

La nuova normativa sulla gestione collettiva dei diritti connessi: problemi e prospettive

ALAI – 26 GIUGNO 2013 – Milano – Intervento di Gianluigi Chiodaroli (Presidente di ITSRIGHT srl)

Ringrazio il professor Fabiani e la dott.ssa Ercolani per avermi invitato a parlare su questo tema di frontiera, ancora molto in movimento e certamente complesso.

Sono, come sapete, un semplice “badilante di lungo corso” del diritto d’autore: per oltre 25 anni mi sono occupato in vario modo di gestire i diritti connessi al diritto d’autore del mondo discografico - musicale.

Tre anni fa ho fondato ITSRIGHT: un’impresa intermediaria dei diritti connessi al diritto d’autore, che è oggi – insieme a SCF, Nuovo IMAIE ed AFI - una delle quattro organizzazioni che hanno notificato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri la propria conformità ai requisiti minimi previsti dal D.P.C.M. 19.12.2012.

In particolare, ITSRIGHT si occupa della gestione collettiva dei diritti connessi spettanti agli Artisti Interpreti ed Esecutori (AIE) ed ai produttori di fonogrammi (PdF) sulle registrazioni fonografiche da loro realizzate e, ad oggi, ha ricevuto mandato da oltre 700 tra artisti, musicisti e piccoli produttori discografici.

Svilupperò perciò il tema a partire dalla mia diretta esperienza sul campo e spero quindi che perdonerete le mie mancanze e lacune rispetto alla qualità e sistematicità della riflessione teorica.

Per delimitare l’ambito della mia comunicazione, parto con tre chiarimenti: (i) sulle fonti cui ho attinto, (ii) sui diritti connessi di cui parlerò e (iii) sullo specifico punto di vista da cui li affronterò.

Sulle fonti

Avete avuto tutti accesso, nella convocazione, alle due fonti normative di riferimento sull’argomento di oggi: l’art. 39 della Legge 24.3.2012, n. 27 ed il D.P.C.M. 19.12.2012 pubblicato nella G.U. nr. 59 dell’11.3.2013.

Il quadro normativo su cui l’art. 39 della Legge n. 27/2012 è intervenuto è composto dai seguenti atti:

- la legge 5.2.1992 n. 93, che contiene la disciplina di riferimento per l’IMAIE;
- il testo della segnalazione al Parlamento, adottata il 4.6.2004 dall’Autorità Garante della concorrenza e del Mercato (AGCM) ai sensi dell’art. 21 della legge 287/1990;
- l’art. 7 della legge 29.6.2010 n. 100, istitutiva del Nuovo IMAIE;
- l’Ordine del Giorno adottato il 16 dicembre 2011 dalla Camera dei Deputati, con il quale ha preso avvio il procedimento legislativo che ha portato alla liberalizzazione;
- il parere preventivo ed obbligatorio reso dall’AGCM in data 3 dicembre 2012 sulla bozza del testo del DPCM 19.12.2012 proposta dalla Presidenza del Consiglio dei ministri.

A tali fonti - tutte disponibili sul sito web di ITSRIGHT (www.itsright.it) - mi atterrò nello sviluppo dei ragionamenti che seguono.

Ho escluso invece di attingere e discutere in merito alle fonti del diritto che sono ancora *in fieri*, ma che comunque vi segnalo:

- la proposta di direttiva UE di disciplina delle collecting societies presentata lo scorso 11.7. 2012: i lavori a Bruxelles fervono, ma sembrano ancora in alto mare;
- la proposta di decreto ministeriale di riordino della materia dei diritti connessi presentata dalla presidenza del Consiglio dei ministri all’esame del Comitato Consultivo per il Diritto d’Autore e fondata sull’art. 7 delle legge 100/2010: anche qui i lavori e le discussioni sono tutt’ora in corso.

Da ultimo, segnalo che sul nostro argomento il prof. Ubertazzi ed il gruppo di lavoro della rivista AIDA hanno già dedicato due convegni: uno, tenutosi nel 2012 (i cui atti sono già stati pubblicati in AIDA 2012) ed uno tenutosi nel 2013 (gli atti sono di prossima pubblicazione, sempre in AIDA).

Quali diritti connessi a gestione collettiva sono investiti dalla nuova normativa?

La risposta sembrerebbe ovvia: sono quelli spettanti agli artisti interpreti ed esecutori!

lo credo invece che tale risposta sia un po' troppo semplicistica ed incompleta, per almeno tre ordini di motivi:

Il primo motivo: se è vero che, da un punto di vista storico e politico, le norme in esame sono state introdotte sulla spinta della specifica esigenza di affermare con chiarezza la libertà degli AIE di scegliersi la collecting society alla quale affidare la gestione dei propri diritti (si veda la citata segnalazione AGCM del 2004), l'attenta lettura dei due provvedimenti in esame (la legge n. 27/2012 e il DPCM 19.12.12) evidenzia che esse si applicano a qualsiasi intermediario di qualsiasi diritto connesso al diritto d'autore¹.

Il secondo motivo: la stessa categoria dei diritti connessi, come sappiamo, è molto eterogenea e raggruppa sotto un'unica dizione una pluralità di fattispecie giuridiche e di diritti riferiti a beni immateriali molto differenziata: per contenuto, per tipologia del diritto (diritto esclusivo/diritto al compenso), per soggetti che ne sono titolari, per meccanismi di gestione, e così via.

Ciò è talmente vero che - pur restando all'interno della sola sotto-categoria dei diritti connessi gestiti in forma collettiva spettanti agli AIE - l'esame della disciplina dei relativi flussi gestionali (che è ciò che qui interessa) fa emergere almeno tre nuclei di diritti e tre diversi schemi gestionali:

1° schema: il diritto al compenso (ex art. 73 e 73bis LDA) degli AIE interpreti di fonogrammi, da essi vantato in comunione con i produttori di fonogrammi in relazione alle pubbliche utilizzazioni del fonogramma, il cui schema del processo gestionale è così strutturato:

- il diritto nasce in capo ad entrambi i contitolari (PdF e AIE), ma l'esercizio di tale diritto spetta solo al PdF;
- i PdF italiani hanno affidato volontariamente la gestione di tale diritto a soggetti diversi (AFI, SCF, Audiocoop, ITSRIGHT);
- solo gli enti collettivi dei PdF negoziano le condizioni economiche (le tariffe) con gli utilizzatori, incassano l'intero compenso (inclusivo dunque della quota spettante ai correlativi AIE) e lo ripartiscono per metà² direttamente in favore dei propri produttori associati/mandanti, mentre per l'altra metà un tempo lo trasferivano direttamente a IMAIE mentre oggi.... appunto, i PdF e le loro organizzazioni collettive si domandano: cosa fare?

2° schema: il diritto all'equo compenso (ex art. 84 LDA, commi 2 e 3) degli AIE interpreti di opere cinematografiche ed audiovisive, da essi vantato in relazione alla comunicazione al pubblico di tali opere da parte di organismi di emissione nonché più in generale alle distinte utilizzazioni economiche ulteriori rispetto alla distribuzione dell'opera il cui schema del processo gestionale è così strutturato:

- IMAIE (in regime di monopolio di fatto) gestiva fino al 2010 l'intero processo di amministrazione del diritto nell'interesse degli AIE cinematografici;
- solo IMAIE dunque negoziava le tariffe con gli utilizzatori, incassava e ripartiva a ciascun AIE avente diritto la relativa quota, mentre oggi... appunto, gli utilizzatori si domandano: cosa fare?

3° schema: Il diritto al compenso (ex art. 71 septies LDA) per la copia privata sul quale – a prescindere dal problema della sua qualificazione come diritto connesso o “altro”- lo schema del relativo processo gestionale distingue in modo differenziato la disciplina prevista per l'AIE discografico rispetto a quella prevista per l'AIE dell'audiovisivo, stabilendo che SIAE incassa per l'intera filiera degli aventi diritto, e poi:

- da un lato, essa ripartisce la quota di compenso per copia privata dovuta agli AIE discografici pagandola ai PdF o alle loro organizzazioni collettive e lasciando loro il compito di ripartirla ai rispettivi AIE (art. 71-octies primo comma);
- dall'altro, essa distribuisce la quota di copia privata dovuta agli AIE dell'audiovisivo direttamente agli stessi AIE o alle loro organizzazioni collettive (art. 71-octies terzo comma LDA).

¹ Si veda il comma 3 dell'art. 39 della legge n. 27/2012, che prevede che l'emanando DPCM stabilisca i requisiti minimi “nell'interesse dei titolari aventi diritto” (quindi non solo gli AIE). Conseguentemente, SCF ed AFI (entrambe intermediarie rappresentative della sola categoria dei produttori discografici) hanno poi notificato alla Presidenza del Consiglio la propria conformità al DPCM 19.12.2012. Ciò significa che se, ad esempio, le emittenti radiofoniche intendessero gestire i diritti connessi sulla riutilizzazione delle loro emissioni radiofoniche, spettanti ex art. 79 della legge 22.4.1941, n. 633, la legge italiana sul diritto d'autore (LDA), come del resto avviene da tempo in Svizzera, attraverso la società di collecting Swissperform : www.swissperform.ch, anch'esse dovrebbero soggiacere alle disposizioni in esame.

² Ai sensi dell'art. 23 del Regolamento di attuazione della LDA nonché del DPCM 1.9.1975

Ma c'è un terzo motivo di complessità del problema, accentuato dalla nuova normativa sulla liberalizzazione che stiamo esaminando: la natura obbligatoria o volontaria della forma collettiva di gestione dei diritti connessi.

Per i PdF il problema non si è mai posto, liberi come sono sempre stati di scegliere se (e quali diritti) conferire alla gestione collettiva e di decidere da quale organizzazione farsi intermediare.

Per gli AIE, invece, sappiamo che nel regime precedente il nodo problematico non era tanto se IMAIE fosse o meno un monopolio legale, quanto la legittimità di una gestione dei diritti degli AIE in forma collettiva necessaria e, per di più, con l'intermediario (IMAIE) predeterminato per legge.

Su questo punto, la liberalizzazione ha tranciato il nodo.

Anche per gli AIE italiani è quindi oggi possibile porsi la domanda: gestisco i miei interessi direttamente e su basi individuali oppure li affido alla gestione collettiva di un ente intermediario terzo?

Quindi, prima ancora di chiedersi: *"Quale collecting society?"*, anche l'AIE (come qualsiasi altro titolare di diritto connesso) può e deve oggi porsi responsabilmente la seguente domanda: *"Perché affidarmi ad una collecting society anziché gestire direttamente i miei diritti?"*

La risposta – è intuitivo – non sarà mai né totalmente favorevole né totalmente sfavorevole alla gestione collettiva, ma dipenderà da un'innumerabile serie di fattori e ragioni, anche soggettive, quali: il tipo di diritto coinvolto nella gestione, il tipo di utilizzazione implicata, lo spessore artistico-economico del titolare del diritto, l'ampiezza del suo repertorio,...

Non potendo evidentemente sviluppare in questa sede tutta l'intricata selva di problemi generata da tanta varietà di situazioni, mi limiterò ad affrontare il tema seguendo soprattutto il profilo che meglio conosco, quello dei diritti connessi di AIE (e PdF) discografici.

Infine: da quale punto di vista affronterò il tema?

Credo che nessuno rimarrà sorpreso se dico che non intendo affrontare il tema dal punto di vista dei titolari dei diritti (in particolare, gli AIE) e della loro riaffermata libertà di scelta, bensì dal diverso punto di vista dei soggetti collettivi intermediari dei diritti connessi.

Sulla stampa, la liberalizzazione di cui discutiamo è stata facilmente presentata come una conquista di libertà, di autodeterminazione e di uguaglianza per gli artisti; qualcosa che aveva a che fare con l'art. 3 e l'art. 18 della nostra Costituzione.

Ciò è vero, ma è solo un lato della medaglia, quello che era stato già rimarcato nella citata segnalazione AGCM del 2004³

L'altro lato della medaglia, quello meno considerato, ha piuttosto a che fare con gli artt. 41 e 43 della Costituzione: riguarda la tutela della libertà di iniziativa economica e l'eccezionalità e straordinarietà dei casi in cui i monopoli sono consentiti nel nostro ordinamento giuridico.

E la prova di tale più corretta chiave di lettura delle nuove norme si rinviene proprio rileggendo attentamente gli stessi atti che prima citavo⁴.

A questo punto, perimetrati i confini del mio intervento, vi propongo le mie riflessioni su alcuni "problemi e prospettive" generati dal nuovo quadro normativo.

³ Dal testo del provvedimento dell'AGCM 2004: *"...si ritiene ... opportuno garantire che sia tutelato l'interesse del titolare del diritto a determinarsi autonomamente circa le scelte di gestione dei propri diritti e, quindi, che sia salvaguardata la sua facoltà di decidere liberamente se ed eventualmente a quale intermediario affidare l'esercizio dei propri diritti, con particolare riferimento all'esercizio del proprio credito al compenso"*.

⁴ L'ordine del giorno approvato dalla il 16.12.11, che ha dato avvio al processo di liberalizzazione, impegnava il Governo *"... a modificare la normativa in materia di diritti connessi al diritto d'autore al fine di abrogare tutte le disposizioni contraddittorie che oggi ostacolano di fatto il libero esercizio dell'attività di impresa in questo mercato"*.

L'art. 39, 2° comma della legge n. 27/2012, nell'incipit fissa le nuove norme: *"al fine favorire la creazione di nuove imprese nel settore..."*.

L'art. 39, 3° comma della legge n. 27/2012 prevede il Governo stabilisca *"... i requisiti minimi necessari ad un razionale e corretto sviluppo del mercato degli intermediari di tali diritti connessi"*.

Il parere reso dall'AGCM nel dicembre 2012 sul DPCM ritiene che sia *"opportuno [...] chiarire nel decreto che lo stesso si applica nei confronti di qualunque operatore che intenda esercitare l'attività di amministrazione e intermediazione dei diritti connessi, a prescindere dalla specifica forma giuridica e/o struttura organizzativa adottata. Ciò al fine di garantire la parità di condizioni ai diversi operatori nel mercato"*.

L'intermediario dei diritti connessi è un'impresa: per fare quali attività?

Già nel 2005 il prof. Pietro Rescigno, introducendo il Convegno dell'Università di Roma sulla "Gestione collettiva dell'offerta e della domanda di prodotti culturali"⁵, segnalava che l'evoluzione dei modelli organizzativi in concreto sviluppatasi nel tempo registrava un progressivo movimento dal Libro I al Libro V del codice civile: dai modelli associativi ai modelli societari (non necessariamente mutualistici).

Con l'art. 39, 2° comma della legge n. 27/2012 tale movimento a me pare giunto a compimento e - per la prima volta - esplicitato in modo chiaro nel nostro ordinamento: amministrare ed intermediare collettivamente (e cioè in favore di una pluralità di titolari di diritti connessi) significa "fare impresa".

Significa cioè *"esercitare professionalmente un'attività economica organizzata al fine ... dello scambio di beni o di servizi"* (art. 2082 c.c.), le cui condizioni di esercizio sono state dalla stessa legge esplicitate attraverso il DPCM 19.12.2012 contenente ben 31 requisiti minimi (cfr. art. 2084, 2° co c.c.).

Con questo non intendo dire che risulta oggi precluso lo svolgimento di tale attività a quelle organizzazioni che abbiano deciso di assumere forme associative diverse da quelle tipiche del libro V, bensì più semplicemente che l'intero impianto delle norme applicabili al "fare collecting" è quello dell'impresa: innanzitutto nei rapporti con i propri "clienti" (i mandanti titolari dei diritti gestiti); in secondo luogo, nei rapporti con i terzi in genere; ed infine - ma qui non mi addentro in un territorio che non è di mia competenza - forse anche sotto il profilo tributario.

Si spiegano così facilmente molti dei requisiti minimi contenuti nelle disposizioni del D.P.C.M.⁶

Abituati ad una tradizione associativa, figlia di quella cultura che fece storicamente nascere quasi tutte le collecting societies come enti esponenziali di interessi corporativi di questa o quella categoria (o gruppo di interessi), l'affermazione che l'intermediario è un'impresa significa molto semplicemente che esso ha non solo (com'è ovvio) una soggettività giuridica distinta da quella dei suoi stessi mandanti/associati, ma anche che esso è portatore di un proprio interesse e di un proprio scopo, autonomi e distinti dalla sommatoria degli interessi e scopi individuali dei suoi stessi soci/mandanti.

L'intermediario è terzo e deve restarlo rispetto a tutti.

Benché sotto il loro controllo, esso persegue scopi diversi da quelli individualmente perseguiti dai suoi stessi mandanti/associati e svolge tutte le sue attività secondo un proprio piano di sviluppo, vincolato soltanto:

- in astratto, al rispetto dei "criteri - imposti dall'art. 2 (lett. a) e b) del DPCM 19.12.2012 - *"di trasparenza, pubblicità, equità, imparzialità, parità di trattamento e non discriminazione"* tanto nei confronti dei propri mandanti, quanto nei confronti degli utilizzatori e delle altre società di gestione (e qui osservo: tutte le società di gestione, non solo quelle straniere, ma anche quelle italiane);
- in concreto: al rispetto delle specifiche disposizioni contenute nei regolamenti di ripartizione e di conferimento del mandato che obbligatoriamente devono essere adottati e pubblicati da ciascun intermediario ai sensi dell'art. 1, 1° comma lett. h) nr. 6) e 7) del DPCM 19.12.2012.

In aggiunta a ciò, a me pare che vi siano due ulteriori conseguenze che derivano da tale "terzietà d'impresa" affermata nelle norme:

- prima conseguenza: il superamento del concetto, di matrice sindacale/associativa, di "maggiore rappresentatività" come condizione per negoziare e ripartire: se un intermediario è abilitato alla

⁵ Atti del Convegno in Quaderni di AIDA, n. 16, a cura di Paolo Spada, p. 3 e ss.

⁶ Mi riferisco in particolare a quelle previste nel citato DPCM:

- sulla dotazione e mantenimento di un patrimonio netto minimo (comunque denominato) non inferiore al 5% del valore dei diritti amministrati nell'anno precedente (art. 1, 1° comma, lett. c);
- Sull'obbligo di dotarsi di figure professionali, mezzi tecnici e sistemi informatici nonché di una banca dati informatica (art. 1, 1° comma, lett. e) e f);
- Sull'adozione di un modello di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del D.lgs. 231/2001 (art. 1, 1° comma, lett. g);
- Sull'imposizione nello statuto, indipendentemente dalla forma giuridica adottata, di gran parte degli obblighi societari in materia di libri, scritture, bilancio e persino del collegio sindacale (art. 1, 1° comma, lett. h) nn. 2, 3, 4 e 5);
- Sulla professionalità e onorabilità richieste ai suoi amministratori e dirigenti (art. 1, 1° comma lett. h) n. 8);
- Sull'obbligo della gestione separata della contabilità propria rispetto alle somme amministrate "per conto" (1, 1° comma lett. h) n. 9)
- Sull'obbligo di affidare la revisione dei conti ad una società di revisione abilitata (art. 2, lett. h).

stregua dei requisiti del DPCM 19.12.2012, allora poco importa quanti (o quanto maggiormente rappresentativi) siano i titolari dei diritti gestiti⁷. La forma collettiva di gestione significa perciò soltanto che si gestisce contemporaneamente una pluralità di mandati, ma nei rapporti con i terzi, è ciascun singolo mandato che ha di per sé un valore ed assume, tutt'al più, forza maggiore per il fatto di sommarsi - grazie alla gestione unitaria dell'intermediario - a quello degli altri mandati;

- seconda conseguenza: l'intermediario è sempre più "terzo rispetto a tutti", nel senso che è al servizio (cioè risponde a bisogni oggettivi) tanto dei propri mandanti (i creditori del compenso), quanto delle controparti utilizzatrici (debitrici del compenso); e cioè: l'interesse del creditore/titolare del diritto/mandante a vedere realizzato il proprio credito al compenso è almeno pari all'interesse del debitore/utilizzatore a soddisfare correttamente il medesimo (il problema del "pagare bene").

Sin qui le norme: ci dicono "chi è" e come dev'essere organizzato l'intermediario dei diritti connessi, ma nulla dicono circa i contenuti della sua attività, dandoli quasi per scontati.

Detto altrimenti: **cosa significa intermediare diritti connessi?**

La risposta dipende da come rispondiamo ad un'altra domanda: a cosa servono i diritti connessi?

Cioè: quali finalità persegue l'ordinamento quando attribuisce ad un titolare (sia esso un AIE o un PdF) un diritto spesso debole qual è il diritto ad una mera remunerazione economica per l'uso di un bene immateriale come il fonogramma?

L'esperienza storica ci mette in evidenza almeno tre funzioni fondamentali:

- una **funzione di retribuzione differita**: quella di consentire al titolare del diritto connesso di partecipare a tutto il successo, anche economico, generato dalla musica registrata ascoltata, nel tempo e nel mondo;
- una **funzione di promozione culturale e professionale**: quella di re-immettere in circuito energie, anche economiche, per alimentare continuamente la nascita e la crescita di nuova potenzialità artistica;
- ed infine – soprattutto per gli artisti - una **funzione mutualistica**: quella di accompagnare e contribuire a sostenere, anche economicamente, gli artisti in quelle fasi della vita in cui l'età (inizio e fine carriera) o le condizioni personali inficiano o riducono le occasioni di guadagno.

Ecco allora spiegato anche perché tali funzioni possono realizzarsi pienamente – per ragioni pratiche - solo attraverso un'entità terza (l'intermediario) che le gestisca in modo collettivo:

- a) Innanzitutto, perché la forma collettiva garantisce per tutte le parti in gioco la **maggior razionalità ed economicità dei costi e dei processi** di intermediazione dei compensi;
- b) In secondo luogo, perché la forma collettiva tenta di **riequilibrare il potere negoziale** tra la condizione di preminenza degli utilizzatori/debitori (Tv, radio, etc.) e quella di svantaggio del singolo artista e della singola casa discografica (semplici creditori);
- c) Infine, soprattutto perché la forma collettiva cerca di interpretare e di **mediare tra le diverse e spesso contrapposte istanze economico-retributive, culturali e mutualistiche** avanzate dai singoli artisti e produttori in occasione della distribuzione dei compensi riscossi.

Da queste considerazioni si può cogliere un'ulteriore importante conseguenza.

Condizionati dalla nostra storia, spesso – almeno qui in Italia - abbiamo pensato che "fare collecting" costituisca una categoria di attività "unitaria", per la quale si debba approntare necessariamente un solo modello di ente se non persino un soggetto unitario (pensiamo, con riferimento ai diritti d'autore, alla SIAE...) con attività identiche e standardizzate.

Niente di più falso! E mi spiego:

- Altro è saper "negoziare, fatturare, incassare" i compensi;
- Altro è saperli "distribuire e ripartire" ai singoli;
- Altro ancora è saper "cogliere e rispondere" ai bisogni di formazione e promozione culturale e professionale;
- Altro infine è saper gestire mutualità assistenziale o previdenziale.

Ma v'è di più: gli stessi titolari dei diritti connessi sono tra loro profondamente diversi:

- Altro sono gli artisti ed i musicisti discografici;

⁷ È interessante osservare che il DPCM 19.12.2012 non imponga tra i requisiti minimi quello di un numero minimo di mandanti.

- Altro sono gli artisti/attori delle opere audiovisive;
- Altro ancora sono i produttori discografici;
- Altro infine sono i “grandi” titolari rispetto a quelli “piccoli”.

Diversi sono i fini, diverse le professionalità, diversi i mezzi e conseguentemente le organizzazioni: liberalizzare l’intermediazione dunque significa anche consentire e favorire la costituzione di soggetti sempre più specializzati e distinti, nell’ambito delle diverse funzioni e segmenti di attività cui sopra ho fatto cenno.

Sul pluralismo delle regole di ripartizione: quale assetto?

Ripartire non è l’applicazione di un algoritmo matematico.

Ripartire è “dare a ciascuno il suo”.

Ripartire significa quindi realizzare in concreto i principi della giustizia distributiva, mediare tra i contrapposti bisogni ed interessi e, soprattutto, farlo in modo trasparente e professionale.

Un compito che dev’essere a mio avviso vigilato soltanto dalla libera volontà degli stessi artisti e produttori interessati, che giudicano grado e contenuti dell’equità distributiva contenuta nei singoli regolamenti di ripartizione adottati dai diversi intermediari.

Con ciò voglio dire che la prima e più forte ragione che giustifica la scelta di pluralismo e competizione tra diverse collecting societies, sancita dalla legislazione sulla liberalizzazione, sta non solo nella libertà per artisti e produttori di scegliere chi è più in gamba nel negoziare o chi è meno costoso, ma anche nella libertà di scegliere chi meglio risponde al proprio modello di giustizia distributiva, che può e deve persino variare nel tempo e nello spazio: il regolamento di ripartizione è l’atto che racchiude in sé tale modello.

Ecco perché non credo affatto né alla legittimità né alla possibilità di imporre a priori per decreto – in un sistema realmente liberalizzato - modelli di ripartizione vincolati e definitivi; e ciò, prima ancora che per l’impossibilità di disciplinare l’intera e complessa varietà dei singoli casi, per la violazione che si verificherebbe in tal caso ad uno dei postulati della concorrenza tra le collecting societies.

Arriviamo così ad affrontare l’obiezione che comunemente viene avanzata su questo punto: se sul medesimo fonogramma (o opera audiovisiva) i rispettivi titolari dei diritti scelgono due diverse collecting societies con due diversi criteri di ripartizione, come si fa a risolvere il problema di “pagare bene” che ha il debitore? (sia esso l’utilizzatore o, nel caso dei fonogrammi, il produttore discografico).

Le risposte a questa domanda possono essere molteplici: quelle più semplicistiche argomentano da questa difficoltà pratica per sostenere (i) la necessità logica del ritorno al monopolio oppure (ii) l’indispensabilità di norme imperative di ripartizione fissate dal legislatore.

Abuso ancora un po’ della vostra pazienza e provo invece a farvi entrare, con un esempio pratico, nel cuore del “fare ripartizione”.

Partiamo dall’inizio:

- da una parte, abbiamo un debitore (*ex lege*):
 - o sia esso il PdF (o la sua collecting) che deve/vuole in buona fede adempiere la propria obbligazione pecuniaria *ex lege* (art. 73 e 73bis LDA) nei confronti di tutti i suoi artisti
 - o oppure sia esso un’emittente televisiva che deve/vuole in buona fede corrispondere l’equo compenso in favore di tutti gli artisti delle opere audiovisive emesse;
- abbiamo poi, dall’altra parte, due o più distinte collecting societies che hanno ricevuto mandato da un certo numero di artisti (o di PdF): intuiamo che, necessariamente, nessuna delle due riuscirà mai a rappresentare l’intera universalità degli artisti (e PdF) del mondo e quindi
- abbiamo infine anche un certo numero (normalmente più elevato di quanto si pensi) di artisti che non sono rappresentati (o che non vogliono essere rappresentati) da nessuna delle due collecting in questione (quelli che - nello slang utilizzato dalla stessa Presidenza del Consiglio dei Ministri – sono gli “apolidi”).

Entrambi i debitori (PdF o utilizzatore-TV del nostro esempio) negozieranno separatamente con ciascuna delle due collecting societies in questione solamente le condizioni di pagamento dei compensi dovuti agli artisti da esse rappresentate: è evidente che quanto maggiore è l’ampiezza (in termini di qualità e quantità) degli artisti gestiti, tanto maggiore sarà l’interesse / la necessità del debitore di trovare un accordo.

Specularmente, quanto maggiore (sempre in termini di qualità/quantità) è la lista dei mandati ricevuti, tanto migliore sarà la posizione negoziale di ciascun intermediario nel trattare col debitore (PdF o utilizzatore-TV).

Ciò varrà, per entrambi gli intermediari del nostro esempio, anche al fine di attrarre ulteriori mandati, da attingere non solo nell'area degli "apolidi" o dei mandanti della concorrente, ma anche nell'area delle decine di analoghe collecting societies straniere, che devono decidere se affacciarsi anche loro direttamente al tavolo della trattativa ovvero appoggiarsi a chi già c'è.

Certamente, il modello può sembrare in astratto complicato e costoso.

Ma altrove, e da tempo, esso funziona: la stessa SIAE e la dr.ssa Ercolani qui presente, nell'area dei diritti multimediali, può forse portarcene testimonianza.

Ed è a questo punto che io introduco **tre condizioni di praticabilità** che a me pare risolvano in concreto il problema e che a me pare derivino in modo necessario dal sistema introdotto dalle norme sulla liberalizzazioni.

Prima condizione: banche dati delle opere gestite "aperte ed interconnesse"

Il possesso di una banca dati delle opere (fonogrammi / opere audiovisive) potenzialmente oggetto di utilizzazione e quindi potenzialmente generatrici di diritti connessi è una pre-condizione oggettiva non solo perché si possa ripartire, ma - prima ancora - perché si possa rivendicare in concreto dai debitori/utilizzatori il pagamento del compenso dovuto.

In tal modo, ciò che viene rivendicato infatti non diventa più genericamente un compenso qualsiasi dovuto per la generalità indistinta di una categoria di titolari, ma lo specifico compenso da negoziare per l'utilizzazione di una specifica opera/fonogramma interpretata/realizzata da uno specifico titolare (nostro mandante): che lo si faccia per masse di opere/titolari non cambia la natura del processo, che - non a caso - può essere svolto soltanto da un intermediario professionalmente organizzato.

A quest'ultimo è richiesto:

- innanzitutto, di individuare le opere utilizzate: si tratta dell'accertamento di un dato di fatto che compete all'intermediario (eventualmente agevolato dalla qualità e quantità di informazioni che l'utilizzatore sia eventualmente disposto o tenuto a dare, ma che di per sé non può dipendere soltanto dalla cooperazione dell'utilizzatore);
- in secondo luogo, di individuare i soggetti che hanno realizzato quell'opera (i PdF e gli AIE): è di nuovo un dato di fatto che prescinde e non dipende da alcun regolamento di ripartizione.

La banca dati serve appunto innanzitutto a conoscere e a far conoscere, a tutti coloro che sono coinvolti nel processo, le informazioni di fatto necessarie a rivendicare il credito potenziale di ciascun avente diritto, credito che, a questo stadio del processo, non è ancora noto nel suo ammontare.

E chi se non le collecting societies hanno, rispetto a detta banca dati, l'interesse ed il dovere professionale di costruirla, affinarla e migliorarla?

Non è quindi un caso che il D.P.C.M. 19.12.2012 abbia imposto tra i requisiti che l'intermediario abbia *"la disponibilità di una banca dati informatica, regolarmente aggiornata, delle opere e dei titolari dei diritti connessi amministrati e dei loro aventi causa accessibile ai titolari dei diritti e agli utilizzatori delle opere, anche [n.d.r: ma non solo] al fine di agevolare la distribuzione dei compensi"* (art. 1, 1° comma lett. f).

Per anni si è vagheggiato nell'universo internazionale delle collecting societies (non solo quelle dei diritti connessi), sulla necessità di una Banca Dati Universale.

Tutti sappiamo che tale Banca Dati Universale non è mai nata e che tutte le collecting societies del mondo hanno dovuto faticosamente costruirsi una propria e negoziare tra loro le condizioni e le modalità tecniche di reciproca condivisione delle rispettive banche dati individuali, pena l'impossibilità di ripartire alcunché di quanto raccolto dall'una in favore dei mandanti dell'altra.

È evidente che il grado di completezza, funzionalità e affidabilità di ciascuna delle suddette banche dati sia diverso, ma è altrettanto evidente che la prima condizione di operatività delle stesse risieda nel fatto che esse si parlino tra di loro, siano cioè pienamente aperte: capaci non solo di essere utilmente consultate, ma anche di beneficiare reciprocamente dei contenuti informativi di ciascuna di esse, in una rete di rapporti vantaggiosi per tutti.

Fin qui però il nostro intermediario è riuscito a scoprire soltanto che una certa opera di un certo titolare è stata utilizzata da un certo utilizzatore ed è riuscito ad incassare la quota negoziata con l'utilizzatore per quella frazione di diritti che egli rappresenta.

Quali passaggi ancora mancano alla chiusura del processo di ripartizione?

- L'attribuzione a ciascuna opera, normalmente in funzione della quantità o tipologia dell'utilizzazione, di quella frazione del compenso che diciamo da essa "maturata" sulla base sia del negoziato col debitore sia del regolamento di ripartizione adottato (minutaggio / passaggi/ etc.);
- L'attribuzione del valore economico astrattamente spettante a ciascuno di tali soggetti sulla base del proprio regolamento di ripartizione adottato: è questo l'elemento di maggiore differenza tra le diverse collecting;
- La proposta di pagare l'anzidetto valore economico indirizzata a ciascuno dei suddetti soggetti individuati: è quello che chiamiamo il "rendiconto";
- Il pagamento del rendiconto con la relativa quietanza da parte del singolo artista creditore.

Ora, se il processo si chiude con la quietanza di ciascuno dei creditori finali, dove sta il problema per il debitore (il PdF o la TV del nostro esempio)?

Sta nel fatto che gli "apolidi", benché certamente individuati (grazie al lavoro di ottimizzazione delle banche dati di cui ho detto) rimangono provvisoriamente non saldati.

Ma ciò può comportare soltanto due conseguenze pratiche:

- per le società di collecting degli AIE: uno stimolo ed una competizione attiva di ciascuna di esse a contattarli per proporre loro il conferimento del mandato per la gestione dei rispettivi diritti;
- per il debitore (PdF o TV), l'alternativa tra aspettare (e correre il rischio di vedersi richiedere dagli apolidi un giorno il pagamento della quota di compenso di loro spettanza) oppure agire attivamente per cercarli e saldare anche nei loro confronti quanto dovuto.

Mi rendo conto che il quadro può sembrare idilliaco o utopistico, perché viviamo in un mondo fatto di furbizia (che scommette sulla prescrizione e sul fatto che "a pagare e a morire c'è sempre tempo"), ma forse dovremmo tutti imparare a chiamare le cose col loro nome; e dire che quando un debitore è inadempiente ad un'obbligazione legale di pagare i diritti connessi che nasce dall'uso di opere/fonogrammi commette un illecito civile.

E quando poi tale debitore/utilizzatore (PdF o TV) si trova in posizione dominante commette forse anche un abuso perseguibile ai sensi della legislazione antitrust.

Così veniamo, dopo la banca dati aperta, alla **seconda delle tre condizioni oggettive di praticabilità del sistema.**

Tanto sul versante dei PdF, quanto su quello degli AIE siamo già oggi in Italia in presenza di un pluralismo di collecting societies, ciascuna con il proprio bouquet di mandati.

Io credo che, senza alcun pregiudizio dei principi generali in tema di concorrenza, derivi dalla stessa natura dell'attività di intermediazione l'interesse, se non persino l'obbligo giuridico, per ciascun intermediario di cooperare attivamente con gli altri affinché ciascuno possa realizzare la ripartizione di quanto dovuto ai propri rappresentati.

Ciò vale per almeno due aree: (i) quella relativa alla necessità di disciplinare le condizioni di interconnessione delle rispettive banche dati e (ii) quella relativa alla regolazione reciproca di quei proventi comunque incassati da un intermediario (benché non corrispondenti ad alcuno dei propri mandanti) e dovuti invece legittimamente all'altro intermediario.⁸

Da ciò discende la necessità di una gamma più o meno ampia di accordi tra collecting societies, semplicemente funzionale alla circolazione di dati, informazioni e proventi dovuti all'altra, al solo scopo di massimizzare i volumi ripartibili (nell'interesse di tutti i titolari dei diritti) minimizzando i costi di gestione dell'intero sistema.

E francamente non vedo perché una tale intesa non possa essere, nelle dovute forme e con i dovuti controlli, persino autorizzata dalle competenti autorità antitrust.

⁸ L'ipotesi – qualificabile nella fattispecie della gestione d'affari altrui (2028 c.c. e ss.)- è nella prassi di tutte le collecting societies molto più frequente di quanto non si pensi.

Che è poi quello che già avviene nel mondo, tra collecting societies di diversi Paesi, per la gestione dei proventi da ciascuna di esse raccolti nel proprio territorio; non apro qui il tema degli accordi di reciprocità tra collecting di diverse nazioni e della loro giustificabilità o meno sotto il profilo antitrust.

Segnalo però che soltanto una visione “pre-europea” o “pre-globalizzata” può giustificare (ancora per poco) la necessità di segmentare lo spazio europeo nella gestione collettiva dei diritti con l’argomento della diversità di legislazioni nazionali: la verità è che siamo già oggi prossimi alla possibilità – giuridicamente legittima e persino auspicabile, anche se politicamente ancora prematura - che una società di collecting francese o tedesca, nell’interesse dei propri mandanti regoli direttamente con una TV italiana il conto di quanto loro dovuto.

Infine, la terza delle condizioni di praticabilità del sistema: quali rimedi adottare di fronte al rifiuto a pagare quanto dovuto?

Si badi bene: l’ipotesi non è tanto quella di chi neghi che sia dovuto alcunché, caso nel quale i rimedi di giustizia sono quelli tradizionali, quanto invece quelle, molto più probabili:

- di chi pur riconoscendo di dover/voler pagare i compensi dovuti astrattamente agli AIE titolari dei diritti, rifiuti di negoziare con la collecting society che abbia legittimamente documentato i propri mandati oppure
- di chi, pur negoziando, non trovi l’accordo sul quantum.

Per la prima ipotesi, non avrei dubbi ad affermare (anche per la ragioni dette prima) che siamo quasi sempre di fronte ad una fattispecie di abuso di posizione dominante, sanzionabile con i noti strumenti antitrust.

Per la seconda ipotesi, volendo escludere per ragioni di buon senso e di economia processuale il ricorso (pur sempre possibile) al giudice, il problema a me pare risolvibile, da un punto di vista pratico, solamente in due modi:

- attivando, ricorrendone i presupposti, il procedimento arbitrale di cui al D. Lgs. Lgt. 20.7.1945, n. 440 e – *de jure condendo* - chiedendo al legislatore di ampliarne la sfera di applicabilità oppure
- introducendo pattiziamente negli accordi con (e tra) le collecting societies meccanismi di arbitraggio volontario ex art. 1349 c.c.

In conclusione, un sistema liberalizzato e competitivo di intermediari di diritti connessi al diritto d’autore a me pare postuli necessariamente:

- (i) un sistema avanzato di banche dati aperte ed interconnesse;
- (ii) la fattiva costruzione e manutenzione nel tempo di una rete di accordi operativi tra gli intermediari;
- (iii) un meccanismo tecnico di accertamento, da parte di un soggetto terzo, del quantum dovuto, per il caso di mancato accordo con/tra le collecting societies.

Concludo con un cenno sulla funzione assegnata alle pubbliche istituzioni

È evidente a questo punto che tanto pluralismo, competizione e potenziali conflitti di interessi richieda, come in un grande campionato di calcio, non tanto un soggetto pubblico monopolista che giochi la partita al posto di tutti, quanto una funzione indipendente e di garanzia che fissi le regole del gioco, adeguandole nel tempo e le stabilisca in modo distinto in relazione alla diversità di funzioni assolate dai diritti connessi, senza confusione di piani⁹.

Una funzione pubblica che:

- vigili sul rispetto delle regole ed arbitri gli eventuali conflitti;
- verifichi l’idoneità di ciascuna delle squadre in campo (le molteplici collecting societies) a soddisfare i requisiti di professionalità, capacità e correttezza nel gioco (l’etica professionale).

In fin dei conti, allo Stato io chiederei soltanto di garantire il rispetto delle regole di interesse generale necessarie a prevenire fondamentalmente due rischi:

⁹ Immagino cioè un regolatore pubblico che tenga distinte:

- le regole specifiche sul versante del fare impresa/dare puro servizio di intermediazione dei diritti;
- le regole specifiche sul versante del fare promozione culturale;
- le regole specifiche sul versante del garantire mutualità di settore.

- il rischio della prevaricazione dei più forti (cartelli e posizioni dominanti)
- il rischio della negligenza degli impreparati.

Quanto poi al rischio di truffa e di *"mala gestio"*, a me pare che bastino il codice penale e quello civile....

La legge sulle liberalizzazioni ed il relativo DPCM sui criteri minimi hanno aperto la strada.

Ora tocca a tutti gli operatori del settore giocare la partita, con la speranza che lo Stato sia finalmente tornato soltanto per arbitrare.

Grazie!