PRESA DI POSIZIONE
DEL CENTRO NEXA SU INTERNET & SOCIETA' DEL POLITECNICO DI TORINO
SULLA PROPOSTA DI DIRETTIVA SULL'ESTENSIONE DEI TERMINI DI PROTEZIONE DEI PRODUTTORI DI FONOGRAMMI E DEGLI ARTISTI INTERPRETI ED ESECUTORI

URL PERMANENTE DI QUESTO DOCUMENTO: HTTP://NEXA.POLITO.IT/DIRETTIVAFONOGRAMMI

1. Il 16 luglio del 2008, la Commissione delle Comunità Europee ha presentato una proposta di direttiva finalizzata all'estensione dei termini di protezione dei diritti connessi al diritto d'autore dei c.d. produttori di fonogrammi (le case discografiche) e degli artisti interpreti ed esecutori.[1] Attualmente questi diritti scadono cinquant'anni rispettivamente dopo la registrazione (detta anche "fissazione") e l'esecuzione.[2] Secondo la proposta, il termine andrebbe esteso a 95 anni (art. 1).
2. A dire della Commissione, la proposta avrebbe l'obiettivo di migliorare la situazione sociale degli artisti, interpreti o esecutori (AIE), e in particolare dei musicisti che abbiano accettato di ricevere solo un compenso "a stralcio" od una tantum e quindi non ricevono royalties periodiche dalle case discografiche.[3] Essa mirerebbe anche a tenere conto del fatto che sempre di più essi vivono oltre il periodo di protezione delle loro prestazioni artistiche che è di 50 anni. Oltre a prevedere l'estensione da 50 a 95 anni della durata della protezione del diritto d'autore per artisti, interpreti o esecutori e per i produttori di fonogrammi in tutti i paesi, la proposta contiene alcune misure di accompagnamento quali l'istituzione di un fondo per i musicisti che abbiano ricevuto solo compensi a stralcio,[4] intese a riequilibrare i contratti conclusi prima del prolungamento dell'esclusiva.
3. Come è stato rilevato da tutti gli studi indipendenti che hanno avuto per oggetto l'iniziativa della Commissione,[5] la proposta non si mostra idonea a

[1] Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 2006/116/CE del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la durata di protezione del diritto d'autore e di alcuni diritti connessi (COM(2008)0464 – C6-0281/2008 – 2008/0157(COD))

[2] Art. 3(2) e (1) della Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, n. 116, concernente la durata di protezione del diritto d'autore e di alcuni diritti connessi.

[3] V. art. 10° co. 3 della proposta. I beneficiari della provvidenza sarebbero, almeno tendenzialmente, i musicisti c.d. di sessione e non quelli principali e comprimari, anche se non può escludersi che anche queste ultime due categorie abbiano accettato di essere compensati a stralcio e che alcuni musicisti di sessione beneficino di pagamenti ricorrenti. Per la definizione ai sensi del diritto italiano degli artisti principali o comprimari vedi gli artt. 81 e 82 l.d.a.

[4] E' altresì prevista l'introduzione di clausole "use it or lose it" nei contratti stipulati tra artisti, interpreti o esecutori, da una parte, e produttori di fonogrammi dall'altra.

[5] V. in particolare lo studio del Max Planck di Monaco (R. HILTY-A. KUR-N. KLASS-C. GEIGER-A. PEUKERT-J. DREXL-P. KATZENBERGER, *Comment on the Commission's proposal for a Directive to Amend Directive 2006/116 EC of the European Parliament and Council concerning the Term of Protection for Copyright and Related Rights*) e quello dell'IVIR di Amsterdam (N. HELBERGER-N.

raggiungere alcuno degli obiettivi che essa si propone; e quindi va nettamente respinta.

4. *In primo luogo*, essa non appare idonea ad assicurare una remunerazione aggiuntiva agli AIE. La ragione per la quale questi soggetti non beneficiano dell'eventuale protrarsi del successo delle loro esecuzioni sta nella loro debolezza contrattuale, rispetto al potere delle case discografiche, che induce la più parte degli AIE a rinunciare ai loro diritti od a cederli in tutto od in parte a beneficio dei loro più forti contraenti (c.d. buy out). Se questo è il problema, esso andrebbe risolto alla radice, prevedendo delle norme inderogabili che riservino una quota minima dei proventi agli AIE (ad es. prevedendo un diritto ad equo compenso). Viceversa, un'estensione dei termini di tutela degli AIE produrrebbe vantaggi principalmente ai loro cessionari, le case discografiche, che comunque, come produttori di fonogrammi, beneficierebbero pure della parallela estensione dei termini di tutela del diritto connesso che loro compete.[6]
5. L'art. 10*bis* della proposta prevede addirittura che i contratti di trasferimento dei diritti dagli AIE ai produttori conclusi prima dell'entrata in vigore della direttiva restino validi, qualora non sia diversamente previsto. Se veramente l'intento della direttiva fosse stato quello di sovvenire alle esigenze degli AIE, si sarebbe quantomeno dovuta prevedere la possibilità per gli AIE di rinegoziare i contratti che li legano alle case discografiche.
6. Questa conclusione non è neppur scalfita dalla previsione di una destinazione di un minimo del 20% dei proventi conseguiti dai produttori di fonogrammi ad una "remunerazione supplementare", eventualmente amministrata da un "fondo sociale" attraverso gli enti di gestione collettiva (art. 10 a) della Direttiva 116/2006, come introdotto dall'art. 1(4) della proposta). A parte le incerte modalità di calcolo,[7] questa provvidenza vale soltanto per i musicisti che abbiano accettato un compenso a stralcio; è alimentato solo dai proventi generati dalla riproduzione, distribuzione e messa a disposizione del pubblico, con esclusione di quelli, importanti, che derivano dalla comunicazione al pubblico (ad es. con la diffusione radiofonica); e, soprattutto, è prevista da una norma di diritto transitorio. Il

---

DUFT-S. VAN GOMPEL-B. HUGENHOLZ, *Never Forever: Why Extending the Term of Protection of Sound Recordings is a Bad Idea*, in *EIPR* 2008, 174 ss.).

[6] Questa conclusione non è neppur scalfita, se non in minima parte, dalla previsione di una destinazione di un minimo del 20% dei proventi conseguiti dai produttori di fonogrammi ad una "remunerazione supplementare", eventualmente amministrata da un "fondo sociale" attraverso gli enti di gestione collettiva (art. 10 a) della Direttiva 116/2006, come introdotto dall'art. 1(4) della proposta). A parte le incerte modalità di calcolo, , questa provvidenza vale soltanto per i musicisti di sessione.

[7] Su cui si è soffermato il prof. Bently all'audizione davanti alla Commissione affari legali del Parlamento europeo il 4 novembre del 2008.

che vuol dire che la provvidenza opererà solo a beneficio di quegli AIE che abbiano ceduto tutti i propri diritti al produttore discografico prima dell'entrata in vigore della normativa (art. 10 a co. 2); mentre l'aumento della durata da 50 a 95 è previsto come permanente.

7. *In secondo luogo*, se la proposta – come si è appena visto – non è in grado di apprestare idonea remunerazione agli AIE, essa non fornisce neppure alcun incentivo all'investimento dei produttori di fonogrammi (ovvero delle case discografiche). Già in linea di principio, si può escludere che una disposizione adottata oggi possa fornire alcun incentivo ad un investimento che sia già stato deciso ed attuato in passato. Anche in proiezione futura, non si può dire che l'estensione della durata costituisca un incentivo necessario: a tacer d'altro, l'intuizione comune secondo la quale la tecnologia digitale ha ridotto i costi necessari per realizzare la produzione e la fissazione delle esecuzioni di opere musicali è confermata dalle analisi empiriche.[8]
8. *In terzo luogo*, non si vede come il passaggio da 50 a 95 anni di tutela possa avere qualche effetto deterrente ulteriore, rispetto alla situazione attuale, nei confronti dei fenomeni di distribuzione illegale della musica, salvo che non si voglia proporzionare la pena alla durata residua della protezione.
9. *In quarto luogo*, non è condivisibile l'argomento, avanzato dalla proposta, secondo cui l'estensione sarebbe opportuna per collocare le imprese discografiche europee su di un piano di parità rispetto alle case discografiche statunitensi, che hanno di recente beneficiato di un simile prolungamento dei termini. Infatti, nel campo della proprietà intellettuale – ed anche con riferimento ai diritti qui considerati, che negli Stati Uniti sono protetti in forza di quello che viene denominato *copyright in sound recordings* – vale il principio del Trattamento Nazionale (NT). In forza di questi principio lo stesso trattamento che viene accordato ai soggetti nazionali (qui: soggetti USA) è esteso automaticamente anche ai soggetti residenti negli altri Stati (qui: le case discografiche europee).[9] Quindi nella situazione attuale le case discografiche europee non hanno nessuno svantaggio rispetto a quelle nordamericane: esse sono trattate negli USA come i loro concorrenti americani, e questi sono trattati in Europa come le case discografiche europee. Questo a tacere che, essendo le c.d. *majors* tutte americane, i benefici derivanti dall'estensione "europea" dei termini propugnata dalla Commissione affluirebbero ad imprese americane e sarebbero pagati dai consumatori europei.
10. *In quinto luogo*, e venendo al tema dei costi, è inaccettabile l'argomento avanzato dalla Commissione secondo cui, visto che un'indagine a campione avrebbe accertato che il prezzo dei dischi ancor tutelati non è

[8] N. Helberger-N. Duft-S. van Gompel-B. Hugenholz, *Never Forever*, cit., 177.
[9] Per un'argomentazione completa vedi la Relazione IVIR, 126.

diverso da quello dei dischi per cui la tutela è scaduta, l'estensione dei termini non comporterebbe un aggravio per il pubblico dei consumatori. La stessa Commissione menziona altrove che dall'estensione deriverebbero redditi addizionali per produttori di fonogrammi per un ammontare superiore a € 750 milioni.[10] Ora, appare impossibile, in assenza di miracoli come quello delle nozze di Caanan, che una categoria di soggetti riceva maggiori redditi, se nessuno paga.

11. Vi sono ancora alcune considerazioni da fare. Intanto va rilevato che l'industria discografica ha saputo cogliere l'occasione dell'innovazione digitale per conquistare delle posizioni importanti dal punto di vista delle proprie prerogative giuridiche. Ora, i produttori di fonogrammi (come gli AIE di cui le case discografiche sono di regola cessionari) hanno ottenuto un diritto esclusivo sulla messa a disposizione interattiva delle opere registrate e fissate (art. 3(2) della direttiva No. 29 del 2001), nel momento stesso in cui gli enti di gestione collettiva hanno ragione di domandarsi se effettivamente hanno il mandato dagli autori anche per la modalità interattiva. Ciò non significa, peraltro, che l'industria discografica debba ulteriormente estendere i propri diritti anche sotto il profilo della durata temporale e quindi essere messa in condizione di avanzare pretese anche per un periodo nel quale, stando al regime attuale, tutte le prerogative dovrebbero ritornare in capo ai soli autori.
12. A questo proposito va considerato che, anche in assenza dell'estensione per i diritti connessi, molte opere continuerebbero ad essere coperte da diritti d'autore. Sotto questo profilo, alla scadenza del termine attuale – di cinquant'anni – sono destinate a cadere in pubblico dominio soprattutto le opere della musica classica: l'esecuzione di Beethoven di Karajan, e non le canzoni dei Beatles, che sono ancor coperte da *copyright.*
13. E' però anche vero che, se restassero fermi i termini attuali, la disseminazione della musica, in forma di dischi, CD, DVD o tracce digitali messe a disposizione con la modalità degli i-stores, abbisognerebbe dell'autorizzazione dei soli titolari dei diritti d'autore (autori della musica e del loro testo; loro aventi diritto, c.d. editori musicali; enti di gestione collettiva incaricati dagli uni e dagli altri) e non dei titolari dei diritti connessi. La teoria economica ci insegna che i costi per l'utente finale lievitano, quando l'utilizzazione di un bene protetto abbisogni del beneplacito non di una sola categoria di titolari ma da più categorie (c.d. *multiple layers of monopoly*).[11]

[10] P. 9 del Memorandum esplicativo.

[11] Si osservi in particolare che i titolari di diritti connessi detengono diritti non su singole opere, ma su vasti repertori (*libraries*) e che essi sono quindi dotati di potere di mercato. Quando la fissazione del prezzo di un *input* dipende da più di un soggetto dotato di potere di mercato, l'aumento del prezzo non solo è maggiore di quello che si produrrebbe in regime di concorrenza, ma è tendenzialmente indeterminato, dato che i diversi soggetti che hanno potere di veto sull'impiego dell'*input* si comportano strategicamente per catturare la quota più elevata possibile

14. Questo è tanto più vero se si consideri che, nella distribuzione digitale, risulterebbe che, dei fatidici 99 cents, iTunes ne prenda 30, gli autori 14 e gli altri 55 affluiscano alle case discografiche.
15. E' stato osservato che la scadenza dei diritti potrebbe, sotto questo profilo, rappresentare un'occasione per l'affermazione di modalità di offerta a costi più ridotti, visto che ci sarebbe solo una categoria di titolari di diritti con cui far i conti. Si pensi d'altro canto che, oggi, il gradimento dei Beatles e dei Rolling Stones è molto maggiore di quello conseguito da molti artisti "confezionati su misura" dalle *labels* e che presto hanno deluso il pubblico; e che l'offerta degli artisti "liberi" che mettono a disposizione le loro opere gratuitamente ha un successo crescente. I due settori possono incontrarsi, con offerte di *streaming* e di distribuzione digitale anche molto innovative. Sempre che l'estensione dei termini di tutela non passi.
16. Proprio da questo punto di vista, si può comprendere che l'industria discografica si stia battendo strenuamente a favore dell'estensione. Quello che appare inaccettabile è che questa posizione venga presentata dalla Commissione come una crociata a favore degli AIE, che invece non traggono se non minimi benefici e che comunque, secondo le scelte di vertice operate dai nostri ordinamenti, offrono un contributo importante ma non parificabile a quella degli autori. E quel che appare ancor più inaccettabile è che la Commissione abbia rifiutato di prendere in considerazione tutti gli studi indipendenti sulla materia, ivi incluso quello dell'IVIR, da essa stessa commissionato.
17. Per questi motivi, la proposta di estensione dei termini presentata dalla Commissione è inaccettabile e va ritirata.

Torino, 16 dicembre 2008

Hanno contribuito a questo documento:

Marco Ricolfi, *NEXA co-direttore*
Juan Carlos De Martin, *NEXA co-direttore*
Federico Morando, *NEXA managing director & fellow*
Alessandro Enrico Cogo, *NEXA fellow*
Stefano Sciacca, *NEXA fellow*
Carolina Cordero di Vonzo, *NEXA fellow*
Umberto Musone, *NEXA fellow*

---

del surplus del consumatore. L'economia dell'innovazione ha mostrato, in particolare con studi riferiti al settore delle biotecnologie (C. Long, *Proprietary Rights and Why Initial Allocation Matters,* in 49 *Emory Law Journal*, 2000, 823 ss.; M.A. Heller, *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, in 111 *Harvard Law Review*, 1998, 111 ss.) come la presenza di posizioni monopolistiche concorrenti tenda a provocare una situazione, nota come "tragedia degli anticommons", simile a quella qui considerata.