



Rivista di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Direzione scientifica

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei

Direttore Responsabile

Marco Cardilli

Coordinamento Editoriale

Luigi Ferrara, Giuseppe Egidio Iacovino,
Carlo Rizzo, Francesco Rota, Valerio Sarcone

FASCICOLO N. 9-10/2018

estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Salvatore Bonfiglio, Gianfranco D'Alessio, Gianluca Gardini, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Angelo Piazza, Alessandra Pioggia, Antonio Uricchio, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Annamaria Angiuli, Helene Puliat, J. Sánchez-Mesa Martínez, Andry Matilla Correa.

Comitato dei referee

Gaetano Caputi, Marilena Rispoli, Luca Perfetti, Giuseppe Bettoni, Pier Paolo Forte, Ruggiero di Pace, Enrico Carloni, Stefano Gattamelata, Simonetta Pasqua, Guido Clemente di San Luca, Francesco Cardarelli, Anna Corrado, Fabrizio Cerioni, Gaetano Natullo, Paola Saracini, Mario Cerbone, Margherita Interlandi, Bruno Mercurio, Giuseppe Doria, Salvatore Villani.

Comitato editoriale

Laura Albano, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Sergio Contessa, Ambrogio De Siano, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Laura Letizia, Massimo Pellingra, Marcin Princ, Stenio Salzano, Francesco Soluri, Giuliano Taglianetti, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano.

Osservazioni in tema di riforma della gestione “collettiva” dei diritti d’autore

di Giuseppe Doria

(Ricercatore di Diritto Commerciale e Aggregato di Diritto d’autore, Università degli Studi di Napoli Federico II)

Sommario

1. – Abolizione del monopolio della Siae e liberalizzazione della attività di intermediazione nella gestione dei diritti d’autore; 2. – L’opzione di scelta fra enti di gestione indipendente ed organismi di gestione collettiva; 3. – La questione dell’inquadramento giuridico dell’affidamento alla gestione da parte degli organismi autorizzati: dal mandato alla costruzione di una nuova fattispecie dotata di autonomia funzionale correlata allo sfruttamento economico sul mercato dei diritti autoriali; 4. – *Segue*: la gestione dei diritti d’autore da parte degli organismi di gestione collettiva: in particolare, rapporto contrattuale di affidamento e rapporto associativo; separazione contabile, gestione “collettiva” e diritto alla riscossione dei proventi da parte dei titolari dei diritti; elementi di distinzione dal consorzio, ed affinità con lo schema contrattuale dell’associazione in partecipazione; 5. – Redditività dell’investimento e scelta del modello di gestione, virtuosità del sistema ed efficienza dei controlli amministrativi; 6. – Osservazioni conclusive.

Abstract

The research is about the liberalization of the collective administration of copyright, now no longer reserved for the SIAE monopoly but open to competition from other organizations (OGC and EGI). In particular, the question arises the difference in the ways in which copyright are managed among the different organizations, in which way the choice option can be virtuously developed, and what role can be played by administrative controls (AGCOM and AGCM).

Articolo sottoposto a referaggio anonimo/*blind peer review*

1. Abolizione del monopolio della Siae e liberalizzazione della attività di intermediazione nella gestione dei diritti d'autore

L'ultima modifica operata all'art. 180 l.aut. dall'art. 90 d.l. 16 ottobre 2017 n. 35 ha decretato la fine di un monopolio, quello della Siae, che non poteva di certo più reggere di fronte al processo di liberalizzazione della gestione dei diritti d'autore promosso a livello comunitario¹. Un processo che come noto inizia con la direttiva 2014/26/UE del 26 febbraio 2014 (cd. direttiva Barnier), che ha aperto la possibilità di affidamento della gestione dei diritti d'autore a qualsiasi organizzazione operante nel territorio comunitario, nella forma di Enti di gestione indipendente ovvero ad Organismi di gestione collettiva (in sigla, EGI ed OGC).

Recepita la direttiva con il d.lgs. 15 marzo 2017 n.35, si è posta la compatibilità della libertà di scelta garantita dalla applicazione della disciplina di origine comunitaria con la riserva di gestione affidata nell'ordinamento italiano dall'art. 180 l.aut. alla Siae²: la questione derivava da una disposizione contenuta nell'art. 4 del predetto d.lgs. che al comma 2 nel consentire la libertà di scelta dell'affidamento dei diritti d'autore fra EGI ed OGC, tuttavia precisava: "fatto salvo quanto disposto dall'art. 180, della legge 22 aprile 1941, n. 633, in riferimento all'attività di intermediazione di diritti d'autore". La formulazione della norma era così concepita allo scopo di salvare il monopolio della Siae. Cosicché anche sotto la spinta dell'affidamento diretto da parte di autori italiani a *collecting societies* stabilite nel territorio comunitario³, si è posta la questione di compatibilità della riserva dell'art. 180 l.aut. –

¹ Sull'argomento vedi UBERTAZZI, *Le collecting degli artisti*, in AIDA 2011, 394 ss., ed i numerosi contributi di SARTI, *Campi di gioco e vasi di pandora: la gestione collettiva dei diritti d'autore nel confronti UE-USA*, in AIDA, 2016, p. 535 ss.; ID., *Il d.lgs. n. 35/17 di attuazione della direttiva collecting: accesso al mercato, controlli e governance*, in *Le nuove leggi civ.comm.* 2017, 1127 ss.; ID., *Concorrenza e level playing field europeo nella gestione collettiva dei diritti d'autore e connessi*, in *Le nuove leggi civ. comm.* 2016, 841 ss.; ID., *Appunti in tema di estensione e legittimità del monopolio SIAE*, in AIDA 2015, 902 ss.; ID., *Liberalizzazioni e gestione collettiva dei diritti di proprietà intellettuale*, in ODC 2014, 2, 1 ss.; ID., *La "liberalizzazione della gestione collettiva dei diritti connessi degli artisti interpreti*, in *Le nuove leggi civ.comm.* 2014, 309 ss.; ID., *La categoria delle collecting societies soggette alla direttiva*, in AIDA 2013, 3 ss.; ID., *La gestione collettiva dei diritti di proprietà intellettuale fra "mandato" e rapporti associativi*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, Padova, 2010, 2263 ss.; ID., *Collecting societies e mutualità*, in AIDA 2001, 14 ss., nonché da ultimo, ID., *Gestione collettiva e separazione patrimoniale del repertorio dei diritti d'autore e connessi*, in ODC 2018, 1, 1 ss..

² Su cui vedi già le numerose questioni di legittimità costituzionale sollevate nel tempo (e superate, non senza qualche difficoltà): Co.Cost. 17 aprile 1968 n. 25 (in riferimento alla libertà di associazione di cui all'art. 18 Cost.it.), e Co.Cost. 19 aprile 1972 n. 65 (rispetto alla libertà di iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost.it.), su cui FABIANI MAR., *I contratti di utilizzazione delle opere dell'ingegno*, Milano, 1987, 296 ss., ID., *Gestione dei diritti d'autore da parte della S.I.A.E., posizione dominante sul mercato e problemi di costituzionalità*, in *Dir.aut.* 1989, 338; ed ancora Co.Cost. n. 241 del 1990, in *Foro it.* 1990, I, 2041 (in riferimento agli art. 3, 23 e 41 Cost.it.). In generale, sulla problematicità della riserva in esclusiva rispetto alla libertà di stabilimento, vedi UBERTAZZI, *Le collecting degli artisti*, cit., 399 nonché –sulla inadeguatezza del sistema monopolistico, i rilievi critici di SARTI, *La "liberalizzazione" della gestione collettiva dei diritti connessi degli artisti interpreti*, cit., 309 ss., ID., *Appunti in tema di estensione e legittimità del monopolio SIAE*, in AIDA 2015, 902 ss., ID., *Liberalizzazioni e gestione collettiva dei diritti di proprietà intellettuale*, 1 ss.

³ Il Trib. Milano con d.i. del 19 luglio 2017 condannava una società di *promoting* per aver corrisposto i diritti d'autore spettanti ad un noto cantante per lo svolgimento di un concerto alla Siae anziché ad una società inglese (cui l'artista aveva attribuito il relativo mandato); sulla legittimità dell'attività svolta dalle *collecting societies* aventi sede nel territorio comunitario rispetto alla esclusiva della Siae, già Trib. Milano 12 settembre 2014, per cui "non sembra ..potersi affermare che la musica .. gestita da Soundreef e da questa diffusa in Italia in centri commerciali GDO e simili, debba essere obbligatoriamente affidata all'intermediazione di Siae. Una simile pretesa enterebbe

confermata dall'art. 4 d.lgs. 15 marzo 2017 n. 35- con la disciplina comunitaria nonché con i principi di libertà di circolazione e di stabilimento nel territorio comunitario.

Ora l'art. 180 l.aut. (come modificato dal predetto d.l. n. 35/2017), stabilisce espressamente che l'attività di intermediazione nella gestione dei diritti d'autore è "riservata in via esclusiva alla Società italiana degli autori ed editori (Siae) ed agli altri organismi di gestione collettiva di cui al decreto legislativo 15 marzo 2017, n. 35". Più che di un'estensione dell'esclusiva si è in presenza di una modifica strutturale del mercato di riferimento che è destinato a vedere la concorrenza con la Siae –presumibilmente, quanto meno in una prima fase, in chiave oligopolistica- da parte di EGI ed OGC (impregiudicata la facoltà di esercitare da parte dell'autore e dei suoi successori, in modo diretto i relativi diritti); obiettivo espressamente dichiarato nella direttiva 2014/26/UE (considerando n.1): *"in un mercato interno nel quale la concorrenza non è falsata, la protezione dell'innovazione e della creazione intellettuale stimola anche gli investimenti in prodotti e servizi innovativi"*.

Sorge dunque l'interrogativo, fino a che punto si possa ottenere l'effetto auspicato, se cioè effettivamente si verrà a sviluppare un sistema concorrenziale alternativo alla gestione della Siae; e questo non potrà che dipendere –superate alcune resistenze iniziali- dalla redditività che potrà essere offerta, in senso più o meno vantaggioso, rispetto alla tradizionale attività di intermediazione, da parte dei nuovi organismi autorizzati. Il che impone a monte di verificare, in che modo –sotto il profilo essenzialmente giuridico- la gestione dei diritti d'autore possa essere oggetto di "affidamento" ad enti di gestione indipendente ovvero ad organismi di gestione collettiva, ed in cosa quindi risieda la differenza in termini di vantaggi e di rischi.

2. L'opzione di scelta fra enti di gestione indipendente ed organismi di gestione collettiva

Al di là della forma giuridica dell'organizzazione adottata, e ferma restando l'osservanza dei requisiti formali stabiliti dall'art. 8 d.lgs. n.35/2017 (su cui è chiamata a vigilare il relativo controllo da parte dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni), EGI ed OGC si possono distinguere essenzialmente in ragione di due elementi, stabiliti dall'art. 2 co. 1 d.lgs. 35/2017: gli EGI sono enti a scopo di lucro e non sono detenuti né controllati, direttamente ovvero indirettamente, dai titolari dei diritti; viceversa, gli OGM non perseguono fini di lucro e sono detenuti e controllati dai propri membri⁴.

Ne deriva che la realizzazione della funzione (lo sfruttamento economico nell'intermediazione dei diritti d'autore) può avvenire per via di due distinte strade: la prima con l'affidamento della gestione ad un'organizzazione che si assume il rischio di una massimizzazione del profitto e che, in ragione di ciò, stabilisce la determinazione delle condizioni contrattuali; e la seconda che invece si sposta su di un piano essenzialmente mutualistico, ove l'attribuzione dei proventi riservati all'autore dalla gestione dei diritti

in conflitto con i principi del *libero mercato* in ambito comunitario e con i fondamentali principi della *libera concorrenza*".

⁴ Siamo in presenza di una funzione negoziale che è diretta a realizzare pur sempre l'interesse individuale dell'autore allo sfruttamento economico dei propri diritti, ma che vede una distinta regolazione a seconda del tipo di organizzazione che funge da termine di sostituzione nell'espletamento dell'attività di intermediazione sul mercato, e che dunque finisce per risentire (ai fini della sua realizzazione, sul piano economico) della diversità causale delle organizzazioni in questione.

oggetto di affidamento resta comunque sottoposta all'alea economica dell'esercizio dell'impresa.

Sia pure in senso oligopolistico (invece che monopolistico) l'attività delle organizzazioni in questione viene ad interpersi sul mercato fra i titolari dei diritti e gli utilizzatori secondo una funzione che si conferma svolgere una rilevanza che sembra trascendente la realizzazione di interessi individuali meramente privatistici: ciò è dimostrato dalla previsione dei controlli amministrativi ad opera dell'Autorità garante per le comunicazioni, cfr. art.1 co. 3, nonché dall'operatività delle sanzioni previste dall'art. 13, d.lgs. n.35/2017; resta tuttavia da definire –e non è affatto scontata- l'identificazione della natura del rapporto giuridico autore-organismo intermediario (EGI ovvero OGC)⁵.

3. La questione dell'inquadramento giuridico dell'affidamento alla gestione da parte degli organismi autorizzati: dal mandato alla costruzione di una nuova fattispecie dotata di autonomia funzionale correlata allo sfruttamento economico sul mercato dei diritti autoriali

Si tratta di una questione già discussa in dottrina con riferimento alla Siae⁶. Al di là del rapporto associativo che può affiancarsi, con ciò determinando di certo un vincolo più

⁵ Da questo punto di vista è interessante notare come già la direttiva offra una qualificazione alquanto generica, ispirandosi alla formula di una "autorizzazione alla gestione" che nella sua attuazione lascia aperti ampi margini di soluzioni interpretative.

L'art. 3 della medesima al comma 2, dispone che "i titolari dei diritti hanno il diritto di *autorizzare* un organismo di gestione collettiva di loro scelta a gestire i diritti"; ed al comma 4, che "i titolari dei diritti hanno il diritto di *ritirare* l'autorizzazione di gestire i diritti". Dunque concessione e ritiro di una autorizzazione alla gestione: formule queste che sembrano rievocare la categoria giuridica della autorizzazione a disporre; ed in effetti, con l'affidamento dell'incarico, si assiste pervero alla concessione di un potere di disporre rispetto all'oggetto ed alle condizioni pre-stabilite (e fino all'eventuale ritiro).

In attuazione di quanto stabilito dalla direttiva, il d.lgs. n.35/2017 dispone all'art.4: al comma 2, che "i titolari dei diritti possono affidare ad un organismo di gestione collettiva o ad un'entità di gestione indipendente di loro scelta la gestione dei loro diritti"; ed al comma 6, che "i titolari dei diritti hanno il diritto di revocare l'affidamento dell'attività di intermediazione da loro concesso". Pertanto nella normativa nazionale, il diritto di autorizzazione alla gestione (e relativo ritiro) di origine comunitaria si traduce nell'*affidamento* della gestione (e relativa *revoca*).

L'ampiezza di contenuto della formula adottata, sia nella legislazione comunitaria che nell'attuazione in quella nazionale, si presta ad essere omnicomprensiva di qualsiasi attività di intermediazione svolta, a prescindere dal soggetto organizzativo prescelto (Siae, EGI ed OGC).

⁶ Nel senso dell'inquadramento nell'ambito della intermediazione volontaria, la dottrina prevalente OPPO, *Creazione intellettuale, creazione industriale e diritti di utilizzazione economica*, in *Riv.dir.civ.* 1969, 40 ss., FABIANI MAR., *I contratti di utilizzazione delle opere dell'ingegno*, cit., 303; ID., *La SIAE ente esponenziale degli interessi degli autori*, in *Dir.aut.* 2004, 410; MARCHETTI – UBERTAZZI, *Commentario breve al diritto della concorrenza*, Padova, 2004, 2048, DE SANCTIS V.M., *Il diritto d'autore sulle opere dell'ingegno, letterarie ed artistiche*, Milano, 2012, 395. E tuttavia il carattere pubblicistico dell'attività svolta dalla Siae ed il regime di esclusiva, come noto non è stato ritenuto privo di una sua criticità, secondo un orientamento giurisprudenziale che ne ha valorizzato le finalità di coordinamento ed interesse generale, su cui (fra le tante) Cass. sez.un. 27 giugno 1966 n. 1646 in *Foro it.* 1966, I, 1719, ed in *Dir.aut.* 1966, 191; in particolare, Trib. Roma 30 dicembre 1971, in *Dir.aut.* 1972, 41 ss., giustificava il regime di *esclusiva* nella attività di *intermediazione* svolta dalla Siae sulla base dell'interesse pubblico all'equità del mercato autoriale e non nell'*interesse privato* dei titolari di diritti d'autore. In effetti, la scissione logico-giuridica dall'affidamento negoziale risulta perfino prevista *ex lege* dall'art. 180, VI co., l.aut., ma con esclusivo riferimento alla fattispecie particolare della percezione di proventi in paesi stranieri di cittadini italiani. Sulla estensione

intenso e disciplinato dalle norme statutarie, il rapporto contrattuale avente ad oggetto l'attività di intermediazione nella gestione dei diritti di autore è stato in genere inquadrato all'interno del mandato senza rappresentanza.

E con riferimento alla Siae, ancorchè l'art. 180 l.aut.⁷ preveda una riserva dell'attività di intermediazione "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", l'attività non può prescindere da un negozio di affidamento dell'incarico da parte degli aventi diritto, che normalmente non comprende il potere di rappresentanza: dunque un atto negoziale avente ad oggetto l'attribuzione del potere di agire "per conto" dei titolari di diritti d'autore che dunque si qualificano come mandanti nell'attività di intermediazione.

Un tipo di inquadramento, sostenuto dalla dottrina prevalente, che in effetti ha trovato un valido sostegno nella disamina delle modalità con cui è normalmente espletata l'attività gestoria "per conto" degli autori.

L'interrogativo pertanto è se anche per l'affidamento di gestione alle organizzazioni previste dalla nuova disciplina (EGI ed OGC), si debba ricorrere all'inquadramento nello schema giuridico del mandato.

4. Segue: la gestione dei diritti d'autore da parte degli organismi di gestione collettiva: in particolare, rapporto contrattuale di affidamento e rapporto associativo; separazione contabile, gestione "collettiva" e diritto alla riscossione dei proventi da parte dei titolari dei diritti; elementi di distinzione dal consorzio, ed affinità con lo schema contrattuale dell'associazione in partecipazione

Non vi è dubbio che l'affidamento della gestione dei diritti d'autore sia negli EGI che negli OGC si traduca nell'attribuzione del potere (da parte dell'organismo prescelto) di compiere nell'interesse del titolare dei diritti d'autore gli atti rientranti nell'oggetto dell'incarico: ex art. 4 IV co. d.lgs. n. 35/2017 la perimetrazione del "diritto o categoria di diritti o tipo di opere e altri materiali protetti" oggetto di affidamento deve essere espressamente specificata per iscritto.

Questa attribuzione di potere gestorio –se in astratto viene di certo a rientrare nell'ampio *genus* del mandato, schema generale di riferimento della sostituzione giuridica per conto altrui- appare però dotato di una sua specialità data anzi tutto dal *carattere commerciale*

dell'esclusiva Siae, vedi LAVAGNINI, *L'estensione dell'esclusiva della SIAE ex art. 180 l.a.*, in *Giur.comm.* 1996, 987; e (con riferimento ai diritti connessi), ID., *Per una storia delle questioni di diritto relative ad Immaie*, in *Aida*, 2012, 111.

⁷ In senso conforme il Reg. Siae, art. 16 I co.: "la Società esercita la protezione delle opere ad essa assegnate in tutela in particolare mediante: a) la concessione, in nome proprio e per conto e nell'interesse degli aventi diritto, dei permessi di utilizzazione, nei quali sono indicate la misura del compenso e le modalità della concessione...b) la stipula, in nome proprio e per conto e nell'interesse degli aventi diritto, di accordi generali con i soggetti tenuti al pagamento di diritti a compenso, per la definizione dei criteri e la determinazione della misura del corrispettivo dovuto per l'utilizzazione dell'opera; c) la quantificazione e la percezione dei compensi; d) la ripartizione dei proventi fra gli aventi diritto, sulla base delle relative dichiarazioni e dei criteri generali e particolari fissati per ciascuna sezione".

connesso allo *sfruttamento economico* dei diritti d'autore: ciò che risulta espressamente confermato dalla disposizione del V comma dello stesso art. 4, in virtù del quale resta fermo "il diritto dei titolari dei diritti di concedere licenze per l'uso non commerciale di diritti, categorie di diritti o tipi di opere e altri materiali protetti di loro scelta"⁸.

Piuttosto sembra potersi configurare un *negozio di affidamento in gestione dei diritti d'autore* che rientra nell'esercizio dell'impresa di intermediazione da parte degli organismi autorizzati (nelle forme di EGI ed OGC, con o senza scopo di lucro ma comunque) finalizzata allo sfruttamento economico dei diritti d'autore. Soltanto inquadrando l'operazione individuale nell'ambito del *mercato autoriale* (effetto indotto della "liberalizzazione"), si comprende che l'agire "per conto" dei titolari dei diritti d'autore rientra in una politica di rischio e di investimento da parte di una organizzazione e nell'ambito di un'attività che resta tipicamente *imprenditoriale*.

Questo aspetto -che entra nella causa, plasmando la funzione economico giuridica in ragione della meritevolezza degli interessi protetti- sembra potersi cogliere in modo ancora più intenso con riferimento alla attività di intermediazione svolta dagli OGC, per i quali sono dettate disposizioni specifiche (art. 9 ss. d.lgs. n. 35/2017) che si giustificano in ragione della particolarità dell'esercizio della funzione mutualistica di gruppo. Sul punto però appare opportuno un breve approfondimento.

5. Redditività dell'investimento e scelta del modello di gestione, virtuosità del sistema ed efficienza dei controlli amministrativi

Negli OGC è agevole individuare quella che è la forza tipica della organizzazione mutualistica: la capacità attrattiva data dal gruppo degli autori associati per la tutela e la promozione dei diritti (o della categoria di diritti) oggetto di affidamento.

Ciò comporta da un lato che la qualità dell'assetto proprietario ed organizzativo può fungere da elemento di selezione ai fini della scelta di affidamento della gestione dei diritti da parte degli autori (così promuovendo la crescita della stessa OGC); e dall'altro che l'acquisizione

⁸ Ed in effetti l'affidamento alla gestione di un EGI ovvero di un OGC dei diritti d'autore si distacca sensibilmente dal mandato. Le differenze nella disciplina prevista dal d.lgs. 35/2017 possono essere così riassunte: *a)* preliminarmente all'affidamento (e dunque in via precontrattuale ai fini di una consapevole scelta da parte dei titolari dei diritti d'autore) si è tenuti ad osservare una serie di obblighi informativi (art. 4, co. 3), attinenti non solo le condizioni contrattuali (di cui ai co. 4, 5, 6 e 7 della medesima norma) ma anche "quelle relative alle spese di gestione e alle detrazioni derivanti dai proventi dei diritti e da eventuali introiti provenienti dall'investimento dei proventi stessi"; *b)* l'oggetto dell'affidamento deve risultare in "forma scritta" (co. 4); *c)* una volta affidata la gestione dei diritti, lo sfruttamento economico spetta all'organismo prescelto: diversamente che nel mandato la parte incaricante non è dotata di alcun potere di direttiva dovendo l'intermediario agire nel migliore interesse della stessa e con la diligenza professionale richiesta dalla natura dell'incarico; *d)* anche il diritto di revoca dell'affidamento deroga alla disciplina della revoca del mandato di cui all'art. 1723 c.c., in quanto per il co. 6 l'esercizio (può essere, peraltro, integrale ovvero riferirsi soltanto ad una parte dei diritti di autore) è subordinato all'osservanza di un termine di preavviso che può variare da un minimo di quattro ad un massimo di sei mesi (in *pendant* a quanto previsto dal Reg. Siae); *e)* per di più, l'effetto della revoca può essere postergato su decisione dell'organismo intermediario, alla fine dell'esercizio finanziario; *f)* tutti i suindicati diritti devono risultare dallo Statuto dell'organismo, ed essere riportati nelle condizioni di adesione.

delle risorse di sostentamento della struttura organizzativa e della crescita opera mediante il ribaltamento dei costi sull'insieme dei proventi della gestione⁹, secondo metodo economico. Al di là degli aspetti di carattere organizzativo tuttavia (sui quali non è possibile soffermarsi in questa sede), quel che emerge ai fini della identificazione del rapporto di affidamento è la correlazione dell'aspetto remunerativo della gestione all'esercizio dell'impresa da parte dell'OGC.

L'art. 14 d.lgs. n.35/2017 prevede una disciplina di "riscossione e impiego dei proventi" che si fonda su questi elementi: *a)* i proventi derivanti dalla gestione dei diritti d'autore devono essere tenuti in una *contabilità separata* da quella delle attività proprie degli organismi e dei relativi proventi (II comma); e *b)* "non possono essere impiegati per fini diversi dalla *detrazione o compensazione delle spese di gestione* in conformità ad una decisione adottata a norma dell'articolo 10, comma 4, lettera d), o per *l'impiego dei proventi dei diritti o delle altre entrate derivanti dall'investimento* in conformità con una decisione adottata dall'assemblea a norma dell'articolo 10, comma 4 (III co.); *c)* stabilendosi infine che, nel caso di investimento autorizzato da parte degli OGC, lo stesso debba avvenire "nel migliore interesse dei titolari dei diritti, in conformità con la politica generale di investimento e gestione dei rischi di cui all'articolo 10, comma 4, lett. c) e f)".

Non sembra qui che alla separazione *contabile* debba necessariamente corrispondere una separazione *patrimoniale*: non è infatti stabilita alcuna deroga alla ordinaria responsabilità patrimoniale ex art. 2740 c.c. dell'organismo di gestione collettiva nei confronti dei creditori, rispetto ai quali l'ente non può che rispondere con tutti i propri beni (fra cui è dato includere anche i proventi ed i beni eventualmente acquistati con l'investimento dei medesimi)¹⁰.

⁹ In questi enti è fisiologico che il rapporto di affidamento si abbini a quello associativo, secondo uno schema tipicamente mutualistico: in tal modo la compartecipazione associativa può senza dubbio consentire un controllo dall'interno più incisivo rispetto a chi si trova all'esterno, grazie all'applicazione delle disposizioni previste in tema di organizzazione degli OGC dagli art. 9 – 13 d.lgs. n. 35/2017, relativamente alla partecipazione all'assemblea, alla nomina dell'organo di sorveglianza e degli amministratori, dell'organo di controllo contabile (secondo una disciplina che per molti aspetti ricalca quella di una s.p.a.). In ogni caso, l'art. 8 co.1, lett.a, d.lgs. n. 35/2017 richiede con riferimento agli OGC l'assunzione di una forma giuridica che consenta "l'effettiva partecipazione e controllo da parte dei titolari dei diritti", ed a tal fine il co. 3 della medesima disposizione dispone la comunicazione all'Autorità Garante per le Comunicazioni cui quindi l'art. 40 d.lgs. n. 35/2017 attribuisce una funzione generale di controllo esterno, di carattere amministrativo sull'osservanza della relativa disciplina.

¹⁰ In assenza di una espressa disposizione di legge ed in caso di *insolvenza di collecting societies*, non sembra potersi derogare al regime ordinario della responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c.. Non pare quindi che possa sostenersi l'esistenza di un effetto di separazione patrimoniale della massa collettiva dei diritti d'autore, rispetto al patrimonio della OGC (per la quale invece è prevista esclusivamente un regime di separazione contabile) e così ed *a fortiori* per le EGI.

La tesi della configurabilità di un "repertorio comune" distinto dal patrimonio degli enti di gestione collettiva (ed anzi dotato di distinta soggettività rispetto alla società gerente) è sostenuta da SARTI, *Gestione collettiva e separazione patrimoniale del repertorio dei diritti d'autore e connessi*, cit., 1 ss. (spe. 10, e nota 18), è suggestiva e risponde alla *ratio* di garantire una tutela rafforzata in caso di insolvenza, ai titolari dei diritti d'autore; ma, in assenza di una espressa disposizione di legge, non pare trovare un sufficiente sostegno. E non sembra nemmeno possa ottenersi un effetto di separazione patrimoniale, per una pretesa analogia alla situazione dei patrimoni destinati di cui agli art. 2447-bis ss. c.c. in presenza di "apporti di terzi" (SARTI, *op.cit.*, p. 7 nota 12), trattandosi di disciplina speciale derogatoria all'art. 2740 c.c. (che al II comma sancisce la inammissibilità di limitazioni non espressamente previste dalla legge); l'accostamento tuttavia risulta dotato di fecondità speculativa per la

E' allora agevole constatare come il diritto alla percezione dei proventi derivanti dalla gestione dei diritti oggetto di affidamento si distingua nettamente dal diritto all'utile, in quanto –al di là della previsione *ex lege* di una clausola anti-lucrativa- la “plusvalenza” attribuita non rappresenta il prodotto della divisione di un profitto ricavato in base a quote di partecipazione al capitale, ma è il ricavato della gestione dei diritti oggetto di affidamento: un risultato fondato su di una corrispettività di prestazioni (apporto verso gestione), cui si può abbinare *o non* a quello associativo. Solo che –ed è questo l'aspetto rilevante su cui è necessario riflettere- il diritto non è immune da limiti connessi alle scelte adottate dalla (maggioranza della) organizzazione collettiva: invero, può essere compreso per le esigenze della organizzazione mutualistica, sia per detrazioni inerenti le spese di gestione (secondo i costi documentati) che dall'investimento dei proventi stessi.

E ciò può avvenire –sempreché siano osservati criteri oggettivi e ragionevoli- sulla base dell'esercizio della *politica generale di investimento e di detrazioni*, che è rimessa (ritorna la questione della tutela del titolare di fronte all'abuso del potere della maggioranza, in violazione dell'art. 1375 c.c.; ed è lecito chiedersi, fino a che punto possa spingersi il controllo da parte dell'Autorità garante per le comunicazioni) alla deliberazione dell'assemblea generale dei membri, ex art. 10, IV co. lett. c) e d)¹¹.

Qui non sembra che si possa attingere alla disciplina del rimborso ed anticipazione delle spese del mandatario di cui agli art. 1719 e 1720 c.c.. E nemmeno che si possa ricorrere ad un'analogia con il consorzio¹²: e questo non soltanto perché i partecipanti non sono

riconducibilità dell'operazione economico-giuridica di conferimento dei diritti d'autore in gestione (ad EGI ovvero OGC) ad un sostanziale apporto secondo lo schema dell'associazione in partecipazione (su cui *infra*).

In caso di insolvenza dunque, la tutela dei titolari dei diritti d'autore a seguito del fallimento degli OGC o degli EGI, non può che restare affidata al riconoscimento del privilegio generale del credito ex art. 2751 *bis* n. 2 c.c. in sede di ammissione al passivo; e su questo punto, trattandosi di crediti comunque riconducibili all'esecuzione di una prestazione d'opera (in cui perverso si traduce il bene immateriale della proprietà intellettuale, oggetto di protezione del diritto d'autore) non sembra possano sorgere dubbi: sul punto vedi, con riferimento al credito Siae derivante dalla riscossione dei diritti d'autore, Trib. Milano 29 luglio 2010 n. 9681, in *Dir. aut.* 2010, 4, 393, che ne ha riconosciuto carattere privilegiato.

¹¹ Ne consegue che il diritto ai proventi derivante dalla gestione dei propri diritti d'autore ad un OGC non è un credito immediatamente esigibile in conseguenza della maturazione effettiva dei proventi stessi in quanto, nonostante sia disposta una regola di separazione contabile, la corresponsione dei medesimi segue (e sconta comunque) le decurtazioni operate per le detrazioni e gli investimenti derivanti dalla gestione collettiva dell'organismo mutualistico.

Solo in tal senso (meramente economico) può dunque parlarsi di una gestione “collettiva”. Ecco dunque la poliedricità –e la difficoltà di inquadramento- dell'affidamento gestorio, che risulta ancor più problematico rispetto alla attività svolta dagli OGC.

E' un diritto a base contrattuale e non associativa, che non resta sciolto in assoluto da ogni legame con il complessivo risultato dell'attività comune, ché anzi –sia pure nei limiti di legge- la sua effettiva realizzazione ne può essere influenzata; ed è su questa base che trova conforto la ricostruibilità di una fattispecie negoziale dotata di sua tipicità e specialità, con affinità proprie del mandato e dell'associazione in partecipazione.

¹² Ove pure –nell'ottica di un rafforzamento di impresa- si assiste alla utilizzazione della organizzazione comune (non solo per lo svolgimento di atti di carattere organizzativo e diretti al rafforzamento di gruppo, ma anche) per il compimento di atti “per conto” del singolo; ciò che rientra nel quadro dello svolgimento di una funzione propriamente associativa correlata all'esercizio di un'impresa collettiva ausiliaria, ed è per tale ragione che si giustifica che l'organizzazione collettiva si trovi esposta con il fondo consortile all'assunzione del rischio di impresa (fino all'eventuale insolvenza) per il compimento di atti per conto delle singole imprese consorziate.

imprenditori, ma in quanto –più in fondo- non v' nemmeno in termini di intento soggettivo (ancor prima che di causa) né una volizione limitativa della concorrenza né un'esigenza di integrazione aziendale rivolta al rafforzamento del gruppo. E lo stesso dicasi con riferimento al contratto di rete.

L'unico aspetto dunque che rispetto a questa fattispecie risulta comune è l'inquadramento nell'ampio *genus* della mutualità; al di là di questa similitudine, non sembra ci si possa spingere.

Piuttosto –considerato il profilo imprenditoriale dell'attività svolta dall'OGC- non appare inutile un accostamento dell'affidamento allo schema dell'associazione in partecipazione¹³: laddove l'apporto ben può consistere in una cessione a titolo temporaneo -e fino a (produzione degli effetti della) revoca- dei diritti d'autore del titolare.

Secondo questa prospettiva soltanto il *temporaneo potere di disposizione* (e non la proprietà) dei diritti d'autore entra nella sfera giuridica dell'OGC.

Da un lato dunque, la titolarità dei diritti d'autore resta in capo ai legittimi aventi diritto (e così non si confonde con il patrimonio dell'ente); dall'altro il corrispettivo patrimoniale resta parametrato ai risultati della gestione dell'organismo collettivo per cui il ricavato della gestione individuale "per conto" non è nella immediata disponibilità creditoria della parte affidante in quanto partecipa all'alea d'impresa e così ai rischi dell'esercizio dell'attività "collettiva" dell'organismo: come nell'associazione in partecipazione non è immediatamente esigibile, se non detratte le somme dovute a titolo di costi dell'organizzazione ovvero per le quali l'organismo di gestione collettiva abbia deliberato –nell'interesse "migliore" degli aventi diritto- una politica di investimento.

6. Osservazioni conclusive

In conclusione si può trarre qualche osservazione.

E' presto per giudicare se la nuova disciplina condurrà ad una effettiva liberalizzazione del settore dell'attività di intermediazione nella gestione dei diritti d'autore, ovvero se sul mercato resterà in posizione predominante la Siae.

Fatto sta però che la nuova disciplina apre scenari dagli esiti di certo non prevedibili, ove la riuscita (nella sua effettiva applicazione) non può che dipendere dall'incontro del meccanismo della domanda e della offerta nel mercato della gestione autoriale: in questo ambito, la predisposizione fra diversi modelli, l'uno a carattere lucrativo (proprio degli enti di gestione indipendente) e l'altro a carattere mutualistico (proprio degli organismi di gestione collettiva), può condurre -se virtuosamente sviluppato- ad un complessivo miglioramento del sistema, sia per gli operatori che per la redditività degli stessi titolari dei diritti d'autore.

Tutto è destinato ad incentrarsi ovviamente sulla (maggiore o minore) remuneratività dell'affidamento: fattispecie negoziale dotata di ampia elasticità la cui funzione sembra potersi identificare nella funzione di investimento nella intermediazione della gestione dei diritti autoriali riservata agli organismi collettivi autorizzati.

¹³ Per la cui ammissibilità (anche rispetto alla compatibilità con la partecipazione alle perdite), in generale vedi DE FERRA, *Associazione in partecipazione*, in *Comm.cod.civ.* a cura di Scialoja e Branca, Bologna, 1973, 31 ss.

Un ruolo efficiente in questo contesto, sembra possa essere svolto da un lato dall’Autorità garante per le comunicazioni, cui la legge affida il controllo esterno sull’osservanza della disciplina (fin dalla costituzione degli organismi di gestione); e dall’altro rispetto a possibili abusi ed a tutela della effettività del regime concorrenziale¹⁴. Cosicché il controllo sulla correttezza di funzionamento del mercato viene in ultima analisi ad essere rimesso all’Autorità garante della concorrenza e del mercato, cui peraltro –e nell’ambito delle competenze *ex lege* ad essa attribuite- l’art. 44 d.lgs. 35/2017 espressamente prevede la facoltà di segnalazione, con “osservazioni e proposte dirette alla migliore attuazione” della disciplina, su iniziativa sia degli organismi di gestione che dei titolari dei diritti, nonché degli stessi utilizzatori (nella loro qualità di *consumatori finali*)¹⁵.

¹⁴ Sull’ “interesse alla concorrenzialità del mercato” come situazione giuridica soggettiva protetta, in generale GUIZZI, *Struttura concorrenziale del mercato e tutela dei consumatori. Una relazione ancora da esplorare*, in *Foro it.* 2004, I, 479 ss.

¹⁵ Si segnala che in corso di pubblicazione l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato con provvedimento n. 27259 del 25 settembre 2018 ha irrogato una sanzione amministrativa (sia pure simbolica, di Euro 1.000,00, e principalmente) una inibitoria alla SIAE per aver accertato il compimento da parte di quest’ultima di una complessiva attività (grave e reiterata) di abuso di posizione dominante in violazione dell’art. 102 TFUE: così evidenziandosi la delicatezza di questa fase iniziale di assestamento del mercato conseguente all’applicazione della nuova disciplina in oggetto.