



Convegno 28 maggio 2018

Auditorium Piero Calamandrei La Scala

Società tra Avvocati

**Il diritto d'autore nella prospettiva degli
utilizzatori. Il decreto legislativo 35/2017
e il nuovo mercato delle collecting**

Intervento di Francesco Rampone

**“Il diritto d'autore nella prospettiva degli
utilizzatori”**

www.lascalaw.com

www.iusletter.com

Milano | Roma | Torino | Bologna | Firenze | Venezia | Vicenza | Padova | Ancona

formazione@lascalaw.com



1. Introduzione

Buon pomeriggio a tutti, grazie di essere venuti a questo incontro. Come si evince dal titolo, parleremo del nuovo D.Lgs. 35/2017 che ha recepito in Italia la Direttiva Barnier 2014/26/UE. Accenneremo quindi ai provvedimenti amministrativi, giurisprudenziali e normativi che hanno preceduto il decreto e che sono seguiti ad esso per cercare di capire cosa sta accadendo nel mondo della gestione e dell'intermediazione del diritto d'autore e dei diritti connessi.

Parleremo senz'altro della liberalizzazione (forse non del tutto compiuta) del mercato, ma soprattutto degli effetti di questi mutamenti nella prospettiva degli utilizzatori. La nascita già di nuovi operatori del mercato, l'indipendenza conquistata dalle *collecting* per i diritti di Artisti Interpreti ed Esecutori (AIE) affrancandosi dai produttori. Sono cambiamenti che stanno portando la gestione dei diritti verso forme di concorrenza e libero mercato.

Come accennavo, questo convegno vuole caratterizzarsi per una prospettiva nuova. Nei mesi precedenti la novità legislativa il dibattito si è monopolizzato molto sulla *querelle* sostanzialmente tra SIAE e Soundreef (e poi tra LEA e Soundreef), di cui pure accenneremo. Sono stati però del tutto trascurati i riflessi di tale liberalizzazione sugli utilizzatori, cioè sui clienti finali di tutta l'attività creativa di autori e AIE e dell'attività d'impresa di produttori ed editori occorrente per la creazione, la distribuzione e infine il godimento delle opere dell'ingegno.

Vediamo quindi in cosa consiste il processo di liberalizzazione a cui stiamo assistendo.

Abbiamo già vissuto in Italia e in Europa molte volte processi di liberalizzazione. Mi riferisco alle liberalizzazioni degli Anni '90, e in particolare a quella del **mercato delle telecomunicazioni** nel 1997 (grazie alla **Direttiva 96/19/CE** del 1996 che completa un percorso iniziato molto prima con Direttive del 1990 e del 1992) quando Telecom Italia, monopolista nazionale, vide l'ingresso sul mercato di Infostrada, poi di Wind e di altri operatori, Omnitel e H3G. Noi utenti, ignari di queste grandi manovre antimonopolistiche, assistevamo a tutto quel cambiamento (uscivamo dal dominio di SIP, poi divenuta Telecom Italia) credendo che tale liberalizzazione ci convenisse. E in effetti così è stato, la guerra al ribasso delle tariffe telefoniche (fisse e mobili) continua ancora oggi, con ottimi risultati per tutti noi.



Posso raccontare per esperienza diretta che, com'è naturale che accadesse, anche in quel caso il monopolio di TI ha pesato moltissimo ed è stato ceduto a poco a poco. Nel 2005, per più di un anno ho vissuto dentro H3G nell'ambito di un contratto di distacco professionale.

C'era una guerra e un clima di sana rivalità con Telecom Italia (in particolare con la divisione a marchio TIM ovviamente) per l'accesso alla loro rete e poi per la portabilità. Tutti servizi che TI doveva fornire a condizioni e prezzi concordati con l'autorità per consentire lo storno legittimo di clientela. Ricordo la guerra a colpi di spot. Una guerra senza riserve giocata sempre sul filo dell'interpretazione delle regole sulla pubblicità ingannevole e comparativa. La lotta poi si spostava sulle offerte ai consumatori, sempre più azzardate e al ribasso, tanto da far parlare qualcuno di dumping nazionale.

Tutto questo però ci ha portato ad avere tariffe basse e bundle di contratti con cellulari di cui noi consumatori abbiamo senz'altro giovato.

Lo schema è più o meno sempre lo stesso ed è tipico dei **servizi di rete**. Ovvero quei servizi così definiti in quanto un'infrastruttura sviluppata da un precedente monopolista, proprio grazie a tale monopolio, condiziona fortemente l'ingresso di nuovi operatori. Nel caso di SIAE non esiste una infrastruttura di rete fisica (la rete ferroviaria, la rete TLC, quella elettrica, gas, ecc.) ma esiste ciò non dimeno la rete di agenti su tutto il territorio nazionale. Cioè tutti quei soggetti che di fatto intervengono per la verifica e riscossione dei diritti. Pensare che nuovi concorrenti di SIAE possano sviluppare in modo autonomo una propria rete di agenti è impensabile e non si aprirebbe mai il mercato. Non a caso tutte le *collecting* attuali per la gestione dei diritti connessi hanno più o meno direttamente accordi con SIAE per l'uso della sua rete.

Dicevo, lo schema è sempre lo stesso: arriva una direttiva che ci dice che è arrivato il momento di liberalizzare, interviene il legislatore nazionale in recepimento, si costituisce *ex novo* una Authority o si affidano dei compiti di vigilanza e regolamentazione secondaria ad una già esistente.

È accaduto per la liberalizzazione del settore gas con l'ex monopolista Eni (la **direttiva gas del 1998**). A vigilare fu posta un'autorità (Autorità dell'energia elettrica e il gas) e



produzione/distribuzione energia. Nascono nuovi concorrenti (Eni, Acea En., Edison, la multiservizi A2A, ecc.)

Come accennato è accaduto per le telecomunicazioni con la direttiva del 1996 e la costituzione dell'AGCOM l'anno successivo (legge del 1997 di recepimento direttiva).

È seguita poi la **liberalizzazione dell'energia elettrica** con Enel che da monopolista scorpora le varie divisioni e crea Terna (1999) a cui viene data dallo Stato in concessione la **Rete di Trasmissione Nazionale** (RTN) che nel frattempo è stata nazionalizzata. Anche qui tutto cominciò con una direttiva del 1996 cui seguì il **decreto Bersani del 1999** avviando la liberalizzazione della produzione, importazione, esportazione, acquisto e vendita di energia. Le conseguenze di tali modifiche sono state l'abolizione di ogni esclusiva pubblica e la creazione di un mercato libero e aperto.

Anche i **trasporti internazionali su rotaia iniziano con una direttiva del 1991** (si inizia con le merci e poi con i passeggeri sono in tempi più recenti dal 2010).

Questo schema di liberalizzazione si è replicato quindi già molte volte in molti settori. Questo della SIAE è solo l'ultimo. Anche qui, è intervenuta una direttiva, si è individuata una authority per la vigilanza e controllo del mercato e degli operatori (AGCOM).

Quel che invece ancora manca a mio avviso, sono le responsabilità dell'ex monopolista, ovvero quegli obblighi a suo carico che garantiscano l'ingresso e l'esercizio d'impresa effettivo da parte degli altri operatori. Oltre forse al fatto che occorrerebbe qualche passo avanti ancora nella direzione della liberalizzazione erodendo le ultime prerogative della SIAE. Ma su questo punto mi rendo perfettamente conto che ci sono argomenti solidi per sostenere anche le pretese di esclusiva in capo alla SIAE. Magari poi accenniamo anche a questo aspetto.

Senza altro una cosa è accaduta, e cioè che ogni processo di liberalizzazione è stato progressivo. In un primo tempo il mercato diventa libero solo per i grandi consumatori B2B (grandi imprese e i consorzi di piccole imprese), successivamente anche per i piccoli consumatori (piccole imprese) e solo alla fine del processo si apre a tutti i privati (le famiglie). Non mi aspetto che nel settore del diritto d'autore e connesso accada diversamente. Il che vuol dire che i primi passi di



apertura del mercato vedranno protagonisti grandi player, ovvero le *collecting* da un lato e, dall'altro, associazioni di categoria, operatori TLC e società di *broadcasting*.

Cosa accadrà quindi? Forse gli utilizzatori che già vivono i pagamenti a SIAE come una strana e, diciamocelo, odiosa tassa, cominceranno a ricevere (anzi hanno già iniziato) lettere di rendicontazione e pagamento da altre *collecting* e magari anche da singoli autori. Già sono arrivate a molti le lettere di LEA. Questa nuova complessità del mercato, la complessità delle logiche sottese alla raccolta e rendicontazione dei diritti, la complessità della materia in sé e magari anche la difficoltà di capirne perfino la *ratio*, sono tutti elementi da cui è scaturita Sintonia (di cui poi la nostra ospite Cristina Ranieri ci parlerà) che unisce la competenza tecnica e quella giuridica (lo Studio partecipa con un suo contributo professionale) per dare assistenza a tutti i soggetti del diritto d'autore. Proponendosi quindi come soggetto terzo indipendente e, perché no, in certe occasioni come "*collecting*" portatrice degli interessi degli utilizzatori che forse è la parte più debole del rapporto e senz'altro quella più bisognosa di competenze specialistiche.

2. Rapporti tra autori e utilizzatori

Quindi, parliamo della **Direttiva Barnier 2014/26/UE**, delle sue novità e, prima di tutto, del contesto normativo in cui è arrivata per coglierne l'effetto nel nostro ordinamento.

In Italia, è rimasto ancora in parte l'unico paese Europeo oltre all'Austria, Ungheria e Repubblica Ceca (dove ci sono forme di monopolio, ma si tratta, a differenza dell'Italia, di monopoli contendibili) dove un operatore, la SIAE, ha giocato da monopolista legale per quasi settant'anni (venendo peraltro da un monopolio di fatti di quasi un secolo e mezzo). Cioè da soggetto a cui la legge (180 Legge 633/41, per brevità **Ida**) riservava in via esclusiva il ruolo di intermediario nella gestione del diritto d'autore. Questa del monopolio, non è stata la scelta di tutti gli altri paesi. Anche la SIAE era nata come associazione di diritto privato prima che intervenisse la *Ida*. Le ragioni sono note: la tutela e lo sviluppo della cultura e della creatività che



poi ha assunto un ruolo principe dal 1941 in poi nel tradurre in pratica le disposizioni della Ida in modo da garantire la protezione e lo sviluppo artistico nel Paese.

A questo punto un po' di storia è necessaria. Per inquadrare il fenomeno e capire il presente dobbiamo dare uno sguardo alle origini; e scopriremo che fin da principio tutto ruota intorno al rapporto tra artisti e utilizzatori.

Tutto è nato da tale **Ernest Bourget** la cui storia è raccontata da un bellissimo libro di Fabio Macaluso (*E Mozart finì in una fossa comune. Vizi e virtù del copyright*, Ed. Egea 2013). Si tratta di una storia emblematica del rapporto tra autori e utilizzatori che ha dato origine alla prima *collecting* del mondo, la SACEM. Un racconto vecchio di oltre 160 anni, ma ancora attualissimo. Tutti i soggetti del diritto d'autore già allora erano presenti con le medesime pretese e le medesime idee di oggi, ahimè contrapposte. Una storia, quindi, che al netto di correttivi dettati dal contesto storico, viviamo nella pratica moderna di tutti i giorni.

Bourget era una star dei suoi tempi. Un compositore e musicista molto famoso. Non essendoci ancora la globalizzazione, la sua fama non valicava i confini nazionali (Francia), ma era abbastanza. Bourget, come i suoi contemporanei, viveva di diritto d'autore, nel senso che viveva delle royalty che un editore (oggi diremmo produttore) gli pagava per la vendita degli spartiti delle sue opere. Gli spartiti, se vogliamo, erano i CD dell'epoca (o i download di spotify e iTunes di oggi), cioè i supporti che contabilizzavano la misura dei compensi spettanti agli autori.

Una sera Bourget con qualche amico si reca in un caffè parigino per bere, ci dicono gli storici, acqua ghiacciata zuccherata (bevanda in voga allora, una Coca-Cola *ante litteram*). Mentre è lì che consuma la sua bevanda in compagnia, un artista, evidentemente invitato dal proprietario del locale, intona un brano del Bourget. Il pubblico applaude e il locale si riempie. Anche Bourget apprezza, e finita l'esibizione, al momento del conto, si presenta dal proprietario del caffè e propone uno scambio: lui non avrebbe chiesto alcun compenso per l'uso della sua musica e in cambio il titolare avrebbe offerto a lui e ai suoi amici le bevande. Il locandiere protesta sottolineando che aveva regolarmente pagato il musicista che si era esibito (il DJ diremmo oggi). I nostri quindi si rivolgono all'artista il quale non solo non intende pagare alcunché rimettendo la questione al proprietario del locale, ma si scopre anche in possesso di



spartiti non originali (copie pirata, diremmo oggi), cosa che mandò su tutte le furie il Bourget, privato due volte dai suoi compensi.

La faccenda finì in tribunale che diede ragione a Bourget.

Come vedere, in questa storia vi sono tutti i temi moderni: i diritti d'autore e quelli connessi, l'individuazione dell'utilizzatore e dei suoi obblighi (il musicista o il proprietario del locale?), il diritto di copia e di pubblica esecuzione, ecc.

Da lì arriviamo in Italia al 1882 con la costituzione della SIAE. E poi al suo monopolio legale del 1941 (180 Ida). Ma dai tempi di Bourget poco è cambiato, soprattutto a livello culturale nella percezione dei non addetti ai lavori.

In tale prospettiva, il nostro scopo, quello dei “cultori della materia” è innanzi tutto creare un ponte tra utilizzatori e le *collecting* che sappiamo non godere di grande fama. E io ritengo che sia per lo più dovuto al fatto che questa materia è complicata e per certi aspetti controintuitiva. Ma è anche vero che se non abbiamo ancora oggi introiettato i principi e la logica sottesa ad alcune disposizioni di legge sul diritto d'autore sono complici scandali, inefficienze e a mio avviso anche l'irragionevolezza della legge in certi casi. L'assoggettamento del software alla Ida non aiuta (programmi per elaboratore **direttiva 91/250/CE** poi codificata in **direttiva 2009/24/CE**); e così neanche la progressiva estensione temporale del diritto d'autore che ha raggiunto termini francamente troppo lunghi (70 anni dopo la morte dell'ultimo dei coautori).

Ora con la nuova legge, si intravede un cambiamento che auspicabilmente porterà verso una modifica degli assetti di mercato, maggiore trasparenza e soprattutto una maggiore cultura della tutela dei diritti degli artisti e dei titolari di diritti connessi riconoscendo magari voce in capitolo anche agli utilizzatori.

Come dicevo, quindi, la Ida sanciva il monopolio della SIAE avente ad oggetto la gestione del diritto d'autore. Non invece la gestione dei diritti connessi anche se a tale riguardo – considerato il monopolio di fatto della IMAIE e il quadro normativo incerto che attribuiva ad essa alcune prerogative (a livello regolamentare) – è servito un intervento legislativo *ad hoc* (**decreto Crescitalia** del 25 gennaio 2012, Governo Monti) per chiarire lo stato di liberalizzazione



di tale mercato (per i diritti connessi dei produttori, invece, pacificamente non c'è mai stata riserva di legge alcuna).

Quindi si comincia a liberalizzare il mercato della gestione dei diritti AIE. **SCF era intanto nata nel 2000.**

Si arriva poi direttamente alla **Direttiva Barnier 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*).

Secondo i considerando 7 e 8 della Direttiva 2014/26 le sue basi giuridiche devono rinvenirsi rispettivamente negli artt. **50 par. 1** (sulla libertà di stabilimento), **53 par. 1** (sull'accesso alle attività autonome) e **62** (che rinvia alla libera prestazione dei servizi) del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (nel prosieguo, anche "TFUE"). Fondamento della direttiva pare quindi essere la piena apertura del mercato e lo scardinamento dei monopoli nazionali.

Peraltro, in direttiva viene chiarito che le libertà di cui sopra non devono «*impedire agli organismi di gestione collettiva di concludere accordi di rappresentanza con altri organismi di gestione collettiva, conformemente alle regole di concorrenza stabilite agli articoli 101 e 102 TFUE, nell'ambito della gestione dei diritti nell'ottica di facilitare, migliorare e semplificare le procedure di **rilascio delle licenze per gli utilizzatori**, anche ai fini di una fatturazione unica, in condizioni di parità, non discriminazione e trasparenza*» (considerando 11).

Appena il giorno dopo la pubblicazione della Direttiva, viene pubblicata una sentenza che sembra andare in senso diametralmente opposto. Con la **sentenza CGUE del 27 febbraio 2014** (causa C-351/12) i giudici del Lussemburgo ritengono che «*il monopolio territoriale riservato all'OSA [ndr: l'ente di gestione collettiva dei diritti d'autore della Repubblica Ceca] costituisce una restrizione alla libera prestazione dei servizi in quanto non consente agli utilizzatori di opere protette di scegliere i servizi di un ente di gestione collettiva stabilito in un altro Stato membro. La Corte sottolinea, tuttavia, che tale restrizione è giustificata, essendo tale sistema adeguato e necessario ai fini del conseguimento dell'obiettivo della gestione efficace dei diritti di proprietà intellettuale. Infatti, allo stato attuale del diritto dell'Unione, non sussistono altri metodi che consentano di raggiungere lo stesso livello di tutela dei diritti d'autore. Pertanto, la*



Corte conclude che il monopolio accordato dalla legge ceca all'OSA è compatibile con la libera prestazione dei servizi».

Riguardo all'applicazione del divieto di intese restrittive della concorrenza *ex art. 101 TFUE* alle società di gestione dei diritti d'autore e connessi, deve comunque citarsi anche la pronuncia del **Tribunale UE di primo grado, 12 aprile 2013, T-442/08**, precedente alla direttiva, che ha aveva annullato parzialmente la precedente decisione adottata dalla Commissione europea nel luglio 2008 nel caso *Cisac*, per motivi probatori, ma confermandone l'impianto nel merito.

La Commissione aveva proibito a 24 *collecting societies* europee aderenti alla *Cisac* (*International Confederation of Societies of Authors and Composers*) di restringere la concorrenza sul mercato interno tramite accordi di mutuo riconoscimento nella gestione dei repertori, che non consentivano alle stesse di offrire il proprio repertorio al di fuori del territorio di competenza né agli autori di scegliere liberamente la *collecting society* cui affiliarsi (cd. **clausole di affiliazione**).

Ebbene, la Direttiva Barnier, evidentemente più in linea con il Tribunale (T-442/08) che con la Corte (C-351/12) contiene una disposizione chiave, l'art. 5.2. secondo cui 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*».

Aderendo all'impostazione della Direttiva, anche il **Tribunale di Milano il 12 settembre 2014**, subito a ridosso di essa, si è orientato in senso pluralista. A proposito della prestazione di servizi in Italia da parte di Soundreef, società di *collecting* inglese, si è infatti espresso per la loro liceità, sostenendo che applicare in questo caso la riserva concessa alla SIAE dall'art. 180 della legge d'autore entrerebbe in «*conflitto con i principi del libero mercato in ambito comunitario e con i fondamentali principi della libera concorrenza*». Il riferimento è all'art. 56 e 62 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea che garantisce la libera circolazione dei servizi.



Dopo il Tribunale, e prima che fosse emanata la legge delega governativa, arriva il **parere dell'AGCM il 12 giugno 2016** inviato al Parlamento e al Governo in cui l'authority si esprimeva sull'incompatibilità della posizione di monopolio della SIAE con i principi della libera concorrenza stabiliti dal TFUE. L'AGCM ribadiva che: *«Il valore e la ratio dell'impianto normativo europeo risultano **gravemente compromessi** dalla presenza, all'interno dell'ordinamento nazionale, della disposizione contenuta nell'art. 180, L. 22 aprile 194, n. 633 (l.d.a.), ormai isolata nel panorama degli ordinamenti degli Stati membri, che attribuisce ad un solo soggetto (SIAE) la riserva dell'attività di intermediazione dei diritti d'autore»*. L'Autorità avvertiva che se anche il legislatore italiano non fosse intervenuto sull'art. 180 l.d.a., tale disposizione si sarebbe dovuta comunque ritenere priva di efficacia (**almeno relativamente agli operatori stabiliti in altri paesi europei**) perché contraria alla normativa e i principi comunitari, sicché nulla può impedire che nuovi soggetti si propongano come gestori e intermediari di diritti d'autore e si affaccino del tutto legittimamente sul mercato italiano.

Nonostante il tenore della Direttiva, la sentenza del Tribunale e il parere dell'AGCM, si arriva comunque ad interpretare l'articolo 5.2. in modo un po' restrittivo facendo leva sul considerando 12 della Direttiva: *«Sebbene la presente direttiva sia applicabile a tutti gli organismi di gestione collettiva [...], 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»*.

Una lettura un po' troppo nazionalista di tale considerando è stato adottato dalla **legge delega** che all'art. 20 (**legge 12 agosto 2016, n. 170**) da un lato cita spesso la *«Società italiana degli autori ed editori e gli altri organismi di gestione collettiva»*, facendo quindi pensare ad una eventuale liberalizzazione pure del mercato dell'intermediazione dei diritti d'autore; tuttavia dall'altro, la **lett. m) dell'art. 20** si riferisce espressamente agli *«organismi di gestione collettiva operanti in virtù di specifiche disposizioni di legge»* che devono *«trasmettere alle Camere una relazione annuale sui risultati dell'attività svolta»*. In proposito, l'unica possibile disposizione specifica pare essere l'art. 180 l.a.



Ancora, la **lett. n)** riguarda la definizione dei «*requisiti minimi necessari per le imprese che intendono svolgere attività di intermediazione dei diritti connessi*»: se il legislatore delegante avesse voluto liberalizzare anche il settore dell'intermediazione dei diritti d'autore avrebbe previsto anche un criterio di delega relativo ai requisiti minimi per le imprese che svolgono attività di intermediazione dei diritti d'autore, circostanza che dalla lettera della norma considerata non emerge. Pertanto, il legislatore delegante non ha espressamente fatto salvo l'art. 180 l.a. ma non l'ha neanche modificato, ma quanto affermato nelle *lett. m) e n)* sopra citate conduce a ritenere che lo stesso abbia presupposto nel suo intervento il mantenimento del monopolio SIAE, scelta poi confermata dal decreto.

m) assicurare la trasparenza della Società italiana degli autori ed editori e degli altri organismi di gestione collettiva attraverso la previsione dell'obbligo di pubblicazione, nei rispettivi siti internet, dello statuto, delle condizioni di adesione, della tipologia di contratti applicabile, delle tariffe e delle linee di politica generale sulla distribuzione degli importi dovuti ai titolari di diritti, della relazione di trasparenza annuale nonché, per gli organismi di gestione collettiva **operanti virtù di specifiche disposizioni di legge**, attraverso la previsione dell'obbligo di trasmettere alle Camere una relazione annuale sui risultati dell'attività svolta;

n) ridefinire, in conformità alle disposizioni della direttiva 2014/26/UE e sulla base delle esigenze rappresentate dal mercato, i requisiti minimi necessari per le imprese che intendono svolgere attività di intermediazione dei diritti connessi, attualmente stabiliti dal decreto del Presidente del Consiglio dei ministri previsto dall'articolo 39, comma 3, del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27, prevedendone la conseguente riforma.

Arriviamo quindi al **Decreto 35/2017**, che lascia esplicitamente inalterato il monopolio SIAE.

Da allora però, il legislatore interviene altre due volte. Una prima volta con la **legge 124/2017** (Legge annuale per il mercato e la concorrenza) che interviene sull'art. 73 l.d.a. consentendo il libero esercizio delle «**utilizzazioni secondarie**», consentendo quindi che la fase di negoziazione, raccolta e ripartizione dei diritti connessi AIE possa essere effettuata direttamente da ciascuna delle imprese a cui gli AIE hanno conferito il mandato. Prima di allora tale attività era compiuta per riserva di legge dalle *collecting* dei produttori.

Un secondo intervento è quello più decisivo, con cui si scardina dopo quasi ottanta anni il monopolio SIAE. Con il **D.L. 148/2017 del 16 ottobre 2017 (decreto fiscale 2018)** convertito con



modificazioni dalla legge 4 dicembre 2017, n. 172) si modifica l'art. 180 l.d.a. con l'introduzione della possibilità di ingresso di nuovi operatori nella misura in cui siano degli Organismi di Gestione Collettiva (OGC), cioè dei soggetti che sono detenuti o controllati dai titolari dei diritti o che sono privi di fine di lucro. Si impedisce quindi che soggetti aventi fini di lucro e costituiti per il raggiungimento di un fine di raccolta e investimento di capitale equity sia consentito l'esercizio di attività di intermediazione e gestione dei diritti d'autore.

Soundreef resta alla porta quindi, ma non altri soggetti come LEA.

In tutta questa contesa, resta fuori, come dicevo in apertura, l'utilizzatore.

3. Concetto di utilizzo e di comunicazione al pubblico

Nella l.d.a. non si parla mai di utilizzatore e nella Direttiva e nel Decreto 35 si parla di utilizzatore solo per chiarire che si tratta del soggetto che contrattano con gli OGC le condizioni di licenza e per elencare i loro obblighi (es.: almeno una volta l'anno fornire il rendiconto analitico in un formato da concordare con gli OGC; ruolo dell'authority come mediatore e risolutore delle questioni riguardanti i costi delle licenze in caso di mancato accordo tra OGC e utilizzatori).

Ma mai si dice chi è l'utilizzatore. Ciò non è strano, poiché quel che interessa alla legge è la prospettiva del titolare dei diritti, individua cioè non l'utilizzatore ma le circostanze che danno origine ad un diritto di esclusiva o di credito lasciando che poi sia l'analisi del caso concreto a sciogliere la matassa di chi debba pagare per l'utilizzo dell'opera. Il diritto è così ancorato all'utilizzo dell'opera e non all'utilizzatore.

Nulla vieta insomma che accertato un utilizzo di opera, si spari *ad alzo zero* e si chieda il pagamento a chiunque con quell'utilizzo abbia in qualche modo a che fare, abbia cioè tratto una qualche utilità di ordine economico o di immagine per cui si pretende il pagamento di un importo. Ciò che rileva, appunto, è l'utilizzo.

Ma anche il termine utilizzo può essere variamente inteso: in senso più o meno ampio. Una interpretazione estesa, fa sì che aumentano gli utilizzatori, e aumentano anche le prerogative degli aventi diritto in una interpretazione evolutiva delle norme esistenti.



Chiudo quindi accennando alle ultime tendenze sul concetto di utilizzo, e più in particolare al concetto di comunicazione al pubblico.

L'art. 3 della **Direttiva 2001/29/CE** (sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione - **InfoSoc**) e l'art. 8 della **Direttiva 2006/115/CE**, attribuiscono rispettivamente ad autori e titolari dei diritti connessi il diritto di autorizzare la "comunicazione al pubblico" delle proprie opere e interpretazioni. Vien da sé, quindi, che più tale concetto di comunicazione al pubblico è interpretato in senso ampio, più alti sono i compensi spettanti ad autori e titolari di diritti connessi.

Sul punto sono intervenute due recenti sentenze della Corte di Giustizia del Lussemburgo, l'una riguardante l'utilizzo di opere a mezzo di radiodiffusione, l'altra a mezzo *streaming* e *download* sul web.

Con la prima sentenza (del 31 **maggio 2016**, Caso C-117/15, **Gema vs. Reha Training**) è stato stabilito che costituisce comunicazione al pubblico anche la semplice diffusione di musica presso una struttura sanitaria attraverso apparecchi TV al fine di allietare la degenza dei pazienti. Lo scopo dell'utilizzatore, va sottolineato, non è lo sfruttamento delle opere per fini ricreativi o di spettacolo, ma resta quello della somministrazione di cure mediche.

Con la seconda sentenza (dell'8 **settembre 2016**, Caso C-160/15, **GS Media TV vs. Sanoma Media Netherlands BV**, Playboy Enterprises International Inc., BrittGeertruidaDekker) è stato stabilito che commette atto di comunicazione al pubblico anche colui che procede alla semplice pubblicazione di un collegamento ipertestuale (*link*) verso opere protette dal diritto d'autore pubblicate da terzi. In caso si prescinde addirittura dall'utilizzo delle opere e viene in rilievo la mera agevolazione all'accesso.

Dal combinato disposto delle due decisioni richiamate si ricava che autori e titolari dei diritti connessi hanno diritto ad una remunerazione anche se le opere sono oggetto di semplice utilizzo accessorio all'attività principale dell'utilizzatore, oppure se, pur senza utilizzo dell'opera, si facilita l'accesso (fraudolento) alla stessa.



La verifica di tali utilizzi, nonché di quelli più tradizionali, spetta innanzi tutto alle società mandatarie di gestione che, a seconda delle circostanze di diffusione delle opere – *off line* o *on line* – hanno adottato diversi criteri di indagine e accertamento.

Alla luce di questo complesso quadro dove, da un lato, quello dell’offerta, oltre alla tradizionale presenza di SIAE e SCF, abbiamo anche LEA, e forse a breve le *collecting* AIE che si muoveranno autonomamente. Ma avremo forse nuovi soggetti, magari anche dall’estero. Dal lato della domanda, avremo un ampliamento del novero degli utilizzatori come conseguenza dell’aumento delle occasioni di utilizzo e della nozione stessa di utilizzo (se si continuerà in questa tendenza inclusiva di soggetti che compiono la comunicazione al pubblico).

4. Cronologia essenziale

- 1847 nasce SACEM
- 1882 nasce SIAE
- 2012 Decreto **Crescitalia** liberalizza l’attività di amministrazione e intermediazione dei diritti connessi (cioè IMAIE e Nuovo IMAIE era già previsto il libero mercato per i produttori)
- 12 aprile 2013, Tribunale UE di primo grado sul **caso Cisac**,
- 26 febbraio 2014, Direttiva 2014/26/CE (**Direttiva Barnier**)
- 27 febbraio 2014, Sentenza CGUE “**OSA**” sui monopoli delle collecting
- 12 settembre 2014, Tribunale Milano causa Soundreef (RG. 48903/2014)
- 1° giugno 2016, parere **AGCM** su schema recepimento Direttiva (sull’incompatibilità della posizione di monopolio della SIAE con i principi della libera concorrenza stabiliti agli artt. 101 e 102 TFUE - Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea)
- 12 agosto 2016. **Legge delega** per adozione della direttiva
- 15 marzo 2017, D.Lgs. 35/2017.



- **4 agosto 2017**. Legge 124/2017 (**Legge annuale per il mercato e la concorrenza**) su art. 73 l.d.a. l'esercizio "**utilizzazioni secondarie**", quindi la fase di negoziazione, raccolta e ripartizione, spetti - separatamente - a ciascuna delle imprese a cui gli artisti o i produttori di fonogrammi abbiano conferito il proprio mandato.
- **16 ottobre 2017**, D.L. 148/2017 (**decreto fiscale 2018**) su parziale **fine monopolio SIAE** (convertito con modificazioni l. 4 dicembre 2017, n. 172)

Francesco Rampone

Responsabile team Intellectual Property e Information Technology

f.rampone@lascalaw.com

