille, 2008.

¹⁷³ In particolar modo nell'attuazione delle competenze in materia di mercato unico e delle libertà economiche fondamentali (C. ROMAINVILLE, *The multidimensionality of cultural*

riconoscere la diversità culturale come principio generale del diritto dell'Unione atteso che non poteva essere facilmente annoverata tra le tradizioni costituzionali degli Stati membri ed i diritti fondamentali espressi nella Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (art. 6, parag. 2, TUE).

Le cose cambiano però col Trattato di Lisbona del 2009. Anzitutto i riferimenti alla diversità culturale aumentano sempre più. Nella nuova formulazione dell'art. 3, parag. 3, TUE, infatti, si legge che l'Unione europea «rispetta la ricchezza della sua diversità culturale e linguistica e vigila sulla salvaguardia e sullo sviluppo del patrimonio culturale europeo». Inoltre, con l'art. 6, parag. 1, TUE fanno ingresso formalmente¹⁷⁴ nell'*acquis* comunitario i principi proclamati nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la quale è provvista dello «stesso valore giuridico dei Trattati». Attraverso questo riferimento, la diversità culturale assurge a valore fondamentale del diritto comunitario poiché espressamente riconosciuta nell'art. 22 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea («L'Unione rispetta la diversità culturale, religiosa e linguistica»).

Il dato normativo inserito con le modifiche del Trattato di Lisbona consente, quindi, di ridisegnare ulteriormente i confini delle libertà economiche fondamentali. Esse, infatti, trovano un limite non solo nelle

policies tested by European law, in ID. (a cura di), *European law and cultural policy*, cit., 30).

¹⁷⁴ Anche se di fatto il rispetto della Carta assume già un valore fondamentale per l'ordinamento comunitario prima ancora delle modifiche attuate dal Trattato di Lisbona del 2009. Sul tema v. Corte di giustizia, sentenza del 27 giugno 2006, causa C-540/03, *Parlamento c. Consiglio*, punto 38.

deroghe espressamente previste dalle norme del Trattato ma anche nelle disposizioni della Carta di Nizza. Ciò significa che le misure nazionali a tutela della diversità culturale sono oggi ritenute legittime dal diritto comunitario in forza del richiamo alle norme del Trattato e ai diritti fondamentali dell'Unione europea¹⁷⁵, purché siano basate su considerazioni oggettive e siano proporzionate all'obiettivo legittimamente perseguito¹⁷⁶.

Il tema della diversità culturale è strettamente connesso all'attività svolta dalle società di gestione collettiva. Esse, infatti, hanno sempre dimostrato particolare sensibilità per la cultura nazionale individuando meccanismi che proteggono gli autori minori o istituendo fondi destinati ad artisti locali¹⁷⁷. Questi meccanismi, seppur potrebbero contrastare con gli obiettivi di efficienza economica dei Trattati in quanto presentano profili di natura protezionistica, trovano riconoscimento nelle norme che presidiano la diversità culturale dell'Unione. Sicché, l'azione di quest'ultima dovrebbe tenere conto di tali aspetti, soprattutto quando adotta misure necessarie a garantire il buon funzionamento del mercato interno (art. 114 TFUE).

Ebbene, uno Stato membro o una società di gestione collettiva sarebbe formalmente legittimato a proteggere la propria identità nazionale e culturale anche se poi, nella pratica, il libero dispiegarsi delle forze del

¹⁷⁵ La giurisprudenza della Corte assume come punti di riferimento l'art. 3, par. 3, TUE e l'art. 22 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Corte di giustizia, sentenza del 16 aprile 2013, causa C-202/11, *Las*, punto 22 e Corte di giustizia, sentenza del 12 maggio 2011, causa C-391/09, *Runevič-Vardyn*, punto 86).

¹⁷⁶ Corte di giustizia, sentenza del 22 dicembre 2010, causa C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, punto 81 e Corte di giustizia, sentenza del 14 ottobre 2008, causa C-353/06, *Grunkin e Paul*, punto 29.

¹⁷⁷ In argomento, v. S. NÉRISSON, *Social functions of collective management societies (CMS)*, cit., 1 ss..

mercato indurrebbe spontaneamente gli autori e gli editori economicamente più forti ad affidare l'amministrazione dei propri diritti a *collecting societies* che operano meno trattenute per fini culturali sulle *royalties* incassate. Per questi motivi, non è escluso che in un futuro prossimo sia lo Stato – o come auspicato da altri, la stessa Unione europea¹⁷⁸ - a promuovere la cultura nazionale e non più le società di gestione collettiva, cui sarebbe sottratta parte della loro originale vocazione¹⁷⁹.

5. Alcune considerazioni sistematiche.

Alla luce di quanto in precedenza rilevato, non si può fare a meno di notare che le disposizioni normative del Trattato e la loro interpretazione riservano agli Stati membri un intervento minimo negli affari di rilevanza economica. L'intento dei padri fondatori dell'Unione è infatti quello di favorire a livello comunitario i meccanismi spontanei del mercato comune liberandolo da ogni forma statale di pianificazione o di regolazione che ne ostacolano il funzionamento. In questo contesto l'ordine giuridico deve intervenire non sul mercato ma per il mercato promuovendo uno spazio unico di libertà economica ove la concorrenza costituisca il principio primo di regolazione dell'economia. Solo in alcune e sporadiche circostanze è auspicato un intervento sugli equilibri economici al fine di raggiungere obiettivi che il mercato non è in grado di conseguire nel rispetto, però, dei

¹⁷⁸ SANFILIPPO, *La gestione collettiva dei diritti d'autore e connessi tra regolazione e concorrenza*, cit., 461.

¹⁷⁹ Sul punto cfr. L.R. HELFER, *Collective management of copyrights and human rights: an uneasy alliance revisited*, in D. GERVAIS, *Collective Management of Copyright and Related Rights*, cit., 98 ss..

limiti stringenti richiesti dai Trattati. Come è stato infatti osservato nei paragrafi precedenti, le restrizioni al commercio intracomunitario ed alla concorrenza sono compatibili con il diritto dell'Unione europea solo se effettivamente indispensabili e quindi proporzionate rispetto all'interesse che intendono perseguire. Se si volesse quindi riassumere con una formula la logica economica che è alla base dell'integrazione dei mercati nazionali, è possibile affermare: «tanta concorrenza quanto possibile, tanta regolazione quanto necessaria»¹⁸⁰.

Se dunque si vuole comprendere come si stia evolvendo la gestione collettiva dei diritti d'autore da una forma nazionale ad una transnazionale è necessario tenere bene a mente i meccanismi di regolazione sopra evidenziati. In altre parole, l'instaurazione del mercato interno così come concepito nei Trattati richiede che la concorrenza tra imprese si sviluppi nel pieno della sua forma¹⁸¹ e che tutti quei fattori appartenenti alla sfera pubblica o privata che favoriscono concentrazioni di potere economico siano messi al bando¹⁸². Sulla base di queste premesse teoriche si è sviluppato a partire dagli anni Settanta un intervento sempre più intenso delle istituzioni comunitarie finalizzato a restituire al mercato un'efficiente amministrazione collettiva dei diritti d'autore (capitolo III).

¹⁸⁰ La formula ricorda lo slogan «Wettbewerb soweit wie möglich. Planung soviel wie nötig» (Concorrenza nella misura del possibile. Pianificazione nella misura del necessario) espressa nel programma del Partito socialdemocratico tedesco di Bad Godesberg del 1959.

¹⁸¹ Lo spirito ordoliberal del periodo postbellico si è trasfuso nei Trattati i quali, come noto, si fondano su «una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva» (art. 3, paragrafo 3, TUE).

¹⁸² L'affermazione appare confermata dalle norme sulle libertà economiche fondamentali e sulla concorrenza previste nei Trattati.

Il processo di integrazione negativa del mercato subirà tuttavia una battuta d'arresto¹⁸³ per circostanze di fatto estranee all'architettura dei Trattati che hanno rivelato l'inadeguatezza degli strumenti normativi di diritto primario rispetto agli obiettivi di liberalizzazione da perseguire nel settore. Si pensi ad esempio all'impossibilità per le società di gestione collettiva di duplicare la struttura di monitoraggio delle utilizzazioni al di là dei confini nazionali o alle problematiche sollevate dall'innovazione tecnologica a cui le libertà economiche fondamentali ed il diritto della concorrenza non hanno saputo dare risposta. Da tale contesto si prenderanno poi le mosse per poter avviare il processo di integrazione positiva dei mercati di amministrazione collettiva dei diritti d'autore (capitolo IV) attraverso norme specifiche di diritto derivato capaci di conciliare gli obiettivi del mercato unico alle irrinunciabili esigenze di tutela dei diritti d'autore.

¹⁸³ Già segnalata da P. TORREMANS e I.A. STAMATOUDI, *Collecting societies: sorry, the Community is no longer interested!*, in *European law review* 1997, 352 ss.. Nell'articolo gli Autori hanno esaminato diverse sentenze del Tribunale che hanno confermato decisioni della Commissione di non accertare un'infrazione commessa dalle società di gestione collettiva per mancanza di interesse comunitario (cfr. Tribunale dell'Unione europea, sentenza del 24 gennaio 1995, T-114/92, *BEMIM*; Tribunale dell'Unione europea, sentenza del 24 gennaio 1995, T-5/93, *Tremblay*).

CAPITOLO III

L'ADATTAMENTO DEI MODELLI DI GESTIONE COLLETTIVA AL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

CAPITOLO III

L'ADATTAMENTO DEI MODELLI DI GESTIONE COLLETTIVA

AL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

SOMMARIO: 1. L'abuso di posizione dominante. I rapporti con gli autori. – 2. (Segue). I rapporti con gli utilizzatori. – 3. Il divieto di intese e gli accordi di reciproca rappresentanza. – 4. Le libertà economiche fondamentali ed i monopoli nazionali. – 5. Lo statuto concorrenziale delle società di gestione collettiva.

1. L'abuso di posizione dominante. I rapporti con gli autori.

Definito l'ambito di applicazione delle norme dei Trattati, occorre ora approfondire come il processo di integrazione negativa abbia inciso sulle modalità operative delle società di gestione collettiva. Esse, infatti, se osservate dal punto di vista del diritto della concorrenza, sono enti che favoriscono forme di cooperazione orizzontale tra autori al fine di standardizzare i contratti di licenza offerti agli utilizzatori. Pertanto, le società di gestione collettiva si occupano tanto di raccogliere le adesioni di autori per poter ampliare il proprio repertorio, quanto di curare i rapporti con le imprese culturali che necessitano di ottenere un'autorizzazione per lo

sfruttamento delle opere del repertorio. Nell'ottica della costruzione del mercato interno, si comprende che tale tipo di attività possa produrre degli effetti restrittivi al commercio comunitario sia a danno degli autori che degli utilizzatori considerato che le società di gestione collettiva ricoprono a livello nazionale monopoli di diritto o di fatto¹⁸⁴. Per questi motivi, la Commissione e le autorità nazionali della concorrenza hanno monitorato attentamente questo fenomeno economico onde evitare che il potere di mercato delle società di gestione collettiva possa essere esercitato abusivamente.

Per quanto riguarda il versante degli autori, diverse sono le regole che le società di gestione collettiva devono rispettare affinché la loro condotta non ricada nel divieto di abuso di posizione dominante di cui all'art. 102 TFUE.

Anzitutto le *collecting societies* non possono operare alcun tipo di discriminazione tra autori sulla base della loro provenienza. La Commissione europea già negli anni Settanta aveva accertato il carattere abusivo delle condotte di alcune società di gestione collettiva volte ad impedire agli autori di altri Stati membri di divenirne soci e quindi di poter fruire dei servizi di tutela collettiva offerti¹⁸⁵. Tuttavia, questa condotta, prima ancora di violare le norme sulla concorrenza, è contraria al principio generale di non discriminazione del diritto dell'Unione europea (art. 18

¹⁸⁴ Infatti, secondo quanto richiesto dall'art. 102 TFUE, l'attività di amministrazione dei diritti deve poter incidere su una «parte sostanziale» del mercato interno (Corte di giustizia, *BRT c. SABAM*, cit., punto 5).

¹⁸⁵ Commissione europea, *GEMA I*, cit., 21 ss..

TFUE)¹⁸⁶. Per quanto concerne la tutela dei diritti d'autore, si pensi ad esempio al caso *Phil Collins* in cui la Corte di giustizia ha affermato che il principio di non discriminazione osta «a che uno Stato membro subordini la concessione di un diritto di esclusiva al requisito del possesso della sua cittadinanza»¹⁸⁷. In altre parole, la Corte riconosce che una normativa nazionale idonea a precludere la tutela dei diritti d'autore ai cittadini di altri Stati membri è contraria al principio di non discriminazione. Sí che risulta ammissibile l'intervento del giudice interno al quale è consentito di applicare agli autori stranieri la medesima tutela offerta a quelli nazionali¹⁸⁸. Considerata inoltre la portata non solo «verticale», ma anche «orizzontale», di tale principio¹⁸⁹ può concludersi che il divieto di discriminazione vincola non solo gli Stati membri ma anche i singoli, comprese le *collecting societies*, ad agire nel rispetto di esso.

Ulteriori tipi di discriminazione tra titolari dei diritti non sono generalmente ammesse anche se la Commissione ha inteso preservare

¹⁸⁶ Un'autrice afferma che tra principio di non discriminazione e divieto d'abuso di posizione dominante intercorre un rapporto di specialità nel senso che il secondo può considerarsi come *lex specialis* rispetto al primo che assume invece un carattere generale (I.A. STAMATOUDI, *The European court's love-hate relationship with collecting societies*, in *European Intellectual Property Review* 1997, VI, 291).

¹⁸⁷ Corte di giustizia, *Phil Collins*, cit., punto 32.

¹⁸⁸ La Corte, quindi, riconoscendo l'effetto diretto del principio di non discriminazione, giunge ad affermare non solo che tale principio può essere «fatto valere dinanzi al giudice nazionale per chiedergli di eliminare da una normativa nazionale le disposizioni discriminatorie che negano ai cittadini degli altri Stati membri la tutela che le stesse assicurano ai cittadini nazionali» (Corte di giustizia, *Phil Collins*, cit., punto 34) ma che «l'art. 7, primo comma, del Trattato dev'essere interpretato nel senso che il principio di non discriminazione da esso sancito può essere direttamente fatto valere dinanzi al giudice nazionale da un autore o da un artista di un altro Stato membro, o da un loro avente causa, per chiedere il beneficio della tutela riservata agli autori e agli artisti nazionali» (Corte di giustizia, *Phil Collins*, cit., punto 35).

¹⁸⁹ Corte di giustizia, sentenza del 6 giugno 2000, causa C-281/98, *Angonese*, punto 34; Corte di giustizia, sentenza dell'8 aprile 1976, causa 43/75, *Defrenne II*, punto 31; Corte di giustizia, sentenza del 12 dicembre 1974, causa 36/74, *Walrave e Koch*, punti 31/34.

alcune regole degli statuti che richiedono «un reddito minimo per l'acquisto o il mantenimento della qualità di socio ordinario»¹⁹⁰, che prevedono una «sovvenzione per motivi culturali dei compositori moderni di musica seria»¹⁹¹ o che vietano «qualsiasi partecipazione degli utilizzatori di un'opera ai compensi dell'avente diritto, concordata per privilegiare determinate sue opere»¹⁹².

La Commissione, inoltre, si è occupata di espungere tutte quelle norme statutarie che vincolano in modo eccessivo la libertà degli autori di disporre dei propri diritti. In tal modo, le società di gestione collettiva hanno un incentivo ad essere più efficienti e ad offrire condizioni di affiliazione vantaggiose per gli autori proprio perché sono maggiormente esposte al rischio di perdere i propri membri. Ed allora termini eccessivi di durata del contratto di cessione dei diritti d'autore cadono¹⁹³ così come tutti quegli articoli degli statuti che prevedono un periodo assai lungo per maturare il diritto ai versamenti di natura previdenziale¹⁹⁴. Sono considerate inoltre abusive tutte quelle regole statutarie che escludono o pongono limiti

¹⁹⁰ Commissione europea, *GEMA I*, cit., 28.

¹⁹¹ Commissione europea, *GEMA I*, cit., 23.

¹⁹² Commissione europea, decisione del 4 dicembre 1981, caso IV/29.971, *GEMA III*, in GU L 94 del 8 aprile 1982, 19. Si tratta in questo caso di una clausola finalizzata ad impedire forme di integrazione verticale tra autori ed utilizzatori che potrebbero avere particolari effetti nocivi per la concorrenza tra autori.

¹⁹³ Ad esempio è stata considerata eccessivamente gravosa la durata di sei anni del contratto di cessione dei diritti d'autore (Commissione europea, *GEMA I*, cit., 20) e ritenuta invece sufficiente una durata di tre anni nella decisione *GEMA II* (Commissione europea, decisione del 6 luglio 1972, caso IV/26.760, *GEMA II*, in GU L 166 del 24 luglio 1972, 22).

¹⁹⁴ Come nel caso dello statuto della GEMA che stabiliva un termine di venti anni per accedere ai versamenti previdenziali (Commissione europea, *GEMA I*, cit., 20).

stringenti al ritiro di opere dai repertori delle società di gestione collettiva o al trasferimento dei diritti ad altre *collecting societies* europee¹⁹⁵.

Un altro aspetto che in questa sede vale la pena evidenziare riguarda le clausole degli statuti che richiedono agli autori di cedere in esclusiva alle società di gestione collettiva la totalità dei diritti su tutte le opere, comprese quelle future. Con questa formula onnicomprensiva, non pochi dubbi di compatibilità con il divieto di abuso di posizione dominante sono stati sollevati poiché tale condotta richiama quelle «condizioni di transazione non eque» esplicitamente vietate dall'art. 102, parag. 2, lett. a, TFUE. Al quesito, la Commissione ha dato risposta positiva nella più volte citata decisione *GEMA I*¹⁹⁶. Non vi sono infatti ragioni che giustifichino l'obbligo per gli autori di cedere la totalità dei diritti d'autore ad una società di gestione collettiva, atteso che la cessione di categorie separate di diritti¹⁹⁷ non richiede un costo talmente eccessivo da ostacolarne l'amministrazione. Tuttavia la Commissione fa salva la possibilità per la società di gestione collettiva di richiedere obbligatoriamente, nell'ambito di una categoria, la «cessione di tutte le opere di un membro, comprese quelle future»¹⁹⁸. Questa deroga è stata difatti ammessa perché consente alla società di «continuare a

¹⁹⁵ V. art. 1, n. 7, lett. a e c della decisione *GEMA I* (Commissione europea, *GEMA I*, cit., 28).

¹⁹⁶ V. art. 1, n. 7, lett. b della decisione *GEMA I* (Commissione europea, *GEMA I*, cit., 28).

¹⁹⁷ Le categorie individuate nella decisione sono 1) il diritto generale di esecuzione; 2) il diritto di radiodiffusione compreso il diritto d'esecuzione pubblica delle opere radiodiffuse (diritto di trasmissione); 3) il diritto di rappresentazione cinematografica; 4) il diritto di riproduzione e diffusione meccanica, compreso il diritto d'esecuzione pubblica di opere riprodotte con mezzi meccanici (di trasmissione); 5) il diritto di produzione cinematografica; 6) il diritto di produrre, riprodurre, diffondere ed eseguire pubblicamente su supporti per magnetoscopi; 7) il diritto di sfruttamento derivante dallo sviluppo tecnico o da una modificazione della legislazione.

¹⁹⁸ V. art. 1, n. 7 della decisione *GEMA I* (Commissione europea, *GEMA I*, cit., 28).

rappresentare il repertorio mondiale nei confronti degli enti radiofonici e dei produttori discografici nel settore in cui essa opera direttamente»¹⁹⁹. La tesi della Commissione, inoltre, appare in linea con l'orientamento della Corte di giustizia nel caso *BRT c. SABAM* la quale ha stabilito che le eccezioni alla libertà degli autori di disporre delle proprie opere sono ammesse nella misura in cui siano effettivamente indispensabili ad una tutela efficace dei diritti d'autore²⁰⁰.

Può aggiungersi inoltre che le categorie *GEMA I* sono state riviste alla luce delle innovazioni tecnologiche. In una decisione del 2002, infatti, la Commissione ha ritenuto abusivo il comportamento della SACEM consistente nel richiedere obbligatoriamente la cessione dei diritti di sfruttamento *on-line* delle opere dell'ingegno, richiesta tuttavia ingiustificata perché non indispensabile alla tutela collettiva degli autori²⁰¹.

2. (Segue). I rapporti con gli utilizzatori.

Venendo ai rapporti tra società di gestione collettiva e utilizzatori, occorre anzitutto richiamare alcune osservazioni svolte nel primo capitolo. Da un punto di vista economico, l'aggregazione delle opere in un unico repertorio da parte delle *collecting societies* risulta essenziale per lo svolgimento di alcuni tipi di attività imprenditoriale che prediligono l'ottenimento di licenze collettive rispetto a quelle individuali. Le istanze

¹⁹⁹ Decisione *GEMA I* (Commissione europea, *GEMA I*, cit., 23).

²⁰⁰ Corte di giustizia, *BRT c. SABAM*, cit., punto 11.

²⁰¹ In questo senso v. Commissione europea, decisione del 6 agosto 2002, COMP/C2/37.219, *Banghalter e Homem Christo* (c.d. decisione *Daft Punk*), non pubblicata.

degli utilizzatori si traducono quindi nella naturale tendenza al monopolio delle società degli autori, una forma necessitata per poter gestire un vastissimo numero di opere²⁰². L'accumulazione del potere economico nelle mani di questi enti non può però sconfinare a danno di chi deve necessariamente confrontarsi con questa realtà. A tale problema, le regole di diritto della concorrenza pongono un argine consistente. In effetti, le condizioni di licenza proposte dalle società di gestione collettiva sono state spesso esaminate dalla Commissione europea in quanto in esse possono annidarsi seri dubbi di compatibilità con le norme del Trattato considerato che esse detengono una posizione di dominanza nei mercati nazionali.

Un primo aspetto degno di essere affrontato in questa sede riguarda l'estensione soggettiva delle licenze. In particolare, si pone il problema se sia lecito per una società di gestione collettiva rifiutarsi di concedere in licenza i diritti amministrati ad un utilizzatore senza obiettive giustificazioni. Per poter rispondere a tale quesito occorre distinguere il luogo in cui l'utilizzatore è stabilito. Nel caso in cui questo luogo coincida con quello in cui è stabilita la società di gestione collettiva non dovrebbero esserci margini per poter applicare l'art. 102 TFUE atteso che la norma richiede specificamente il requisito del pregiudizio al commercio tra Stati membri. Si tratta, quindi, di una situazione meramente interna che spetta

²⁰² Nella maggior parte dei casi (salvo alcune eccezioni come il caso italiano), la posizione di dominanza delle società di gestione collettiva è assunta *de facto* e non *de jure*. V. ad es. Corte di giustizia, *GVL*, cit., punti 47 e 56.

agli Stati membri disciplinare²⁰³. Tuttavia occorre precisare che il pregiudizio al commercio si manifesta quando la vittima del rifiuto a contrarre operi anche in altri Stati membri²⁰⁴ o quando nel mercato nazionale siano stabiliti o prestino i loro servizi altri utilizzatori che svolgono la propria attività economica in più Stati membri. In quest'ultimo caso il rifiuto a contrarre subito dall'utilizzatore nazionale assume una rilevanza transnazionale perché ha come effetto quello di consolidare la posizione economica degli altri operatori già presenti a danno degli altri concorrenti²⁰⁵.

Se invece la società di gestione collettiva intende negare l'accesso al proprio repertorio ad un utilizzatore stabilito in un altro Stato membro, un abuso di posizione dominante potrebbe configurarsi a meno che non sussistano delle giustificazioni obiettive di tutela dei diritti d'autore. In altre parole, l'illiceità del rifiuto non si deduce dal suo carattere discriminatorio nei confronti di un utilizzatore non nazionale ma da circostanze tecniche che impediscono alla *collecting society* di svolgere in modo efficace la sua

²⁰³ In Italia ad esempio è prevista una norma generale che obbliga il monopolista a contrarre con altri soggetti, a condizione di parità di trattamento (Art. 2597 c.c.). In Germania, invece, è prevista una norma specifica che vincola le società di gestione collettiva a contrarre con chiunque ne faccia richiesta (Art. 11, comma 1, WahrnG -«Abschlußzwang»).

²⁰⁴ Commissione europea, comunicazione 2004/C 101/07 su «Linee direttrici la nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato», in GU, C 101 del 27 aprile 2004, punto 94.

²⁰⁵ Nel caso *Commercial Solvents* (Corte di giustizia, sentenza del 6 marzo 1974, cause riunite 6/73 e 7/73, *Commercial Solvents*, punto 32) la Corte ha stabilito che per poter valutare la sussistenza di un pregiudizio al commercio tra gli Stati membri è necessario guardare agli effetti che un comportamento può avere sul «mantenimento di un'effettiva concorrenza nell'ambito del mercato comune». Appare dunque ragionevole ammettere che tale affermazione deve valere anche quando la condotta escludente non sia in grado di stimolare un'effettiva concorrenza nel mercato comune.

funzione. Per queste ragioni il campo di indagine si sposta dall'estensione soggettiva a quella oggettiva delle licenze offerte dalle società di autori.

Su questo argomento è intervenuta la Corte di giustizia nel famoso caso *Tournier*. Tra le diverse questioni pregiudiziali sollevate dalla Corte d'appello di Aix-en-Provence, si chiedeva se il divieto di abuso di posizione dominante impedisse alla società di gestione collettiva francese di concedere in licenza al titolare di una discoteca solo una parte del repertorio amministrato. In questa occasione la Corte statuì che la condotta in esame può essere vietata a meno che essa sia l'unico modo possibile per consentire alla società di gestione collettiva di tutelare i diritti dei propri membri²⁰⁶. Secondo questa interpretazione dell'art. 86 TCE (art. 102 TFUE), spetterà al giudice nazionale verificare se la condotta in questione sconfini in un illecito anticoncorrenziale. Rispetto a tal fine, la Corte di giustizia richiede alla giurisdizione francese di porre particolare attenzione ai costi ai quali la società di gestione collettiva potrebbe andare incontro per offrire un servizio di licenza parziale la cui eccessività rischierebbe di rendere inefficace la tutela collettiva degli autori²⁰⁷.

Nel caso *Lucazeau* può scorgersi il medesimo principio di diritto affermato in *Tournier* anche se espresso in modo più latente. La Corte di giustizia era infatti chiamata a valutare se «una concertazione tra società nazionali di gestione dei diritti d'autore che abbia l'effetto di rifiutare sistematicamente l'accesso diretto al loro repertorio agli utilizzatori esteri

²⁰⁶ Corte di giustizia, *Tournier*, cit., punto 33.

²⁰⁷ Il riferimento è alle «spese sostenute per la gestione dei contratti e per la sorveglianza sull'utilizzazione delle opere musicali tutelate» (Corte di giustizia, *Tournier*, cit., punto 31).

dev'essere considerata come implicante una pratica concordata restrittiva della concorrenza»²⁰⁸. In questo passaggio la Corte, demandando al giudice la successiva valutazione dell'illiceità della pratica concordata, rileva che in tale circostanza il rifiuto a contrarre può costituire un autonomo abuso di posizione dominante se da ciò non derivi per la società di gestione collettiva un obbligo di «organizzare un proprio sistema di gestione e di controllo su un altro territorio»²⁰⁹. La Corte appare così consapevole che il rifiuto a contrarre possa essere giustificato dagli eccessivi costi che deriverebbero dalla duplicazione di un apparato di vigilanza sulle utilizzazioni eseguite in un altro Stato membro.

Pertanto se da un lato le società di gestione collettiva devono garantire un accesso equo e non discriminatorio a tutti gli utilizzatori che richiedono di sfruttare le opere amministrate (c.d. dottrina dell'*essential facility*)²¹⁰, dall'altro tale obbligo non può tuttavia spingersi sino a pregiudicare un'efficace tutela dei diritti d'autore, vuoi perché una licenza parziale produrrebbe delle diseconomie di scala (*Tournier*), vuoi perché le società di gestione collettiva non possono monitorare in modo efficiente gli sfruttamenti del proprio repertorio all'estero (*Lucazeau*).

²⁰⁸ Corte di giustizia, sentenza del 13 luglio 1989, cause riunite 110/88, 241/88 e 242/88, *Lucazeau*, punto 17.

²⁰⁹ Corte di giustizia, *Lucazeau*, cit., punto 18.

²¹⁰ Sull'argomento v. *ex multis* A. CASTALDO e F. CERNUTO, *Essential facility doctrine. Tra evoluzione e nuovi orizzonti. Alla ricerca di un test sistematico*, Jovene, Napoli, 2013; S. LÖNING, *Die Essential Facilities Doktrin - Eine Darstellung und kritische Betrachtung*, Grin, München, 2007; D. DURANTE, G. MOGLIA e A. NICITA, *La nozione di essential facility tra regolamentazione e antitrust*, in *Mercato concorrenza regole*, 2001, II, 257 ss.; M. POLO, *La nozione di essential facility tra regolamentazione e antitrust. Un commento*, in *Mercato concorrenza regole*, 2001, II, 293 ss..

Gli orientamenti giurisprudenziali esaminati, che sono tuttora validi per la maggior parte delle forme di sfruttamento delle opere, devono tuttavia essere rivisti alla luce delle innovazioni tecnologiche. Esse, infatti, consentono alle società di autori e ai titolari dei diritti di monitorare efficacemente le utilizzazioni *on-line* dei repertori senza incorrere negli eccessivi costi pocanzi individuati. Gli scenari che si aprono sono variegati e saranno in seguito più da vicino esaminati.

Proseguendo nella disamina del rapporto tra utilizzatori e società di gestione collettiva, è possibile ora prendere in considerazione i criteri di fissazione delle tariffe di licenza. Riguardo questo argomento, la Corte di giustizia ha esaminato due profili di particolare rilievo. Il primo concerne la valutazione dell'eccessività del prezzo richiesto per la fornitura delle licenze multirepertorio. Il secondo, invece, è attinente all'applicazione di condizioni di licenza dissimili per prestazioni equivalenti nei confronti di imprese concorrenti.

Partendo dal primo profilo di interesse che riguarda il caso *Lucazeau* già citato, occorre interrogarsi su quali siano i criteri necessari per poter valutare se una tariffa applicata agli utilizzatori possa essere considerata iniqua. Prima di esaminare la soluzione proposta dalla Corte, è opportuno premettere che il mercato dell'intermediazione dei diritti d'autore a livello europeo è molto variegato e le condizioni di licenza proposte dalle società di autori assumono contenuti diversi in base alle circostanze del caso. In altri termini, è assai complesso individuare un ipotetico prezzo concorrenziale

rispetto al quale è possibile valutare la condotta abusiva poiché non vi è in realtà alcun confronto competitivo tra società di gestione collettiva²¹¹. Alle difficoltà di prova della condotta abusiva²¹² possono aggiungersi inoltre le ulteriori indicazioni di *policy* proposte dalle più recenti teorie economiche²¹³ secondo le quali è possibile intervenire d'imperio sui prezzi solo in casi eccezionali. Questa posizione, accolta anche dalla stessa Commissione europea²¹⁴, tende quindi a lasciar libere le forze di mercato nel determinare il prezzo della prestazione offerta atteso che un sistema pubblico di determinazione *ex ante* delle tariffe non sarebbe altrimenti in grado di processare al meglio tutte quelle informazioni che le imprese invece possono acquisire direttamente dal mercato. In quest'ottica, i sistemi nazionali di regolazione prevedono dei meccanismi di risoluzione alternativa delle controversie che consentono alle imprese e ai titolari dei

²¹¹ Così M. LIBERTINI, *Gestione collettiva dei diritti di proprietà intellettuale e concorrenza*, in P. SPADA (a cura di), *Gestione collettiva dell'offerta e della domanda di prodotti culturali*, cit., 107 s.

²¹² Nella prassi della Commissione europea, le difficoltà di prova dell'esistenza di questo particolare tipo di abuso di sfruttamento costituiscono un disincentivo per intentare costose attività di indagine. V. D. BAILEY e R. WHISH, *Competition law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, 716 ss..

²¹³ Sull'idea del ruolo minimo dello Stato rispetto all'economia si confrontino le teorie ordoliberali della Scuola di Friburgo del secondo dopo guerra, elaborate in opposizione alla rigida politica economica interventista del nazismo (S. GREGG, *Wilhelm Röpke's political economy*, Edward Elgar, Cheltenham, 2010, 17). Per un riferimento al controllo sui prezzi cfr. A. MÜLLER-ARMACK, *Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft*, Kastell, Amburgo, 1947, 107.

²¹⁴ In più circostanze, la Commissione europea ha affermato di non voler influenzare i meccanismi di fissazione dei prezzi nel mercato interno. V. ad esempio Commissione europea, *Report on competition policy 1975*, V, punti 3 e 76 e Commissione europea, *Report on competition policy 1997*, XXVII, punto 77.

diritti di contestare le tariffe applicate ai contratti di licenza dei repertori al fine di evitare un regime di controllo sui prezzi²¹⁵.

Nella consapevolezza di tali difficoltà, la Corte di giustizia ha individuato una soluzione di compromesso che ammette l'illiceità di condizioni di transazione non eque applicate da società di gestione collettiva, ma solo in determinate circostanze. Tra le righe della sentenza *Lucazeau* si legge infatti che «qualora un'impresa in posizione dominante imponga, per i servizi da essa prestati, tariffe sensibilmente più elevate di quelle praticate negli altri Stati membri e qualora il raffronto dei livelli delle tariffe sia stato effettuato su base omogenea, tale differenza dev'essere considerata come l'indizio di un abuso di posizione dominante»²¹⁶. Le parole della Corte lasciano quindi intendere che la valutazione dell'illiceità della condotta dipende dal confronto tra le tariffe applicate da altre società di gestione collettiva degli Stati membri (c.d. *yardstick competition*)²¹⁷. È necessario però che tale confronto sia effettuato su una base omogenea, termine che dovrebbe riferirsi al valore della prestazione al netto dei costi di amministrazione del repertorio e degli importi destinati a funzioni previdenziali e culturali che variano da società in società. Il valore che

²¹⁵ Ad esempio, la Germania ed il Regno Unito hanno formalizzato degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie tra utilizzatori ed autori.

²¹⁶ Corte di giustizia, *Lucazeau*, cit., punto 25. In senso conforme v. Corte di giustizia, *OSA*, cit., punto 87.

²¹⁷ La dottrina più accorta ha tuttavia criticato la giurisprudenza della Corte per la sua superficialità (I.A. STAMATOUDI, *The European court's love-hate relationship with collecting societies*, cit., 294). In particolare, dalla pronuncia *Lucazeau* non si evince se l'onere della prova spetti alla società di gestione collettiva o all'utilizzatore che invoca l'applicazione dei prezzi abusivi, aspetto che tuttavia dovrebbe essere regolato dalle norme processuali nazionali. Inoltre, la Corte non definisce con esattezza quali siano gli argomenti che una società di gestione collettiva potrebbe invocare per giustificare l'eccessività delle tariffe applicate.

emerge dalla comparazione tra le tariffe applicate nel mercato interno è tuttavia un semplice indizio che non costituisce prova dell'illecito. A riprova di ciò, è la stessa Corte ad affermare che la tariffa applicata dalle *collecting societies* «può essere il risultato di parecchi elementi di fatto»²¹⁸ e che la sua eccessiva onerosità può dipendere da «diversità obiettive e pertinenti tra la gestione dei diritti d'autore nello Stato membro interessato e negli altri Stati membri»²¹⁹.

Quanto alla fissazione delle tariffe un altro criterio è stato individuato dalla Corte di giustizia nel caso *Kanal 5*. In tale occasione era stato sottoposto alla Corte un interessante quesito relativo all'applicazione, da parte della società di gestione collettiva svedese, di un canone forfettario all'emittente televisiva di servizio pubblico Sverige Television a titolo di remunerazione degli autori per l'utilizzo dei repertori amministrati. Questo criterio di calcolo, sganciato dall'entità delle entrate dell'emittente e dalla quantità di musica trasmessa, avrebbe potuto ridurre la competitività delle imprese private concorrenti (*Kanal 5* e *TV 4*) tenute invece ad utilizzare criteri di determinazione delle tariffe molto più analitici. La Corte, nel pronunciarsi sulla questione, ha tuttavia individuato un corretto bilanciamento tra l'interesse degli autori ad essere remunerati e quello delle emittenti televisive ad una concorrenza efficace. Le condizioni di licenza della *STIM* applicate alle televisioni private infatti non assumono un carattere abusivo perché esprimono «un ragionevole rapporto con il valore

²¹⁸ Corte di giustizia, *Lucazeau*, cit., punto 27.

²¹⁹ Corte di giustizia, *Lucazeau*, cit., punto 33.

economico della prestazione fornita dalla STIM»²²⁰. Le cose tuttavia cambierebbero solo «laddove sussista un altro metodo che consenta di identificare e di quantificare in maniera più precisa l'utilizzo di tali opere nonché l'audience e laddove tale metodo sia idoneo a realizzare lo stesso scopo legittimo che è la tutela degli interessi degli autori, compositori ed editori musicali, senza tuttavia comportare un aumento sproporzionato delle spese sostenute per la gestione dei contratti e per la sorveglianza sull'utilizzazione delle opere musicali tutelate dal diritto d'autore»²²¹. Per quanto attiene invece al versante delle emittenti pubbliche, i criteri di tariffazione diversi rispetto a quelli applicati alle emittenti private possono essere considerati abusivi solo nel caso in cui non siano giustificati dagli obiettivi di servizio pubblico perseguiti dall'ente onerato²²².

Anche in questo caso la Corte di giustizia è rimasta ferma sulle posizioni in precedenza esaminate statuendo che le regole di concorrenza trovano un limite nel momento in cui esse pregiudichino l'efficace tutela collettiva degli autori. In altre parole, la misura restrittiva della concorrenza deve essere proporzionata rispetto all'obiettivo che intende perseguire, e cioè quello di proteggere gli interessi degli autori. Pertanto i sistemi di forfetizzazione dei compensi degli autori calcolati in base ai ricavi percepiti dall'utilizzatore sono stati considerati dalla Corte innocui proprio perché

²²⁰ Corte di giustizia, sentenza del 11 dicembre 2008, causa C-52/07, *Kanal 5*, punto 37. Per un commento v. P. SEAN MORRIS, *The reform of Article 82 and the operation of competition principles upon the normal trading functions of copyright collecting societies*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 2009, IV, 566 ss..

²²¹ Corte di giustizia, *Kanal 5*, cit., 40.

²²² La Corte richiede infatti al giudice nazionale di porre particolare attenzione alla missione e alle modalità di finanziamento delle società di servizio pubblico (Corte di giustizia, *Kanal 5*, cit., 47).

rappresentavano al momento della decisione l'unico strumento di tutela efficace dei diritti. Tuttavia la posizione assunta dalla Corte solleva un dubbio di natura pratica, e cioè se sia concretamente realizzabile che le società di gestione collettiva adottino forme di rendicontazione analitica delle utilizzazioni. In effetti, il problema non è di poco conto se si pensa che tale scelta dipenda da un soggetto monopolista che, come noto, ha una scarsa propensione ad innovare e ad investire in nuove tecnologie. Per questi motivi, la questione pare risolvibile solo attraverso lo strumento di regolazione del mercato laddove non sia configurabile una forma di competizione nell'amministrazione collettiva dei diritti d'autore²²³.

Il secondo profilo di interesse richiede di valutare il margine di discrezionalità che le società di gestione collettiva hanno nell'attuare pratiche negoziali dissimili per prestazioni identiche. La questione è emersa nel già citato caso *Kanal 5* in cui la Corte di giustizia è stata chiamata ad esaminare la condotta della *collecting society* svedese consistente nell'applicare diversi criteri di calcolo delle *royalties* nei confronti di emittenti televisive concorrenti. Dalla fattispecie in esame potrebbero emergere dei profili di illiceità in quanto la società svedese applicava a diversi utilizzatori «condizioni dissimili per prestazioni equivalenti», vietata dall'art. 102, paragrafo 2, lettera c, TFUE. A tale quesito, la Corte ha tuttavia risposto che spetta al giudice nazionale verificare se le tali condizioni

²²³ Gli aspetti in esame saranno poi ripresi dalla direttiva 2014/26/UE la quale fornisce particolari indicazioni in tema di *governance* e di trasparenza nelle informazioni. Le questioni saranno affrontate al Capitolo IV, paragrafo 7.

producano «uno svantaggio per la concorrenza»²²⁴. Per verificare l'alterazione dell'equilibrio concorrenziale nel mercato delle emittenti televisive la Corte precisa che la giurisdizione nazionale debba valutare almeno tre parametri. Essi sono: i) i differenti tipi di entrate delle emittenti televisive come i proventi pubblicitari, gli abbonamenti, il canone per il servizio pubblico (punto 45); ii) il rapporto di concorrenza tra le emittenti televisive pubbliche e private (punto 46); iii) la sussistenza della già rilevata oggettiva giustificazione alla condotta abusiva che può consistere nella necessità di rispettare la specifica missione di interesse pubblico affidata all'emittente televisiva o di preservare le modalità di finanziamento pubblico che la stessa percepisce per coprire le diseconomie prodotte (punto 47). È importante sottolineare come la Corte di giustizia nel caso *Kanal 5* riconosca alle società di gestione collettiva quella «speciale responsabilità»²²⁵ che impone loro di evitare tutte quelle condotte che possano porsi in contrasto con gli obiettivi di integrazione dei mercati nazionali in quanto idonee ad alterare la concorrenza tra utilizzatori. Tuttavia, ciò non significa che la speciale responsabilità consenta a tali imprese di sacrificare altri obiettivi altrettanto leciti come la tutela degli interessi degli autori o come il perseguimento di una missione di interesse generale.

²²⁴ Corte di giustizia, *Kanal 5*, cit., 44.

²²⁵ Per appropriati riferimenti v. nota 87.

3. *Il divieto di intese e gli accordi di reciproca rappresentanza.*

Per poter esaminare i rapporti che intercorrono tra le diverse società di gestione collettiva, occorre premettere alcuni brevi cenni sul sistema internazionale di amministrazione dei repertori. La vocazione tipicamente universale che contraddistingue l'opera dell'ingegno consente a quest'ultima di poter essere utilizzata anche al di là dei confini nazionali entro i quali è stata ideata e creata. Tuttavia, questa naturale tendenza non può spingersi sino a forme di sfruttamento che non remunerino gli sforzi creativi degli autori. Pertanto è necessario che le società di gestione collettiva promuovano un sistema che, nel rispetto del principio di territorialità, consenta ad esse di raccogliere i proventi derivanti dalle utilizzazioni avvenute all'estero.

Per queste ragioni sono stati elaborati i cosiddetti accordi di reciproca rappresentanza. Attraverso questi modelli contrattuali le società di gestione collettiva affidano la gestione dei propri repertori ad altre società straniere in modo tale che queste ultime possano raccogliere le *royalties* derivanti dalle utilizzazioni effettuate all'estero. Come è stato osservato in precedenza (cap. I, parag. 4), l'aggregazione di opere in repertori sempre più estesi produce delle economie di scala per quanto riguarda sia i costi di amministrazione dei repertori che quelli di transazione con gli utilizzatori. Il modello in esame, inoltre, è in grado di preservare il rispetto del principio di territorialità sul quale sono fondati i sistemi europei del diritto d'autore.

L'elaborazione dei modelli contrattuali ed il buon funzionamento della rete di accordi compete all'ente internazionale denominato CISAC²²⁶. Il primo contratto-tipo risale al 1936 il quale, una volta approvato dal consiglio d'amministrazione della CISAC, è stato utilizzato per dar vita ad una fitta rete internazionale di accordi di reciproca rappresentanza²²⁷. Essi, tuttavia, se esaminati alla luce del diritto comunitario che, come noto, tenta di contrastare forme di cooperazione orizzontale tra imprese idonee ad isolare i mercati nazionali, possono costituire delle intese vietate ai sensi dell'art. 101 TFUE. È interessante osservare che le istituzioni comunitarie, ed in particolare la Commissione e la Corte di giustizia, abbiano per molto tempo tollerato queste forme di concertazione tra società di gestione collettiva. Le prime pronunce risalgono infatti al 1989 quando la questione della loro illiceità è stata sollevata dinanzi alla Corte di giustizia.

Nei casi *Tournier e Lucazeau*, la Corte anzitutto definisce la nozione di accordo di reciproca rappresentanza come «contratto tra due società nazionali di gestione di diritti d'autore in materia musicale con cui tali società si attribuiscono reciprocamente il diritto di concedere, sul territorio di rispettiva competenza, le autorizzazioni richieste per qualsiasi esecuzione pubblica di opere musicali tutelate da diritti d'autore di membri delle altre società e di sottoporre tali autorizzazioni a talune condizioni, in conformità alle leggi vigenti nel territorio di cui trattasi». La Corte poi prosegue affermando che «tali condizioni comprendono in particolare il pagamento di

²²⁶ Per i cenni storici v. capitolo I, paragrafo 3.

²²⁷ Stando ai dati comunicati sul sito www.cisac.org.

compensi, la cui riscossione è effettuata dalla società mandataria per conto dell'altra società. Il contratto precisa che ciascuna società applicherà, per quanto riguarda le opere del repertorio dell'altra società, le stesse tariffe, gli stessi metodi e mezzi di riscossione e di ripartizione dei compensi che essa applica alle opere del proprio repertorio»²²⁸.

Per poter escludere il carattere restrittivo della concorrenza di tali condizioni che pur in *prima facie* appaiono vietate, la Corte afferma che in realtà esse sono lecite perché lecito è il loro duplice scopo: esse, innanzitutto, tendono ad uniformare le condizioni di licenza tra opere nazionali ed opere straniere in virtù dei principi affermati dalle norme internazionali in materia di diritto d'autore. Tali norme richiedono infatti la parità di trattamento tra autore nazionale e autore straniero²²⁹. In secondo luogo i contratti di reciproca rappresentanza contribuiscono ad una effettiva tutela della proprietà intellettuale poiché consentono alle società di gestione collettiva, ed indirettamente agli autori, di avvalersi «dell'organizzazione istituita dalla società di gestione che vi esercita le sue attività, senza essere costrette ad aggiungere a tale organizzazione reti proprie di contratti con gli utilizzatori e controlli propri in loco»²³⁰. In questi passi, pare che la Corte di

²²⁸ Corte di giustizia, *Tournier*, cit., punto 17; Corte di giustizia, *Lucazeau*, cit., punto 11.

²²⁹ Per un riferimento al principio di assimilazione v. capitolo I, paragrafo 3.

²³⁰ Corte di giustizia, *Tournier*, cit., punto 19, Corte di giustizia, *Lucazeau*, cit., punto 13. La dottrina fa riferimento anche ad altri elementi da considerare nella valutazione del contesto economico in cui le società di gestione collettiva operano. Ad esempio un Autore considera che gli accordi di reciproca rappresentanza, consentendo alle *collecting societies* di offrire un repertorio mondiale di opere, determinano un abbattimento dei costi di transazione necessari che altrimenti gli utilizzatori avrebbero sostenuto per ottenere «una pluralità di licenze nazionali presso ciascuna società di gestione collettiva» (P.M. SANFILIPPO, *La gestione collettiva dei diritti d'autore e connessi tra regolazione e concorrenza*, cit., 451).

giustizia abbia richiamato, seppur implicitamente, gli stessi principi che ha affermato nella giurisprudenza *Coditel II*. In effetti, la Corte, per valutare la restrittività delle clausole dei contratti di reciproca rappresentanza non si sofferma esclusivamente sul tenore letterale dell'accordo ma anche sul «contesto economico o giuridico»²³¹ in cui esso è attuato. Giuridico perché esamina la conformità delle condizioni degli accordi alle disposizioni di diritto internazionale pattizio. Economico perché prende in considerazione le diseconomie che possono derivare dalla duplicazione di una infrastruttura di monitoraggio delle utilizzazioni di opere in un altro Stato membro.

Tuttavia quest'orientamento lascia intendere che al mutare del contesto economico e giuridico muti anche la valutazione sulla liceità degli accordi di reciproca rappresentanza. Questo appare particolarmente evidente da quando la principale forma di utilizzazione delle opere avviene in rete. Le tecnologie di amministrazione digitale dei diritti consentono infatti alle società di gestione collettiva di non servirsi più delle costose strutture di monitoraggio delle utilizzazioni. I nuovi modelli di rendicontazione infatti consentono di verificare in modo altamente analitico le utilizzazioni dei repertori avvenute in rete e di redistribuire in modo altrettanto preciso i proventi raccolti per ogni tipo di utilizzazione. Per questi motivi l'approccio della Commissione cambia rispetto agli orientamenti espressi nei casi *Lucazeau* e *Tournier* a partire dal 2003.

²³¹ Corte di giustizia, *Coditel II*, cit., punto 17. Sull'analisi della pronuncia v. capitolo II, paragrafo 3.

Il primo adattamento al carattere ubiquitario di internet è stato affrontato dall'industria fonografica internazionale (IFPI – *International Federation of the Phonographic Industry*). A partire dalla fine degli anni Novanta si voleva introdurre un sistema efficiente che consentisse alle emittenti radiofoniche e televisive di ritrasmettere la propria programmazione su siti web. Il carattere ubiquitario della rete infatti consentiva di superare i vecchi schemi di licenza circoscritti ai confini territoriali di competenza delle *collecting societies* in quanto non era più necessario alcun controllo «fisico» dei locali ove la licenza era detenuta. Per questi motivi si presentò alla Commissione europea un progetto di accordo che avrebbe consentito ad un'unica società di gestione collettiva di fornire alle emittenti licenze multiterritoriali estese anche ai repertori delle altre società parti dell'accordo. L'idea era cioè quella di creare un unico interlocutore nel mercato della gestione dei diritti (c.d. *one-stop-shop*) che si occupasse di fornire licenze multirepertorio alle emittenti televisive per le trasmissioni in *simulcast* e di raccogliere le remunerazioni dovute dagli utilizzatori.

La Commissione al termine dell'indagine concludeva che l'accordo in esame, nella sua versione originale, fosse contrario all'art. 81, paragrafo 1, TFUE (art. 101, paragrafo 1, TFUE) perché tra le condizioni compariva un obbligo per la società licenziante di applicare le tariffe in uso nel luogo di destinazione della trasmissione e non in quello d'origine. In questo modo, l'accordo ricadrebbe nella categoria classica del cartello di prezzo tra

imprese (c.d. *price fixing*) dal quale conseguirebbe per le *collecting societies* la «perdita di autonomia nel determinare il livello delle loro tariffe nazionali e dei corrispettivi della gestione»²³². Le parti del procedimento facevano tuttavia presente che tale soluzione era vincolata dalla necessità di evitare una gara al ribasso nella determinazione delle tariffe che avrebbe indirettamente leso i diritti dei membri delle società a ricevere un'equa remunerazione. A questa contestazione, la Commissione europea tuttavia precisava che tra i dettagli dell'accordo notificato non era contemplato l'obbligo di distinguere tra «diritti dovuti a titolo di diritti d'autore e il corrispettivo per la gestione» e questo avrebbe impedito «agli utilizzatori potenziali di valutare l'efficienza di ognuna delle società partecipanti e di usufruire del servizio di concessione delle licenze della società che è in grado di fornirlo al costo più basso»²³³. Per questi motivi, le parti, per poter beneficiare dell'esenzione individuale ai sensi dell'art. 81, paragrafo 3, TCE (art. 101, paragrafo 3, TFUE), hanno, nel prosieguo del procedimento, modificato il contenuto dell'accordo prevedendo che le società di gestione collettiva siano tenute separare il canone di licenza da applicare alle trasmissioni in *simulcast* in due diverse voci, e cioè quella relativa al compenso spettante ai titolari dei diritti e l'altra relativa ai costi del servizio di gestione dei diritti dei produttori fonografici²³⁴.

²³² Commissione europea, decisione dell'8 ottobre 2002, COMP/C2/38.014, *IFPI - Trasmissioni in simulcast*, in GU L 107 del 30 aprile 2003, punto 80.

²³³ Commissione europea, *IFPI - Trasmissioni in simulcast*, cit., punto 71.

²³⁴ Quest'aspetto sarà poi ripreso all'art. 11, paragrafo 3 nella direttiva 2014/26/UE.

Il cammino verso l'elaborazione dei nuovi modelli di licenze multiterritoriali prosegue con la procedura d'esame dell'accordo di Santiago effettuata dalla Commissione europea. L'idea proposta dalle società europee di gestione collettiva²³⁵ era quella di favorire la concessione di licenze globali estese a più territori per gli sfruttamenti *on-line* di opere musicali. Per poter realizzare questo obiettivo, il modello proposto permetteva alle *collecting societies* rientranti nella rete di accordi di reciproca rappresentanza di concedere in licenza i repertori amministrati a condizione che gli utilizzatori (in questo caso *content providers*) si rivolgessero alla società di gestione collettiva stabilita nel luogo della loro effettiva residenza economica (c.d. *economic residency clause*)²³⁶. Nella comunicazione degli addebiti la Commissione ha tuttavia individuato dei profili di illiceità della clausola in quanto realizzerebbe *de facto* una ripartizione a livello territoriale delle competenze delle *collecting societies* tali da rafforzare la posizione monopolistica delle stesse in un contesto economico che in realtà si vorrebbe improntato a canoni di concorrenzialità.

Di conseguenza le società di gestione collettiva abbandonarono il progetto di adottare un sistema di licenze multiterritoriali regolato da clausole di residenza economica²³⁷ che, pur essendo in sintonia con il

²³⁵ Ad eccezione della società portoghese SPA.

²³⁶ L'oggetto dell'accordo in questione non differisce dai *Barcellona agreements* sui diritti di riproduzione meccanica in rete dei repertori amministrati dalle *collecting societies* (Commissione europea, notifica di accordi di cooperazione, COMP/C-2/38.377, *BIEM - Barcelona Agreements*, in GU C 132 del 4 giugno 2002, 10).

²³⁷ In particolare le società BUMA e GEMA si sono impegnate nei confronti della Commissione «a non partecipare ad accordi con altre società di gestione collettiva dei diritti d'autore, ed aventi ad oggetto licenze di diritti di esecuzione in pubblico per uso «online», che contengano una clausola relativa alla residenza economica simile a quella contenuta

contesto tecnologico in cui le utilizzazioni delle opere musicali sono effettuate, avrebbe condotto ad una drastica riduzione dei costi di gestione dei repertori. Infatti, se da un lato è auspicabile che un'impresa razionalizzi le proprie spese, dall'altro le società di gestione collettiva temono una gara al ribasso che metta al repentaglio quelle risorse da destinarsi non solo a coprire i costi del servizio ma anche a scopi sociali e culturali. Quest'ultimo aspetto è in particolar modo caratteristico delle società di gestione collettiva dell'Europa continentale che hanno da sempre avuto una vocazione solidaristica nell'amministrazione dei diritti degli autori²³⁸. È stato inoltre osservato che la concorrenza nell'offerta di licenze multiterritoriali potrebbe impedire alle società di gestione collettiva di investire le risorse accumulate nei settori tradizionali in cui le utilizzazioni non possono essere monitorate a distanza ma necessitano di un controllo capillare sul territorio²³⁹.

A questo punto pare che la fase di integrazione negativa sia giunta ad un vicolo cieco in quanto, pur presentatesi le circostanze di fatto necessarie a rendere più competitivo il mercato dell'offerta di licenze, le società di gestione collettiva sembrano fare un passo indietro nel lento processo di unificazione dei mercati dell'intermediazione dei diritti d'autore. La situazione di stallo creatasi preconizzava inoltre un ultimo intervento della Commissione. Quest'ultima, infatti, in forza delle proprie competenze in

nell'accordo di Santiago e definita restrittiva nella comunicazione degli addebiti» (Commissione europea, avviso pubblicato ai sensi dell'articolo 27, paragrafo 4, del regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, COMP/C2/38126, *Accordo di Santiago*, in GU C 200 del 17 agosto 2005, 11).

²³⁸ V. nota 51.

²³⁹ P.M. SANFILIPPO, *La gestione collettiva dei diritti d'autore e connessi tra regolazione e concorrenza*, cit., 452 s..

materia di concorrenza, ha tentato di impedire che le *collecting societies* si rifiutassero di offrire delle licenze estese a tutto il territorio europeo. L'accertamento condotto dalla Commissione²⁴⁰ rivelava infatti che le società, per il tramite della CISAC, avevano dato vita ad una pratica concordata vietata ai sensi dell'art. 81, parag. 1, TCE e dell'art. 53 dell'Accordo SEE secondo la quale ognuna di esse era tenuta a rilasciare licenze dotate di una valenza limitata ai confini nazionali per la comunicazione *online*, televisiva e satellitare di musica. Secondo la Commissione, tale pratica ha prodotto anzitutto una «segmentazione del mercato» che non trova alcun tipo di giustificazione dal «punto di vista economico e commerciale»²⁴¹.

Ciò che sorprende della decisione è l'assenza di sanzioni, il che renderebbe assimilabile l'atto della Commissione ad un regolamento dell'Unione europea. Infatti, se è pur sempre vero che la decisione sia dotata di una portata individuale, nel caso di specie pare venir meno questo aspetto in quanto i destinatari dell'atto sono tutte le società europee di gestione collettiva dei diritti d'autore. Dissimulare un regolamento con una decisione ha in concreto permesso alla Commissione di adottare l'atto in tempi più brevi rispetto a quelli previsti per la procedura legislativa ordinaria e soprattutto di operare in totale autonomia, senza coinvolgere l'intervento del Consiglio e del Parlamento europeo.

²⁴⁰ Commissione europea, decisione del 16 luglio 2008, COMP/C2/38.698, *CISAC*, in GU C 323 del 18 dicembre 2008.

²⁴¹ Commissione europea, *CISAC*, cit., punto 200.

Il provvedimento della Commissione non ha tuttavia resistito nel tempo. La CISAC, infatti, nel 2013 è riuscita ad ottenere dal Tribunale dell'Unione europea l'annullamento della decisione nella parte in cui era stata accertata l'esistenza della pratica concordata. Secondo quanto espresso dai giudici non è ravvisabile alcun stretto rapporto di consequenzialità tra le clausole di esclusiva inserite negli accordi di reciproca rappresentanza²⁴² e la prassi con cui le *collecting societies* si rifiutavano di concedere licenze multiterritoriali per le utilizzazioni *online*, via cavo e via satellite. In effetti, a seguito delle innovazioni tecnologiche, non è detto che le società di gestione collettiva debbano «manifestare una volontà concorrenziale immediata»²⁴³ in quanto il mantenimento del sistema di licenza tradizionale può essere giustificato da altre ragioni che non siano necessariamente correlate alla comprovata esistenza delle esclusive negli accordi di reciproca rappresentanza.

4. *Le libertà economiche fondamentali ed i monopoli nazionali.*

Il fenomeno «evoluzionario» dei sistemi di gestione collettiva si manifesta non solo attraverso l'applicazione delle norme di diritto della concorrenza, ma anche per mezzo dell'incidenza delle libertà economiche

²⁴² Il sistema delle esclusive adottato negli accordi di reciproca rappresentanza era stato ideato per poter garantire la più ampia tutela degli autori. Le società di gestione collettiva, pur mantenendo un monopolio di fatto, potevano offrire ai propri mandanti un sistema efficace di monitoraggio nel proprio territorio delle utilizzazioni delle opere del repertorio. Prima dell'avvento di nuove tecnologie, le clausole di esclusiva sono state considerate dalla giurisprudenza della Corte di giustizia pienamente compatibili con il diritto dell'Unione (v. Corte di giustizia, *Tournier*, cit., punto 19, Corte di giustizia, *Lucazeau*, cit., punto 13).

²⁴³ Tribunale dell'Unione europea, sentenza del 12 aprile 2013, causa T-442/08, *CISAC*, punto 130.

fondamentali sugli ordinamenti interni. In questo modo le discipline nazionali sulla gestione collettiva dei diritti possono strutturarsi in modo tale da risultare nel miglior modo possibile compatibili con il mercato interno. Queste circostanze si verificano in particolar modo attraverso l'attività dei singoli che, mossi da interessi individuali, possono ottenere la disapplicazione delle norme nazionali²⁴⁴ da un giudice quando esse non consentano loro di godere appieno delle libertà economiche fondamentali espresse nei Trattati. Infatti, il primato del diritto comunitario rispetto agli ordinamenti nazionali²⁴⁵ impone ai giudici di dare soluzione al rapporto giuridico controverso in modo conforme alle norme di diritto dell'Unione europea, eventualmente applicando quelle dotate di efficacia diretta²⁴⁶. Ebbene, tale problema si è posto in relazione alla compatibilità tra la libera prestazione di servizi e una norma ungherese (art. 98 della legge n. 121/2000 sul diritto d'autore) che conferisce alla società nazionale di gestione collettiva (*Ochranný svaz autorský pro práva k dílům hudebním* - OSA) un monopolio nell'intermediazione dei diritti.

Secondo quanto emerge dalla pronuncia, la ricorrente (società che gestiva un istituto di cura) riteneva che tale esclusiva si ponesse in contrasto con la libera prestazione dei servizi poiché non le consentiva di poter fruire di condizioni di licenza più vantaggiose offerte da enti di gestione stabiliti in

²⁴⁴ *In primis* v. Corte di giustizia, sentenza del 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmenthal*, punto 22.

²⁴⁵ Si rinvia alla nota 85.

²⁴⁶ Come lo sono senz'altro le norme del Trattato sulla libera prestazione dei servizi (Corte di giustizia, sentenza del 18 gennaio 1978, cause riunite 110 e 111/78, *Van Wesemael*, punto 26).

altri Stati membri al fine di ritrasmettere il segnale televisivo e radiofonico nelle camere dei pazienti. I giudici, dopo aver chiarito che le disposizioni della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno²⁴⁷ non si applicano ai diritti d'autore e connessi²⁴⁸, approfondiscono in modo puntuale il rapporto tra l'esclusiva riconosciuta alla società di autori e l'art. 56 TFUE.

In tale circostanza, la Corte anzitutto ha accertato il carattere restrittivo della norma in esame sottolineandone la sua idoneità ad incidere sugli scambi intracomunitari²⁴⁹. Tuttavia è stato poi necessario verificare se la misura restrittiva fosse giustificata da «ragioni imperative di interesse pubblico»²⁵⁰ e se essa fosse proporzionata rispetto agli interessi da perseguire. Per quanto riguarda il primo profilo, la Corte ha sottolineato che «una normativa come quella oggetto del procedimento principale, [...] deve essere considerata come finalizzata a tutelare i diritti di proprietà intellettuale, dato che essa è idonea a consentire una gestione efficace di tali diritti nonché un controllo efficace del loro rispetto su tale territorio»²⁵¹. In questo passo sono messi in luce gli obiettivi di tutela della proprietà intellettuale della norma ungherese che non possono passare in secondo piano rispetto all'attuazione delle libertà economiche fondamentali. Più

²⁴⁷ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi nel mercato interno, 2006/123/CE, in GU L 376 del 27 dicembre 2006, 36 ss..

²⁴⁸ Corte di giustizia, *OSA*, cit., punti 64 ss.. Vedi anche art. 17, punto 11 della direttiva 2006/123/CE. In dottrina cfr. J. DREXL, *Collective management of copyrights and the EU principle of free movement of services after the OSA judgement – In favour of a more balance approach*, in (a cura di) K. PURNAGHEN e P. ROTT, *Varieties of European economic law and regulation. Liber amicorum for Hans Micklitz*, Springer, Londra, 2014, 459 ss..

²⁴⁹ Corte di giustizia, *OSA*, cit., punti 68 e 69.

²⁵⁰ Corte di giustizia, *OSA*, cit., punto 70.

²⁵¹ Corte di giustizia, *OSA*, cit., punto 72.

precisamente, i giudici hanno osservato che l'esclusiva attribuita alla OSA sorregge il sistema nazionale di *enforcement* dei diritti d'autore nel quale è esclusa la competizione territoriale tra più enti di gestione collettiva.

Nei passi successivi della sentenza, la Corte si è soffermata sull'adeguatezza del sistema territoriale di protezione dei diritti d'autore. Su tale punto i giudici hanno affermato che non esiste allo stato attuale del diritto dell'Unione «un metodo che consenta di raggiungere lo stesso livello di tutela dei diritti d'autore, diverso da quello fondato su una tutela e quindi anche su un controllo territorializzato di tali diritti»²⁵². Pertanto non esistendo alcuna misura meno restrittiva delle libertà dei Trattati nell'ambito di utilizzazioni avvenute in luoghi privati, l'esclusiva può ritenersi proporzionata rispetto all'interesse generale di tutela della proprietà intellettuale. Per una *collecting societies* è infatti eccessivamente oneroso duplicare un apparato di controllo in un altro Stato membro²⁵³.

Questo passaggio della sentenza consente di formulare un parallelismo tra la creazione di monopoli di diritto attraverso lo strumento legale e la creazione di monopoli di fatto attraverso lo strumento contrattuale. La Corte, infatti, richiamando le sentenze *Lucazeau* e *Tournier*²⁵⁴ sul diritto della concorrenza e non sulle libertà economiche fondamentali, assimila la norma ungherese alle clausole di esclusiva presenti negli accordi di rappresentanza reciproca che segmentano a livello territoriale il potere di

²⁵² Corte di giustizia, *OSA*, cit., punto 76.

²⁵³ Le argomentazioni riprendono quanto osservato dalla Corte nel caso *Lucazeau* (Corte di giustizia, *Lucazeau*, cit., punto 18).

²⁵⁴ Corte di giustizia, *OSA*, cit., punto 74.

concedere licenze. In entrambi i casi le esclusive legali o contrattuali pur essendo idonee a pregiudicare il commercio tra Stati membri, sono considerate lecite perché funzionali alla tutela collettiva degli autori, quantomeno per gli sfruttamenti che necessitano di un controllo fisico nei luoghi ove le utilizzazioni avvengono²⁵⁵.

Alla luce di quanto osservato, sembra utile soffermarsi su due aspetti che la sentenza *OSA* mette in evidenza. Anzitutto la pronuncia della Corte non rimette in discussione la decisione *CISAC*, poi confermata in parte dal Tribunale, sull'illiceità ai sensi dell'art. 101, parag. 1, TFUE delle clausole di esclusiva inserite negli accordi di reciproca rappresentanza. Secondo quanto stabilito dalla Commissione, infatti, la diffusione di opere musicali via satellite, via internet e via cavo, rispetto alle utilizzazioni cc.dd. «tradizionali», consente concretamente alla *collecting society* licenziante di monitorare le utilizzazioni in modo analitico senza che quest'ultima si serva della rete locale di controllo della società consorella²⁵⁶. Per questi motivi le due pronunce non possono considerarsi contrastanti ma anzi complementari alla luce di quanto detto poiché la prima (*OSA*) esprime un principio di natura generale applicabile in larga parte a tutte le principali forme di

²⁵⁵ Corte di giustizia, *Tournier*, cit., punto 19; Corte di giustizia, *Lucazeau*, punto 13.

²⁵⁶ Questo aspetto è particolarmente evidente nel caso della distribuzione della musica *online*. Nella decisione *CISAC* (Commissione europea, *CISAC*, cit., punto 189) viene sottolineato che «è possibile il monitoraggio a distanza della distribuzione di musica online (sia in *streaming* che in *download*). Ogni opera musicale ha un'identità elettronica, mentre ogni personal computer ha un indirizzo internet (*internet protocol address*). Grazie a tali informazioni, le società di gestione collettiva sono in grado di garantire, al momento in cui rilasciano la licenza, che l'utilizzatore commerciale possa sapere con precisione quale opera musicale viene utilizzata, da quale computer e per quale finalità. L'utilizzatore commerciale può inviare tali informazioni alle società di gestione collettiva, che le utilizzeranno per distribuire opportunamente le royalty ai detentori del diritto. In altri termini, le società di gestione collettiva possono accordarsi sulle modalità del monitoraggio».

utilizzazione delle opere, la seconda (*CISAC*) invece, ha una portata molto più ristretta in quanto si riferisce alle sole utilizzazioni che, a seguito del progresso tecnologico, non richiedono un controllo «fisico» delle utilizzazioni avvenute *online*.

La seconda osservazione riguarda invece la possibilità di estendere i principi affermati dalla sentenza *OSA* e dalla decisione *CISAC* alla libertà di stabilimento. In altre parole, ci si chiede se una società di gestione collettiva possa stabilirsi in un altro Stato membro senza necessariamente comprimere le esigenze di tutela dei diritti d'autore. Anzitutto occorre osservare che le esigenze imperative di carattere generale, oltre ad avere un'ampia portata che permea tutto il sistema delle libertà economiche fondamentali²⁵⁷, sono «espressione di un principio generale di ragionevolezza»²⁵⁸. Da ciò consegue che la misura indistintamente applicabile, se coerente e proporzionata agli obiettivi di interesse generale perseguiti, non può considerarsi vietata pur se essa pregiudichi gli scambi tra Stati membri. Se si pensa al caso in cui lo Stato richieda ad un ente di svolgere l'attività di intermediazione dei diritti d'autore in esclusiva, così come nella pronuncia *OSA*, è evidente che una simile misura guardi alla quantità di soggetti attivi nel mercato e non alla modalità con cui la prestazione è offerta. Per questi motivi, è irrilevante ai fini della giustificazione della misura alla luce degli obiettivi di interesse generale che l'attività di intermediazione dei diritti sia offerta da una società già stabilita o da un'altra società europea. Ciò che

²⁵⁷ R. ADAM e A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2014, 467 ss. e 650.

²⁵⁸ G. TESAURO, *Il diritto dell'Unione europea*, cit., 410.

invece è opportuno verificare se l'attività della *collecting society* possa essere svolta in concorrenza con altri enti senza che essa pregiudichi gli interessi degli autori ad un'equa remunerazione.

Sotto questo punto di vista, una restrizione alla libertà di stabilimento o alla libera prestazione di servizi può ben configurarsi laddove le specificità del caso di specie consentano a più società di gestione collettiva di competere con altre nell'offerta di servizi agli autori e agli utilizzatori. A differenza del caso *OSA* che ha escluso l'illiceità di un sistema di protezione territoriale ideato per poter consentire alle società di gestione collettiva un controllo fisico²⁵⁹ delle utilizzazioni tradizionali di opere (come ad esempio la ritrasmissione di segnali televisivi e radiofonici in un istituto di cura), altro discorso vale invece per le utilizzazioni delle sole opere musicali trasmesse via satellite, via cavo, via internet. Per quanto riguarda quest'ultimo caso, la Commissione nella decisione *CISAC* afferma che una clausola contrattuale attributiva di un'esclusiva territoriale in favore delle *collecting societies* può considerarsi restrittiva della concorrenza perché le innovazioni consentono un monitoraggio a distanza dell'utilizzazione di musica attraverso le moderne piattaforme tecnologiche²⁶⁰. Venuta meno l'esigenza di un controllo fisico, viene anche meno la necessità di ritenere lecito un sistema di protezione territoriale dei diritti d'autore.

²⁵⁹ La Corte infatti sottolinea che potrebbero porsi «rilevanti problemi di controllo riguardanti l'utilizzo di tali opere e il pagamento delle remunerazioni dovute» (Corte di giustizia, *OSA*, cit., 77).

²⁶⁰ Il nuovo approccio della Commissione supera la giurisprudenza della Corte di giustizia citata alla nota 255.

Per questi motivi, onde evitare eventuali contrasti tra il caso *OSA* ed il caso *CISAC*, pare quindi opportuno segnalare una rilettura delle norme statali che riconoscono un'esclusiva alle società di gestione collettiva²⁶¹ alla luce dell'elaborazione giurisprudenziale della Corte. In particolare, devono ancora oggi ritenersi lecite tutte quelle norme interne che istituiscono dei monopoli di diritto in favore delle società di gestione collettiva in quanto sono misure indistintamente applicabili funzionali alla tutela del diritto d'autore. Tuttavia le esclusive nazionali possono porsi in contrasto con il diritto dell'Unione, ed in particolare con la libera prestazione dei servizi e di stabilimento, nella misura in cui non consentano alle società di gestione collettiva di operare nel mercato dell'amministrazione dei diritti su opere musicali trasmesse via cavo, via satellite e via internet che, come è stato osservato, non richiedono un sistema di controllo territorializzato delle utilizzazioni.

Alla luce di quanto detto, anche la norma italiana che attribuisce un'esclusiva alla SIAE dovrebbe ritenersi compatibile col diritto dell'Unione europea in quanto giustificata dall'obiettivo di un'efficace tutela dei diritti degli autori. Su questo argomento si è anche soffermata l'Autorità garante della concorrenza e del mercato la quale, in un parere

²⁶¹ Difatti, l'art. 180 della l. 22 aprile 1941, n. 433 afferma che «L'attività di intermediario, comunque attuata, sotto ogni forma diretta o indiretta di intervento, mediazione, mandato, rappresentanza ed anche di cessione per l'esercizio dei diritti di rappresentazione, di esecuzione, di recitazione, di radiodiffusione ivi compresa la comunicazione al pubblico via satellite e di riproduzione meccanica e cinematografica di opere tutelate, è riservata in via esclusiva alla Società italiana degli autori ed editori (SIAE)».

inviato ai presidenti del Parlamento e del Governo²⁶², auspicava invece un intervento del legislatore sull'art. 180 l.a., in sede di recepimento della direttiva 2014/26/UE, per rendere effettiva la libertà di stabilimento. Tale posizione pare tuttavia eccessiva in quanto il regime di monopolio resta ancora lo strumento più efficace per tutelare gli interessi degli autori. Inoltre, per quanto riguarda il solo ambito delle utilizzazioni *online* di opere musicali, l'esclusiva attribuita alla SIAE può certamente essere interpretata in modo conforme al diritto dell'Unione europea atteso che già la giurisprudenza italiana attribuisce alla norma *de qua* un «carattere eccezionale e di stretta interpretazione»²⁶³. In tal modo l'esclusiva SIAE resisterebbe solo nella parte in cui essa sia necessaria e proporzionata ad un'efficace controllo delle utilizzazioni, conformemente a quanto espresso dalla sentenza *OSA*. Qualora il meccanismo di adeguamento del diritto nazionale a quello europeo non operasse, l'esclusiva italiana risulterebbe eccessivamente restrittiva e sproporzionata rispetto alle esigenze di tutela della proprietà intellettuale.

5. Lo statuto concorrenziale delle società di gestione collettiva.

Nei paragrafi precedenti è stato messo in luce come le istituzioni comunitarie abbiano mostrato nei confronti dei sistemi di gestione collettiva

²⁶² La segnalazione del 1 giugno 2016 sulla «*Gestione collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi e concessione di licenze multiterritoriali per i diritti su opere musicali per l'uso online nel mercato interno*» è disponibile sul Bollettino ufficiale n. 19/2016 del 6 giugno 2016, 17 ss..

²⁶³ Da ultimo vedi l'ordinanza del Tribunale di Milano del 12 settembre 2014, n. 48903/2014, *Laura Piccinelli c. Soundreef*.

un atteggiamento ambivalente che è stato felicemente descritto dalla dottrina in termini di «amore-odio»²⁶⁴. Amore perché la tutela della proprietà intellettuale resta uno dei punti fermi della costruzione del mercato interno. Un inefficiente apparato di *enforcement* del diritto d'autore infatti può condurre ad una pericolosa incapacità del sistema di stimolare la creatività e di ampliare l'offerta di prodotti culturali. Odio perché la disciplina del mercato interno contenuta nei Trattati rappresenta l'unico baluardo per poter contenere l'eccesso di potere economico che gli enti di gestione collettiva hanno sempre detenuto, seppur esercitato nell'interesse degli autori.

La fase di integrazione negativa ha avuto un ruolo determinante in questo settore poiché gli strumenti del diritto della concorrenza e l'applicazione delle libertà economiche sono stati utilizzati per poter correggere le derive monopolistiche delle *collecting societies*. L'intento era quello di condurre il mercato dei prodotti culturali e creativi verso livelli di efficienza che altrimenti non sarebbero stati raggiunti se il fenomeno fosse stato lasciato in balia di sé stesso.

A queste indicazioni può inoltre aggiungersi che l'intervento delle istituzioni comunitarie ha avuto una portata molto più ampia rispetto alle valutazioni che sono state date ai casi specifici sottoposti alla loro attenzione. Le condotte degli enti di gestione collettiva infatti si inseriscono in un quadro di cooperazione orizzontale che accomuna tutti gli operatori

²⁶⁴ I.A. STAMATOUDI, *The European court's love-hate relationship with collecting societies*, cit., 289 ss..

del settore e che, in alcuni casi, sono state addirittura avallate dagli Stati membri attraverso la legislazione nazionale.

Le considerazioni suesposte permettono quindi di valutare l'integrazione negativa dei mercati di gestione collettiva sotto due punti di vista.

Il primo prende in considerazione l'atteggiamento con cui le istituzioni comunitarie hanno inteso affrontare il potere di mercato delle *collecting societies*. Come si è avuto l'occasione di notare, le decisioni della Commissione e le sentenze della Corte di giustizia hanno ad oggetto esclusivamente condotte specifiche delle società di gestione. In realtà tali provvedimenti hanno mostrato successivamente alla loro adozione una portata generale, coinvolgendo non solo i destinatari dell'atto ma anche tutti gli altri operatori che in seguito si sono uniformati a quanto stabilito nel singolo caso²⁶⁵. Infatti, non può negarsi che la condotta sia parte di un sistema più ampio sulla base del quale essa è attuata. Pertanto, un intervento, seppur circoscritto ad una singola fattispecie, può inevitabilmente far vacillare l'intera struttura che regola i rapporti tra *collecting societies*.

A questo riguardo, la consapevolezza dell'effetto «domino» nel settore dell'intermediazione dei diritti d'autore ha condotto la Commissione ad adottare la famosa decisione in tema di accordi di reciproca rappresentanza (caso *CISAC*) indicando come destinatari dell'atto tutte le

²⁶⁵ Un esempio può consistere nelle numerose analogie tra la decisione GEMA I della Commissione e il Regolamento generale della SIAE.

società di gestione collettiva dello spazio economico europeo. Un simile atteggiamento sembra tuttavia snaturare l'*enforcement* del diritto della concorrenza che da strumento di deterrenza diviene strumento di regolazione²⁶⁶. Inoltre pare difficile trovare una giustificazione alla posizione della Commissione in tale vicenda perché ha comportato non solo un eccessivo dispendio di risorse economiche e strumentali delle istituzioni ma ha causato anche una grave incertezza per tutti gli operatori coinvolti sino all'esito dell'impugnazione dinanzi al Tribunale. Per questi motivi, sarebbe stato più opportuno dedicare tali sforzi all'adozione di un atto a portata generale, come la direttiva 2014/26/UE che sarà esaminata nel prossimo capitolo.

Il secondo aspetto riguarda la sovrapposizione del nuovo modello concorrenziale europeo delle *collecting societies* alle discipline nazionali che regolano l'intermediazione dei diritti d'autore. Sotto questo profilo, la giurisprudenza della Corte di giustizia (casi *CISAC* e *OSA*) ha sollevato alcuni dubbi su come il processo di transizione verso l'offerta di licenze multiterritoriali debba essere gestito e a quali conseguenze condurrà. In particolare, appare interessante chiedersi come forme di competizione orizzontale tra società di gestione collettiva possano incidere sui rapporti verticali con autori ed utilizzatori. Infatti, se da un lato la concorrenza potrà indebolire il peso degli ex monopolisti, dall'altro il ruolo dei grandi editori

²⁶⁶ L'argomento che depone a favore di questa tesi è l'assenza di sanzioni pecuniarie nei confronti sia della *CISAC* che ha coordinato l'illecito antitrust in qualità di associazione di imprese, sia di tutte le società europee di gestione collettiva, considerate dalla Commissione come autrici della pratica concordata ad esse contestata.

ed utilizzatori si farà determinante nel mercato delle licenze per la distribuzione di opere musicali *online*.

A tali domande tuttavia il diritto della concorrenza non può dare risposta in quanto il suo obiettivo non è quello di disciplinare le condotte degli operatori nel mercato ma di ristabilire un grado minimo di concorrenza quando sia stato adottato un comportamento atto ad ostacolarla. Se nel contesto dell'integrazione negativa la concorrenza assurge a meccanismo regolatore del mercato, occorre tuttavia mettere al riparo gli interessi delle classi di soggetti più deboli la cui tutela potrebbe appiattirsi dinanzi agli obiettivi di efficienza allocativa che la competizione spinge le imprese a perseguire. È chiaro quindi che per poter preservare le funzioni solidaristiche e redistributive delle società di gestione collettiva sia necessario definire a livello sopranazionale delle regole chiare in cui la concorrenza avvantaggi anche i piccoli autori che potrebbero risentire delle nuove modalità transnazionali di gestione dei diritti. Diversamente, il processo di transizione, se lasciato a se stesso, rischierebbe di produrre fenomeni di arbitraggio da parte dei grandi utilizzatori o editori che in un'ottica spiccatamente capitalistica e speculativa perseguono risparmi dei costi di amministrazione collettiva dei diritti.

Diventa quindi opportuno esaminare come la nuova disciplina di armonizzazione abbia affrontato tali problemi attraverso la formulazione di norme comuni cui tutti gli operatori siano tenuti a rispettare²⁶⁷, trovando

²⁶⁷ Soluzione condivisa da A. GIANNACCARI e R. PARDOLESI, *Gestione collettiva e diritto antitrust: figure in cerca d'autor(i)?* in P. SPADA (a cura di), *Gestione collettiva dell'offerta*

compimento nella direttiva 2014/26/UE che rappresenta il punto di arrivo di quel fenomeno evolutivo delle società di gestione collettiva che ha avuto inizio negli anni Settanta.

e della domanda di prodotti culturali, cit., 102, nonostante resti auspicabile incentivare modalità di gestione individuale dei diritti.

CAPITOLO IV

LA REGOLAZIONE EUROPEA DELLA GESTIONE

COLLETTIVA DEI DIRITTI D' AUTORE

CAPITOLO IV

LA REGOLAZIONE EUROPEA DELLA GESTIONE COLLETTIVA DEI DIRITTI D'AUTORE

SOMMARIO: 1. L'originaria neutralità dell'*acquis* comunitario rispetto alle modalità di gestione dei diritti. – 2. L'approccio dell'Unione europea alla gestione collettiva dei diritti d'autore nel mercato interno. – 3. La comunicazione della Commissione europea del 2004 sulla «Gestione dei diritti d'autore e diritti connessi nel mercato interno». – 4. La raccomandazione della Commissione europea del 2005 sulla gestione transfrontaliera collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi nel campo dei servizi musicali *on-line* autorizzati. – 5. Le critiche alla raccomandazione sulla gestione collettiva dei diritti d'autore: *deficit* democratico e limiti del modello efficientista. – 6. Verso l'adozione di uno strumento vincolante. La proposta di direttiva e la valutazione d'impatto. - 7. La direttiva 2014/26/UE sulla gestione collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi. - 8. Il recepimento della direttiva 2014/26/UE in Italia. - 9. Verso la transizione dal monopolio nazionale all'oligopolio europeo.

1. *L'originaria neutralità dell'acquis comunitario rispetto alle modalità di gestione dei diritti.*

Negli anni Novanta si sono susseguiti numerosi interventi normativi a livello europeo volti a riavvicinare le discipline nazionali sui diritti d'autore. L'imponente operazione della Commissione era giustificata dal fatto che le norme nazionali erano in grado di pregiudicare gli obiettivi di integrazione

del mercato interno a danno del commercio intracomunitario di prodotti culturali. Il tema della gestione collettiva, tuttavia, è stato affrontato in un secondo momento poiché presupponeva un ampio coordinamento a livello europeo delle disposizioni nazionali in materia di diritto d'autore. Non stupisce infatti che le prime direttive in materia di *copyright* trattino in modo sporadico e saltuario la gestione collettiva dei diritti senza mai intervenire sulle modalità di funzionamento.

L'approccio neutrale alla gestione collettiva dei diritti si è manifestato ad esempio nella direttiva 92/100/CEE sul diritto di noleggio²⁶⁸ nella quale il legislatore europeo fa salva la facoltà degli Stati membri di «stabilire se e in quale misura possa essere imposta la gestione da parte di società di gestione collettiva del diritto di ottenere un'equa remunerazione, nonché da chi essa possa essere richiesta o riscossa» (art. 4, paragrafo 4). Lo stesso vale per la direttiva 2001/29/CE sulla società dell'informazione²⁶⁹ la quale intende lasciare «impregiudicate le modalità di gestione dei diritti» (considerando 18).

Un timido intervento sul tema si è registrato solamente nella direttiva 93/83/CEE riguardante la ritrasmissione via cavo e via satellite di opere protette dal *copyright*²⁷⁰. La normativa in questo settore specifico trae le sue

²⁶⁸ Direttiva 92/100/CEE del Consiglio, del 19 novembre 1992, concernente il diritto di noleggio, il diritto di prestito e taluni diritti connessi al diritto di autore in materia di proprietà intellettuale, in GU L 346 del 27 novembre 1992, 61 ss..

²⁶⁹ Direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001 sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, in GU L 167 del 22 giugno 2001, 10 ss..

²⁷⁰ Direttiva 93/83/CEE del Consiglio, del 27 settembre 1993, per il coordinamento di alcune norme in materia di diritto d'autore e diritti connessi applicabili alla radiodiffusione via satellite e alla ritrasmissione via cavo, in GU L 248 del 6 ottobre 1993, 15 ss..

origini da una famosa sentenza della Corte di giustizia (*Coditel I*) in cui è stato affermato che la libera prestazione dei servizi non osta alle norme che richiedono un'autorizzazione dei titolari dei diritti per la ritrasmissione di un'opera cinematografica²⁷¹. In tale circostanza è stato escluso l'esaurimento comunitario dei diritti d'autore per poter garantire ai titolari un'equa remunerazione dall'attività di ritrasmissione di opere che resta soggetta ad autorizzazione da parte dei titolari dei diritti. In altre parole, sulla base di quanto affermato nel caso *Coditel I*, il prestatore del servizio non può liberamente ritrasmettere il segnale in più Stati membri ma deve necessariamente ottenere una licenza valida per i territori in cui la ritrasmissione deve essere effettuata (c.d. *Bogsch theory*)²⁷².

Alla luce di tali difficoltà, la direttiva interviene per la prima volta sulle modalità di esercizio dei diritti di ritrasmissione via cavo e via satellite attraverso un atto vincolante a portata generale. Con riferimento alla diffusione via cavo di opere, l'articolo 9 prescrive che la ritrasmissione sia amministrata esclusivamente dalle società di gestione collettiva e non dai singoli titolari dei diritti²⁷³. L'intento del legislatore era infatti quello di ridurre i costi di transazione del cablodistributore attraverso l'aggregazione

²⁷¹ Corte di giustizia, *Coditel I*, cit., 19.

²⁷² Teoria che prende il nome dal suo ideatore Arpad Bogsch, ex direttore generale del WIPO. Sull'argomento v. P.B. HUGENHOLTZ, *The last frontier: territoriality*, cit., 311 ss.; M. FICSOR, *Direct broadcasting by satellite and the 'Bogsch theory'*, in *International business lawyer* 1990, 258 ss.; G.W.G. KARNELL, *A refutation of the Bogsch theory on direct satellite broadcasting rights*, in *International business lawyer* 1990, 263 ss..

²⁷³ La disposizione è conforme con quanto affermato dalla Commissione europea, comunicazione del 17 gennaio 1991 su *Working programme in the field of copyright and neighbouring rights*, COM(90) 584 final, par. 9.8. Nel documento si legge che «It should be possible for such rights to be managed on an exclusively collective basis to the extent that this made necessary by the specific features of cable retransmission».

dell'offerta dei contenuti protetti dal *copyright*. Infatti, la gestione obbligatoria dei suddetti diritti da parte di un unico operatore avrebbe senz'altro agevolato l'attività di ritrasmissione del segnale televisivo in un altro Stato membro, a differenza del caso in cui il cablodistributore fosse tenuto ad ottenere una licenza per ogni singola opera ritrasmessa.

Per quanto riguarda invece la comunicazione al pubblico di opere via satellite, la direttiva 93/83/CEE ha tentato di superare la succitata *Bogsch theory*. Diversamente da quanto previsto per la ritrasmissione via cavo, le disposizioni della direttiva richiedono infatti che la comunicazione al pubblico di opere via satellite si esaurisca nel paese d'origine della trasmissione del segnale (*home country rule*). In questo modo non sarebbero più necessarie plurime autorizzazioni per la diffusione dei contenuti audiovisivi in più Stati membri. Se infatti la ritrasmissione può essere autorizzata all'atto di emissione del segnale e non al momento della ricezione, il prestatore del servizio può operare su base europea senza dover più intavolare ulteriori negoziazioni con i titolari dei diritti²⁷⁴. La *ratio* della misura è infatti quella di superare il principio di territorialità del diritto d'autore nell'ottica di favorire la diffusione transfrontaliera di segnali televisivi.

²⁷⁴ L'atto di comunicazione al pubblico via satellite si perfeziona nel momento in cui «i segnali portatori di programmi sono inseriti in una sequenza ininterrotta di comunicazione diretta al satellite e poi a terra» (Art. 1, paragrafo 2, lettera b, direttiva 93/83/CEE). Pertanto il diritto di autorizzare la trasmissione dell'opera si esaurirebbe al momento dell'immissione del segnale e non al momento della sua captazione a terra con l'immediata conseguenza che il titolare non potrebbe più impedire le utilizzazioni avvenute in altri Stati membri.

La riforma del settore nell'ottica di un mercato interno più efficiente ha avuto tuttavia una portata circoscritta alla sola ritrasmissione via cavo e via satellite di opere. La direttiva infatti, trattandosi di *lex specialis*, non poteva applicarsi in via analogica a casi non espressamente previsti da norme in essa contenute. Inoltre, dall'intervento legislativo sul settore non poteva neanche desumersi un trasferimento a livello europeo di competenze in materia di gestione collettiva dei diritti d'autore e connessi²⁷⁵. Questi aspetti lasciano quindi desumere le debolezze intrinseche di tale riforma che si sono poi manifestate nella prassi degli operatori di tale settore. Su questo punto, la direttiva, pur essendo stata recepita correttamente negli ordinamenti interni²⁷⁶, è rimasta inattuata in quanto i titolari dei diritti hanno adottato negli accordi di licenza clausole negoziali dalla portata territoriale ristretta, idonee a mantenere frammentato il mercato interno.

In questo contesto trovano anche posto alcune osservazioni sul principio di territorialità del diritto d'autore. La direttiva 93/83/CEE sulla ritrasmissione dei segnali televisivi aveva infatti messo in luce gli ostacoli che le legislazioni nazionali ponevano alla libera circolazione dei servizi nel mercato interno. Non potendo essere preclusa agli autori la facoltà di autorizzare la ritrasmissione delle opere, il legislatore aveva optato per una soluzione intermedia, meno onerosa per il prestatore del servizio, al fine di

²⁷⁵ L'art. 13 della direttiva 93/83/CEE infatti afferma che «Le disposizioni della presente direttiva non pregiudicano la competenza degli Stati membri in materia di disciplina delle attività delle società di gestione collettiva».

²⁷⁶ Per l'ordinamento italiano, v. l'art. 16 bis della legge sul diritto d'autore (l. 22 aprile 1941, n. 633).

ridurre il numero di licenze necessarie per poter avviare l'attività economica.

Le stesse problematiche si sono riproposte in modo analogo nell'ambito della diffusione *online* di opere musicali. Il caso emblematico è rappresentato dalle clausole di esclusiva degli accordi di reciproca rappresentanza tra società di gestione collettiva, idonee a restringere la portata territoriale delle licenze²⁷⁷. Secondo questo criterio, i *content providers* avrebbero dovuto ottenere una licenza per lo sfruttamento delle opere amministrate in ogni singolo Stato membro dell'Unione al fine di sviluppare il servizio su base europea. A ben vedere, questo modello di gestione dei diritti che si rifà alla *Bogsch theory* non è in grado di perseguire i medesimi obiettivi di semplificazione della direttiva 93/83/CEE poiché presuppone la moltiplicazione del numero delle licenze per la diffusione di musica *online*. In un contesto in cui il carattere ubiquitario della rete richiede maggiore razionalizzazione, la gestione di tali diritti dovrebbe evolversi quindi verso schemi di licenza estesi a tutti i territori dell'Unione.

Le osservazioni che precedono consentono quindi di affermare che le nuove tecnologie rappresentano un elemento di rottura rispetto ai tradizionali modelli di gestione collettiva dei diritti, tali da renderli inadeguati rispetto agli obiettivi di integrazione dei mercati nazionali. La portata territoriale ristretta delle licenze per le utilizzazioni *online* di opere non ha, quindi, più ragion d'essere in rete in quanto la tecnologia oggi

²⁷⁷ V. capitolo III, parag. 3.

consente l'adozione di misure analitiche di monitoraggio a distanza delle utilizzazioni. Con parole quasi profetiche, la Commissione già nel 1995 affermava che «l'avvento della Società dell'informazione porterà necessariamente a rivalutare la posizione delle società di gestione collettiva il cui ruolo, organizzazione e modalità di funzionamento potrebbero subire un'evoluzione»²⁷⁸.

Rispetto al suddetto fenomeno evolutivo occorre tuttavia tentare di ricostruire l'atteggiamento delle istituzioni comunitarie, soprattutto avendo riguardo alle competenze ad esse attribuite nei Trattati, per poi esaminare il successivo intervento nel settore della gestione collettiva dei diritti. Infatti come è stato osservato precedentemente, in un primo momento la Comunità non ha inteso prendere posizione né intervenire sulle società di autori ritenendo opportuno lasciare al mercato il compito di adeguare l'amministrazione dei diritti alle nuove esigenze della società dell'informazione. Nel prosieguo, si cercherà di mettere in luce le ragioni di tale atteggiamento neutrale rispetto alla gestione collettiva dei diritti e di comprendere come poi sono state poste le basi per una regolazione di vasta portata come quella della direttiva 2014/26/UE.

²⁷⁸ Commissione europea, Libro verde del 19 luglio 1995 su *Il diritto d'autore e i diritti connessi nella Società dell'informazione*, COM(95) 382 def., paragrafo 63.

2. *L'approccio dell'Unione europea alla gestione collettiva dei diritti d'autore nel mercato interno.*

Il tema dell'intervento normativo sui monopoli naturali è stato per lungo tempo al centro del dibattito tra studiosi dell'economia. In questo ambito sono state indicate tre alternative praticabili: nazionalizzare l'impresa, lasciare l'impresa in mano privata, introdurre una regolamentazione del settore. In assenza degli incentivi che la concorrenza è in grado di produrre, tra le diverse opzioni occorre scegliere il minor male possibile²⁷⁹.

La scelta di campo assunta inizialmente dalle istituzioni dell'Unione è stata quella di non incidere sulla gestione collettiva dei diritti attraverso un intervento normativo *ad hoc*, ritenendosi così sufficiente l'applicazione del diritto della concorrenza per contrastare le condotte abusive delle società di autori. Questo avrebbe poi consentito a tali attività di adattarsi spontaneamente alle esigenze del mercato, il quale ha avuto negli ultimi decenni una notevolissima espansione geografica grazie anche alla diffusione di nuove tecnologie.

La fiducia nel mercato delle istituzioni emerge in particolar modo nei preamboli delle direttive sul diritto d'autore secondo cui è la competitività tra operatori economici e non la regolazione che dovrebbe farsi carico del rinnovamento del sistema.

²⁷⁹ In argomento v. M. FRIEDMAN, *Capitalism and freedom*, University of Chicago Press, Chicago, 1982, 2 ed., 28 ss. il quale ritiene che la soluzione ideale alle inefficienze dei monopoli naturali sia quella di consentire all'impresa privata di adattarsi ai mutamenti del mercato.

Per esempio, dalla direttiva 2001/29/CE sulla società dell'informazione si evince che l'efficienza della gestione collettiva dei diritti dipenda dal rispetto delle regole di concorrenza. Secondo il considerando 17, infatti, le *collecting societies* possono raggiungere un «livello di razionalizzazione e di trasparenza più elevato» se nel mercato vi sia un grado sufficiente di competitività. Anche nel documento che segue il Libro verde sul diritto d'autore e i diritti connessi nella società dell'informazione, la Commissione europea ha sottolineato che lo sviluppo della gestione collettiva dei diritti «should be left, at least for the time being, to the market»²⁸⁰. Entrambi gli aspetti esaminati mostrano la fiducia che le istituzioni comunitarie ripongono sulle dinamiche del libero mercato che, se sorretto da un livello di concorrenza adeguato, riesce ad operare in modo efficiente senza appesantire il funzionamento delle società di autori tramite una regolamentazione dettagliata.

Per questi motivi si comprende l'importanza che la fase di integrazione negativa ha avuto nell'elaborazione dello statuto concorrenziale delle società di gestione collettiva. Le istituzioni dell'Unione europea, pur riconoscendo la legittimità comunitaria dei monopoli nazionali²⁸¹, ritenevano di ritagliare ulteriori margini di competitività tra società di gestione collettiva al fine di promuovere un elevato livello di efficienza nel sistema. La fase di integrazione negativa rappresenta infatti un

²⁸⁰ Commissione europea, comunicazione del 20 novembre 1996 che integra il Libro verde su *Il diritto d'autore e i diritti connessi nella società dell'informazione*, COM (96) 586 final, non pubblicata, 26.

²⁸¹ Cfr. il caso *OSA* citato al capitolo II, paragrafo 4.

momento fondamentale nell'elaborazione dello statuto concorrenziale delle *collecting societies*. Si pensi ad esempio all'adozione di regole statutarie conformi al mercato interno²⁸² o alla individuazione dei criteri secondo cui una tariffa possa considerarsi eccessiva²⁸³. Il diritto della concorrenza applicato a questo settore era infatti ritenuto lo strumento più opportuno per poter correggere le condotte abusive delle società di gestione collettiva senza dover rivoluzionare il modello tradizionale di amministrazione dei diritti.

Il settore pareva muoversi in questo senso nei primi anni del 2000. Gli accordi proposti dalla IFPI, gli accordi di Barcellona e di Santiago (v. capitolo III, parag. 3) rappresentavano infatti primi passi verso l'adeguamento del sistema di amministrazione dei diritti in ambito *on-line*. Tuttavia i meccanismi di licenza in essi contenuti, non raggiungendo gli standard concorrenziali minimi richiesti dalla Commissione, parevano ostacolare il buon funzionamento del mercato interno. L'incapacità del sistema di adattarsi spontaneamente ai ripetuti richiami della Commissione ha infatti condotto ad una fase di impasse di non facile soluzione. Il caso emblematico in cui è emersa la debolezza dell'applicazione del diritto della concorrenza è da rinvenirsi nella vicenda *CISAC*. In questa circostanza la Commissione europea ha infatti abdicato al suo ruolo di «arbitro» del mercato nel tentativo di disciplinare una prassi ormai consolidata tra tutte le società europee di gestione collettiva dei diritti d'autore. Pertanto, sulla base

²⁸² Cfr. le decisioni *GEMA* citate al capitolo III, parag. 1.

²⁸³ Cfr. le sentenze *Tournier* e *Kanal 5* citate al capitolo III, parag. 2.

degli scarsi risultati ottenuti nella fase di integrazione negativa incominciava a prendere piede l'ipotesi di affrontare il problema delle inefficienze del mercato non più in termini di concorrenza ma in termini di regolazione.

3. La comunicazione della Commissione europea del 2004 sulla «Gestione dei diritti d'autore e diritti connessi nel mercato interno».

L'atteggiamento delle istituzioni comunitarie incomincia a cambiare nel 2004, anno in cui è stata formalizzata la posizione della Commissione europea rispetto alla «Gestione dei diritti d'autore e diritti connessi nel mercato interno»²⁸⁴. Il documento giunge in una fase avanzata di armonizzazione delle legislazioni nazionali sul diritto d'autore, presupposto essenziale affinché si possa discutere di gestione dei diritti. Infatti, solo attraverso il riavvicinamento delle norme nazionali che disciplinano gli atti di sfruttamento economico di opere protette dal diritto d'autore è possibile gettare le basi per un intervento che riguardi il sistema europeo di gestione collettiva dei diritti.

Tra le diverse problematiche sorte durante la consultazione durata dal 1995 al 2002, la Commissione ha posto la sua attenzione sull'impatto che il principio di territorialità ha sul mercato interno. L'espansione geografica dei mercati conseguente all'armonizzazione delle legislazioni nazionali sul diritto d'autore ha messo in crisi le forme di gestione territorializzata dei

²⁸⁴ Commissione europea, comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale europeo del 16 aprile 2004 sulla *Gestione dei diritti d'autore e diritti connessi nel mercato interno*, COM(2004) 261 def., non pubblicata.

diritti. Infatti laddove teoricamente è preferibile una sola autorizzazione comunitaria per l'esercizio dei diritti, in particolar modo nel settore *on-line*, le legislazioni nazionali o le prassi negoziali si muovevano nel senso opposto, limitando gli effetti di tale autorizzazione al territorio in cui l'opera deve essere utilizzata.

Sul punto la Commissione ha considerato l'eventualità di un intervento legislativo, mostrandosi per la prima volta scettica sull'adeguamento spontaneo dei modelli di gestione alle esigenze del mercato²⁸⁵. A tale riguardo essa propone diverse opzioni che potrebbero risolvere le problematiche poste dal principio di territorialità sugli scambi intracomunitari,

Una prima misura consisterebbe nell'introdurre una licenza obbligatoria per la cessione dei diritti nei confronti dei titolari, ipotesi sulla quale tuttavia si gettano le ombre di un'eventuale incompatibilità con gli accordi internazionali in materia di diritto d'autore²⁸⁶ e con l'art. 295 TCE (oggi art. 345 TFUE).

Una seconda misura potrebbe incidere sulla struttura del diritto di comunicazione al pubblico prevedendo, come nella direttiva 93/83/CEE,

²⁸⁵ La Commissione mostra le proprie perplessità con le seguenti parole: «La prima questione da valutare in questo contesto consiste nel chiedersi se si debba lasciare al mercato il compito di sviluppare ulteriormente la concessione di autorizzazioni comunitarie, pur rispettando le regole di base della proprietà intellettuale, ivi compresa la natura territoriale dei diritti, oppure se sia preferibile che il legislatore comunitario si faccia promotore delle autorizzazioni comunitarie, favorendone la concessione» (Commissione europea, *Gestione dei diritti d'autore e diritti connessi nel mercato interno*, cit., 10).

²⁸⁶ In particolare rispetto agli «obblighi internazionali della Comunità ai sensi delle Convenzioni di Berna e di Roma e dei più recenti trattati dell'OMPI (WCT e WPPT)» (Commissione europea, *Gestione dei diritti d'autore e diritti connessi nel mercato interno*, cit., 10).

un'autorizzazione che copra tutti gli atti di utilizzazione avvenuti nella Comunità, senza però consentire alle parti di pattuire diversamente. Solo in questo modo l'autorizzazione avrebbe l'auspicata efficacia comunitaria.

Una terza misura potrebbe prevedere l'abolizione di un'autorizzazione comunitaria trasformando il diritto di esclusiva ad un diritto di credito per gli atti di comunicazione al pubblico di opere protette. In questo modo gli autori non potrebbero ostacolare gli sfruttamenti transfrontalieri dell'opera ma avrebbero comunque diritto ad un equo compenso. Tuttavia una simile opzione non sarebbe concessa né dalla direttiva 2001/29/CE sulla società dell'informazione né dai trattati internazionali sul diritto d'autore in quanto concepiscono il diritto di comunicazione al pubblico non come diritto ad un'equa remunerazione ma come diritto esclusivo.

Una quarta misura tiene infine conto dell'eventualità di promuovere l'adozione di licenze multiterritoriali da parte delle società di gestione collettiva nel solco dell'accordo *Simulcasting*²⁸⁷. Esso tuttavia, come già è stato osservato, ha posto dei seri problemi di aderenza al diritto antitrust in tema di fissazione delle tariffe e di costi di amministrazione del repertorio tali da renderlo difficilmente attuabile.

Infine, una quinta misura potrebbe riguardare solo la *governance* delle società di gestione collettiva, non potendo altrimenti essere perseguito l'obiettivo di un mercato di gestione collettiva dei diritti altamente competitivo. La Commissione ha inoltre sottolineato nel documento che la

²⁸⁷ Commissione europea, *IFPI - Trasmissioni in simulcast*, cit.. V. anche capitolo III, par. 3.

predetta opzione ha lo scopo di preservare «la concessione di autorizzazioni riguardanti il repertorio mondiale del gruppo di titolari per il rispettivo territorio d'intervento. Ciò rappresenta un grande vantaggio tanto per i titolari quanto per gli utenti e non dovrebbe essere messo a rischio»²⁸⁸. A questo riguardo, l'aggregazione delle opere in unico repertorio mondiale risulta un punto fermo dell'intervento comunitario sulla gestione collettiva dei diritti. Il suddetto fenomeno è infatti valutato in modo positivo dalla Commissione in quanto produce economie di scala essenziali per l'abbattimento dei costi di transazione tra autori ed utilizzatori. Esso inoltre, in un'ottica egualitaria ed associativa, restituisce potere negoziale ad «alcuni titolari di diritti (imprese o privati) che operano in un mercato poco lucrativo o di nicchia, o che non hanno sufficiente potere contrattuale»²⁸⁹.

Non potendo essere raggiunto un elevato livello di efficienza nel settore della gestione collettiva dei diritti, la regolamentazione del mercato risulterebbe, in ultima analisi, l'unico modo per poter far fronte alle debolezze del sistema monopolistico. Infatti, l'*enforcement* del diritto della concorrenza, pur restando un «efficace strumento per regolare il mercato e il comportamento delle società di gestione collettiva» deve comunque essere affiancato «dall'istituzione di un quadro legislativo sul buon governo»²⁹⁰. Un intervento di tali dimensioni potrebbe toccare i diversi aspetti

²⁸⁸ Commissione europea, *Gestione dei diritti d'autore e diritti connessi nel mercato interno*, cit., 11.

²⁸⁹ Commissione europea, *Gestione dei diritti d'autore e diritti connessi nel mercato interno*, cit., 16.

²⁹⁰ Commissione europea, *Gestione dei diritti d'autore e diritti connessi nel mercato interno*, cit., 20.

problematici che sono emersi nella fase di consultazione quali ad esempio la trasparenza delle tariffe, le modalità di licenza dei repertori, la risoluzione delle controversie, l'adesione a principi di sana gestione e di non discriminazione, la flessibilità del rapporto di mandato, il controllo esterno delle società, etc..

Un ulteriore aspetto che merita di essere sottolineato riguarda il silenzio da parte della Commissione sui numerosi punti presentati dal Parlamento europeo nella Risoluzione su un quadro comunitario per le società di gestione collettiva nel settore dei diritti d'autore e diritti connessi²⁹¹. Gli argomenti messi sul tavolo dalla Commissione infatti non tengono in debito conto dei rischi derivanti dal controllo della società di gestione collettiva da parte degli utilizzatori. Nella Risoluzione del Parlamento infatti è posto più volte l'accento sulla necessità di rispettare il patto fiduciario tra società ed autori²⁹² e che siano questi ultimi ad amministrare e controllare le prime²⁹³. La Commissione europea invece ritiene semplicemente che la natura giuridica delle società di gestione collettiva non pregiudichi il sistema di amministrazione dei diritti²⁹⁴.

²⁹¹ Parlamento europeo, Risoluzione del 15 gennaio 2004 su *un quadro comunitario per le società di gestione collettiva nel settore dei diritti d'autore e diritti connessi*, 2002/2274(INI), in GU C 92 E del 16 aprile 2004.

²⁹² Nella Risoluzione si legge infatti che «per la tutela dei diritti sul mercato interno dell'UE è in primo luogo determinante che le società adempiano alle loro funzioni di fiduciarie» (Parlamento europeo, Risoluzione su *un quadro comunitario per le società di gestione collettiva nel settore dei diritti d'autore e diritti connessi*, cit., par. 37).

²⁹³ Su questo punto il Parlamento europeo è chiaro nello specificare che «la natura e il ruolo delle società di gestione collettiva impongono che esse vengano amministrate e controllate dai titolari dei diritti» (Parlamento europeo, Risoluzione su *un quadro comunitario per le società di gestione collettiva nel settore dei diritti d'autore e diritti connessi*, cit., par. 29).

²⁹⁴ Commissione europea, *Gestione dei diritti d'autore e diritti connessi nel mercato interno*, cit., 20.

Infine, nel documento del 2004 vi è un semplice richiamo alle funzioni di interesse generale del diritto d'autore e cioè quelle di proteggere «la creatività, diversità e identità culturale»²⁹⁵, profilo che invece è stato trattato *funditus* nella Risoluzione del Parlamento europeo. In particolare, con riferimento alle società di gestione collettiva, è stato richiesto alla Commissione di tenere «in considerazione le funzioni loro affidate e la loro specifica responsabilità per gli aspetti culturali e sociali e per la società in quanto tale»²⁹⁶. Ulteriore attenzione dovrebbe essere riposta sulle modalità di distribuzione delle *royalties* attraverso le quali è possibile «sostenere, [...], opere non commerciali, ma culturalmente importanti»²⁹⁷. Quest'ultimo appello del Parlamento resterà tuttavia ignorato dalla Commissione nei successivi interventi.

4. *La raccomandazione della Commissione europea del 2005 sulla gestione transfrontaliera collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi nel campo dei servizi musicali on-line autorizzati.*

Il primo intervento normativo sulla gestione collettiva dei diritti prende forma nel 2005 con la raccomandazione della Commissione «sulla gestione transfrontaliera collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi

²⁹⁵ Commissione europea, *Gestione dei diritti d'autore e diritti connessi nel mercato interno*, cit., 7. Inoltre, la Commissione sottolinea non solo la funzione economica delle *collecting societies* ma anche il ruolo culturale e sociale che esse ricoprono negli Stati membri (Commissione europea, *Gestione dei diritti d'autore e diritti connessi nel mercato interno*, cit., 20).

²⁹⁶ Parlamento europeo, Risoluzione su *un quadro comunitario per le società di gestione collettiva nel settore dei diritti d'autore e diritti connessi*, cit., parag. 13.

²⁹⁷ Parlamento europeo, Risoluzione su *un quadro comunitario per le società di gestione collettiva nel settore dei diritti d'autore e diritti connessi*, cit., parag. 27.

nel campo dei servizi musicali *on-line* autorizzati»²⁹⁸. In realtà, essa non ha alcun valore vincolante per gli Stati membri e gli operatori del settore trattandosi di un atto di *soft law* a portata generale. Nonostante i diversi richiami del Parlamento europeo e della stessa Commissione sulla necessità di una regolamentazione puntuale²⁹⁹, le ragioni di tale scelta risiedono nell'intento di evitare una *overregulation* che ostacoli lo spontaneo adeguamento delle società di gestione collettiva alle dinamiche del mercato musicale. Tuttavia la Commissione segnala l'esigenza di monitorare il settore musicale *on-line* allo scopo di valutare se siano necessari «ulteriori interventi a livello comunitario» (art. 18).

In questa occasione la Commissione prende le distanze dalla Comunicazione del 2004 sul tema degli ostacoli posti dal principio di territorialità alle libertà del Trattato³⁰⁰. A differenza delle diverse opzioni

²⁹⁸ Commissione europea, raccomandazione del 18 maggio 2005 sulla *Gestione transfrontaliera collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi nel campo dei servizi musicali on-line autorizzati*, cit., 54 ss.. L'atto è stato adottato ai sensi dell'art. 211 TCE il quale prevedeva che la Commissione, al fine di assicurare il funzionamento e lo sviluppo del mercato comune nella Comunità, formulasse «raccomandazioni o pareri nei settori definiti dal presente trattato, quando questo esplicitamente lo preveda ovvero quando la Commissione lo ritenga necessario». La norma, pur essendo stata abrogata dal Trattato di Lisbona, è stata sostituita dall'art. 17 TUE («La Commissione promuove l'interesse generale dell'Unione e adotta le iniziative appropriate a tal fine»).

²⁹⁹ Il Parlamento europeo riconosce che «le società di gestione adempiono a funzioni di interesse generale e nell'interesse dei titolari dei diritti nonché degli utilizzatori e pertanto devono essere soggette a una certa regolamentazione» (Parlamento europeo, *Risoluzione su un quadro comunitario per le società di gestione collettiva nel settore dei diritti d'autore e diritti connessi*, cit., parag. 29). Inoltre, in un documento programmatico del 2005, la Commissione ha manifestato il suo intento di proporre una direttiva sulla gestione collettiva dei diritti d'autore e connessi nel mercato interno (Commissione europea, Comunicazione del presidente d'intesa con la vicepresidente Wallström del 26 gennaio 2005 sul *Programma di lavoro per la Commissione nel 2005*, COM(2005) 15 def., non pubblicato, 19).

³⁰⁰ Si noti che tale divergenza coincide con il cambio dei vertici della Commissione europea. La Comunicazione del 2004 era infatti stata adottata dalla Direzione Mercato interno con a capo il commissario Frits Bolkestein (1999 – 2004) mentre la

esposte al paragrafo precedente, la raccomandazione introduce un nuovo modello di licenza esclusivamente per le utilizzazioni di musica *on-line*. Esso consiste nella possibilità per le società di gestione collettiva di amministrare, al di fuori degli accordi di reciproca rappresentanza, il proprio repertorio, e non più quello mondiale, in più territori dell'Unione. L'idea della Commissione era infatti quella di superare le esclusive territoriali delle società di gestione collettiva attraverso la frammentazione dei repertori da esse rappresentati (c.d. *unbundling*). Per poter raggiungere tale obiettivo nella raccomandazione è riconosciuta la possibilità per i titolari dei diritti di «affidare a un gestore collettivo di diritti di loro scelta, in un ambito territoriale di loro scelta, la gestione di qualsivoglia diritto *on-line* necessario ai fini della prestazione di servizi musicali *on-line* autorizzati» (art. 3)³⁰¹.

L'immediata conseguenza dell'adozione di tale disposizione si è concretizzata in una massiccia migrazione di repertori, appartenenti in larga parte a grandi etichette discografiche, verso *collecting societies* più efficienti o di nuova generazione. Si tratta in particolare dei cosiddetti modelli di gestione *publisher-oriented* che nascono da alleanze tra società di

raccomandazione del 2005 vede invece la firma del nuovo commissario della medesima direzione Charlie McCreevy (2004 – 2010).

³⁰¹ La norma richiama la teoria dell'economista Albert Otto Hirschmann il quale spiega la decadenza delle organizzazioni complesse riferendosi all'impossibilità dei loro membri di poterle abbandonare liberamente (opzione «Exit»), restando a loro solo la possibilità di riformarle dall'interno (opzione «Voice»). Cfr. A.O. HIRSCHMANN, *Exit, voice and loyalty. Responses to Decline in Firms, Organizations, and States*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts e Londra, 1970, 55 ss..

gestione collettiva ed i principali editori musicali mondiali³⁰². Ad essi si contrappongono modelli di gestione *author-oriented*, costituiti su iniziativa delle stesse società di gestione collettiva ove la figura dell'autore non ha un ruolo marginale ma, anzi, è centrale³⁰³. Infatti quest'ultima modalità di amministrazione dei diritti d'autore corrisponde a quella di origine europeo-continentale ove la fase di distribuzione delle *royalties* è connotata da profili solidaristici in quanto una parte di esse deve essere necessariamente riservata all'autore³⁰⁴. I predetti profili appaiono invece recessivi nel modello *publisher-oriented* in cui l'editore musicale può, nella fase distributiva, fare la parte del leone rispetto all'autore non potendo quest'ultimo rivendicare porzioni predeterminate delle remunerazioni raccolte.

Le nuove modalità di gestione transfrontaliera dei diritti d'autore sono state adottate nella consapevolezza che tali misure avrebbero condotto il

³⁰² Rispetto alle società di gestione collettiva tradizionali, le *collecting societies* di nuova generazione «presentano una fondamentale caratteristica comune: e cioè quella di aggregare non categorie di titolari di diritti (i titolari dei diritti d'autore, i titolari dei diritti connessi, ciascuna delle quali eventualmente frazionabile in relazione alle tipologie di opere cui i diritti medesimi si riferiscono), ma soggetti specificamente individuati (alcune società di gestione collettiva, alcuni editori, alcuni produttori fonografici). È inoltre significativo che questi soggetti nemmeno vantano a titolo originario i diritti gestiti, ma li hanno acquistati a titolo derivativo (gli editori di giornali o musicali) o a titolo di gestione fiduciaria» (D. SARTI, *La categoria delle collecting societies soggette alla direttiva*, in *AIDA* 2013, 5). Tra queste si ricordano le alleanze tra SACEM e Universal Music Publishing (DEAL), tra PRS, GEMA e EMI Music Publishing (CELAS), tra GEMA e Sony/ATV Music Publishing (PAECOL), tra SGAE, alcune *collecting societies* sudamericane, Sony/ATV Music Publishing e Peer Music (PEL). Per ulteriori riferimenti v. G. MAZZIOTTI, *Symposium: collective management of copyright: solution or sacrifice? New licensing models for online music services in the European Union: from collective to customized management*, in *Columbia Journal of Law & the Arts* 2011, IV, 771 ss.

³⁰³ Una tra queste è ARMONIA che nasce dalla collaborazione tra SIAE, SACEM e SGAE, estesa poi ad altre società di gestione collettiva.

³⁰⁴ In Italia, la SIAE per legge (art. 180, comma 5, l.a.) deve riservare, all'atto di distribuzione delle *royalties*, una quota parte all'autore. Sul punto v. le osservazioni critiche di S. ERCOLANI, *Dalla gestione collettiva alla gestione «a la carte»*. *Licenze online a geometria variabile per la musica in Europa*, in *Il diritto d'autore* 2009, II, 257 ss..

mercato della diffusione di musica *on-line* a livelli più elevati di efficienza senza dover ricorrere ad un intervento normativo vincolante e puntuale. La Commissione infatti ritiene che la raccomandazione possa dar vita ad un sistema virtuoso in cui poche società di gestione collettiva amministrino repertori diversificati per le utilizzazioni *on-line* di musica³⁰⁵ e che le piccole società di gestione collettiva continuino comunque ad operare per le utilizzazioni tradizionali di opere sulla base degli accordi di reciproca rappresentanza³⁰⁶.

Evidenziato lo spirito sul quale si fonda la raccomandazione, la Commissione inserisce ulteriori disposizioni di contorno che dovrebbero agevolare il nuovo modello competitivo di gestione transfrontaliera dei diritti d'autore. In particolare si ricordano i principi di trasparenza a cui le società di gestione collettiva dovrebbero ispirarsi nel fornire informazioni relative ai repertori e ad i costi di amministrazione (artt. 6 e 7), i principi di equità e di non discriminazione nei confronti degli utilizzatori (art. 9) e dei titolari dei diritti (artt. 10, 11 e 12), ed infine la promozione di meccanismi di risoluzione delle controversie (art. 15). L'obiettivo di tali norme è infatti quello di favorire una concorrenza leale tra le società di gestione collettiva.

³⁰⁵ Secondo uno studio della Commissione europea sulla gestione transfrontaliera dei diritti d'autore (Commissione europea, documento di lavoro dei servizi della Commissione del 7 luglio 2005, *Study on a community initiative on the cross-border collective management of copyright*, non pubblicato, 42) la concorrenza in questo settore consentirà l'emergere di un «limited amount of (three or four) powerful CRMs for online licensing who effectively defend right-holders interest vis-à-vis powerful commercial users at a pan-European level».

³⁰⁶ Sul punto v. Commissione europea, *Study on a community initiative on the cross-border collective management of copyright*, cit., 47: «smaller collecting societies would retain their role in the offline environment in relation to the aggregate repertoire that continues to be available to them through the network of reciprocal representation agreements».

5. *Le critiche alla raccomandazione sulla gestione collettiva dei diritti d'autore: deficit democratico e limiti del modello efficientista.*

La fase di attuazione della raccomandazione sulla gestione transfrontaliera dei diritti d'autore è stata oggetto di numerose critiche tanto da essere definita «drammatica»³⁰⁷ dalla dottrina specialistica. Le obiezioni alla raccomandazione sono giunte anche dal Parlamento europeo il quale nella sua risoluzione del 13 marzo 2007 ha segnalato diversi punti su cui è necessario tornare a riflettere³⁰⁸. Le ragioni di tale avversione risiedono nell'idea che la Commissione non abbia approfondito in modo esaustivo come l'offerta di licenze multiterritoriali possa incidere sul potere di mercato di tutti gli operatori coinvolti dalla riforma e, indirettamente, sugli interessi generali che le società di gestione collettiva proteggono³⁰⁹.

La disamina di questi aspetti richiede anzitutto di soffermarsi sugli effetti della competizione tra *collecting societies* sulla base di repertori diversificati. Il passaggio dall'amministrazione di un repertorio mondiale di opere ad un repertorio «frammentato» ma specializzato rappresenta infatti

³⁰⁷ A. PROCIN, *The quest for pan-European copyright licensing solutions: a series of unfortunate events*, in *Concurrences. Revue des droits de la concurrence* 2009, IV, 60.

³⁰⁸ Parlamento europeo, risoluzione del 13 marzo 2007 sulla raccomandazione 2005/737/CE della Commissione, del 18 ottobre 2005, sulla gestione transfrontaliera collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi nel campo dei servizi musicali online autorizzati, (2006/2008(INI)), in GU C 301E del 13 dicembre 2007, 64 ss..

³⁰⁹ A questo riguardo, il Parlamento europeo ha espresso le proprie preoccupazioni «in merito ai potenziali effetti negativi di alcune disposizioni della raccomandazione sui repertori locali e la diversità culturale, visto il potenziale rischio di favorire una concentrazione di diritti nelle mani dei CRM più grandi, e che l'impatto di qualsiasi iniziativa per l'introduzione di concorrenza tra gestori dei diritti al fine di attrarre i titolari dei diritti più redditizi deve essere esaminato e soppesato alla luce degli effetti negativi di un tale approccio sui più piccoli titolari dei diritti, sui piccoli e medi gestori collettivi di diritti e sulla diversità culturale» (Parlamento europeo, *Risoluzione sulla Raccomandazione 2005/737/CE*, cit., 66).

una delle novità più importanti della riforma. L'introduzione del fattore di mobilità dei titolari dei diritti ha escluso la possibilità per le società di gestione collettiva di rappresentare nel proprio territorio tutte le opere ad essa affidate sulla base di accordi di reciproca rappresentanza. Secondo le osservazioni offerte dalla Commissione, tali organismi, per rendersi più competitivi nel mercato, sarebbero incentivati a differenziare i propri repertori per soddisfare utilizzatori specializzati in generi musicali diversi. A questo riguardo è stato dedotto che la diversificazione dell'offerta di contenuti *on-line* indurrà le stesse società di gestione collettiva a selezionare accuratamente il proprio repertorio sulla base di un genere musicale prescelto, compresi quelli di nicchia che potrebbero essere valorizzati da una gestione separata³¹⁰.

Tuttavia a questa posizione formalmente assunta dalla Commissione europea è stato obiettato che difficilmente le società di gestione collettiva possano specializzarsi in specifici generi musicali. Le *collecting societies*, infatti, operando in un contesto concorrenziale in cui i repertori amministrati possono essere facilmente trasferiti presso altre società, sarebbero indotte a diversificare il proprio repertorio al fine di operare in modo più efficiente, eventualmente coprendo perdite prodotte da un genere musicale con i ricavi derivanti da un altro più redditizio³¹¹. L'evoluzione del mercato ha, infatti,

³¹⁰ Commissione europea, *Study on a community initiative on the cross-border collective management of copyright*, cit., 36.

³¹¹ Sul tema v. C. HANDKE, *Joint copyrights management by collecting societies and online platforms: an economic analysis*, in ssrn.com, 2016, 27.

mostrato che non è il genere musicale che rende maggiormente attrattiva una *collecting society* ma l'ampiezza del repertorio da essa rappresentato³¹².

Per quanto riguarda, invece, gli auspicati risparmi che la Commissione intendeva perseguire col nuovo modello competitivo tra società di gestione collettiva, occorre notare che essi sono stati in parte ridotti a causa dei nuovi costi di amministrazione dei repertori. Sul punto si osserva che il sistema di amministrazione dei diritti fondato sugli accordi di reciproca rappresentanza è in grado di evitare incertezze sulla titolarità ad amministrare le opere del repertorio globale essendo questo gestito dalla *collecting society* monopolista, unica interlocutrice territoriale abilitata a rilasciare le licenze. Il nuovo modello di amministrazione dei diritti che la Commissione raccomanda richiede, invece, all'utilizzatore di verificare se prima della trasmissione dell'opera quest'ultima rientri nel repertorio gestito dalla società licenziante. Per questi motivi, le *collecting societies* dovranno necessariamente aggiornare le proprie banche dati al fine di rendere trasparente agli utilizzatori il contenuto degli accordi di licenza³¹³.

Le politiche di *unbundling* della Commissione europea hanno, inoltre, una diretta ricaduta nei confronti degli utilizzatori. Come è stato osservato, il lento processo di aggregazione dei repertori ha rappresentato la soluzione al problema della proliferazione dei diritti d'autore la cui gestione

³¹² Posizione originariamente condivisa dalla stessa Commissione nella Comunicazione del 2004 (v. nota 288).

³¹³ A questo riguardo, la raccomandazione richiede alle società di gestione collettiva di «informare i titolari dei diritti e gli utilizzatori commerciali in merito al repertorio che rappresentano» (art. 6) e di «comunicare con ragionevole preavviso agli altri gestori e agli utilizzatori commerciali le variazioni del repertorio che rappresentano» (art. 7).

individuale avrebbe reso impossibile numerose attività economiche che richiedono una diffusione massiva di opere. Da un punto di vista economico, l'aggregazione in repertori globali si sostanzia in un'opzione necessitata per produrre economie di scala al fine di ridurre i costi transattivi che l'utilizzatore sostiene³¹⁴. Per questi motivi gli studi specialistici affrontano il tema dell'amministrazione collettiva dei diritti attingendo alle teorie sul monopolio naturale³¹⁵ in quanto l'aggregazione di opere rappresenta, per l'appunto, un fenomeno spontaneo che le leggi del mercato richiedono. Pertanto, la tendenza alla concentrazione dei diritti nelle mani di un unico soggetto è un dato di fatto che l'evoluzione della gestione collettiva ha evidenziato e che la stessa Commissione nel 2004 ha presentato come dato imprescindibile per futuri interventi legislativi nel settore³¹⁶.

In questo contesto, il nuovo modello di gestione dei diritti d'autore introdotto dalla Commissione nella raccomandazione del 2005 pare

³¹⁴ Al riguardo, gli economisti giustificano il fenomeno di aggregazione delle opere in un unico repertorio sulla base dei costi sub-additivi necessari per amministrare i diritti d'autore: «administration of copyright of a group of owners increases production efficiency when its cost is lower than that of administering the copyrights of all possible subsets of the same group of owners» (S.M. BESEN, S.N. KIRBY e S.C. SALOP, *An economic analysis of copyright collectives*, cit., 383). Muovendo dalle economie di scala generate dall'aggregazione di opere in repertori, un Autore (D. SARTI, *Liberalizzazioni e gestione collettiva dei diritti di proprietà intellettuale*, cit., 5 s.) sostiene che in un sistema competitivo «la gestione collettiva perderebbe la propria ragion d'essere, per essere sostituita da una gestione individuale dei diritti su ciascuna singola opera. Il sistema di gestione collettiva vuole tuttavia in realtà proprio ridurre i costi di un controllo analitico delle utilizzazioni di opere diffuse a livello mondiale. L'ingresso sul mercato di nuove società di gestione collettiva determina quindi un aumento complessivo dei costi di negoziazione accentrata, a scapito delle *collecting* già attive sul mercato, e non responsabili di questo aumento».

³¹⁵ Si rinvia alla nota 39.

³¹⁶ Si cita testualmente: «Le società di gestione collettiva operano già in qualità di sportelli unici ('one-stop-shops') per la concessione di autorizzazioni riguardanti il repertorio mondiale del gruppo di titolari per il rispettivo territorio d'intervento. Ciò rappresenta un grande vantaggio tanto per i titolari quanto per gli utenti e non dovrebbe essere messo a rischio» (Commissione europea, *Gestione dei diritti d'autore e diritti connessi nel mercato interno*, cit., 11).

diametralmente opposto rispetto a quello pocanzi esaminato. Infatti, in luogo di un repertorio globale, è preferita l'amministrazione di un numero ristretto di opere su più territori dell'Unione. A subire le conseguenze della frammentazione dei repertori sono infatti gli utilizzatori che, per poter soddisfare i gusti musicali di un vasto pubblico, devono sobbarcarsi i costi di aggregazione dei repertori³¹⁷. Una simile incombenza sarebbe tuttavia evitabile qualora gli stessi potessero accordarsi solo con le *collecting societies* maggiormente rappresentative, trascurando invece quelle che amministrano repertori minori e poco redditizi³¹⁸.

L'effetto pocanzi esaminato consente di svolgere due ulteriori riflessioni. Anzitutto, il passaggio da una licenza globale ed onnicomprensiva ad una licenza ristretta ad un solo repertorio non amplifica la scelta che i consumatori possono compiere nel mercato *on-line* di musica ma, anzi, la restringe a danno dell'intera categoria dei creativi. Inoltre, le logiche di mercato che deriverebbero dalla competizione tra più società di gestione collettiva privilegierebbero il più forte (l'editore multinazionale) a

³¹⁷ Sul punto v. le osservazioni critiche del Max Planck Institute sul modello di gestione collettiva accolto dalla raccomandazione del 2005: J. DREXL, S. NÉRISSON, F. TRUMPKE, R.M. HILTY, *Comments of the Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition law on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing of rights in musical works for online uses in the internal market COM(2012)372*, in *Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper* 2013, IV, 6 secondo cui «Yet this policy did not produce any benefits to users, who, quite on the contrary, lost the advantage of the one-stop-shop for multi-repertoire licences and now have to acquire parallel licences for separate repertoires». In argomento cfr. D. SARTI, *Liberalizzazioni e gestione collettiva dei diritti di proprietà intellettuale*, cit.; G. MAZZIOTTI, *Symposium: collective management of copyright: solution or sacrifice? New licensing models for online music services in the European Union: from collective to customized management*, cit., 794 ss.; A. PROCIN, *The quest for pan-European copyright licensing solutions: a series of unfortunate events*, cit., 61.

³¹⁸ T. RIIS, *Collecting societies, competition, and the Services Directive*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 2011, VII, 490.

scapito del più debole (l'autore locale), arrecando così un danno alla diversità culturale su cui si fonda l'integrazione europea³¹⁹.

Per quanto riguarda, invece, gli effetti della raccomandazione sui titolari dei diritti, la Commissione, nell'analisi di impatto che la concorrenza tra società di gestione collettiva può avere sui piccoli autori o editori, si è limitata a segnalare che quest'ultima categoria di soggetti beneficerebbe di strumenti di monitoraggio e di distribuzione di *royalties* più veloci ed efficienti³²⁰. In realtà la competizione in questo settore potrebbe indurre le società di gestione collettiva ad adottare un modello «chiuso» di amministrazione dei diritti in cui solo i repertori redditizi sarebbero valorizzati rispetto a quelli di nicchia che, invece, resterebbero marginalizzati³²¹. In questo contesto verrebbe inoltre difficile qualificare il rifiuto a contrarre della *collecting society* come condotta vietata ai sensi del diritto della concorrenza in ragione della probabile assenza di una posizione

³¹⁹ Sul punto v. L. GIBault e S. VAN GOMPEL, *Collective management in the European Union*, in D. GERVAIS (a cura di), *Collective management of copyright and related rights*, Wolters and Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2006, 138 i quali affermano che «This could bring about the negative consequence that commercial users would want to contract only with these few larger societies since they represent the most popular music works. Such a concentration in the market for collective management of rights could be detrimental to the dissemination of cultural works over the Internet».

³²⁰ Commissione europea, *Study on a community initiative on the cross-border collective management of copyright*, cit., 35.

³²¹ Si tratta della cosiddetta pratica di *cream skimming* (o anche *cherry picking*) secondo la quale le società di gestione collettiva che intendono perseguire scopi di lucro avrebbero interesse ad acquisire solo i repertori maggiormente popolari per poter produrre maggiori profitti. Questa pratica tuttavia discriminerebbe le tradizionali società di gestione collettiva che hanno l'obbligo di non rifiutare l'offerta dei propri servizi agli autori che intendono affidarsi. A riguardo v. D. SARTI, *Le categorie delle collecting societies soggette alla direttiva*, cit., 8 s.; J.W.L. YOW, *Creative competition with a Pan-European Licensing Body: reconsidering the European Commission's approach to collecting societies*, in *World Competition* 2011, II, 296 s.; M. KRETSCHMER, *Access and reward in the information society: regulating the collective management of copyright*, cit., 27.

di dominanza nel mercato dell'offerta di licenze multiterritoriali³²². Per questi motivi, le scelte operate dalla Commissione basate su logiche di mercato paiono prendere le distanze dai principi egalitari che hanno caratterizzato in origine il fenomeno associativo degli autori.

Le osservazioni finora formulate lasciano intendere un rafforzamento del potere negoziale dei grandi titolari dei diritti e delle società di gestione collettiva ad essi alleate (cc.dd. *publisher-oriented*) rispetto ai piccoli autori e alle società di gestione collettiva di piccole o medie dimensioni. In conseguenza di ciò, i repertori nazionali rischierebbero di non trovare sbocchi nel mercato delle licenze *on-line* non essendo sufficientemente redditizi per poter essere diffusi nel mercato interno. Ciò nonostante, la Commissione europea ha sottolineato che un'efficiente gestione delle società d'autori sarebbe in grado di attrarre «*significant online licensing business, even if his original 'home base' [repertoire] is rather limited*»³²³. Questa ipotesi in realtà sembra trascurare la dimensione culturale del mercato discografico nel quale i consumi non si orientano in base al prezzo dei repertori ma in base alla *vis* attrattiva delle opere musicali. In effetti, anche se la concorrenza tra società di gestione collettiva fosse in grado di generare una gara al ribasso sulle tariffe applicate ai repertori locali poco

³²² Sul punto la Corte di giustizia ha affermato che «tale rifiuto, da parte di un'impresa detentrica di un monopolio di fatto, di prestare i propri servizi a tutti coloro che possono averne bisogno ma che non rientrano in una certa categoria che la stessa impresa ha definito in base alla cittadinanza o al domicilio, va considerato come sfruttamento abusivo di una posizione dominante ai sensi dell'art. 86, primo comma, del Trattato» (Corte di giustizia, *GVL*, cit., punto 56). V. anche capitolo II, paragrafo 1.

³²³ Commissione europea, *Study on a community initiative on the cross-border collective management of copyright*, cit., 45.

redditizi, essa non sarebbe comunque in grado di determinare uno spostamento della domanda verso opere che si discostano dal *mainstream*.

Procedendo nella disamina della raccomandazione del 2005, è opportuno, inoltre, osservare l'assenza di un avvallo democratico della riforma sulla gestione collettiva condotta dalla Commissione. In modo non diverso dalla decisione *CISAC* del 2008, anche la raccomandazione del 2005 non è stata sottoposta al vaglio del Parlamento europeo come invece sarebbe accaduto nel caso in cui si fosse optato per l'adozione di una direttiva attraverso la procedura legislativa ordinaria (art. 294 TFUE)³²⁴. A questo riguardo il Parlamento europeo ha considerato «inaccettabile che sia stato scelto un approccio di *'soft law'* senza consultazione preventiva e senza il coinvolgimento formale del Parlamento e del Consiglio aggirando così il processo democratico, soprattutto in quanto l'iniziativa adottata ha già influenzato decisioni di mercato a potenziale svantaggio della concorrenza e della diversità culturale»³²⁵.

La Commissione europea, dal canto suo, ha ritenuto invece che la scelta tra modello comunitario o efficientista e modello generalista fondato sugli accordi di reciproca rappresentanza debba essere lasciata, in ultima istanza, al mercato. D'altronde questo atteggiamento rispecchia esattamente le teorie ordoliberali sull'intervento nell'economia secondo le quali l'ordine

³²⁴ Sulla procedura legislativa ordinaria v. U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Cacucci, Bari, 2013, 216 ss.; G. STROZZI e R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, Giappichelli, Torino, 2013, 180 ss.; G. TESAURO, *Il diritto dell'Unione europea*, cit., 61 ss.;

³²⁵ Parlamento europeo, risoluzione del 13 marzo 2007 sulla raccomandazione 2005/737/CE della Commissione, del 18 ottobre 2005, sulla gestione transfrontaliera collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi nel campo dei servizi musicali online autorizzati, cit., lett. C.

di mercato non è prodotto da azioni regolatrici ma dal meccanismo concorrenziale³²⁶. Pertanto, le soluzioni da assumere sono dettate dalla competizione tra più imprese le quali, attraverso una sorta di selezione naturale, impongono il modello economico più efficiente. Da questo confronto dialettico rischierebbero però di essere estromessi quei soggetti che non hanno un peso economico tale da influenzare simili decisioni. Per questi motivi si comprendono le rivendicazioni del Parlamento europeo il quale tenta di riallocare la scelta del modello di amministrazione dei diritti d'autore in un ambito politico e non tecnico-economico.

I fattori di squilibrio del modello efficientista tuttavia sono apparsi superabili dal Parlamento europeo il quale, con una risoluzione, ha suggerito alla Commissione la strada da percorrere a sostegno della diversità culturale, aspetto che trova pieno riconoscimento giuridico nell'architettura dei Trattati³²⁷. Il modello presentato nella risoluzione prende infatti le mosse dagli accordi *IFPI – simulcasting*, notificati alla Commissione europea nel 2000, secondo i quali gli utilizzatori possono acquisire in licenza, valida per più territori, il repertorio mondiale gestito da una società di gestione collettiva a condizione che le tariffe applicate corrispondano a quelle adottate nel paese di destinazione della trasmissione delle opere³²⁸. In questo

³²⁶ Si pensi all'espressione «Concorrenza nella misura del possibile, pianificazione nella misura del necessario» (cfr. nota 180 e H. KÖRNER, *Wirtschaftspolitik, Wissenschaft und politische Aufgabe*, Paul Haupt, Berna, 1976, 86). In argomento v. anche F. BILGER, *La pensée économique libérale dans l'Allemagne contemporaine*, Librairie Générale de Droit, Parigi, 1964, 180 ss..

³²⁷ V. capitolo II, parag. 4.

³²⁸ A questo riguardo, il Parlamento europeo invita la Commissione ad «evitare una pressione al ribasso sui livelli delle *royalties* assicurando che gli utilizzatori ottengano la licenza sulla base della tariffa applicabile nel paese in cui avrà luogo il consumo dell'opera

modo si consentirebbe alle società di gestione collettiva di mettere al riparo i propri sistemi tariffari ed, in particolare, i prelievi culturali che rischierebbero di venir azzerati dalla gara al ribasso derivante dalla competizione nell'amministrazione dei diritti d'autore. Accordi di questo genere, seppur potenzialmente restrittivi della concorrenza, hanno una portata benefica non solo per gli interessi degli utilizzatori e degli autori ma anche per «la promozione di titolari dei diritti nuovi e minoritari, della diversità culturale, della creatività e del repertorio locale»³²⁹.

6. *Verso l'adozione di uno strumento vincolante. La proposta di direttiva e la valutazione d'impatto.*

Pur essendo mutato il panorama europeo della gestione collettiva dei diritti d'autore a seguito della raccomandazione del 2005, il sistema delle licenze fondato sugli accordi di reciproca rappresentanza ha mostrato tuttavia di reggere nel tempo. La vicenda *CISAC* ha rivelato, infatti, che il sistema basato sulle esclusive territoriali era comunque un'alternativa ulteriormente percorribile rispetto a quella promossa dalla Commissione, non essendo quest'ultima riuscita a provare la concertazione tra società di gestione collettiva nella spartizione dei mercati nazionali³³⁰.

In questo frangente si può dunque identificare una battuta d'arresto del fenomeno evolutivo propiziato dalla Commissione. Le cause dipendono

tutelata dal diritto d'autore (il cosiddetto 'paese di destinazione') e cercare di giungere ad un adeguato livello di *royalties* per i titolari dei diritti» (Parlamento europeo, *Risoluzione sulla Raccomandazione 2005/737/CE*, cit., 68).

³²⁹ Parlamento europeo, *Risoluzione sulla Raccomandazione 2005/737/CE*, cit., 65.

³³⁰ Corte di giustizia, *CISAC*, cit., punti 120 ss..

anzitutto dagli strumenti giuridici utilizzati. In particolare l'idea di affiancare ad un atto di *soft law* (la raccomandazione del 2005)³³¹ una decisione in parte inefficace (la decisione *CISAC*) non ha consentito alle società di gestione collettiva di superare il modello territorializzato di amministrazione dei diritti d'autore per le utilizzazioni di musica *on-line*. Per questi motivi, l'attuazione a macchia di leopardo³³² della riforma ha indotto la Commissione a progettare un nuovo atto normativo a portata vincolante che fosse in grado di produrre i risultati concorrenziali sperati³³³.

Sulla scorta delle sollecitazioni provenienti dal Parlamento europeo³³⁴, la fase di ideazione del nuovo strumento di regolazione della gestione

³³¹ Misure, che, come noto, non sono in grado di produrre alcun effetto vincolante e che rischiano di non essere eseguite in tutti gli Stati membri. Tuttavia non può negarsi che esse abbiano perlomeno una portata interpretativa per le giurisdizioni nazionali le quali sono tenute ad applicare le norme interne alla luce del diritto dell'Unione (cfr. Corte di giustizia, sentenza del 13 dicembre 1989, causa C-322/88, *Grimaldi*, punto 18 nella quale è stato affermato che «i giudici nazionali sono tenuti a prendere in considerazione le raccomandazioni ai fini della soluzione delle controversie sottoposte al loro giudizio, in particolare quando esse sono di aiuto nell'interpretazione di norme nazionali adottate allo scopo di garantire la loro attuazione, o mirano a completare norme comunitarie aventi natura vincolante»).

³³² Dovuta, in particolare, al rifiuto giunto da numerose società di gestione collettiva di offrire le licenze multiterritoriali (J. DREXL, *Collective management of copyrights and the EU principle of free movement of services after the OSA judgement – In favour of a more balance approach*, cit., 473).

³³³ In realtà, queste osservazioni erano state già prese in considerazione dal presidente della Commissione europea José Manuel Barroso. Infatti, nel programma di lavoro della Commissione del 2005 si legge che per poter garantire il buon funzionamento del mercato interno sia necessario adottare una direttiva sulla gestione collettiva dei diritti d'autore («A Directive seems the most appropriate way to reach that target». Cfr. Commissione europea, Comunicazione del 26 gennaio 2005, *Programma di lavoro della Commissione per il 2005*, COM(2005) 15 def., 19). Tali indicazioni sono rimaste tuttavia inattuuate dalla Direzione Mercato interno della Commissione sino all'insediamento del nuovo commissario Michel Barnier, promotore della direttiva 2014/26/UE sulla gestione collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi e sulla concessione di licenze multiterritoriali per i diritti su opere musicali per l'uso online nel mercato interno.

³³⁴ Secondo il Parlamento europeo «la Commissione dovrebbe procedere ad un'approfondita valutazione d'impatto, basata su dati affidabili e completi, dell'evoluzione e dell'applicazione di accordi e disposizioni volti a promuovere possibili risultati e a valutare i rischi di una concessione di licenze multi-territoriali e multi-repertorio per i servizi online,

collettiva dei diritti d'autore è stata supportata da una nuova valutazione d'impatto allegata alla proposta di direttiva sulla gestione collettiva dei diritti d'autore³³⁵. Tale studio ha esaminato in primo luogo le difficoltà di attuazione della raccomandazione del 2005 per poi proporre, nei limiti della compatibilità con l'*acquis* comunitario, un assetto regolamentare sulla *governance* delle società di gestione collettiva e sull'offerta di licenze multiterritoriali.

Le problematiche esaminate dalla Commissione derivano anzitutto dalla riluttanza di alcune piccole o medie società di gestione collettiva ad investire nell'offerta di licenze multiterritoriali non avendo alcun incentivo ad offrire i propri repertori al di fuori dei confini nazionali³³⁶. Pertanto, la coesistenza a livello europeo di due modelli di gestione collettiva dei diritti d'autore ha generato molta incertezza sui repertori amministrati dalle diverse *collecting societies*. Difatti, non essendo stati raggiunti gli standard di trasparenza auspicati dalla raccomandazione, si sono verificati molto spesso casi di doppie fatturazioni, poi sfociati in contenziosi dinanzi alle giurisdizioni nazionali³³⁷. Tali conseguenze sono state inoltre amplificate

tenendo pienamente conto della dimensione culturale, economica e sociale» (Parlamento europeo, *Risoluzione sulla Raccomandazione 2005/737/CE*, cit., 67).

³³⁵ Commissione europea, documento di lavoro dei servizi della Commissione del 11 luglio 2012, *Impact assessment accompanying the document 'Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing of rights in musical works for online uses in the internal market'*, SWD(2012) 205 final, non pubblicato.

³³⁶ Commissione europea, *Impact assessment on collective management of copyright and related rights*, cit., 28.

³³⁷ L'aumento dei contenziosi ha riguardato in particolar modo la fase di raccolta delle *royalties*. Si tratta in particolare dei casi di doppia fatturazione («double invoices») in cui gli utilizzatori ricevono più fatture da diverse società di gestione collettiva (Commissione europea, *Impact assessment on collective management of copyright and related rights*, cit., 25).

dalla scarsa recettività dei legislatori nazionali e degli operatori del settore ad adottare norme interne³³⁸ o codici di autodisciplina³³⁹ come invece la Commissione auspicava nella sua raccomandazione.

In ultima analisi, la Commissione ha segnalato nella valutazione d'impatto il rischio di marginalizzazione dei repertori minoritari già paventato dal Parlamento europeo nella risoluzione del 2007. In sostanza, tale rischio, come già segnalato nel paragrafo precedente, si concretizzerebbe nella facoltà di scelta per gli utilizzatori di stipulare contratti multiterritoriali di licenza con le *collecting societies* che amministrano esclusivamente repertori appartenenti ai grandi editori musicali. In questo modo i repertori locali e di nicchia rischierebbero di non avere alcuno sbocco nel mercato della distribuzione *on-line* di musica³⁴⁰, mettendo così a rischio la diversità culturale europea³⁴¹.

Dopo esser stati messi a fuoco i problemi di attuazione della raccomandazione del 2005, la Commissione europea ha selezionato tra diverse opzioni di regolamentazione della gestione collettiva dei diritti

³³⁸ Pochi Stati membri hanno recepito le norme della raccomandazione del 2005. Ad esempio, solo il Regno Unito, la Germania, l'Austria e la Danimarca hanno individuato organi specializzati nella risoluzione di controversie sulle tariffe e sulle condizioni di licenza (Commissione europea, *Impact assessment on collective management of copyright and related rights*, cit., 109).

³³⁹ La *International Federation of Reproduction Rights Organisations* ha pubblicato nel 2007 un codice di autodisciplina sul buon governo delle società di gestione collettiva nell'interesse dei titolari dei diritti e degli utilizzatori (Commissione europea, *Impact assessment on collective management of copyright and related rights*, cit., 108).

³⁴⁰ «Alternatively, some services might choose to launch on the basis of major repertoire only, which can be secured with a smaller number of licences. This would be detrimental to niche and local repertoire» (Commissione europea, *Impact assessment on collective management of copyright and related rights*, cit., 27).

³⁴¹ Sul tema v. A. DIETZ, *The European Commission's Proposal for a Directive on Collecting Societies and Cultural Diversity – a Missed Opportunity*, in *International Journal of Music Business Research* 2014, I, 7 ss..

d'autore quelle che poi sono confluite nel testo della proposta di direttiva. Ciò che è opportuno segnalare è che l'originaria fiducia nell'autoregolazione del mercato è venuta definitivamente meno. La Commissione ha infatti scartato le ipotesi di non intervento sul funzionamento delle *collecting societies* ritenendo che ulteriori benefici non potrebbero prodursi dal libero dispiegarsi delle forze di mercato ma attraverso una disciplina regolamentare puntuale e vincolante.

Per quanto riguarda le forniture di licenze multiterritoriali per le utilizzazioni di musica *on-line*, la Commissione ha scelto tra le diverse opzioni in gioco quella del c.d. «passaporto europeo di concessione delle licenze»³⁴². Tale opzione consiste nell'introdurre degli standard qualitativi minimi (c.d. «passaporto») che le società di gestione collettiva devono rispettare per poter offrire licenze multiterritoriali nel mercato interno. Pertanto la Commissione intende facilitare una concorrenza virtuosa fondata su regole condivise che riguardano ad esempio la trasparenza dei repertori amministrati, la velocità nella gestione dei dati e le capacità di fatturazione. Inoltre, al fine di evitare che alcuni repertori di nicchia vengano esclusi da tale processo, si è voluto incoraggiare l'aggregazione di repertori attraverso l'obbligo (art. 29 della proposta di direttiva) per le società dotate di passaporto di stipulare un accordo di rappresentanza con la società

³⁴² Si tratta dell'opzione B2 (Commissione europea, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2012 sulla *Gestione collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi e sulla concessione di licenze multiterritoriali per i diritti su opere musicali per l'uso online nel mercato interno*, COM(2012) 372 final, 7). Le opzioni escluse consistevano invece nel mantenere lo *status quo* (B1), prevedere la concessione diretta o parallela di licenze (B3) o l'estensione della concessione collettiva di licenze (B4), costituire un portatore centralizzato di licenza (B5).

richiedente che non intende o che non può sviluppare un sistema di licenza multiterritoriale.

La valutazione d'impatto affronta inoltre un tema più ampio, non circoscritto ai soli diritti di utilizzazione di musica *on-line*. Esso riguarda le regole di funzionamento delle società di gestione collettiva. Per quanto riguarda questo profilo, è difficile individuare una rilevanza comunitaria del fenomeno tale da giustificare un intervento di armonizzazione su base europea. A ben vedere, però, gli aspetti transfrontalieri della gestione collettiva dei diritti non riguardano esclusivamente l'offerta di licenze multiterritoriali ma anche i servizi di distribuzione di *royalties* a favore dei titolari dei diritti che possono stabilirsi in altri Stati membri dell'Unione. Per questo motivo la Commissione ha individuato come base giuridica gli articoli 50, paragrafo 2, lettera g), 53 e 62 del TFUE in tema di libera prestazione di servizi e di stabilimento³⁴³.

Quanto alla disciplina da adottare, la Commissione ha previsto non solo la codificazione dello statuto concorrenziale delle *collecting societies*, e cioè «i principi derivanti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, dalle decisioni antitrust della Commissione e dalla raccomandazione 2005/737/CE»³⁴⁴, ma anche di un *corpus* normativo «più elaborato in

³⁴³ Commissione europea, Proposta di direttiva sulla *Gestione collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi*, cit., considerando 6 e 7.

³⁴⁴ Commissione europea, Proposta di direttiva sulla *Gestione collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi*, cit., 6. Sul concetto di statuto concorrenziale delle società di gestione collettiva si rinvia al capitolo III.

materia di *governance* e trasparenza»³⁴⁵. Esso, contempla numerose regole in tema di gestione e controllo delle *collecting societies* che risultano essenziali a garantire il principio di libera circolazione dei titolari dei diritti, non altrimenti realizzabili attraverso lo strumento dell'autoregolazione³⁴⁶. Infatti, le misure introdotte nella proposta di direttiva hanno la funzione di adeguare il funzionamento delle società di gestione collettiva alle libertà economiche del mercato interno, in particolare rendendo maggiormente trasparente l'attività delle società di gestione collettiva (soprattutto in merito alle informazioni finanziarie), eliminando eventuali casi di discriminazione tra autori od editori stranieri e nazionali, favorendo il libero l'esercizio dei diritti d'autore a livello europeo e disciplinando analiticamente la fase di distribuzione delle *royalties*.

7. La direttiva 2014/26/UE sulla gestione collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi.

La direttiva 2014/26/UE sulla gestione collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi e sulla concessione di licenze multiterritoriali per i diritti su opere musicali per l'uso online nel mercato interno è un testo normativo molto articolato che consta di un vasto numero di considerando, cinque titoli (I – Disposizioni generali, II – Organismi di gestione collettiva, III -

³⁴⁵ Commissione europea, Proposta di direttiva sulla *Gestione collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi*, cit., 7.

³⁴⁶ A questo riguardo, si vedano le affermazioni della Commissione europea, *Impact assessment on collective management of copyright and related rights*, cit., 17: «There is however evidence that national rules and/or self-regulatory efforts are not effective in securing that important principles of governance and transparency are uniformly or properly applied across the EU».

Concessione di licenze multiterritoriali per i diritti su opere musicali online da parte di organismi di gestione collettiva, IV – Misure di esecuzione, V – Relazioni e disposizioni finali) e quarantacinque articoli.

Per poter esaminare il contenuto della direttiva, occorre anzitutto prendere le mosse dalla base giuridica adottata e dalle conseguenze che discendono da una simile scelta.

L'art. 50, paragrafo 2, lett. g, TFUE stabilisce che per poter rendere effettiva la libertà di stabilimento, l'Unione europea può adottare una direttiva che coordini «le garanzie che sono richieste, negli Stati membri, alle società a mente dell'articolo 54, secondo comma, per proteggere gli interessi tanto dei soci quanto dei terzi». Per «soci», la Commissione ha inteso riferirsi ai membri degli organismi di gestione collettiva e ai titolari dei diritti (considerando 7) che beneficiano dell'attività di raccolta e distribuzione delle *royalties*. Essi, infatti, esercitando la libertà di stabilirsi in qualsiasi Stato membro dell'Unione, potrebbero incorrere in ostacoli normativi o statutari delle *collecting societies* tali da non consentire loro di esercitare effettivamente i propri diritti.

Per produrre gli effetti desiderati, un intervento normativo comune a tutti gli Stati membri non poteva essere ulteriormente prorogato atteso che la raccomandazione del 2005 è stata applicata solo da alcuni Stati membri³⁴⁷. Quest'ultima, infatti, ha messo in evidenza i limiti di uno strumento

³⁴⁷ Per un approfondimento sull'attuazione della raccomandazione v. *Annex L: Implementation of the Commission Recommendation of 2005 and overview of national regulatory frameworks*, in Commissione europea, *Impact assessment on collective management of copyright and related rights*, cit., 106 ss..

giuridico sprovvisto di valore vincolante ed armonizzante³⁴⁸. In considerazione di ciò, la direttiva nel suo preambolo si pone come obiettivo quello di raggiungere l'uniformità delle misure nazionali che disciplinano il funzionamento delle società di gestione collettiva, presupposto essenziale affinché i loro membri possano attuare i diritti di cui agli artt. 49 TFUE e ss..

La seconda base giuridica della direttiva è data dall'art. 62 TFUE e dall'art. 53, paragrafo 1, TFUE. Essa consente l'adozione di misure volte a garantire la libera prestazione dei servizi allo scopo di sviluppare, secondo regole europee condivise, un'offerta di licenze multiterritoriali efficiente ed una adeguata gestione transfrontaliera dei repertori amministrati. In questo caso a beneficiare della libera prestazione dei servizi è la stessa *collecting society* che per poter offrire licenze multiterritoriali deve garantire il rispetto di regole stringenti stabilite nella direttiva.

Le considerazioni appena svolte sulle basi giuridiche adottate dalla direttiva permettono, inoltre, di valutare se la direttiva richieda agli Stati membri di abrogare le riserve legali riconosciute alle società di gestione collettiva³⁴⁹. Se ciò fosse vero, si registrerebbe un importante cambiamento di rotta da parte della Commissione la quale, nella fase di integrazione negativa, ha da sempre riconosciuto la legittimità del potere di mercato delle

³⁴⁸ Questa circostanza emerge dal considerando 6 della direttiva in cui si afferma che «La necessità di migliorare il funzionamento degli organismi di gestione collettiva è già stata individuata nella raccomandazione 2005/737/CE della Commissione. [...]. Tuttavia, il seguito dato alle disposizioni della raccomandazione è stato disomogeneo».

³⁴⁹ Contrario all'abbattimento dei monopoli nazionali è L. ATTOLICO, *Siae, l'obiettivo della direttiva non è l'abolizione del monopolio*, in ilsole24ore.com, 22 giugno 2016.

società europee di gestione collettiva purché esso non fosse esercitato in modo abusivo³⁵⁰.

Il paragrafo 2 dell'art. 5 della direttiva prevede che: «I titolari dei diritti hanno il diritto di autorizzare un organismo di gestione collettiva di loro scelta a gestire i diritti, le categorie di diritti o i tipi di opere e altri materiali protetti di loro scelta, per i territori di loro scelta, indipendentemente dallo Stato membro di nazionalità, di residenza o di stabilimento dell'organismo di gestione collettiva o del titolare dei diritti. A meno che non abbia ragioni oggettivamente giustificate per rifiutare la gestione, l'organismo di gestione collettiva è obbligato a gestire tali diritti, categorie di diritti o tipi di opere e altri materiali protetti, purché la gestione degli stessi rientri nel suo ambito di attività».

Il suddetto articolo introduce, quindi, una regola di libera circolazione dei titolari dei diritti potendo questi ultimi beneficiare dei servizi offerti dai diversi organismi di gestione collettiva stabiliti nell'Unione. Tuttavia, dalla lettura della norma non è chiaro se anche gli organismi di gestione collettiva possano avvalersi di una simile libertà nel mercato interno e cioè se ad essi sia concesso, al pari dei titolari dei diritti, di insediarsi o prestare i propri servizi in un altro Stato membro. Si rammenta, inoltre, che in favore di questa lettura milita non solo l'art. 5 ma anche il considerando n. 15 della direttiva secondo il quale «I titolari dei diritti dovrebbero essere liberi di poter affidare la gestione dei propri diritti a entità di gestione indipendenti».

³⁵⁰ Per un inquadramento del tema v. cap. III, paragrafi 1, 2.

Pertanto, per poter rendere effettiva la libera circolazione degli autori, si giungerebbe ad affermare che gli Stati membri debbono garantire agli organismi di gestione collettiva o ad entità di gestione indipendente la libertà di stabilirsi o prestare servizi nel proprio territorio.

Per poter affrontare la questione interpretativa occorre anzitutto soffermarsi sul problema della libertà di stabilimento degli organismi di gestione, circoscrivendo la portata applicativa della norma in esame. In primo luogo occorre porre attenzione al tenore letterale del paragrafo 2 dell'art. 5 poiché i diretti beneficiari della norma non sono gli organismi di gestione collettiva ma i titolari dei diritti che intendono affidarne la gestione ad un intermediario. Gli Stati membri pertanto devono garantire che questi diritti siano rispettati anche attraverso il riconoscimento degli stessi «nello statuto o nelle condizioni di adesione» degli organismi di gestione (art. 5, paragrafo 1). Un simile vincolo invece non riguarda le entità di gestione indipendenti in forza del mancato rinvio dell'art. 2, paragrafo 4, all'art. 5 della direttiva, e pertanto gli Stati membri resterebbero liberi di valutare se estendere le garanzie dell'art. 5 a dette entità (da qui il condizionale «dovrebbero» del considerando n. 15). Poste tali premesse, sarebbe già difficile desumere dalle disposizioni esaminate che la potestà normativa degli Stati membri sia vincolata all'apertura del mercato nazionale ad altri organismi di gestione collettiva o entità di gestione indipendente.

Inoltre, guardando alle basi giuridiche della direttiva, si può affermare che il diritto di stabilimento degli organismi di gestione collettiva non è

stato oggetto di armonizzazione. Infatti, si è già osservato che a beneficiare della libertà di stabilimento siano solo i membri degli organismi di gestione collettiva, i titolari dei diritti e terzi e non invece gli organismi di gestione collettiva. Ciò significa che se la materia non è stata disciplinata dalla direttiva, essa resta di competenza degli Stati membri³⁵¹ i quali possono adottare misure restrittive alla libertà di stabilimento purché nei limiti delle deroghe ammesse dai Trattati³⁵². Questa affermazione trova inoltre riscontro nel considerando n. 12 della direttiva il quale prevede che essa «non interferisce con le modalità di gestione dei diritti in vigore negli Stati membri» e dunque anche con la scelta di liberalizzare o meno l'attività di intermediazione.

Per quanto riguarda invece la libera prestazione dei servizi è necessario un cenno al caso dell'amministrazione di diritti d'autore su opere musicali per l'uso *on-line*. In questo ambito, la direttiva individua i requisiti minimi per poter svolgere tale attività (artt. 24 e ss.) considerato che gli organismi di gestione collettiva possono offrire licenze multiterritoriali senza servirsi della rete degli accordi di reciproca rappresentanza. Pertanto, uno Stato membro potrebbe ostacolare l'offerta di licenze multiterritoriali

³⁵¹ In argomento cfr. A. ARENA, *Il principio della preemption in diritto dell'Unione Europea. Esercizio delle competenze e ricognizione delle antinomie tra diritto derivato e diritto nazionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2013.

³⁵² Sul tema delle competenze concorrenti, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha affermato che l'esercizio della funzione legislativa statale è ammesso nei limiti del rispetto del diritto primario in assenza di un'armonizzazione esaustiva della materia da parte dell'Unione. In caso contrario, la misura di recepimento dovrà essere valutata alla luce delle disposizioni della direttiva (cfr. Corte di giustizia, sentenza del 12 novembre 2015, causa C-198/14, *Visnapuu*, punto 40; Corte di giustizia, sentenza del 16 luglio 2015, causa C-95/14, *UNIC e Uni.co.pel*, punto 33 e Corte di giustizia, sentenza del 14 dicembre 2004, causa C-309/02, *Radlberger e Spitz*, punto 53).

nel mercato interno solo nel caso in cui l'organismo di gestione collettiva o l'entità di gestione indipendente non rispettino le condizioni espressamente previste dalla direttiva (cfr. art. 23, c.d. *European Licensing Passport*). La *ratio* di tali disposizioni è, infatti, quella di ridurre e non di moltiplicare gli intermediari che sviluppano sistemi di licenze multiterritoriali al fine di generare economie di scala³⁵³.

Nell'ambito *off-line* invece, spetta allo Stato membro stabilire se una *collecting society* straniera sia libera di prestare i propri servizi nel territorio nazionale. Questo aspetto, non essendo stato oggetto di armonizzazione da parte della direttiva, deve essere valutato alla luce delle deroghe alla libera prestazione dei servizi previste dal Trattato. Sul punto si è espressa la Corte di giustizia nel caso *OSA*, la quale ha affermato che una simile restrizione può giustificarsi alla luce delle esigenze di tutela dei diritti d'autore, ritenendosi necessaria per «un controllo efficace del loro rispetto su tale territorio»³⁵⁴.

Le osservazioni pocanzi formulate permettono quindi di escludere che le disposizioni della direttiva consentano alle società di gestione collettiva di stabilirsi liberamente negli Stati membri. Pertanto, pare che la Commissione, nel regolare a livello europeo il fenomeno dell'intermediazione dei diritti d'autore e connessi, non abbia voluto

³⁵³ A riguardo, la Commissione ha affermato che «*C[ollecting]S[ociety]* complying with the legal requirements could also aggregate rights and repertoire on the basis of mandates from rightholders and from other *C[ollecting]S[ociety]* for the purposes of *M[ulti]T[erritorial]* licensing for online uses. This could put them in a position to achieve economies of scale and a breadth of repertoire that is attractive to users» (Commissione europea, *Impact assessment on collective management of copyright and related rights*, cit., 43 s.).

³⁵⁴ Corte di giustizia, *OSA*, cit., punto 72.

prendere posizione sulla scelta di liberalizzare o meno il settore, con eccezion fatta per l'offerta di licenze multiterritoriali per utilizzazioni di musica *on-line*.

Tanto basta per poter affermare che la nuova disciplina europea sulla gestione collettiva non attinge da un modello «liberalizzato» ma «regolamentato» in controtendenza rispetto all'attitudine propria del diritto dell'Unione a favorire la piena apertura dei mercati nazionali³⁵⁵. È stato, infatti, sostenuto che le ragioni di tale scelta muovono dall'intento di preservare «gli interessi degli autori e degli artisti ad avere accesso al sistema di intermediazione e a beneficiare dei vantaggi economici dello sfruttamento delle loro opere senza subire l'imposizione di condizioni contrattuali inique, o gli effetti di pratiche escludenti da parte degli editori e dei produttori»³⁵⁶. Per queste ragioni, il legislatore europeo ha preferito non prendere una posizione netta sul tema della liberalizzazione dell'attività d'intermediazione, lasciando agli Stati membri la facoltà di scegliere se mantenere o abbattere il regime di monopolio della gestione collettiva dei diritti d'autore e connessi³⁵⁷.

³⁵⁵ Per una differente prospettiva che vede nella direttiva la piena liberalizzazione del mercato della gestione collettiva ed un contrasto tra quest'ultima e la sentenza *OSA* della Corte di giustizia, v. G.M. RICCIO, *Gestione collettiva dei diritti d'autore: all'alba di uno scontro tra istituzioni comunitarie?*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata* 2014, 1019 ss.. A parere di chi scrive, la tesi sostenuta dall'Autore pecca nell'estendere le norme della direttiva a settori non coperti dalla stessa, e cioè quelli che residuano dalle utilizzazioni di musica *on-line*. In considerazione di ciò, le norme di diritto primario sulla libera prestazione dei servizi e le rispettive deroghe (in particolare, l'art. 56 TFUE) restano comunque applicabili a tutti i casi non disciplinati dalla direttiva, come quelli riguardanti il caso *OSA* relativo alla messa a disposizione di trasmissioni televisive e radiofoniche nelle camere di un istituto termale.

³⁵⁶ D. SARTI, *La categoria delle collecting societies soggette alla direttiva*, cit., 19.

³⁵⁷ Il legislatore italiano, ad esempio, ha optato per la liberalizzazione del mercato della gestione collettiva dei diritti connessi con D.L. 24 gennaio 2012, n. 1. Per quanto riguarda

L'atteggiamento rispettoso della competenza concorrente degli Stati membri in materia di mercato interno (art. 4 TFUE) si è riflesso anche nei confronti della forma giuridica delle *collecting societies*, essendo queste costituite negli Stati membri secondo modelli differenti³⁵⁸. La direttiva, infatti, «non impone agli organismi di gestione collettiva di adottare una forma giuridica specifica» (considerando n. 14) e, pertanto, essa ha un ambito di applicazione esteso alle società europee operanti nel settore dell'intermediazione dei diritti d'autore e connessi³⁵⁹.

Tuttavia la direttiva, pur prendendo le distanze da un approccio formalistico al fenomeno della gestione collettiva dei diritti, introduce un regime giuridico a «geometria variabile» tra *collecting societies*, differenziando in tal modo la regolamentazione rispetto alle caratteristiche soggettive dell'ente di gestione.

Diversamente dalla proposta di direttiva, il testo definitivo distingue gli organismi di gestione collettiva dalle entità di gestione indipendente. Gli organismi di gestione collettiva possono essere detenuti e controllati dai

invece l'intermediazione dei diritti d'autore, ad oggi resta ferma la riserva legale di SIAE ai sensi dell'art. 180 l.a..

³⁵⁸ Questo aspetto è tenuto in considerazione nell'*Impact assessment* della Commissione (cfr. Commissione europea, *Impact assessment on collective management of copyright and related rights*, cit., 11). Sono infatti diverse le forme giuridiche delle società europee di gestione collettiva: la PRS, la SACEM e la SABAM sono società di capitali, mentre altre sono costituite come società *no profit* (ad esempio la SGAE e la BUMA) o fondazioni (ad esempio la STEMRA). Per quanto riguarda la SIAE, essa è stata definita come «ente pubblico economico a base associativa» (cfr., art. 1, co. 1, della l. 9 gennaio 2008, n. 2).

³⁵⁹ Il progetto di direttiva poneva alcuni problemi sulla categoria delle *collecting societies* soggette alla direttiva. La definizione contenuta in essa, infatti, non era strutturata in modo tale da includere altri soggetti come editori o produttori discografici che svolgono attività assimilabili alla gestione collettiva dei diritti d'autore e connessi (in argomento v. le critiche di D. SARTI, *La categoria delle collecting societies soggette alla direttiva*, cit., 3 ss.). La direttiva, invece, pare aver preso posizione sul tema escludendo esplicitamente al considerando n. 16 e all'art. 3 della medesima la riconducibilità di editori e produttori alla nozione di organismo di gestione collettiva.

propri membri o, altrimenti, essere organizzati senza fini di lucro (art. 3, lett. *a*). Ad essi sono inoltre assimilati tutte quelle entità «direttamente o indirettamente detenute o controllate, integralmente o in parte, da un organismo di gestione collettiva purché tali entità svolgano un'attività, che, se condotta da un organismo di gestione collettiva, sarebbe soggetta alle disposizioni della presente direttiva» (art. 2, paragrafo 3). Le entità di gestione indipendente, invece, non sono né detenute, né controllate dai loro membri e sono organizzate secondo fini di lucro (cfr. art. 3, lett. *b*).

La distinzione non è di poco conto in quanto solo alcune garanzie previste dalla direttiva sono applicabili alle entità di gestione indipendente (art. 2, paragrafo 4), ed in particolare quelle relative alla buona fede nella negoziazione di licenze (art. 16, paragrafo 1), alla trasparenza in favore dei titolari dei diritti (art. 18), al rilascio di informazioni su richiesta (art. 20), alla divulgazione di alcune informazioni (art. 21, paragrafo 1, lett. *a, b, c, e, f e g*), alla vigilanza del rispetto degli obblighi da parte degli Stati membri (art. 36) e alla protezione della *privacy* (art. 42).

Dal testo della direttiva, tuttavia, non si evincono le ragioni per le quali il legislatore europeo abbia deciso di assoggettare solo parte della disciplina degli organismi di gestione collettiva alle entità di gestione indipendente³⁶⁰. La giustificazione di tale scelta pare anzitutto riconducibile

³⁶⁰ Si legge nel considerando n. 15 solamente che «I titolari dei diritti dovrebbero essere liberi di poter affidare la gestione dei propri diritti a entità di gestione indipendenti. Tali entità di gestione indipendenti che differiscono dagli organismi di gestione collettiva, tra le altre cose perché non sono detenute o controllate dai titolari dei diritti. Tuttavia, nella misura in cui tali entità di gestione indipendenti svolgono le stesse attività degli organismi di gestione collettiva, esse dovrebbero essere tenute a fornire determinate informazioni ai

ad un piano logico-sistematico. Sarebbe, infatti, irragionevole consentire alle entità di gestione indipendente di perseguire finalità lucrative e, nello stesso tempo, richiedere ad esse l'adozione di comportamenti che non consentano loro di massimizzare i profitti³⁶¹.

Il modello «aperto» di società di gestione collettiva rappresenta un caso emblematico. I costi elevati di amministrazione di un ampio repertorio che comprende anche opere non redditizie sarebbero economicamente incompatibili con l'obiettivo di perseguire profitti. Per questi motivi si spiega, ad esempio, perché la direttiva non abbia imposto alcun obbligo a contrarre alle società di gestione collettiva in favore degli autori, essendo queste libere di adottare un modello «aperto» o «chiuso» di amministrazione dei diritti, a condizione però che non detengano una posizione dominante nel mercato³⁶². La conferma di un simile approccio al problema emerge anche dall'art. 30 della direttiva il quale impone ai soli organismi di gestione collettiva – e non anche alle entità di gestione indipendente - un obbligo di rappresentanza di un altro organismo per la concessione di licenze multiterritoriali.

Ma vi è di più. La scelta di vincolare le entità di gestione indipendente solo ad alcuni obblighi propri degli organismi di gestione collettiva potrebbe in realtà essere dettata dall'esigenza di rendere più equo il confronto

titolari dei diritti che rappresentano, agli organismi di gestione collettiva, agli utilizzatori e al pubblico».

³⁶¹ D. SARTI, *Concorrenza e level playing field europeo nella gestione collettiva dei diritti d'autore e connessi*, in *Le nuove leggi civili commentate* 2016, IV, 870.

³⁶² Condizione che, come noto, deve essere valutata *ex post* ai sensi dell'art. 102 TFUE, e cioè dopo il rifiuto a contrarre della società di gestione collettiva.

competitivo. Gli organismi di gestione collettiva, infatti, non essendo tenuti a perseguire finalità di lucro, non devono sottrarre ulteriori risorse oltre ai costi sostenuti per l'attività di intermediazione dei diritti, a differenza, invece, delle entità di gestione indipendente che devono poter realizzare profitti al fine di remunerare gli investitori.

A ciò si aggiunga che la disparità di trattamento tra organismi di gestione collettiva ed entità di gestione indipendente potrebbe essere giustificata dal potere di mercato che numerose *collecting societies* detengono nel mercato interno. La Commissione europea, infatti, già nella fase di adozione della direttiva, rilevava che nei mercati liberalizzati alcuni operatori di piccole dimensioni hanno difficoltà ad emergere rispetto alle società di gestione collettiva storiche³⁶³. Pertanto i due differenti regimi giuridici dovrebbero trovare applicazione considerata la peculiare struttura di mercato dell'intermediazione dei diritti d'autore e connessi.

Pare, però, difficile azzardare una simile soluzione considerato che l'ambito di applicazione della direttiva prescinde dalla posizione di dominanza degli organismi di gestione collettiva³⁶⁴. Anzi, tale distinzione

³⁶³ Tale giustificazione emerge dalla lettera di risposta della Commissione europea alle criticità segnalate dal Senato della Repubblica, *Risoluzione del 21 novembre 2012 sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla gestione collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi e sulla concessione di licenze multiterritoriali per i diritti su opere musicali per l'uso online nel mercato interno (COM(2012) 372 def.)*, Doc. XVIII-bis n. 85. La Commissione europea ha, infatti, «scelto di limitare il campo di applicazione della direttiva alle società di gestione collettiva detenute o controllate dai propri membri, in quanto queste ultime hanno generalmente una posizione dominante (in vari Stati membri addirittura di monopolio) sul mercato».

³⁶⁴ Non vi, infatti, alcun riferimento nella direttiva al potere di mercato detenuto dalle *collecting societies* tale da giustificare un regime giuridico differenziato tra organismi di gestione collettiva ed entità di gestione indipendente (cfr. D. SARTI, *Concorrenza e level playing field europeo nella gestione collettiva dei diritti d'autore e connessi*, cit., 863).

con la conseguente applicazione di un regime giuridico penalizzante per gli organismi di gestione collettiva potrebbe condurre, come conseguenza di lungo periodo, ad un'evoluzione di mercato verso nuove forme di intermediazione dei diritti non più preposte esclusivamente alla protezione di un interesse di categoria – funzione originaria e prevalente delle società di gestione collettiva - ma alla remunerazione del capitale³⁶⁵.

8. *Il recepimento della direttiva 2014/26/UE in Italia.*

La procedura di attuazione delle direttive dell'Unione europea nell'ordinamento italiano si articola essenzialmente in due fasi. La prima riguarda l'adozione della c.d. «legge di delegazione europea» il cui contenuto è definito dall'art. 30 della l. 24 dicembre 2012, n. 234 intitolata «Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea». Attraverso la legge di delegazione, il Parlamento, al fine di rispettare i termini di recepimento delle direttive, attribuisce al Governo il potere di adottare un decreto legislativo di recepimento degli atti dell'Unione (art. 29). La seconda fase, invece, riguarda i diversi passaggi necessari per l'adozione del decreto legislativo da parte del Governo il quale, in tale attività, deve attenersi strettamente ai criteri generali e specifici per l'esercizio delle deleghe.

³⁶⁵ Osservazione lucidamente formulata da D. SARTI, op. loc. cit., 871 secondo il quale le norme della direttiva «assoggettano le *collecting* ad una regolamentazione più stringente di quella applicabile agli altri gestori (in particolare a editori, produttori, emittenti); spingono perciò i gestori ad uscire dal sistema delle *collecting*, per potersi così sottrarre a un *level playing field* penalizzante; non offrono basi sicure di reazione di fronte a queste spinte».

Per poter tracciare il «percorso ad ostacoli» del recepimento della direttiva 2014/26/UE occorre anzitutto osservare che non si rinvencono riferimenti a detto atto nella legge di delegazione europea 2014 (l. 9 luglio 2015, n. 114), pur essendo iniziati i lavori in seno alla 14^a Commissione permanente del Senato (Politiche dell'Unione europea) già a partire dal 16 febbraio 2015. Le ragioni di tale lacuna risiedono nelle divergenze sorte in ambito politico circa la liberalizzazione del mercato dell'intermediazione dei diritti d'autore³⁶⁶. L'*impasse* ha, infatti, reso opportuno espungere la direttiva dal disegno di legge di delegazione europea 2014 al fine di procedere ad un ulteriore approfondimento sul tema. In realtà, lo stralcio della direttiva dal testo delle legge di delegazione si rivelerà in seguito una scelta dannosa in quanto, dilatando eccessivamente i tempi di attuazione, ha portato all'avvio di un ricorso d'infrazione della Commissione contro l'Italia a causa del mancato rispetto dei termini di recepimento indicati dalla direttiva stessa (10 aprile 2016).

In attesa di un accordo sul fronte politico, il Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo ha avviato un approfondimento delle problematiche destinate dalla direttiva 2014/26/UE al fine di sciogliere i nodi emersi nella fase parlamentare. A conclusione dell'indagine condotta dalla Commissione speciale nell'ambito del Comitato Consultivo Permanente per

³⁶⁶ In particolare, il dibattito gravitava attorno all'interpretazione dell'art. 5 della direttiva il quale, secondo alcuni senatori, richiedeva l'abolizione del monopolio SIAE per amplificare l'effettività della norma.

il Diritto d'Autore³⁶⁷ e in assenza di precisi criteri di delega, è stato predisposto un primissimo schema di decreto che sarebbe poi stato rivisto alla luce del testo definitivo della legge di delegazione europea 2015.

In questo scenario, tuttavia, si è inserita anche l'Autorità garante della concorrenza e del mercato la quale, nel parere del 1° giugno 2016, ha preso una posizione netta sulla questione della liberalizzazione del mercato della gestione collettiva dei diritti d'autore. Essa ha, infatti, suggerito al legislatore una formulazione dei criteri di delega consoni ad un «adeguato grado concorrenziale del mercato interno, che garantiscono nel contempo, la concorrenza fra una pluralità di *collecting societies* stabilite nel territorio italiano e un'adeguata tutela dei titolari dei diritti»³⁶⁸. Prendendo, infatti, spunto dall'art. 5, paragrafo 1 della direttiva e, più in generale, dalle libertà economiche dei Trattati, l'Autorità è giunta ad affermare che la scelta di mantenere il monopolio SIAE sia anacronistica rispetto all'impianto normativo europeo e che sia auspicabile un intervento volto a rimuovere la riserva legale di cui all'art. 180 l.a..

Nel tentativo di individuare un corretto equilibrio tra le esigenze di tutela dei diritti d'autore e le libertà economiche del Trattato, le questioni sorte nella fase di redazione della legge di delegazione sono state risolte nel senso di mantenere il monopolio SIAE anche dopo il recepimento della

³⁶⁷ Organo consultivo del Ministro dei beni e delle attività culturali, previsto e disciplinato dall'art. 190 l.a..

³⁶⁸ Autorità garante della concorrenza e del mercato, parere del 1 giugno 2016, *Gestione collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi e concessione di licenze multiterritoriali per i diritti su opere musicali per l'uso online nel mercato interno*, AS1281, in Bollettino n. 19/2016 del 6 giugno 2016.

direttiva e, allo stesso tempo, di introdurre un sistema di verifica dei livelli di trasparenza ed efficienza raggiunti grazie all'attuazione della nuova disciplina sulla gestione collettiva dei diritti d'autore in modo tale da poter valutare in futuro la liberalizzazione del settore³⁶⁹. Infatti, l'art. 20 della legge di delegazione europea 2015 (l. 12 agosto 2016, n. 170), nella sua veste definitiva, non prende posizione sul monopolio SIAE ma anzi, lo conferma a condizione che siano rispettati gli obblighi stringenti indicati nella direttiva³⁷⁰.

³⁶⁹ Soluzione indicata nell'ordine del giorno (G/2345/24/14), approvato dalla 14^a Commissione del Senato (Politiche dell'Unione europea) il 9 giugno 2016. Con tale documento il Governo si impegna «a prevedere, in sede di redazione del decreto di attuazione, meccanismi e procedure che consentano ai titolari dei diritti e agli utilizzatori di notificare all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato osservazioni e proposte dirette alla migliore attuazione dei principi affermati dalla direttiva; a svolgere, nello spirito della direttiva 2014/26/UE, che prevede l'istituzione di procedure appropriate per monitorare il suo rispetto, un approfondimento sui risultati ottenuti in termini di trasparenza ed efficienza dell'attività oggi in capo alla sola SIAE, al fine di intervenire successivamente, anche nella direzione dell'apertura dell'attività di intermediazione ad altri organismi di gestione collettiva; a individuare la migliore delle soluzioni per garantire il libero mercato dei servizi di tutela dei diritti d'autore, la loro efficienza e la maggiore solvibilità delle agenzie che li svolgono, alla luce del parere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 1° giugno 2016, nonché sulla base dell'osservazione dei risultati conseguiti dalle *best practices* degli altri Stati membri dell'UE e delle evidenze offerte dagli studi, anche di impatto, che verranno realizzati dal Gruppo di Esperti istituito dall'art. 41 della direttiva e composto dai rappresentanti delle autorità nazionali e della Commissione».

³⁷⁰ La relazione illustrativa che accompagna lo schema di decreto legislativo da sottoporre a parere parlamentare ai sensi degli artt. 1 e 20 della l. 12 agosto 2016, n. 170 supera le perplessità sorte durante la fase di elaborazione della delega in quanto dal considerando n. 12 della direttiva emerge che «essa non interferisce con le modalità di gestione dei diritti in vigore negli Stati membri quali la gestione individuale, l'estensione degli effetti di un accordo tra un organismo di gestione collettiva rappresentativo e un utilizzatore, vale a dire l'estensione della concessione collettiva di licenze, la gestione collettiva obbligatoria, le presunzioni legali di rappresentanza e la cessione dei diritti agli organismi di gestione collettiva». Inoltre, nella Sezione 6 (Incidenza sul corretto funzionamento concorrenziale del mercato e sulla competitività del Paese) della relazione AIR allegata allo schema di decreto, il Ministero dei beni culturali ritiene, a differenza di quanto espresso dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che la riserva legale in favore di SIAE «è coerente e compatibile con il corretto funzionamento del mercato senza incidere negativamente sulla libera concorrenza delle imprese, sia a livello nazionale che internazionale» (p. 26), soprattutto in ragione del principio di territorialità del diritto d'autore.

La delega conferita al Governo, in particolare, indica una serie di criteri che da rispettare nella redazione del decreto legislativo. Secondo quanto previsto dall'art. 20, il Governo è infatti tenuto ad assicurare il raggiungimento da parte della SIAE e di altri organismi di gestione collettiva livelli di trasparenza, efficienza e rappresentatività nell'amministrazione dei diritti d'autore e connessi (art. 20, comma 1, lett. *a*). Alla luce di questi obiettivi, il legislatore introduce numerosi riferimenti ai rapporti tra titolari dei diritti ed organismi di gestione collettiva (art. 20, comma 1, lett. *b, c*), all'attività di rendicontazione, di raccolta e ripartizione delle *royalties* (art. 20, comma 1, lett. *d, e, f*), alla partecipazione dei titolari dei diritti alle decisioni prese dagli organismi di gestione collettiva (art. 20, comma 1, lett. *d*), ai rapporti tra questi ultimi e gli utilizzatori, all'adozione di sistemi di risoluzione alternativa delle controversie (art. 20, comma 1, lett. *h*) e di elevato livello di trasparenza dell'attività da essi svolta (art. 20, comma 1, lett. *g*). La legge di delegazione, inoltre, prevede una serie di misure riguardanti la ridefinizione dei requisiti minimi per poter svolgere l'attività di intermediazione dei diritti connessi (art. 20, comma 1, lett. *n*) e gli spettacoli dal vivo (art. 20, comma 1, lett. *l*), aspetti di cui non si terrà conto in quanto esulano dal tema di ricerca condotto in questo studio.

Queste condizioni, che ricalcano in larga parte i livelli di regolazione individuati nella direttiva 2014/26/UE, si sono poi tradotte in un corposo

decreto legislativo 15 marzo 2017, n. 35³⁷¹ che integra la disciplina della SIAE originariamente tratteggiata dalla legge del 22 aprile 1941, n. 633.

Il testo normativo è composto da sei capi per un totale di 51 articoli: Disposizioni generali (Capo I); Organismi di gestione collettiva (Capo II); Concessione da parte di organismi di gestione collettiva di licenze multiterritoriali per l'esercizio di diritti su opere musicali diffuse su reti di comunicazione elettronica online (Capo III); Risoluzione delle controversie, vigilanza e sanzioni (Capo IV); Ulteriori disposizioni attinenti al diritto d'autore (Capo V); Disposizioni transitorie e finali (Capo VI). Per quanto riguarda le numerose disposizioni in esso contenute relative alla gestione collettiva dei diritti d'autore, esse riproducono quasi letteralmente gli articoli della direttiva 2014/26/UE. Tuttavia, ciò che rileva segnalare sono alcune specifiche norme che consentono l'attuazione degli obiettivi individuati dalla direttiva attraverso gli strumenti giuridici messi a disposizione dall'ordinamento nazionale.

Per quanto riguarda il contenuto di detto decreto, esso è caratterizzato da una trasposizione letterale della direttiva 2014/26/UE, con particolare riferimento alle norme specifiche di regolazione in essa previste. D'altronde, l'introduzione di standard più rigorosi, seppur formalmente contemplata dalla direttiva stessa³⁷², resta preclusa in virtù del divieto di *gold-plating*,

³⁷¹ Il decreto è stato emanato in concomitanza del termine di scadenza della consegna del presente elaborato e di esso ci si riserva di dar più ampiamente conto in una prossima occasione di riflessione.

³⁷² Nel preambolo della direttiva 2014/26/UE, il legislatore dell'Unione infatti afferma che «Gli Stati membri dovrebbero tuttavia restare liberi di mantenere o imporre standard più

(art. 32, comma 1, lett. c, l. 24 dicembre 2012, n. 234) secondo il quale «gli atti di recepimento di direttive dell'Unione europea non possono prevedere l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse». Pertanto, nel risicato margine di discrezionalità concesso al legislatore delegato all'attuazione della direttiva, non resta che coordinare la novella legislativa alle disposizioni già in vigore ed individuare quei soggetti istituzionali adibiti all'attuazione degli obiettivi indicati nella direttiva stessa.

Per quanto riguarda quest'ultima facoltà, si pensi, ad esempio, alle disposizioni del decreto attinenti alla vigilanza e alle sanzioni. Esso infatti pone sotto stretta osservazione le condotte di SIAE la quale sarà sottoposta ad un rigido controllo non solo da parte del Ministero dei beni e delle attività culturali e dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, sulla base delle competenze originariamente individuate dall'art. 1, comma 3, della legge 9 gennaio 2008, n. 2, ma anche da parte dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM) che sorveglierà sul rispetto del nuovo decreto (cfr. art. 40) e che, nel caso, potrà applicare ingenti sanzioni amministrative o addirittura disporre la sospensione o la cessazione dell'attività (art. 41). Tuttavia quest'ultimo potere sanzionatorio non si applica nei confronti di SIAE che, come noto, svolge in esclusiva sul territorio nazionale l'attività di intermediazione dei diritti d'autore. Infatti, anche una breve sospensione dell'attività di intermediazione potrebbe

rigorosi rispetto a quelli previsti al titolo II della presente direttiva, a condizione che tali standard più rigorosi siano compatibili con il diritto dell'Unione» (considerando n. 9).

arrecare un grave danno a quei soggetti che necessitano la continuità del servizio offerto da SIAE, e cioè nello specifico tutte quelle attività riguardanti la concessione di licenze, la vigilanza sulle utilizzazioni, la raccolta e la distribuzione delle *royalties*.

Per quanto riguarda, invece, la risoluzione di eventuali controversie sorte in relazione all'applicazione delle disposizioni del decreto in esame, è prevista l'attribuzione di tale competenza alle sezioni specializzate in materia di impresa (art. 39), salva la possibilità di attivare delle procedure di reclamo, internamente processate dalle società di gestione collettiva, relative a «l'autorizzazione a gestire diritti e il relativo ritiro o la revoca di diritti, le condizioni di adesione, la riscossione degli importi dovuti ai titolari dei diritti, le detrazioni e le distribuzioni» (art. 38, comma 1).

Il decreto prevede, inoltre, la possibilità di dare voce agli operatori del settore (titolari dei diritti, società di gestione collettiva e utilizzatori) attraverso l'apertura di un canale di comunicazione con l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, la quale sarà destinataria di «osservazioni e proposte dirette alla migliore attuazione delle disposizioni del presente decreto» (art. 44). Inoltre il legislatore delegato ha attribuito all'AGCOM il compito di inviare entro il 10 ottobre 2017 una relazione alla Commissione europea sulla «situazione e lo sviluppo delle licenze multiterritoriali sul territorio italiano» (art. 48) con l'intento di far emergere l'attuale stato dell'arte delle licenze multiterritoriali in Italia.

Sul coordinamento tra le disposizioni del decreto e la legislazione attualmente vigente, il legislatore italiano ha optato per il mantenimento del monopolio SIAE. Difatti, dall'interpretazione delle disposizioni del decreto non può dedursi alcuna abrogazione implicita della riserva legale in quanto si precisa all'art. 4, comma 2 di detto decreto che è «fatto salvo quanto disposto dall'articolo 180, della legge 22 aprile 1941, n. 633».

In realtà, la clausola di salvezza non esclude che la riserva legale di SIAE continui a restare un punto fermo in futuro. Infatti, l'impatto della nuova regolamentazione sarà monitorato *ex post* dal Parlamento e dagli enti vigilanti i quali potranno consultare una relazione di SIAE sui risultati dell'attività svolta, relativa ai profili di trasparenza ed efficienza (art. 28, comma 5). L'obiettivo è infatti quello di consentire alle istituzioni di valutare la possibilità di abrogare il monopolio SIAE in favore di una maggiore liberalizzazione del sistema.

Il nuovo testo normativo rappresenta, quindi, un punto di svolta dell'intero sistema di amministrazione collettiva dei diritti d'autore in Italia al quale SIAE dichiara di essere già da tempo allineata³⁷³. Pur restando ferma la riserva legale di cui all'art. 180 l.a.³⁷⁴, l'applicazione del decreto metterà alla prova l'attività di SIAE che in passato non è, purtroppo, riuscita a dar segnali di efficienza al mercato della gestione collettiva dei diritti d'autore.

³⁷³ Osservazioni presentate da SIAE al convegno «Gli effetti della direttiva 2014/26/UE nel mercato italiano e paneuropeo della gestione dei diritti d'autore e connessi. Italia/UK: sistemi a confronto» tenutosi l'8 giugno 2016 a Roma.

³⁷⁴ A riguardo, v. anche le critiche formulate nell'Interrogazione n° 4-06781 del 21 dicembre 2016 (seduta n. 736).

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Attraverso un lungo e difficile cammino, il sistema della gestione collettiva dei diritti d'autore è profondamente mutato rispetto al passato. L'effetto dirompente di una simile evoluzione, pur essendo caratterizzata da numerose sfaccettature, può cogliersi nel semplice fatto che se in passato le società di autori non potevano essere considerate alla stregua di «mercanti»³⁷⁵, spettando ad esse le attività tecniche di licenza, raccolta e ripartizione dei proventi, oggi hanno assunto la veste di vere e proprie imprese.

In questo processo di metamorfosi, un ruolo determinante è stato svolto dal diritto dell'Unione europea ove la sua concreta applicazione ha dato impulso ad una rivoluzione copernicana dell'intero settore. Infatti, muovendo dall'abbattimento delle barriere alla circolazione dei diritti d'autore nel mercato interno si è generato un processo virtuoso che ha spinto le imprese culturali ad investire in tecnologia. Di conseguenza, le nuove forme di sfruttamento delle opere e i nuovi processi di monitoraggio delle utilizzazioni hanno richiesto un ripensamento delle strutture monopolistiche delle società di gestione collettiva che per lungo tempo sono state considerate dalle istituzioni dell'Unione necessarie alla tutela della proprietà intellettuale.

Un ruolo determinante in questo processo è stato svolto dalla Commissione europea. Superata la fase di integrazione «negativa»

³⁷⁵ U. GHERALDI, *Di talune funzioni dell'«E.I.D.A.» nelle relazioni con l'estero*, cit., 282.

finalizzata ad arginare gli abusi di mercato delle società d'autori, negli ultimi dodici anni la Commissione ha avviato un'attività di *market-shaping* volta a rendere effettive le libertà economiche previste nei Trattati. In questo contesto trova collocazione la direttiva 2014/26/UE che non solo codifica gran parte dei principi già affermati nella fase di integrazione «negativa» dei mercati nazionali ma introduce ulteriori disposizioni innovative in materia di *governance* delle società e di licenze multiterritoriali, norme che ad oggi stentano ancora a prendere forma negli ordinamenti nazionali.

A questo punto dell'evoluzione del sistema, non è possibile prevedere se per la SIAE, sulla quale pende la spada di Damocle di una futura liberalizzazione, e per le omologhe società europee sia alle porte una nuova primavera o un inverno difficile. Considerata la complessità nel formulare previsioni in merito, si potrebbe quantomeno azzardare un'ipotesi sullo sviluppo del mercato a seguito della piena operatività della direttiva 2014/26/UE.

Il nuovo sistema di amministrazione dei diritti d'autore lascia difatti intendere l'emersione di una struttura oligopolistica nel settore delle licenze per le utilizzazioni di musica *on-line*³⁷⁶ in ragione della spontanea propensione di questo mercato all'aggregazione delle opere in repertori sempre più ampi. I primi segnali di questo fenomeno sono ravvisabili

³⁷⁶ Considerazione già formulata nel 2007 nella risoluzione *Levai* (Parlamento europeo, risoluzione del 13 marzo 2007 sulla *raccomandazione 2005/737/CE della Commissione, del 18 ottobre 2005, sulla gestione transfrontaliera collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi nel campo dei servizi musicali online autorizzati*, cit., 13). In argomento cfr. anche A. PROCIN, *The quest for pan-European copyright licensing solutions: a series of unfortunate events*, cit., 62 il quale esprime dubbi su un'evoluzione oligopolistica o addirittura monopolistica del mercato.

nell'attività della Commissione che ha provveduto ad autorizzare ai sensi del regolamento (CE) n. 139/2004 una concentrazione tra più società di gestione collettiva³⁷⁷.

In questo scenario, la nascita di grandi *hub* di licenza avrà con buone probabilità un impatto consistente nel mercato interessato. Difatti, essendo stato reciso l'originario legame col territorio, le nuove *collecting societies* che operano nel più ampio contesto europeo attraverso le licenze multiterritoriali potrebbero anzitutto sottrarre una parte consistente di *royalties* alle società di gestione collettiva tradizionali, restando così preclusa la possibilità per quest'ultime di operare delle deduzioni per fini culturali o previdenziali, spese che alla fine dei conti dovranno accollarsi gli Stati membri.

Per quanto riguarda invece la struttura delle *collecting societies*, l'impianto normativo della direttiva 2014/26/UE potrebbe indurre queste ultime a costituirsi come entità di gestione indipendente che, a differenza degli organismi di gestione collettiva, perseguono finalità lucrative. Infatti, solo una minima parte degli stringenti obblighi di regolazione imposti agli organismi di gestione collettiva sono applicabili a dette entità. In un'ottica di lungo periodo non si esclude che la disciplina penalizzante prevista dalla direttiva per questi ultimi si trasformi in un incentivo ad abbandonare le originarie funzioni solidaristiche in favore degli autori.

³⁷⁷ Commissione europea, decisione del 16 giugno 2015, C(2015) 4061 final, caso M.6800, *PRSfM/STIM/GEMA/JV*. Per un'analisi economica delle *joint ventures* tra società di gestione collettiva v. C. HANDKE, *Joint copyrights management by collecting societies and online platforms: an economic analysis*, cit., 2 ss..

Le suddette circostanze avrebbero, quindi, delle ricadute non indifferenti sull'intero sistema di gestione collettiva dei diritti d'autore. Si pensi, ad esempio, all'obbligo di rappresentanza di un altro organismo di gestione collettiva per la concessione di licenze multiterritoriali previsto dall'art. 27 della direttiva. Atteso che le entità di gestione indipendente non sono soggette a tale vincolo, vi sarebbe un rischio per i repertori minori di non essere adeguatamente rappresentati nel mercato interno, a danno della diversità culturale su cui si fonda il processo di integrazione dell'Unione. Tale rischio sarebbe altresì acuito dai costi elevati e dalla scarsa redditività dei repertori che concretamente impedirebbero ad una società minore di stipulare un accordo di reciproca rappresentanza con altro organismo di gestione collettiva o di sviluppare un sistema di licenze multiterritoriali.

Inoltre, se si guarda al rapporto con gli utilizzatori, le entità di gestione indipendente sono tenute solamente a condurre «in buona fede le negoziazioni per la concessione di licenze sui diritti» (art. 16, paragrafo 1) mentre la disciplina più stringente sull'adozione di condizioni di concessione delle licenze «basate su criteri oggettivi e non discriminatori» (art. 16, paragrafo 2) si applica esclusivamente agli organismi di gestione collettiva. La deroga in questione desta forti perplessità perché se il mercato dovesse evolversi in una forma oligopolistica, le condotte discriminatorie di una entità di gestione indipendente non sarebbero nemmeno sanzionabili attraverso l'applicazione del divieto di cui all'art. 102 TFUE in

considerazione della difficoltà di provare un abuso di posizione dominante collettiva.

Il nuovo contesto normativo nel quale le società di gestione collettiva dovranno operare appare dunque dirigerle verso nuovi approdi, completamente diversi rispetto a quelli che hanno contribuito a caratterizzarne le originarie funzioni. Se, infatti, in passato i profili solidaristici ed identitari costituivano le solide basi su cui le società di gestione collettiva erano state erette, oggi queste fondamenta sembrano vacillare sotto i colpi dell'intervento di armonizzazione dell'Unione. Infatti, nel sistema di regolazione trovano nuova collocazione sistematica le entità di gestione indipendente, non più solamente interessate a consolidare un legame esclusivo con autori, editori e con il patrimonio culturale che essi rappresentano ma che intendono perseguire un profitto dall'amministrazione dei diritti d'autore secondo logiche lucrative un tempo sconosciute a questo settore.

In conclusione, il fenomeno evolutivo della gestione collettiva non pare essersi oggi arrestato ma, anzi, è nel pieno della sua metamorfosi i cui esiti faticano ad assumere contorni nitidi non essendo stata al momento attuata la direttiva 2014/26/UE in tutti gli ordinamenti nazionali. Per questi motivi, il giudizio definitivo sul nuovo sistema europeo di gestione collettiva dei diritti d'autore dovrà quindi essere rimandato ad ulteriori occasioni di approfondimento e di ricerca che presuppongono un contesto di piena operatività della nuova disciplina di armonizzazione.

BIBLIOGRAFIA

1. AA. VV., *The Publisher's circular and booksellers' of British and foreign literature*, Sampson Low, Martson & Co., Londra, 1899;
2. R. ADAM e A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2014;
3. S. ALBINSSON, *A Costly Glass of Water. The Bourget v. Morel case in Parisian courts 1847-1849*, in *Swedish Journal of Music Research*, II, 2014;
4. A. ARENA, *Il principio della preemption in diritto dell'Unione Europea. Esercizio delle competenze e ricognizione delle antinomie tra diritto derivato e diritto nazionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2013;
5. A. ARENA, *La Corte di giustizia sulla conservazione dei dati: quali conseguenze per le misure nazionali di recepimento?*, in *Quaderni costituzionali. Rivista italiana di diritto costituzionale* 2014, III;
6. L. ATTOLICO, *Siae, l'obiettivo della direttiva non è l'abolizione del monopolio*, in ilsole24ore.com, 22 giugno 2016;
7. V.D. BAILEY e R. WHISH, *Competition law*, Oxford University Press, Oxford, 2012;
8. A. BAILLEUX, *La culture à l'épreuve du marché intérieur*, in (a cura di) C. ROMAINVILLE, *European law and cultural policy*, Peter Lang, Bruxelles, 2015;
9. J.C. BARBATO, *La diversité culturelle en droit communautaire. Contribution à l'analyse de la spécificité de la construction européenne*, PUAM, Aix-Marseille, 2008;
10. Z. BAUMAN, *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, Laterza, Roma-Bari, 2001;
11. D. BELL, *The coming of post-industrial society. A venture in social forecasting*, Basic Books, New York, 1973;
12. M. BERTANI, *Diritto d'autore europeo*, Giappichelli, Torino, 2011;

13. G. BESELER, *Volksrecht und Juristrecht*, Weidman, Leipzig, 1843;
14. S.M. BESEN, S.N. KIRBY e S.C. SALOP, *An economic analysis of copyright collectives*, in *Virginia Law Review* 1992, I;
15. F. BILGER, *La pensée économique libérale dans l'Allemagne contemporaine*, Librairie Générale de Droit, Parigi, 1964;
16. N. BOSCHIERO, *Il principio di territorialità in materia di proprietà intellettuale: conflitti di leggi e giurisdizione*, in *AIDA* 2007;
17. A. CANNONE, *La protezione internazionale ed europea dei beni culturali*, Cacucci, Bari, 2014;
18. M. CARTABIA, «Unità nella diversità»: il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali, in *Il diritto dell'Unione europea* 2005, II;
19. A. CASTALDO e F. CERNUTO, *Essential facility doctrine. Tra evoluzione e nuovi orizzonti. Alla ricerca di un test sistematico*, Jovene, Napoli, 2013;
20. H. COHEN JEHORAM, *The Future of Copyright Collecting Societies*, in *European Intellectual Property Review* 2001;
21. N. CONLEY, *The future of licensing music online: the role of collective rights organizations and the effect of territoriality*, in *Journal of computer and information law* 2008;
22. G. D'IGNAZIO, *Multilevel constitutionalism tra integrazione europea e riforme degli ordinamenti decentrati*, Giuffrè, Milano, 2011;
23. D. DE ANGELIS, *Le licenze collettive estese e la condivisione di opere dell'ingegno sulle reti peer-to-peer*, in *Il diritto d'autore* 2009, III;
24. M.V. DE AZEVEDO CUNHA, N. NUNO GOMEZ DE ANDRADE e L. LIXINSKI (a cura di), *New technologies and human rights: challenges to regulation*, Routledge, Londra e New York, 2016;
25. B. DE WITTE, *Market integration and cultural diversity in EU law*, in ID. e V. VADI (a cura di), *Culture and international economic law*, Routledge, London, 2015;
26. R. DEHOUSSE, *Has the European Union moved towards soft governance?*, in *Comparative European Politics* 2016, I;

27. A. DIETZ, *The European Commission's Proposal for a Directive on Collecting Societies and Cultural Diversity – a Missed Opportunity*, in *International Journal of Music Business Research* 2014, I;
28. A. DONATI, *La fondazione giusnaturalistica del diritto sulle opere dell'ingegno*, in *AIDA* 1997;
29. J. DREXL, *Collective management of copyrights and the EU principle of free movement of services after the OSA judgement – In favour of a more balance approach*, in (a cura di) K. PURNAGHEN e P. ROTT, *Varieties of European economic law and regulation. Liber amico rum for Hans Micklitz*, Springer, Londra, 2014;
30. J. DREXL, *Competition in the field of collective management: preferring 'creative competition' to allocative efficiency in European copyright law* in P. TORREMANS (a cura di), *Copyright law. A Handbook of Contemporary Research*, Edgar Elgar, Celtenham, 2008;
31. J. DREXL, S. NÉRISSON, F. TRUMPKE, R.M. HILTY, *Comments of the Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition law on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing of rights in musical works for online uses in the internal market COM(2012)372*, in *Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper* 2013, IV;
32. D. DURANTE, G. MOGLIA e A. NICITA, *La nozione di essential facility tra regolamentazione e antitrust*, in *Mercato concorrenza regole*, 2001, II;
33. M.A. EINHORN, *Transactions costs and administered markets: license contracts for music performance rights*, in *Review of Economic Research on Copyright Issues* 2006, I;
34. S. ERCOLANI, *Dalla gestione collettiva alla gestione «a la carte». Licenze online a geometria variabile per la musica in Europa*, in *Il diritto d'autore* 2009, II;

35. S. ERCOLANI, *Gli enti di gestione collettiva e la ripartizione dei diritti musicali*, in P. SPADA (a cura di), *Gestione collettiva dell'offerta e della domanda di prodotti culturali*, Giuffrè, Milano, 2006;
36. S. ERCOLANI, *Il criterio di assimilazione (o principio del trattamento nazionale) e la gestione collettiva del diritto d'autore e dei diritti connessi*, in *Il diritto d'autore 2000*;
37. D. FERRI, *La Costituzione culturale dell'Unione europea*, CEDAM, Padova, 2008;
38. M. FICSOR, *Direct broadcasting by satellite and the 'Bogsch theory'*, in *International business lawyer 1990*;
39. M. FICSOR, *Collective Management of Copyright and Related Rights*, Ginevra, World Intellectual Property Organization, 2002;
40. R. FRANCESCHELLI, *La SIAE e le società di percezione nel diritto d'autore*, in *Rivista di diritto industriale 1957*;
41. F. FRANCONI, A. DEL VECCHIO e P. DE CATERINI (a cura di), *Protezione internazionale del patrimonio culturale: interessi nazionali e difesa del patrimonio comune della cultura*, Giuffrè, Milano, 2000;
42. M. FRIEDMAN, *Capitalism and freedom*, University of Chicago Press, Chicago, 1982, 2 ed.;
43. N. GARNHAM, *From cultural to creative industries. An analysis of the implications of the «creative industries» approach to arts and media policy making in the United Kingdom*, in *International Journal of Cultural Policy 2005, I*;
44. C. GEIGER, *Copyright's Fundamental Rights Dimension at EU Level* in E. DERCLAYE (a cura di), *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009;
45. D. GERVAIS, *Collective Management of Copyright: Theory and Practice in the Digital Age*, in ID. (a cura di), *Collective Management of Copyright and Related Rights*, Wolters and Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2010, 2 ed.;
46. D. GERVAIS, *Electronic Rights Management Systems*, in *The journal of world intellectual property 2000, I*;

47. U. GHERALDI, *Di talune funzioni dell'«E.I.D.A.» nelle relazioni con l'estero*, in *Il diritto d'autore* 1941;
48. A. GIANNACCARI e R. PARDOLESI, *Gestione collettiva e diritto antitrust: figure in cerca d'autor(i)?* in P. SPADA (a cura di), *Gestione collettiva dell'offerta e della domanda di prodotti culturali*, *Gestione collettiva dell'offerta e della domanda di prodotti culturali*, Giuffrè, Milano, 2006;
49. L. GIBAULT e S. VAN GOMPEL, *Collective management in the European Union*, in D. GERVAIS (a cura di), *Collective management of copyright and related rights*, Wolters and Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2006;
50. P. GILLIÉRON, *Collecting societies and the digital environment*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 2006, VIII;
51. J.C. GINSBURG e J.M. KERNOCHAN, *Centodieci anni dopo: gli Stati Uniti aderiscono alla Convenzione di Berna*, in *Il diritto d'autore* 1989;
52. J.C. GINSBURG, *The Pros and Cons of Strengthening Intellectual Property Protection: Technological Protection Measures and Section 1201 of the U.S. Copyright Act*, in *Columbia Public Law & Legal Theory Working Papers* 2007, n. 07-137, in ssrn.com;
53. P. GOLDSTEIN e P.B. HUGENHOLTZ, *International copyright. Principles, law and practice*, Oxford University Press, Oxford, 2010, 2 ed.;
54. P. GOLDSTEIN, *Copyright's highway. From Gutenberg to celestial jukebox*, Stanford University Press, 2003;
55. M. GRANIERI, *Soluzioni contrattuali agli anticommons (pooling, collecting, standards). Esperienze europee e statunitensi a confronto*, in *AIDA* 2013;
56. P. GRECO e P. VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, in *Trattato Vassalli*, Unione tipografica – editrice torinese, Torino, 1974;
57. S. GREGG, *Wilhelm Röpke's political economy*, Edward Elgar, Cheltenham, 2010;
58. J. HABERMAS, *Modernity: an unfinished project* in M. PASSERIN D'ENTRÈVES e S. BENHABIB (a cura di), *Habermas and the unfinished*

- project of modernity: critical essays on 'The philosophical discourse of modernity'*, MIT Press, Cambridge, 1997;
59. J. HABERMAS, *The Crisis of the European Union. A Response*, Polity, Cambridge, 2012;
 60. C. HANDKE e R. TOWSE, *Economics of Copyright Collecting Societies*, in ssrn.com, 2007;
 61. C. HANDKE, *Joint copyrights management by collecting societies and online platforms: an economic analysis*, in ssrn.com, 2016;
 62. G. HANSEN e A. SCHMIDT-BISCHOFFSHAUSEN, *Economic functions of collecting societies. Collective rights management in the light of transaction cost and information economics*, in ssrn.com, 2007;
 63. L.R. HELFER, *Collective management of copyrights and human rights: an uneasy alliance revisited*, in D. GERVAIS, *Collective Management of Copyright and Related Rights*, Wolters and Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2010, 2 ed.;
 64. M. HELLER, *Tragedy of anticommons: property in the transition from Marx to market*, in *Harvard Law Review* 1998, III;
 65. R.M. HILTY, *The expansion of copyright law and its social justification*, in C. HEATH e K.C. LIU (a cura di), *Copyright law and the information society in Asia*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2007;
 66. A.O. HIRSCHMANN, *Exit, voice and loyalty. Responses to Decline in Firms, Organizations, and States*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts e Londra, 1970
 67. P.B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT e S. VAN GEFFEN, *The Future of Levies in a Digital Environment*, in ivir.nl, 2003;
 68. P.B. HUGENHOLTZ, *The last frontier: territoriality* in M. VAN EECHOUUD, P.B. HUGENHOLTZ, S. VAN GOMPEL, L. GUIBAULT e N. HELBERGER (a cura di), *Harmonizing european copyright law. The challenges of better lawmaking*, Wolters and Kluwer, Alphen aan den Rijn;
 69. R.M. HURT e R.M. SCHUCHMAN, *The economic rationale of copyright*, in *American Economic Review*, 1966;

70. G.W.G. KARNELL, *A refutation of the Bogsch theory on direct satellite broadcasting rights*, in *International business lawyer* 1990;
71. A. KATZ, *The potential demise of another natural monopoly: new technologies and the future of collective administration of copyrights*, in *America Law & Economics, Association Annual Meetings 2004*, Paper n. 35, in law.bepress.com;
72. KEA AFFAIRS, *The collective management of rights in Europe. The quest for efficiency*, 1 luglio 2006, in europarl.europa.eu;
73. V. KORAH, *Intellectual Property Rights and the EC Competition Rules*, Hart Publishing, Oxford e Portland, 2006;
74. H. KÖRNER, *Wirtschaftspolitik, Wissenschaft und politische Aufgabe*, Paul Haupt, Berna, 1976;
75. M. KRETSCHMER, *Access and reward in the information society: regulating the collective management of copyright*, in ssrn.com, 2005;
76. M. KRETSCHMER, *Private Copying and Fair Compensation: A comparative study of copyright levies in Europe*, Report for the UK intellectual property office, in epip.eu, 2011;
77. M. KRETSCHMER, *The failure of property rules in collective administration: rethinking copyright societies as regulatory instruments*, in *European Intellectual Property Review* 2002;
78. T. LACY, *The dream of a democratic culture*, Palgrave Macmillan, New York, 2013;
79. W.M. LANDES e R.A. POSNER, *An economic analysis of copyright law*, in *Journal of Legal Studies* 1989;
80. I. LE CHAPELIER, *Rapport sur la pétition des auteurs dramatiques*, Imprimerie Nationale, Parigi, 1791;
81. M. LEVER, *Beaumarchais: a biography*, Farrar, Strauss and Giroux, 2009;
82. M. LIBERTINI, *Gestione collettiva dei diritti di proprietà intellettuale e concorrenza*, in P. SPADA (a cura di), *Gestione collettiva dell'offerta e della domanda di prodotti culturali, Gestione collettiva dell'offerta e della domanda di prodotti culturali*, Giuffrè, Milano, 2006;

83. M. LIEBERMAN e R.E. HALL, *Principi di economia* , Apogeo, Milano, 2013, 3 ed.;
84. S. LÖNING, *Die Essential Facilities Doktrin - Eine Darstellung und kritische Betrachtung*, Grin, München, 2007;
85. S. MABELLINI, *La dimensione culturale dell'Unione europea: la cultura come limite o come competenza?* in A. D'ATENA (a cura di), *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Giuffrè, Milano, 2012;
86. R. MASTROIANNI, *Diritti dell'uomo e libertà economiche fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea: nuovi equilibri?*, in *Il diritto dell'Unione europea 2011*, II;
87. R. MASTROIANNI, *Diritto internazionale e diritto d'autore*, Giuffrè, Milano, 1997;
88. R. MASTROIANNI, *I diritti esclusivi delle collecting societies*, in *AIDA 2001*;
89. R. MASTROIANNI, *Il ruolo del principio di sussidiarietà nella definizione delle competenze statali e comunitarie in materia di politiche culturali*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario* 1994;
90. R. MASTROIANNI, *La direttiva sui servizi di media audiovisivi e la sua attuazione nell'ordinamento italiano*, Giappichelli, Torino, 2011, 2 ed.;
91. R. MASTROIANNI, *La tutela internazionale e comunitaria del diritto d'autore come diritto fondamentale dell'uomo*, in A. GAMBINO e V. FALCE, *Scenari e prospettive del diritto d'autore*, Edizioni ART, Novara, 2009;
92. R. MASTROIANNI, *Proprietà intellettuale e costituzioni europee*, in *AIDA 2005*;
93. R. MATANOVAC VUČKOVIĆ, *Implementation of directive 2014/26/EU on collective management and multi-territorial licensing of musical rights in regulating the tariff-setting systems in central and eastern Europe*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 2016, I;
94. G. MAZZIOTTI, *Symposium: collective management of copyright: solution or sacrifice? New licensing models for online music services in the European Union: from collective to customized management*, in *Columbia Journal of Law & the Arts* 2011, IV;

95. F. MELICHAR, *Die wahrnehmung von urheberrechten durch verwertungsgesellschaften*, Schweitzer, Monaco, 1983;
96. M.L. MONTAGNANI, *Il diritto d'autore nell'era digitale. La distribuzione online delle opere dell'ingegno*, Giuffrè, Milano, 2012;
97. G. MONTI, *Ec competition law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007;
98. A. MÜLLER-ARMACK, *Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft*, Kastell, Amburgo, 1947;
99. S. NÉRISSON, *Social functions of collective management societies (CMS). Provisory conclusions*, in ssrn.com, 2007;
100. N.W. NETANEL, *Copyright and a democratic civil society*, in *Yale Law Journal* 1996;
101. L. NIVARRA, *Anticommons and legal standards*, in *AIDA* 2013;
102. E. PIOLA CASELLI, *Commentario al codice del diritto d'autore*, UTET, Torino, 1943;
103. R. PODSZUM, *The more technological approach: competition law in the digital economy*, in G. SURBLYTÉ (a cura di), *Competition on the internet*, Springer, Monaco, 2015;
104. M. POLO, *La nozione di essential facility tra regolamentazione e antitrust. Un commento*, in *Mercato concorrenza regole* 2001, II;
105. O. PORCHIA, *Alcune considerazioni sull'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: l'accesso ai servizi di interesse economico generale*, in *Il diritto dell'Unione europea* 2002;
106. A. PROCIN, *The quest for pan-European copyright licensing solutions: a series of unfortunate events*, in *Concurrences. Revue des droits de la concurrence* 2009, IV;
107. E. PSYCHOGIOPOULOU, *The integration of cultural considerations in EU law and policies*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2008;
108. A. RAMALHO, *The competence of the European Union in copyright lawmaking. A normative perspective of EU powers for copyright harmonization*, Springer, Berlino, 2016;

109. I. REIDEL, *The Taylor Swift paradox: superstardom, excessive advertising and blanket licenses*, in *NYU Journal of Law and Business* 2011, II;
110. G.M. RICCIO, *Copyright collecting societies e regole di concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2012
111. G.M. RICCIO, *Gestione collettiva dei diritti d'autore: all'alba di uno scontro tra istituzioni comunitarie?*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata* 2014;
112. S. RICKETSON e J.C. GINSBURG, *International copyright and neighbouring rights. The Berne Convention and beyond*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 2 ed.;
113. M. RICOLFI, *Figure tecniche di gestione collettiva del diritto d'autore e dei diritti connessi* in P. SPADA (a cura di), *Gestione collettiva dell'offerta e della domanda di prodotti culturali*, Giuffrè, Milano, 2006;
114. M. RICOLFI, in N. ABRIANI, G. COTTINO e M. RICOLFI, *Diritto industriale*, CEDAM, Padova, 2001;
115. M. RICOLFI, *Individual and collective management of copyright in a digital environment*, in P. TORREMANS (a cura di), *Copyright law. A Handbook of Contemporary Research*, Edgar Elgar, Cheltenham, 2008;
116. M. RICOLFI, *La tutela della proprietà intellettuale fra incentivo all'innovazione e scambio ineguale*, in *Rivista di diritto industriale* 2002, I;
117. T. RIIS e J. SCHOVSBO, *Extended collective licenses and the nordic experience: it's a hybrid but is it a Volvo or a lemon?*, in *Columbia Journal of Law & the Arts* 2009, IV;
118. T. RIIS, *Collecting societies, competition, and the Services Directive*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 2011, VII;
119. C. ROMAINVILLE, *The multidimensionality of cultural policies tested by European law*, in ID. (a cura di), *European law and cultural policy*, Peter Lang, Bruxelles, 2015;
120. E. ROSATI, *Online copyright exhaustion in a post-Allposters world*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 2015;

121. P.M. SANFILIPPO, *La gestione collettiva dei diritti d'autore e connessi tra regolazione e concorrenza*, in *AIDA* 2007;
122. D. SARTI, *Concorrenza e level playing field europeo nella gestione collettiva dei diritti d'autore e connessi*, in *Le nuove leggi civili commentate* 2016, IV, 870;
123. D. SARTI, *Gestione collettiva e modelli associativi*, in P. SPADA (a cura di), *Gestione collettiva dell'offerta e della domanda di prodotti culturali*, Giuffrè, Milano, 2006;
124. D. SARTI, *La categoria delle collecting societies soggette alla direttiva*, in *AIDA* 2013;
125. D. SARTI, *Liberalizzazioni e gestione collettiva dei diritti di proprietà intellettuale*, in *Orizzonti del diritto commerciale* 2014, II;
126. D. SARTI, *Proprietà intellettuale, interessi protetti e diritto antitrust*, in *Rivista di diritto industriale* 2002, I;
127. J.A. SCHUMPETER, *Capitalism, socialism and democracy*, Routledge, Londra e New York, 6 ed., 2003;
128. P. SEAN MORRIS, *The reform of Article 82 and the operation of competition principles upon the normal trading functions of copyright collecting societies*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 2009, IV;
129. SEVILLE, *EU Intellectual Property Law and Policy*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009;
130. C. SGANGA, *EU Copyright Law between Property and Fundamental Rights: A Proposal to Connect the Dots*, in R. CASO e F. GIOVANELLA (a cura di), *Balancing Copyright Law in the Digital Age. Comparative Perspectives*, Springer, Berlino, 2015;
131. G. SPEDICATO, *Online exhaustion and the boundaries of interpretation*, in R. CASO e F. GIOVANELLA (a cura di), *Balancing copyright law in the digital age. Comparative Perspectives*, Springer, Berlino, 2015;
132. I.A. STAMATOUDI, *The European court's love-hate relationship with collecting societies*, in *European Intellectual Property Review* 1997, VI;
133. N. STOLFI, *La proprietà intellettuale*, UTET, Torino, 1915;

134. C. STOTHERS, *Parallel trade in Europe. Intellectual property, competition and regulatory law*, Hart Publishing, Oxford e Portland, 2007;
135. G. STROZZI e R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, Giappichelli, Torino, 2013;
136. F. TERPAN, *Soft Law in the European Union - The Changing Nature of EU Law*, in *European Law Journal* 2015, I;
137. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, CEDAM, Padova, 2012;
138. P. TORREMANS e I.A. STAMATOUDI, *Collecting societies: sorry, the Community is no longer interested!*, in *European law review* 1997;
139. R. TOWSE, *Economics of music publishing: copyright and the market*, in *Journal of Cultural Economics*, in springer.com, 2016;
140. R. TOWSE, *The economic effects of digitization on the administration of musical copyrights*, in *Review of Economic Research on Copyright Issues* 2013, II;
141. R. TOWSE, *Why has cultural economics ignored copyrights?*, in *Journal of cultural economics* 2008, IV;
142. E.B. TYLOR, *Primitive Culture*, Murray, Londra, 1871;
143. L.C. UBERTAZZI, *Diritto d'autore e libera circolazione delle merci*, in *Legislazione economica. Rassegne e problemi*, 1983;
144. L.C. UBERTAZZI, *Diritto d'autore internazionale e comunitario*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione commerciale*, UTET, Torino, 1990;
145. L.C. UBERTAZZI, *Diritto d'autore. Introduzione*, in L.C. UBERTAZZI e M. AMMENDOLA, *Diritto d'autore*, Utet, Torino, 1990;
146. L.C. UBERTAZZI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *La proprietà intellettuale (Trattato di diritto privato dell'Unione europea)*, Giappichelli, Torino, 2011;
147. J. VAN DE GRONDEN e C.S. RUSU, *Service of general (economic) interest post-Lisbon*, in M. TRIBUS e L. RUBINI (a cura di), *The Treaty of Lisbon and the future of European law and policy*, Edward Elgar, Cheltenham, 2012;
148. U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Cacucci, Bari, 2013;

149. R. WATT, *Copyright collectives and contracts: an economic theory perspective*, in CREATE Working Paper 2015;
150. J.W.L. YOW, *Creative competition with a Pan-European Licensing Body: reconsidering the European Commission's approach to collecting societies*, in *World Competition* 2011, II;
151. P. YU, *Currents and crosscurrents in the international intellectual property regime*, in *MSU Legal Studies Research Paper Series* 2012, II;

INDICE CRONOLOGICO DELLA GIURISPRUDENZA CITATA

CORTE DI GIUSTIZIA

- Sentenza del 13 luglio 1962, causa 19/61, *Mannesmann*;
- Sentenza del 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa Enel*;
- Sentenza del 13 luglio 1966, cause riunite 56/64 e 58/84, *Consten & Grundig*;
- Sentenza del 29 febbraio 1968, causa 24/67, *Parke, Davis & Co*;
- Sentenza del 10 dicembre 1968, causa 7/68, *Commissione c. Italia*;
- Sentenza del 18 febbraio 1971, causa 40/70, *Sirena*;
- Sentenza del 8 giugno 1971, causa 78/70, *Deutsche Grammophon*;
- Sentenza del 6 marzo 1974, cause riunite 6/73 e 7/73, *Commercial Solvents*;
- Sentenza del 27 marzo 1974, causa 127/73, *BRT c. SABAM*;
- Sentenza del 30 aprile 1974, causa 155/73, *Sacchi*;
- Sentenza del 3 luglio 1974, causa 192/73, *HAG I*;
- Sentenza del 12 dicembre 1974, causa 36/74, *Walrave e Koch*;
- Sentenza dell'8 aprile 1976, causa 43/75, *Defrenne II*;
- Sentenza del 18 gennaio 1978, cause riunite 110 e 111/78, *Van Wesemael*;
- Sentenza del 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmenthal*;
- Sentenza del 20 febbraio 1979, causa 120/78, *Rewe Zentral*;
- Sentenza del 5 aprile 1979, causa 148/78, *Ratti*;
- Sentenza del 18 marzo 1980, causa 62/79, *Coditel I*;
- Sentenza del 20 gennaio 1981, cause riunite 55/80;
- Sentenza del 20 gennaio 1981, cause riunite 55/80 e 57/80, *Musik Vertrieb Membran*;
- Sentenza del 14 luglio 1981, causa 187/80, *Merck*;
- Sentenza del 14 settembre 1982, causa 144/81, *Keurkoop*;
- Sentenza del 6 ottobre 1982, causa 262/81, *Coditel II*;

- Sentenza del 2 marzo 1983, causa 7/82, *GVL*;
- Sentenza del 14 luglio 1983, causa 174/82, *Sandoz*;
- Sentenza del 9 novembre 1983, causa 322/81, *Michelin I*;
- Sentenza del 9 luglio 1985, causa 19/84, *Pharmon*;
- Sentenza del 12 marzo 1987, causa 178/84, *Commissione c. Germania*;
- Sentenza 16 giugno 1987, causa 118/85, *Commissione c. Italia*;
- Sentenza del 17 maggio 1988, causa 158/86, *Warner Brothers*;
- Sentenza del 13 luglio 1989, causa 395/87, *Tournier*;
- Sentenza del 13 luglio 1989, cause riunite 110/88, 241/88 e 242/88, *Lucazeau*;
- Sentenza del 13 dicembre 1989, causa C-322/88, *Grimaldi*;
- Sentenza del 11 ottobre 1990, causa C-196/89, *Nespoli e Crippa*;
- Sentenza del 26 febbraio 1991, causa C-154/89, *Commissione c. Francia*;
- Sentenza del 26 febbraio 1991, causa C-198/89, *Commissione c. Grecia*;
- Sentenza 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Höfner e Elser*;
- Sentenza del 25 luglio 1991, causa C-288/89, *Gouda*;
- Sentenza del 17 febbraio 1993, cause riunite C-159/91 e C-160/91, *Poucet e Pistre*;
- Sentenza del 19 maggio 1993, causa C-320/91, *Corbeau*;
- Sentenza del 20 ottobre 1993, cause riunite C-92/92 e C-326/92, *Phil Collins*;
- Sentenza del 24 novembre 1993, causa riunite C-267/91 e C-268/91, *Keck e Mithouard*;
- Sentenza del 6 aprile 1995, cause riunite C-241/91 e C-242/91, *Magill*;
- Sentenza del 6 giugno 1996, cause riunite C-267/95 e C-268/95, *Merck II*;
- Sentenza del 18 marzo 1997, causa C-343/95, *Diego Calì e figli*;
- Sentenza del 28 aprile 1998, causa C-200/96, *Metronome Musik*;
- Sentenza del 6 giugno 2000, causa C-281/98, *Angonese*;
- Sentenza del 12 settembre 2000, cause riunite C-180/98 a C-184/98, *Pavlov*;
- Sentenza del 24 ottobre 2002, causa C-82/01 P, *Aéroports de Paris*;

- Corte di giustizia, sentenza del 14 dicembre 2004, causa C-309/02, *Radlberger e Spitz*;
- Sentenza del 14 luglio 2005, causa C-192/04, *Lagardère*;
- Sentenza del 27 giugno 2006, causa C-540/03, *Parlamento c. Consiglio*;
- Sentenza del 13 dicembre 2007, causa C-250/06, *United Pan Europe Communications Belgium*;
- Sentenza del 29 gennaio 2008, causa C-275/06, *Promusicae*;
- Sentenza del 1 luglio 2008, causa C-49/07, *MOTOE*;
- Sentenza del 14 ottobre 2008, causa C-353/06, *Grunkin e Paul*;
- Sentenza del 11 dicembre 2008, causa C-52/07, *Kanal 5*;
- Sentenza del 30 aprile 2009, causa C-531/07, *Fachverband*;
- Sentenza del 6 ottobre 2009, causa C-501/06, *Glaxosmithkline*;
- Sentenza del 22 dicembre 2010, causa C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*;
- Sentenza del 12 maggio 2011, causa C-391/09, *Runevič-Vardyn*;
- Sentenza del 4 ottobre 2011, cause riunite C-403/08 e C-403/08, *Football Association Premier League*;
- Sentenza del 3 luglio 2012, causa C-128/11, *Usedsoft*;
- Sentenza del 16 aprile 2013, causa C-202/11, *Las*;
- Sentenza del 27 febbraio 2014, causa C-351/12, *OSA*;
- Sentenza dell'8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland*;
- Sentenza del 16 luglio 2015, causa C-95/14, *UNIC e Uni.co.pel.*;
- Sentenza del 12 novembre 2015, causa C-198/14, *Visnapuu*.

TRIBUNALE

- Sentenza del 24 gennaio 1995, T-114/92, *BEMIM*;
- Sentenza del 24 gennaio 1995, T-5/93, *Tremblay*
- Sentenza del 27 febbraio 1997, causa T-106/95, *FFSA e a.*;
- Sentenza del 15 giugno 2005, causa T-17/02, *Fred Olsen*;

- Sentenza del 12 aprile 2013, causa T-442/08, *CISAC*.

INDICE DEGLI ATTI CITATI

ATTI LEGISLATIVI

- Direttiva 91/250/CEE del Consiglio del 14 maggio 1991 relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore;
- Direttiva 92/100/CEE del Consiglio, del 19 novembre 1992, concernente il diritto di noleggio, il diritto di prestito e taluni diritti connessi al diritto di autore in materia di proprietà intellettuale;
- Direttiva 93/83/CEE del Consiglio del 27 settembre 1993 per il coordinamento di alcune norme in materia di diritto d'autore e diritti connessi applicabili alla radiodiffusione via satellite e alla ritrasmissione via cavo;
- Direttiva 96/9/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 marzo 1996 relativa alla tutela giuridica delle banche di dati;
- Direttiva 97/67/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 dicembre 1997 concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e il miglioramento della qualità del servizio;
- Direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2001 sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione;
- Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi nel mercato interno;
- Direttiva 2014/26/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sulla gestione collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi e sulla concessione di licenze multiterritoriali per i diritti su opere musicali per l'uso online nel mercato interno;

- Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2003 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato;
- Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese;
- Regolamento (CE) n. 207/2009 del Consiglio, del 26 febbraio 2009 , sul marchio comunitario;

DECISIONI DELLA COMMISSIONE EUROPEA

- Decisione del 2 giugno 1971, caso IV/26760, *GEMA I*;
- Decisione del 6 luglio 1972, caso IV/26.760, *GEMA II*;
- Decisione del 4 dicembre 1981, caso IV/29.971, *GEMA III*;
- Decisione del 6 agosto 2002, COMP/C2/37.219, *Banghalter e Homem Christo*;
- Decisione dell'8 ottobre 2002, COMP/C2/38.014, *IFPI - Trasmissioni in simulcast*;
- Decisione del 16 luglio 2008, COMP/C2/38.698, *CISAC*;
- Decisione del 16 giugno 2015, C(2015) 4061 final, caso M.6800, *PRsfM/STIM/GEMA/JV*;

ALTRI ATTI DELLA COMMISSIONE EUROPEA

- Comunicazione del 16 ottobre 1982, «*Stronger community action in the cultural sector*», COM(82) 590 final;
- Comunicazione del 17 gennaio 1991 su «*Working programme in the field of copyright and neighbouring rights*», COM(90) 584 final;
- Libro verde del 19 luglio 1995 su «*Il diritto d'autore e i diritti connessi nella Società dell'informazione*», COM(95) 382 def.;

- Libro verde del 20 novembre 1996 su «*Il diritto d'autore e i diritti connessi nella società dell'informazione*» (*follow-up*), COM(96) 586 final;
- Comunicazione del 20 settembre 2000, «*I servizi di interesse generale in Europa*», COM(2000) 580 def.;
- Comunicazione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale europeo del 16 aprile 2004 sulla «*Gestione dei diritti d'autore e diritti connessi nel mercato interno*», COM(2004) 261 def.;
- Linee direttrici del 27 aprile 2004 su «*la nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato*», 2004/C 101/07;
- Linee direttrici del 27 aprile 2004 «*sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del Trattato*», 2004/C 101/08;
- Comunicazione del presidente d'intesa con la vicepresidente Wallström del 26 gennaio 2005 sul «*Programma di lavoro per la Commissione nel 2005*», COM(2005) 15 def.;
- Raccomandazione del 18 maggio 2005 sulla «*Gestione transfrontaliera collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi nel campo dei servizi musicali on-line autorizzati*», 2005/737/CE;
- Documento di lavoro dei servizi della Commissione del 7 luglio 2005, «*Study on a community initiative on the cross-border collective management of copyright*»;
- Libro verde del 27 aprile 2010 su «*Le industrie culturali e creative, un potenziale da sfruttare*», COM(2010) 183 def.;
- Documento di lavoro dei servizi della Commissione del 11 luglio 2012, «*Impact assessment accompanying the document 'Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing of rights in musical works for online uses in the internal market'*», SWD(2012) 205 final;

RISOLUZIONI DEL PARLAMENTO EUROPEO

- Risoluzione del 15 gennaio 2004 su «*un quadro comunitario per le società di gestione collettiva nel settore dei diritti d'autore e diritti connessi*», 2002/2274(INI);
- Risoluzione del 13 marzo 2007 sulla «*raccomandazione 2005/737/CE della Commissione, del 18 ottobre 2005, sulla gestione transfrontaliera collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi nel campo dei servizi musicali online autorizzati*», 2006/2008(INI).

ALTRI ATTI CITATI

- Autorità garante della concorrenza e del mercato, parere del 1 giugno 2016, «*Gestione collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi e concessione di licenze multiterritoriali per i diritti su opere musicali per l'uso online nel mercato interno*», AS1281, in Bollettino n. 19/2016 del 6 giugno 2016;
- Ordine del giorno (G/2345/24/14), approvato dalla 14^a Commissione del Senato della Repubblica (Politiche dell'Unione europea) il 9 giugno 2016;
- Interrogazione parlamentare n° 4-06781 del 21 dicembre 2016 (seduta n. 736);