

Alla ricerca del mercato perduto: spunti per una gestione competitiva dei diritti

Gianluigi Chiodaroli (ITSRIGHT)¹

ITSRIGHT (www.itsright.it)

ITSRIGHT è un'organizzazione di gestione collettiva indipendente nata nel 2010 per amministrare, in Italia e all'estero, i compensi per i diritti connessi al diritto d'autore per la pubblica utilizzazione di fonogrammi.

Obiettivo di ITSRIGHT è garantire una gestione sistematica, competente e trasparente del processo d'incasso e distribuzione dei proventi che spettano ad artisti interpreti ed esecutori musicali, direttori d'orchestra e di coro, musicisti e orchestrali, produttori artistici, produttori discografici.

A oggi ITSRIGHT rappresenta più di 4000 artisti italiani ed esteri e oltre 200 produttori discografici; ha inoltre siglato 32 accordi con analoghe strutture di collecting estere per la gestione delle utilizzazioni internazionali dei repertori dei propri aderenti.

Introduzione

Il dibattito in Italia sul recepimento della Direttiva 2014/26/UE (la Direttiva) e perciò anche l'oggetto della nostra tavola rotonda sono inevitabilmente condizionati dalle polemiche attorno al dilemma se la SIAE possa legittimamente continuare ad essere o meno monopolista legale nell'intermediazione dei diritti d'autore.

Non mancano le ragioni per giustificare i toni, anche accesi, che hanno accompagnato tale polemica: dall'inaspettata presa di posizione in Parlamento da parte del Ministro Franceschini², all'eloquente silenzio sul punto adottato dal disegno di legge delega per il recepimento della Direttiva³, al recente pronunciamento dell'Autorità Antitrust⁴, alla molteplice serie di argomentazioni e proposte contrarie avanzate da un nutrito gruppo di parlamentari di diversi schieramenti⁵.

A me sembra però che tale polemica rischi di oscurare numerosi altri aspetti implicati nel processo di recepimento della Direttiva che non sono meno rilevanti del dilemma "monopolio sì o no" e che sono stati richiamati da alcuni interventi di questa mattinata.

Esporrò dunque soltanto alcuni spunti di riflessione a margine della Direttiva, da me maturati a partire dalla specifica esperienza vissuta con ITSRIGHT in questi anni di gestione dei diritti connessi al diritto d'autore.

1.- Una valutazione complessiva della Direttiva

La Direttiva ha impiegato oltre vent'anni di faticosa gestazione prima di essere adottata, se solo consideriamo che la riflessione in sede UE sulle problematiche della gestione collettiva dei diritti è iniziata sin dagli anni novanta, è approdata al Parlamento europeo con il noto studio del 2003⁶ e si è poi arricchita nel 2005 di una storica Raccomandazione⁷, rimasta sostanzialmente lettera morta.

A mio avviso, il punto di ancoraggio – a partire dal quale si sviluppano le analitiche disposizioni precettive contenute nella Direttiva - è costituito dal *considerando* numero (5), che impietosamente scolpisce lo stato di arretratezza e di disordine (non solo normativo) degli organismi di gestione collettiva nei singoli Paesi

¹ Intervento alla tavola rotonda nell'ambito del Convegno #CopyrightGiornoZero tenutosi a Roma l'8 giugno 2016 presso l'Università LUISS ed organizzato da DIKE e LUISS.

² Si tratta dell'audizione del Ministro dei Beni e delle Attività culturali e del Turismo, Dario Franceschini, sulle tematiche del diritto d'autore interessate dalla direttiva 2014/26/UE tenutasi il 30 marzo 2016 avanti le commissioni riunite Cultura e Politiche Ue della Camera dei Deputati; versione video integrale al link: <http://webtv.camera.it/evento/9211>

³ Il testo da ultimo disponibile è quello contenuto all'articolo 20 del disegno di legge attualmente in esame al Senato: <http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/17/DDLPRES/971937/index.html>

⁴ Vedi il parere AS1281 reso in data 1° giugno 2016 dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato: <http://www.agcm.it/component/joomdoc/allegati-news/AS1281.pdf/download.html>

⁵ Per tutti, si vedano le proposte di emendamento al disegno di legge delega citato alla nota 2 presentate dal Sen. Pietro Ichino (e altri) in: <http://www.pietroichino.it/?p=40595>

⁶ Si veda la Relazione presentata l'11 dicembre 2003 al Parlamento europeo dalla propria Commissione Giuridica: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A5-2003-0478+0+DOC+XML+V0//IT>

⁷ Mi riferisco alla Raccomandazione della Commissione in data 18 ottobre 2005 (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A32005H0737>) sulla quale si veda la successiva presa di posizione del Parlamento europeo in data 13 marzo 2007 (http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2007-0064+0+DOC+XML+V0//IT#ref_1_1).

europei, quanto a efficienza, diligenza, trasparenza, affidabilità e responsabilità nei confronti dei titolari dei diritti⁸.

È disarmante anche solo la semplice lettura delle dettagliate disposizioni precettive, contenute nei Titoli I e II della Direttiva, che costruiscono l'intelaiatura delle regole di *corporate governance* necessarie ad uniformare e ad ammodernare il sistema degli organismi di gestione collettiva operanti in Europa.

Si tratta di un'elencazione analitica di previsioni - che direi basilari, quasi scontate - per la sana gestione di una qualsiasi impresa di servizi, quali sono le società di *collecting*.

Un'elencazione che è tanto più stupefacente quanto più essa lascia intravedere, in controluce, la distanza della cruda realtà europea (sottolineo: non solo italiana) da quegli standard minimi di professionalità che saremmo indotti ad aspettarci da organizzazioni che mediamente vantano decenni di operatività, sin qui quanto meno mal-regolata e, ciò che è peggio, mal-eseguita.

Se tanta era (è) la distanza tra realtà concreta e modello minimo di professionalità giustamente preteso dal legislatore europeo, allora ci si spiega non solo perché la Direttiva abbia tanto faticato a superare l'ostruzionismo di chi nel tempo si è costruito una vischiosa rendita di posizione, ma anche il ritardo che accomuna molti Paesi europei, inclusa l'Italia, nel recepirli a livello nazionale.

Di qui la mia prima conclusione: nell'interesse di una sana e corretta concorrenza del mercato è urgente che - prima ancora del problema del monopolio - quell'ABC di regole di professionalità minima e uniforme siano adottate.

Ancora più urgente è che quell'ABC sia comunque attuato, prima ancora del recepimento della Direttiva, da tutte le singole organizzazioni interessate.

Soltanto così infatti si mette a disposizione di ciascuno dei molteplici *stakeholders* coinvolti (membri, titolari dei diritti e utenti) la strumentazione necessaria per esercitare un'effettiva e consapevole scelta nell'offerta dei servizi di intermediazione proposti da ciascun ente.

2.- Monopoli legali o monopoli (oligopoli) naturali?

Anche a me, come a molti altri più autorevoli commentatori, sembra pacifico che l'articolo 5, 2° comma della Direttiva⁹ persegua l'obiettivo di disegnare il mercato europeo degli intermediari dei diritti d'autore e dei diritti connessi come un mercato necessariamente libero (liberalizzato?) o, più semplicemente, "competitivo".

Un mercato dove una norma quale l'articolo 180 della nostra legge sul diritto d'autore assomiglia sempre più a un morto che cammina¹⁰.

Un mercato dove le barriere nazionali siano abbattute e sia concepibile non solo, ad esempio, che la francese SACEM o la spagnola SGAE operino attivamente in Italia, ma anche che la nostra stessa SIAE ambisca ad operare e competere in maniera mirata e diretta nei Paesi esteri. E ciò, senza dover necessariamente transitare da quegli accordi di reciprocità che - sotto altro profilo¹¹ - possono costituire intese esposte ad alto rischio di lesività anti-competitiva.

Per contro, da più parti si reitera l'affermazione che la gestione collettiva dei diritti imponga come inevitabile la creazione di monopoli (o tutt'al più oligopoli) naturali.

⁸ Il testo del nr. 5 si esprime in modo politicamente più corretto, ma la sostanza non cambia: *"Esistono notevoli differenze tra le normative nazionali che disciplinano il funzionamento degli organismi di gestione collettiva, in particolare per quanto riguarda la trasparenza e la responsabilità nei confronti dei loro membri e dei titolari dei diritti. In alcuni casi tale situazione ha creato difficoltà, in particolare per i titolari di diritti degli altri paesi, quando cercano di esercitare i loro diritti e ha comportato una gestione finanziaria carente dei proventi riscossi. I problemi nel funzionamento degli organismi di gestione collettiva comportano inefficienze nello sfruttamento dei diritti d'autore e dei diritti connessi nell'ambito del mercato interno, a scapito dei membri degli organismi di gestione collettiva, dei titolari e degli utenti."*

⁹ Articolo 5, 2° comma: *"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. (...)"*

¹⁰ Basta rileggere con attenzione il parere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato citata alla precedente nota 3.

¹¹ Mi riferisco alla nota decisione del 16 luglio 2008 della Commissione UE nel Caso COMP/C2/38.698 - CISAC (http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38698/38698_4571_1.pdf)

In tale posizione vi è indubbiamente uno spunto di verità, che deriva dal fatto che l'assetto monopolista o quello oligopolista sono (possono essere) naturali conseguenze dei due presupposti d'impresa indispensabili per una qualsiasi entità che svolga professionalmente gestione collettiva, costituiti da: (i) un robusto e consolidato *know how*, espresso tanto da un'articolata organizzazione tecnicamente competente quanto da una infrastruttura (non solo informatica) complessa e (ii) l'aggregazione di una massa significativa di soggetti e repertori rappresentati.

Ma un conto è affermare che il monopolio o l'oligopolio siano l'effetto (naturale) di un assetto raggiunto dal mercato ed altro è invece teorizzare di doverli imporre o giustificare *ex lege*.

D'altra parte, se il nostro legislatore nazionale pretendesse di perseguire a qualsiasi costo la scelta di istituire un vero monopolio legale nella intermediazione dei diritti d'autore e connessi, allora non vedo come potrebbe eludere la chiara previsione contenuta nell'articolo 43 della nostra Costituzione¹².

A cinquant'anni di distanza dalla creazione dell'Ente Nazionale per l'Energia Elettrica (ENEL), vogliamo seriamente affermare che occorre istituire l'ENDAC (Ente Nazionale per i Diritti d'Autore e Connessi)?

A me pare che basti replicare con due semplici interrogativi retorici, che scaturiscono dallo stesso dettato costituzionale: dov'è in questo caso l'interesse generale? E quali sarebbero poi i servizi pubblici essenziali?

3.- Le falsità sul caos della liberalizzazione dei diritti connessi

È stato affermato da più parti, anche questa mattina nell'intervento del prof. Marzano, che la cosiddetta liberalizzazione dei diritti connessi¹³ avrebbe generato caos. E l'argomento viene speso ricorrentemente per giustificare l'opzione preferenziale verso il monopolio (legale).

Contesto fermamente questo falso luogo comune.

Ben prima della legge sulla liberalizzazione dei diritti connessi, da più di vent'anni in Italia hanno operato e continuano ad operare – senza alcun caos e con una vivace reciproca competizione - ben quattro eterogenee organizzazioni collettive per la gestione dei diritti connessi dei produttori di fonogrammi¹⁴.

All'opposto si deve ricordare che l'unica fonte generatrice di "caos" è stata la reazione di sistematico antagonismo ostruzionistico posto in essere dall'ex monopolista (il Nuovo IMAIE), il quale si è comportato (come per un riflesso pavloviano tipico di ogni processo di transizione dal monopolio al libero mercato) esattamente come si sono comportati gli ex-monopolisti di altri settori (radio-televisioni; telecomunicazioni; etc.)¹⁵.

Nonostante ciò, almeno sul versante dei diritti connessi musicali, ove opera ITSRIGHT, dopo tre anni di antagonismo, anche (inutilmente) processuale promosso dall'ex monopolista, l'assetto progressivamente virtuoso del mercato ha trovato per via negoziale quell'equilibrio che ha consentito non solo ai nuovi entranti di operare, ma anche allo stesso ex monopolista di migliorare le proprie prestazioni.

Non si spiegherebbe altrimenti come nei pochi anni successivi alla liberalizzazione siano stati distribuiti agli artisti aventi diritto - tanto da Nuovo IMAIE quanto da ITSRIGHT - somme proporzionalmente assai superiori a quelle (non) ripartite dal monopolista e predecessore storico, l'IMAIE (oggi in Liquidazione).

Ancora una volta si è avuto conferma che la concorrenza fa bene, per primo, allo stesso ex monopolista e che confondere vivacità competitiva con il caos serve solo a preconstituire un alibi, utile a giustificare le potenziali inefficienze e le certe rendite di posizione.

4.- L'importanza dell'enforcement della Direttiva

In conclusione, non posso non soffermarmi sull'assoluta importanza rivestita da due specifiche disposizioni (l'articolo 35 e l'articolo 36) contenute nel Titolo IV, dedicato alle misure di esecuzione della Direttiva.

¹² Articolo che recita: "A fini di utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato o ad enti pubblici (...) determinate imprese o categorie di imprese che si riferiscono a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio che abbiano carattere di preminente interesse generale".

¹³ Attuata in Italia con la previsione di cui all'articolo 39 del D.L. 24.1.2012 nr. 1 convertito in legge 24.3.2012 nr. 27.

¹⁴ Si tratta di AFI, SCF, Audiocoop e PMI.

¹⁵ Del resto, pur con tutte le doverose cautele giustificate dall'attuale pendenza del procedimento istruttorio, non si può non ricordare in questa sede che, giusto poche settimane fa, la stessa Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha avviato un procedimento per possibile abuso di posizione dominante nei confronti di Nuovo IMAIE: (http://www.agcm.it/component/joomdoc/allegati-news/A489_avv_istr.pdf/download.html).

L'articolo 35 della Direttiva prefigura la possibilità che, nella risoluzione delle controversie tra organismi di gestione collettiva e utilizzatori, sia creato un organismo indipendente ed imparziale alternativo all'autorità giudiziaria ordinaria.

In un sistema giudiziario intasato da liti, qual è quello in cui quotidianamente viviamo, auspico che il nostro legislatore sappia proporre quella soluzione tecnica che imponga di ricorrere ai tribunali solo come *extrema ratio*.

Ciò è tanto più indispensabile nel caso dei diritti connessi – meri diritti al compenso, debolissimi diritti di credito per utilizzazioni comunque consentite – ove sappiamo che la generalità delle controversie con gli utilizzatori verte non tanto sull'*an* (di solito pacifico) bensì sul *quantum* (sempre contestato dal debitore/utilizzatore).

Poter disporre di un arbitratore tecnico ed indipendente offrirebbe un'efficace alternativa al dispendioso e spesso pretestuoso contenzioso giudiziario e, in ultima analisi, costituirebbe il migliore incentivo a condurre costruttivamente in porto il fisiologico processo negoziale tra organismi collettivi e utilizzatori.

L'articolo 36 della Direttiva impone infine - come una sorta di arbitro sportivo necessario alla funzionalità del gioco e dell'assetto delle squadre in campo - di individuare una specifica Autorità nazionale chiamata a vigilare sul rispetto della molteplicità di regole contenute nella Direttiva, gravanti sulla generalità degli organismi collettivi.

Non credo che serva inventarsi nuovi soggetti pubblici.

A me pare che tanto l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato quanto l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni abbiano già tutta l'esperienza, la competenza e l'indipendenza necessarie a soddisfare appieno la previsione dell'art. 36 e a garantire che anche questo nostro mercato trovi il proprio naturale ed equilibrato sviluppo competitivo.