

1.1 *Il ricorso a meccanismi di licenza obbligatoria. L'esperienza statunitense e tedesca*

La libera negoziazione individuale espone gli editori delle opere multimediali ad una prospettiva defatigante in termini di costi di negoziazione (*transaction costs*) e si profila come una minaccia per la sopravvivenza del multimediale quale opera derivata dell'ingegno.¹

Il rischio, avvertito dagli operatori del settore è che se l'acquisizione dei diritti non verrà "semplificata" attraverso l'affidamento volontario da parte dei titolari di private a società di gestione collettiva, verrà sottratto alla produzione multimediale un importante patrimonio culturale rappresentato dalle opere preesistenti. Come giustamente rilevano Ghidini e Quattrone, questo avrà ripercussione sugli stessi titolari di diritti a cui verrà negata la possibilità di percepire nuovi compensi per uno sfruttamento secondario delle loro creazioni attraverso l'inserimento in opere multimediali.

La maggiore riduzione dei *transaction costs* pare quindi essere l'obiettivo primario perseguito dagli editori multimediali² che temono, tuttavia, che le negoziazioni delle agenzie collettive restino pur sempre soggette e condizionate all'eventuale e non infrequente diniego ricattatorio da parte di coloro che detengono diritti su opere di particolare significato, anche economico.

Il settore multimediale ha anche ipotizzato che per la sopravvivenza dell'opera multimediale si possa percorrere la via delle "licenze obbligatorie", sul presupposto che la concessione di licenze su base non

¹ GHIDINI, QUATTRONE, *op. cit.*, p.7.

² Vedi allegato alla *Relazione della Commissione Interministeriale, cit.*

volontaria possa costituire l'unico mezzo per risolvere il problema dell'ottenimento delle licenze stesse.³

Si tratterebbe, in pratica, di procedere a un ampliamento di quelle eccezioni al diritto esclusivo per cui gli autori e i titolari di diritti connessi non possono opporsi a una particolare utilizzazione della propria opera o prestazione, conservando però il diritto a una remunerazione per la stessa. Tuttavia va rilevato che sia il legislatore nazionale quanto la Commissione Europea con il Libro Verde del 1995 sono giunti alla conclusione che la difficoltà di ottenere le autorizzazioni necessarie per includere opere o parti di opere in prodotti culturali quali il multimediale, non può essere considerata una giustificazione per procedere a una estensione generalizzata del regime di licenze non volontarie o per altre forme di indebolimento dei diritti di proprietà intellettuale.

Il ricorso a licenze legali o obbligatorie⁴ era già previsto all'art. 9 Convenzione di Berna (limitazione al diritto di riproduzione) e all'art. 11 bis (limitazioni al diritto di radiodiffusione e al diritto di esecuzione relativo alla ricezione in luogo pubblico) per casi speciali che non causino ingiustificato pregiudizio ai titolari dei diritti e che non risultino in contrasto con il normale sfruttamento delle opere e dei materiali protetti.

Il trattato dell'Ompi WIPO Copyright Treaty (WCT) del 1996, peraltro, lasciava inalterate sia le limitazioni al diritto di riproduzione sia le disposizioni dell'art. 11 bis "*recognizing the need to maintain a balance between the rights of authors and the larger public interest, particularly*

³ A.A.V.V. (a cura di Liscia), *Diventare multimediali*, cit., p.213.

⁴ ERCOLANI, *Diritto d'autore*, cit., p. 113 alla nota 17 spiega che la licenza legale si configura quando il compenso da corrispondere agli aventi diritto è stabilito per legge, mentre per la licenza obbligatoria l'ammontare del compenso per l'utilizzazione è negoziato tra le parti.

education, research and access to information, as reflected in the Berne Convention".⁵

Ghidini e Quattrone, nel testo *Opere multimediali e copyrights di terzi*, avanzavano l'ipotesi che si potesse introdurre per le opere multimediali una ulteriore eccezione al diritto esclusivo, e quindi una causa di licenza obbligatoria alla quale ricorrere dopo che, avviate le normali negoziazioni tra le parti, il potenziale licenziatario dovesse ritenere inique le condizioni proposte.⁶

Per meglio comprendere il sistema delle licenze obbligatorie, desidero schematizzare i tipi di licenza legale presenti nel Copyright Act degli Stati Uniti e la *Zwangslizenz zu Herstellung von Tonträgern* presente nel Urheberrecht (legge sul diritto d'autore) dopo l'intervento del legislatore tedesco del novembre 2006.

4.4.1 *Licenze legali del Copyright Act*

Il Copyright Act del 1976 riconosce cinque tipi di licenze legali che si riferiscono storicamente alle diverse evoluzioni tecnologiche delle modalità di diffusione di opere protette. In particolare: a) ritrasmissione da parte di stazioni TV cavo di programmi via etere che contengono opere protette (sec. 111); b) uso da parte di emittenti via etere non commerciali di alcune tipologie di programmi (sec. 118); c) diffusione di opere musicali attraverso juke-box (sec. 116); d) ritrasmissione a utenti privati di alcuni programmi da parte di emittenti via satellite (sec. 119); e) riproduzione e distribuzione di supporti fonografici (sec. 115).

⁵ FORLATI, ZAGATO (a cura di), *Cultura e innovazione*, Milano 2000, p. 299.

⁶ GHIDINI, QUATTRONE, *op. cit.*, p.11 e nota 10.

Negli USA il diritto esclusivo di riproduzione meccanica fu limitato alla prima registrazione dell'opera quando, nell'emanare il Copyright Act (1909), il Congresso considerò che il copyright poteva diventare un ostacolo per la nascente industria fonografica.⁷

In quegli anni la musica veniva fissata su rotoli perforati per pianola (da qui il termine riproduzione meccanica) e i produttori dello strumento esercitavano una posizione di monopolio concludendo contratti di esclusiva con i maggiori editori musicali dell'epoca cessionari di diritti d'autore.

Per aprire il mercato alla concorrenza, la legge introdusse un forte temperamento al diritto esclusivo di riproduzione fonomeccanica. Dopo la prima registrazione autorizzata, chiunque poteva riprodurre l'opera pagando un ammontare fisso per ogni opera registrata.

Gli USA divennero il maggior produttore di fonogrammi, leader mondiale per la commercializzazione di vinili (e oggi di CD-ROM e DVD).

Il tasso legale per opera riprodotta divenne poi oggetto di contrattazione tra le parti e la licenza da legale divenne obbligatoria.

La licenza obbligatoria, non solo consente di riprodurre e distribuire supporti fonografici versando il compenso stabilito, ma offre anche un sistema per utilizzare in maniera lecita le opere musicali quando non si riesce a rintracciare i titolari dei diritti. Va ricordato, però, che i diritti connessi relativi alla matrice del fonogramma sono diritti esclusivi e quindi il consenso deve essere ottenuto in ogni caso dai relativi titolari o dai loro aventi causa. La licenza obbligatoria è limitata al solo territorio statunitense e quindi per i supporti esportati devono essere pagati nuovamente i diritti nel paese straniero.

⁷ ERCOLANI, *Diritto d'autore, cit.*, p.114.

4.4.2 Zwangslizenz zu Herstellung von Tonträgern *presente nel Urheberrecht*

La legge tedesca sul diritto d'autore e i diritti connessi (Urheberrecht, 9.9.1965 ultime modifiche 10.9.2003 "*Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft*" e 10.11.2006 "*Fünfte Gesetz zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes*")⁸ prima delle riforme del 2003 e del recentissimo emendamento del novembre 2006 conteneva all'art. 61 una disposizione relativa a "Licenza obbligatoria per la produzione di fonogrammi" inserita nella Parte Prima, Sezione VI "Limitazioni del diritto d'autore" (*Schränken des Urheberrechts*) che prevede una limitazione del libero consenso per la cessione del diritto sulla riproduzione fonomeccanica dopo la prima fissazione dell'opera. In particolare al comma primo si legge:

"Se a un produttore fonografico è stato concesso un diritto di utilizzazione su un'opera musicale avente ad oggetto il trasferimento dell'opera a scopi commerciali su fonogrammi che verranno successivamente riprodotti e diffusi, l'autore è obbligato a concedere similmente un diritto di utilizzazione con il medesimo oggetto a condizioni adeguate, dopo la prima produzione dell'opera, a ogni altro produttore fonografico che abbia la propria sede centrale o il proprio domicilio nell'ambito di applicazione di questa legge; ciò non si applica nel caso in cui il presente diritto di utilizzazione venga amministrato da una società di gestione collettiva dei diritti d'autore, o se l'opera non corrisponde più alle convinzioni dell'autore, per cui

⁸ Il testo della legge è rintracciabile sul sito: <http://transpatent.com/gesetze/urhg11.html>

non gli si può più attribuire lo sfruttamento dell'opera ed egli ha, per questo motivo, esercitato il diritto di revoca su tale diritto di utilizzazione. L'autore non è obbligato a concedere l'utilizzo dell'opera per la produzione di un film.”

Il contenuto del primo comma dell'art.61 ricalcava a grandi linee quanto disciplinato dalla licenza fonomeccanica del Copyright Act statunitense.

Ciò che mi preme sottolineare è che con l'ultimo emendamento del novembre 2006 l'art. 61 è stato soppresso (*weggefallen*).⁹

La licenza obbligatoria per la produzione di fonogrammi è tuttavia ancora presente nel Urheberrecht, ma inserita all'art. 42a, Parte Prima, Capitolo V, Sottocapitolo 2 “Diritti di utilizzazione” (*Nutzungsrechte*).

Quindi, per il legislatore tedesco, la licenza obbligatoria non è più un caso di limitazione di un diritto esclusivo, bensì è diventata una modalità di esercizio di un diritto esclusivo.

Forse, l'esempio tedesco potrebbe aprire la via ad analoghe forme di licenza, intese a semplificare la complessa attività negoziale e i *transaction costs* degli editori multimediali nella fase di acquisizione di opere o parti di opere preesistenti dagli innumerevoli titolari di diritti d'autore e di diritti connessi.¹⁰

Ribadisco che una siffatta modalità di esercizio del diritto esclusivo dovrebbe essere intesa alla luce del primo obiettivo del copyright: far avanzare e allargare la cultura della conoscenza.

⁹ Si segnala che il sito della WIPO, alla sezione CLEA Legislative Texts-Germany non ha ancora apportato la seguente modifica alla legge sul diritto d'autore e diritti connessi tedesca.

¹⁰ GHIDINI, QUATTRONE in *op. cit.* sostenevano la possibilità di introdurre nuovi casi di licenze eventualmente obbligatorie fondate su una “determinazione arbitrare (anche sull'*an*) alla quale poter ricorrere dopo aver avviato normali negoziazioni tra le parti, se il potenziale licenziatario ritenesse inique le condizioni proposte”, *vd.* p. 11.

