

DELIBERA N. 220/23/CONS

**CONCLUSIONE DEL PROCEDIMENTO AVVIATO NEI CONFRONTI
DELLA SOCIETÀ NETFLIX INTERNATIONAL B.V. PER LA VIOLAZIONE
DELL'ARTICOLO 23, COMMI 1 e 2, DEL DECRETO LEGISLATIVO 15
MARZO 2017, N. 35**

(CONTESTAZIONE 11/22/DSDI - N°PROC. 13-GG)

L'AUTORITÀ

NELLA riunione di Consiglio del 2 agosto 2023;

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249, recante *“Istituzione dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivi”*;

VISTA la direttiva 2014/26/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sulla gestione collettiva dei diritti d’autore e dei diritti connessi e sulla concessione di licenze multiterritoriali per i diritti su opere musicali per l’uso on line nel mercato interno (“Direttiva Barnier”);

VISTO in particolare il considerando n. 31 a norma del quale *“Al fine di garantire che gli utilizzatori possano ottenere licenze sulle opere e su altri materiali protetti per cui un organismo di gestione collettiva rappresenta i diritti, e al fine di garantire un compenso appropriato ai titolari dei diritti, è particolarmente importante che la concessione delle licenze avvenga a condizioni commerciali eque e non discriminatorie. (...)”*;

VISTO altresì il considerando n. 32 a norma del quale *“Al fine di garantire che gli organismi di gestione collettiva siano in grado di ottemperare agli obblighi di cui alla presente direttiva, gli utilizzatori dovrebbero fornire loro le informazioni pertinenti sull’utilizzo dei diritti rappresentati da detti organismi di gestione collettiva. (...)”*;

VISTA la direttiva 2019/790/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, sul diritto d’autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE (di seguito, anche Direttiva copyright);

VISTA la legge 22 aprile 1941, n. 633, recante *“Protezione del diritto d’autore e di altri diritti connessi al suo esercizio”* (di seguito, anche legge sul diritto d’autore o LDA);

VISTO il decreto-legge 16 ottobre 2017, n. 148, recante *“Disposizioni urgenti in materia finanziaria e per esigenze indifferibili”*, convertito con modificazioni dalla legge

4 dicembre 2017, n. 172 e, in particolare, l'art. 19 che modifica la legge 22 aprile 1941, n. 633 e il decreto legislativo n. 35/2017;

VISTO il decreto legislativo 15 marzo 2017, n. 35 (di seguito “Decreto”), recante *“Attuazione della direttiva 2014/26/UE sulla gestione collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi e sulla concessione di licenze multiterritoriali per i diritti su opere musicali per l'uso on line nel mercato interno”*;

VISTO il decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 177, recante *“Attuazione della direttiva (UE) 2019/790 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE”*;

VISTO, in particolare, l'art. 84 della legge 633/1941, come modificato dal citato decreto legislativo n. 177/2021 e, segnatamente, il comma 2 secondo cui *“Agli artisti interpreti ed esecutori che nell'opera cinematografica e assimilata, ivi inclusa l'opera teatrale trasmessa sostengono una parte di notevole importanza artistica, anche se di artista comprimario, spetta, per ciascuna utilizzazione dell'opera cinematografica e assimilata, ivi inclusa l'opera teatrale trasmessa a mezzo della comunicazione al pubblico via etere, via cavo e via satellite un compenso adeguato e proporzionato a carico degli organismi di emissione;*

VISTO il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 19 dicembre 2012, recante *“Individuazione, nell'interesse dei titolari aventi diritto, dei requisiti minimi necessari ad un razionale e corretto sviluppo del mercato degli intermediari dei diritti connessi al diritto d'autore, di cui alla legge 22 aprile 1941, n. 633, e successive modificazioni”*;

VISTO, in particolare, l'articolo 22 del Decreto, a norma del quale *“Gli organismi di gestione collettiva, da un lato, e gli utilizzatori, dall'altro, conducono in buona fede le negoziazioni per la concessione di licenze sui diritti, scambiandosi a tal fine tutte le informazioni necessarie (comma 1), “La concessione delle licenze avviene a condizioni commerciali eque e non discriminatorie e sulla base di criteri semplici, chiari, oggettivi e ragionevoli”*;

VISTO, altresì, l'art. 23 del Decreto, a norma del quale *“Salvo diversi accordi intervenuti tra le parti, entro novanta giorni dall'utilizzazione, gli utilizzatori devono far pervenire agli organismi di gestione collettiva, nonché alle entità di gestione indipendente, in un formato concordato o prestabilito, le pertinenti informazioni a loro disposizione, necessarie per la riscossione dei proventi dei diritti e per la distribuzione e il pagamento degli importi dovuti ai titolari dei diritti, e riguardanti l'utilizzo di opere protette”*;

VISTO il regolamento allegato alla delibera n. 396/17/CONS, recante “Attuazione del decreto legislativo 15 marzo 2017, n. 35 in materia di gestione collettiva dei diritti d’autore e dei diritti connessi e sulla concessione di licenze multiterritoriali per i diritti su opere musicali per l’uso on line nel mercato interno”, di seguito *Regolamento*;

VISTA la legge 24 novembre 1981, n. 689, recante “*Modifiche al sistema penale*”;

VISTA la legge 7 agosto 1990, n. 241, recante “*Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*”;

VISTA la delibera n. 220/08/CONS, del 7 maggio 2008, recante “*Procedure per lo svolgimento delle funzioni ispettive e di vigilanza dell’Autorità*”, come modificata, da ultimo, dalla Delibera n.173/22/CONS;

VISTA la delibera n. 223/12/CONS, del 27 aprile 2012, recante “*Regolamento concernente l’organizzazione e il funzionamento dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*”, come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 434/22/CONS;

VISTA la delibera n. 410/14/CONS, del 20 dicembre 2022, recante “*Regolamento di procedura in materia di sanzioni amministrative e impegni*” (di seguito, anche *Regolamento sanzioni*), come modificata, da ultimo, dalla delibera n. 437/22/CONS;

VISTA la delibera n. 265/15/CONS del 28 aprile 2015, recante “*Linee guida sulla quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*”;

VISTO l’atto di contestazione n. CONT. 11/22/DSDI/N°PROC. 13-GG notificato alla società Netflix International B.V. (di seguito Netflix o la Società) e di cui è stata data comunicazione al denunciante;

VISTE le memorie difensive del 4 novembre 2022, inviate dalla Società per il tramite dei propri difensori (ns. prot. n. 0314868);

VISTE le richieste di integrazioni documentali formulate dall’Autorità il 24 febbraio 2023 (ns. prot. n. 0053735) e 5 maggio 2023 (ns. prot. n. 0121195), che hanno sospeso i termini del procedimento ai sensi del combinato disposto degli artt. 6, comma 3, e 7, comma 3, del *Regolamento sanzioni*;

VISTE le risposte di Netflix alle suddette richieste, inviate con comunicazioni, rispettivamente, del 29 marzo 2023 (ns. prot. n. 0087989 del 30 marzo 2023) e del 31 maggio (ns. prot. n. 0147419 del 1° giugno 2023);

SENTITA la parte in audizione in data 24 gennaio 2023;

SENTITO il segnalante in audizione in data 9 marzo 2023;

VISTA la proroga dei termini del procedimento n. CONT. 11/22/DSDI/ N°PROC. 13-GG accordata dal Consiglio nella riunione del 16 marzo 2023 ai sensi dell'art. 11, comma 1, del Regolamento sanzioni;

VISTE le richieste di parere formulate dal Consiglio al Servizio giuridico dell'Autorità nelle riunioni, rispettivamente, del 27 giugno 2023 e del 26 luglio 2023;

VISTI i pareri resi dal Servizio giuridico dell'Autorità, rispettivamente, il 13 luglio 2023 e il 1° agosto 2023;

VISTA l'ulteriore proroga dei termini del procedimento n. CONT. 11/22/DSDI/ N°PROC. 13-GG accordata dal Consiglio nella riunione del 13 luglio 2023, ai sensi dell'art. 11, comma 1, del Regolamento sanzioni;

CONSIDERATO che le sospensioni motivate dalle richieste di integrazione documentale e la proroga accordata dal Consiglio hanno differito i termini del procedimento, la cui scadenza è pertanto fissata al 14 agosto 2023;

CONSIDERATO quanto segue:

1. Fatto e Contestazione

Con una prima segnalazione, pervenuta in data 13 agosto 2021 (ns prot. n. 3959808), la società cooperativa Artisti7607 (di seguito anche Artisti7607 o la *Collecting*) ha comunicato la mancata trasmissione, da parte di Netflix International B.V. (di seguito anche Netflix o la Società), delle informazioni a sua disposizione necessarie per la riscossione dei proventi dei diritti e per la distribuzione degli importi dovuti ai titolari dei diritti per il cd. "equo compenso" di cui all'art. 84 LDA (ora definito come "remunerazione adeguata e proporzionata", a seguito della novella dell'articolo apportata con il d.lgs. n. 177/2021; nel testo di seguito si useranno entrambe le espressioni), nel termine di 90 giorni dalla utilizzazione, ex articolo 23 del Decreto. Nella citata segnalazione, Artisti7607 ha evidenziato che, malgrado le diverse richieste, dal 2019 Netflix ha fornito ad Artisti7607 informazioni parziali e insufficienti, dapprima con riguardo agli utilizzi relativi alle annualità 2015-2017 e, successivamente, con riguardo agli utilizzi relativi alle annualità 2018 e 2019. In particolare, Netflix non avrebbe fornito le complete e pertinenti informazioni a sua disposizione necessarie alla riscossione e alla distribuzione dei proventi dei diritti, tra cui quelle relative al valore economico degli abbonamenti al fatturato complessivo e ai ricavi complessivi dello sfruttamento delle opere.

Con successiva segnalazione del 20 maggio 2022 (ns prot. n. 0162949), Artisti7607, nel rinnovare le proprie doglianze in merito alla parziale ed incompleta trasmissione dei dati per il periodo 2015-2019, rimandando ai contenuti della precedente segnalazione, portava all'attenzione dell'Autorità la reiterazione della fornitura parziale ed incompleta delle informazioni sull'utilizzo delle opere relativamente al 2020 ed al primo trimestre

del 2021, nonché la totale assenza di trasmissione di dette informazioni per la rimanente parte dell'anno 2021.

All'esito di un primo esame delle segnalazioni pervenute e della relativa documentazione allegata, la società Netflix risultava non avere trasmesso alla società cooperativa Artisti7607, entro novanta giorni dall'utilizzazione, tutte le pertinenti informazioni a sua disposizione, necessarie per la riscossione dei proventi dei diritti e per la distribuzione e il pagamento degli importi dovuti ai titolari dei diritti stessi, riguardanti l'utilizzo di opere protette per gli anni dal 2015 al 2021. In particolare, la parziale trasmissione avrebbe investito il periodo dal 2015 al primo trimestre 2021 e la mancata trasmissione sarebbe per gli altri mesi del 2021.

In data 25 luglio 2022, a mezzo raccomandata internazionale, essendo stati rilevati gli estremi per l'avvio di un procedimento sanzionatorio, è stata inviata alla Netflix International B.V. una contestazione in relazione alla presunta violazione dell'articolo 23, comma 1, del d.lgs. 15 marzo 2017, n. 35 (di seguito "Decreto"), avente ad oggetto la mancata comunicazione all'organismo di gestione collettiva Artisti7607, entro novanta giorni dall'utilizzazione, delle informazioni a sua disposizione necessarie per la riscossione dei proventi dei diritti e per la distribuzione e il pagamento degli importi dovuti ai titolari dei diritti e riguardanti l'utilizzo di opere protette. La contestazione risulta ritualmente notificata il 4 ottobre seguente.

In data 11 ottobre 2022 (ns. prot. n. 0291259) i difensori della società hanno presentato istanza di accesso agli atti, cui è stato dato riscontro il successivo 27 ottobre 2022 (ns. prot. n. 0309926).

Il 4 novembre 2022 (ns. prot. n. 0314868), Netflix ha inviato la propria memoria difensiva, chiedendo, altresì, di essere ascoltata nell'ambito del procedimento. L'audizione dei rappresentanti della Società si è tenuta il 24 gennaio 2023.

Anche a seguito dell'audizione è emersa l'esigenza di acquisire ulteriori elementi informativi in ordine ad alcuni aspetti. È stata pertanto inviata a Netflix una richiesta di informazioni in data 24 febbraio (ns. prot. n. 0053735) cui è stato dato riscontro il 29 marzo 2023 (ns. prot. n. 0087989 del 30 marzo 2023).

In considerazione della necessità di effettuare ulteriori approfondimenti e di riscontrare le tesi difensive di Netflix, l'Autorità, con comunicazione del 28 febbraio 2023 (ns. prot. n. 0057691), ha convocato i rappresentanti di Artisti7607 in audizione il successivo 9 marzo.

A seguito delle evidenze fornite dagli uffici competenti, nella seduta del 16 marzo 2023, il Consiglio, ai sensi dell'art. 11, comma 1, del Regolamento sanzioni, ha deciso una proroga di 60 giorni dei termini di conclusione del procedimento CONT. 11/22/DSDI/N°PROC. 13-GG.

In data 5 maggio (ns. prot. n. 0121195), l'Autorità ha inviato una seconda richiesta di informazioni a Netflix. In particolare, è emersa l'esigenza di acquisire maggiori elementi di dettaglio in merito a quanto rappresentato dalla Società in riferimento alle

modalità di calcolo adottate da Netflix per il pagamento anticipato a titolo provvisorio nei confronti di Artisti7607. La richiesta è stata riscontrata il 31 maggio (ns. prot. n. 0147419 del 1° giugno 2023).

Nella seduta del 27 giugno 2023, il Consiglio, ha richiesto approfondimenti al Servizio Giuridico in merito alla tematica oggetto del procedimento. La richiesta ha comportato la sospensione dei termini del procedimento ai sensi del combinato disposto degli articoli 6 e 7, comma 4, del Regolamento sanzioni. Il parere è stato reso dal Servizio Giuridico il successivo 13 luglio.

Nella seduta del 13 luglio, il Consiglio, ai sensi dell'art. 11, comma 1, del Regolamento sanzioni, ha reiterato la richiesta di approfondimenti istruttori, disponendo un'ulteriore proroga di 30 giorni dei termini di conclusione del procedimento CONT. 11/22/DSDI/N°PROC. 13-GG.

2. Deduzioni della società

Netflix ha avuto modo di esporre i propri argomenti nella citata memoria difensiva del 4 novembre 2022, nonché nel corso dell'audizione del 24 gennaio 2023 e nelle menzionate risposte alle richieste di informazioni e di integrazione documentale. La memoria e le successive risposte alle richieste dell'Autorità sono stati corredati da una ampia documentazione.

In sintesi, la Società ha rappresentato quanto segue:

a) Inapplicabilità dell'art. 23 del Decreto alla fase pre-contrattuale

A parere di Netflix, le segnalazioni di Artisti7607 si fondano su una erronea interpretazione dell'art. 23 del Decreto. Infatti, la pretesa di ricevere informazioni sull'utilizzo delle opere, prima ancora che sia stato sottoscritto un contratto, porterebbe a concludere che l'articolo in discorso avrebbe istituito un obbligo di rendicontazione fine a sé stesso. Viceversa, l'obbligo di cui si discorre ha una natura strumentale, essendo il suo fine quello di consentire agli organismi di gestione collettiva (OGC) ed entità di gestione indipendenti (EGI), oltretutto alle c.d. "collecting societies", o semplicemente *collecting*, di avere le informazioni necessarie alla raccolta dei proventi e alla distribuzione dei compensi che derivano dallo sfruttamento dei diritti gestiti per conto dei propri mandanti.

Netflix confuta, dunque, la tesi sostenuta da Artisti7607, sottolineando come lo scambio delle informazioni cui fa riferimento l'art. 22 del Decreto sia funzionale al raggiungimento di un accordo, in modo da consentire alle parti di effettuare le necessarie valutazioni in vista della sua sottoscrizione. Solo a seguito della stipula dell'accordo, l'OGC può pretendere di ricevere la rendicontazione cui l'utilizzatore è obbligato ai sensi dell'art. 23.

Del resto, questo sembrerebbe essere l'ordine logico che il legislatore ha voluto seguire, antepoendo le previsioni sulla concessione della licenza dell'art. 22 a quelle

relative agli obblighi degli utilizzatori, di cui all'art. 23 del Decreto. Inoltre, ad avviso di Netflix, l'esortazione a scambiarsi in buona fede tutte le informazioni necessarie è esplicitamente finalizzata proprio al raggiungimento di un accordo contrattuale.

Di contro, l'art. 23 del Decreto deve essere riferito alla fase di esecuzione dell'accordo stesso. Ciò si evince da numerosi riferimenti contenuti nell'articolo, che configurano una situazione nella quale un accordo tra le parti è stato raggiunto, quali, tra gli altri quello alla necessità di concordare in buona fede le informazioni fornite "*nei contratti con gli utilizzatori*", o quello al "*formato concordato*", o, ancora, al fatto che il termine per la rendicontazione è fissato "*salvo diverso accordo tra le parti*".

Dalla lettura della norma Netflix deduce pertanto che non possa essere ravvisata una violazione delle disposizioni dell'art. 23 in quanto, non essendoci ancora stato un accordo tra le due parti, l'articolo in discorso risulta non applicabile.

b) Mancato rispetto dell'art. 27 da parte di Artisti7607

Netflix rileva che in ogni caso l'art. 23 non solo non costituisce un obbligo a sé stante, ma presuppone che l'utilizzatore, qualora lo richieda, riceva a sua volta informazioni da parte dell'OGC o della EGI. Netflix osserva che, nonostante le ripetute richieste di fornire informazioni, non ha mai ricevuto riscontri completi e corretti da parte di Artisti7607, come previsto dall'art. 27 del Decreto. In questo senso, Netflix rileva altresì che lo stesso art. 23 del Decreto stabilisce, al comma 2, che "*ove necessario all'assolvimento dei propri obblighi, gli utilizzatori esercitano senza indugio il diritto di informazione di cui all'articolo 27*", indicando agli OGC e alle EGI le informazioni di cui non dispongono. Lo stesso comma prevede che il termine di 90 giorni è sospeso fino alla ricezione di informazioni complete, corrette e congruenti. Pertanto, anche qualora si volesse ipotizzare l'applicazione dell'art. 23, i termini richiesti per l'adempimento dell'obbligo di fornire informazioni sarebbero rimasti sospesi.

c) Mancata comunicazione da parte di Artisti7607 delle tariffe

Netflix ha, in particolare, osservato di avere richiesto più volte due informazioni fondamentali per poter raggiungere un accordo con Artisti7607 e, dunque, essere nelle condizioni di potere effettuare propriamente la rendicontazione ex art. 23 del Decreto: 1) le tariffe applicate e 2) il livello di rappresentatività (quota di mercato) della *Collecting*.

Per ciò che riguarda le tariffe, Netflix ha prima di tutto evidenziato che, da un lato, Artisti7607 non ha provveduto alla pubblicazione sul proprio sito internet delle tariffe standard applicabili, con ciò integrando una potenziale violazione dell'art. 26, comma 1, lett. c) e, dall'altro, non ha informato Netflix in merito ai criteri utilizzati per stabilire tali tariffe, come previsto dall'art. 22, comma 4, del Decreto. In particolare, Netflix ha sottolineato che lo stesso articolo richiede che le tariffe siano ancorate ad almeno due parametri e, segnatamente, il valore economico dell'utilizzo dei diritti negoziati e il valore economico del servizio fornito dall'OGC. Netflix ha invitato a più riprese Artisti7607 a comunicare le tariffe applicate ai servizi di media audiovisivi a richiesta su abbonamento

(c.d. servizi “SVOD”), almeno dal 25 gennaio 2017 (allegato 3 alla memoria difensiva di Netflix).

d) Mancata comunicazione da parte di Artisti7607 della rappresentatività

Per quanto riguarda la rappresentatività, Netflix ha, in primo luogo, richiesto informazioni sulle rivendicazioni puntuali di Artisti7607, chiedendo di indicare la percentuale di artisti rappresentati, con l’indicazione del ruolo ricoperto (primario o comprimario) all’interno dell’opera, ovvero della eventuale presenza di artisti impiegati come doppiatori (in particolare, con email del 17 marzo 2017, allegato 5 alla memoria difensiva di Netflix, in risposta Artisti7607 ha fornito solo una lista di artisti associati alla società e da essa rappresentati, come da email del 22 novembre 2017, allegati 6, 7 ed 8 alla memoria difensiva). Solo nell’ottobre 2020, vale a dire circa un anno e mezzo dopo avere ricevuto il file contenente il catalogo delle opere di Netflix dal 2015 al 2017 (30 aprile 2019), Artisti7607 ha indicato la presenza dei propri artisti all’interno delle opere del catalogo (email del 12 ottobre 2020, allegato 14 alla memoria difensiva di Netflix). Tale indicazione, tuttavia, era, ad avviso di Netflix, del tutto insufficiente in quanto consentiva di cogliere unicamente la presenza di almeno un artista mandante, tutelato da Artisti7607, in una determinata opera, senza tuttavia sapere né quanti artisti fossero impiegati (potendo essere uno solo, così come tutti), né i ruoli ricoperti all’interno dell’opera. Su questo punto, in un incontro tenutosi il 3 dicembre 2020, Artisti7607 (del quale sono riportate le minute, all’allegato 16 della memoria difensiva di Netflix) aveva assunto l’impegno di fornire, per ciascuna opera, per gli anni 2015-2017, la percentuale di rappresentatività, intesa come numero di attori o doppiatori tutelati da Artisti7607, sul totale degli aventi diritto dell’opera.

Successivamente, Artisti7607 ha fornito alcune cifre in merito alla propria quota di mercato. Questa è stata stimata dalla *Collecting* al 20% (email del 15 luglio 2020, allegato 11 alla memoria difensiva di Netflix), basata su “stime SIAE”. Tale cifra secondo quanto dichiarato dalla stessa Artisti7607 (email del 12 marzo 2021, allegato 18 alla memoria difensiva di Netflix) andrebbe suddivisa tra un 15% direttamente attribuibile ai mandanti di Artisti7607 ed un 5% attribuibile ai soggetti che non hanno affidato il mandato ad alcuna *collecting* (c.d. “apolidi”). A tale proposito, Netflix ha ribadito di ritenere impossibile la sottoscrizione di accordi non basati su dati reali e verificabili. In questo senso, osserva che un calcolo della rappresentatività basato su una quota di mercato generale e stimata non è adatto per le piattaforme video on demand, in particolare quelle ad abbonamento, in quanto, avendo questi servizi contezza dei contenuti sfruttati, è possibile calcolare con precisione il peso di ciascuna *collecting*, riferito all’effettivo utilizzo delle opere, anziché ricorrere a stime. Netflix ha fatto altresì notare che la percentuale di titoli del proprio catalogo nei quali la stessa Artisti7607 ha riconosciuto la presenza di almeno un proprio artista mandante è pari all’8% e che in base ad alcune verifiche a campione, ha stimato una percentuale di rappresentatività compresa tra l’1% e il 3%.

e) Violazione dell'art. 22 da parte di Artisti7607

La mancata comunicazione di informazioni necessarie al raggiungimento dell'accordo, quali quelle relative alle tariffe e alla rappresentatività, costituisce una violazione dei principi statuiti dall'art. 22. Ad avviso di Netflix, il reiterato diniego di queste informazioni comporta che Artisti7607 si sia dunque rifiutata di concludere un contratto, senza avere indicato le ragioni di tale rifiuto, come previsto dall'art. 22, comma 2, del Decreto.

D'altro canto, Artisti7607 ha mancato di fornire i dati ripetutamente richiesti sul punto da Netflix. Si tratta di un'omissione strumentale al tentativo di imporre condizioni unilaterali ed eccessivamente onerose. In assenza di chiare, complete e attendibili informazioni circa la rappresentatività dell'OGC rispetto ai diritti per cui si pretende di raccogliere il compenso, è evidente che l'utilizzatore non ha modo di vagliare l'equità e la ragionevolezza delle tariffe (anch'esse mai condivise). Dall'art. 22, commi 3 e 4, del Decreto discende l'obbligo per gli OGC, una volta ricevute le informazioni sugli utilizzi, di identificare (i) le opere realizzate con le prestazioni artistiche di AIE rappresentati dall'OGC in questione, (ii) la percentuale di rappresentatività dell'OGC per ciascuna opera e (iii) i nomi degli AIE che hanno preso parte all'opera. In mancanza di tali identificazioni, non è infatti possibile negoziare una tariffa equa e non discriminatoria, in quanto proporzionata *“al valore economico dell'utilizzo dei diritti negoziati”* e *“alla natura e alla portata dell'uso delle opere e dei materiali protetti”*.

f) Assolvimento da parte di Netflix degli obblighi informativi rilevanti ai sensi Decreto

Netflix ritiene di avere condiviso tutte le informazioni richieste dall'art. 23 del Decreto e, in particolare quelle relative al titolo originale, all'anno di produzione o di distribuzione nel territorio italiano, al produttore e alla durata complessiva dell'opera, nonché quelle riguardanti il numero e titolo dell'episodio e della stagione (sia in italiano che in lingua originale) e il paese di produzione. In sostanza, Netflix ravvisa che la propria condotta sarebbe persino conforme al dettato dell'art. 23, anche laddove si volesse applicare questo articolo alla fase pre-negoziabile. Netflix ha altresì osservato di avere trasmesso le stesse informazioni alle altre due *collecting*, Nuovo Imaie e RASI, con le quali si è o addivenuti ad un accordo o comunque proceduto con le negoziazioni.

Netflix ha fatto anche presente che le informazioni contenute nel catalogo fornito ad Artisti7607 nell'aprile 2019, per gli anni dal 2015 al 2017, risultano anche coerenti con il tracciato standard per la reportistica a carico degli utilizzatori, concordato dalle *collecting* che raccolgono l'equo compenso per gli artisti dell'audiovisivo ai sensi dell'art. 85 LDA, vale a dire Nuovo Imaie, RASI e, per l'appunto, Artisti7607. Le informazioni contenute nel tracciato e non trasmesse da Netflix riguardavano o dati non applicabili in quanto servizio on demand (orario di trasmissione, durata netta, replica) o informazioni che le stesse *collecting* avevano ritenuto facoltative (regia, cast principale, doppiatori). Pertanto, le informazioni trasmesse da Netflix ad Artisti7607 erano quelle che la stessa

Collecting aveva riconosciuto come necessarie e sufficienti a ritenere completi i dati forniti dall'utilizzatore.

g) Incongruenza della richiesta di alcune delle informazioni rivendicate da Artisti7607

Netflix rileva altresì che alcune delle informazioni, che secondo la segnalazione di Artisti7607 non sono state trasmesse, non rientrano tra quelle che l'utilizzatore deve obbligatoriamente trasmettere all'OGC o all'EGI ai sensi dell'art. 23 del Decreto. In particolare, ad avviso di Netflix, i dati riguardanti il fatturato, il numero degli abbonati e il prezzo dell'abbonamento non sono menzionati dall'articolo in discorso e pertanto la loro condivisione non costituisce un obbligo.

h) Errori e duplicazioni nelle rivendicazioni di Artisti7607

Netflix ha ricevuto le rivendicazioni di Artisti7607 solo nel febbraio 2022. Tuttavia, rispetto a tali rivendicazioni, la Società aveva riscontrato numerose criticità e, in particolare:

- risultavano inseriti, e dunque dichiarati titolari di diritto all'equo compenso, anche AIE che non avevano titolo, in quanto non in possesso del requisito della "notevole importanza artistica" che gli artt. 82 ed 84 LDA richiedono per poter identificare gli artisti che hanno diritto a ricevere il compenso. Nel dettaglio, secondo quanto riportato nella memoria difensiva "*su più di 80 titoli Artisti7607 aveva vantato dei diritti per AIE che apparivano per soli pochi secondi, o che addirittura non erano nemmeno nel cast di quell'opera*";
- alcune rivendicazioni si sovrapponevano a quelle di altri OGC e, segnatamente, a quelle di Nuovo Imaie. Netflix evidenziava che il rifiuto di Artisti7607 di fornire i dati circa la percentuale di rappresentatività sui singoli titoli impediva la risoluzione dei conflitti; per velocizzare detta risoluzione, la Società proponeva di condividere le rivendicazioni di Artisti7607 con Nuovo IMAIE o, qualora ciò non fosse possibile, di creare un tavolo di lavoro con Artisti7607, Nuovo IMAIE e RASI.

i) Non giustificate rivendicazioni per artisti "apolidi"

Netflix ha rilevato che la pretesa di Artisti7607 di riscuotere l'equo compenso anche per gli artisti "apolidi" è stata formulata in termini generici, omettendo di individuare il fondamento giuridico sulla cui base si fonda la pretesa, senza peraltro dimostrare la fondatezza dei dati riportati per poter richiedere tali importi.

Di fatto, al fine di giustificare la rivendicazione di somme teoricamente spettanti alla totalità degli artisti apolidi, la *Collecting* ha unicamente argomentato che, da un lato, Nuovo Imaie sarebbe stata abilitata a raccogliere esclusivamente i compensi per i propri artisti mandanti, in virtù degli impegni assunti di fronte all'AGCM, i cui effetti sarebbero cessati solo nel marzo 2023, e, dall'altra, essendo la rappresentatività di RASI molto

bassa, ed intorno allo 0,1%, le rivendicazioni di quest'ultima sarebbero state totalmente trascurabili.

Tale ricostruzione è stata contestata da Netflix, precisando innanzitutto che, a suo avviso, non si ravvedeva alcun obbligo di legge che vincolasse l'utilizzatore al pagamento di somme in favore di artisti non rappresentati e quindi di apolidi, i cui compensi avrebbero dovuto essere corrisposti agli artisti direttamente da Netflix. Inoltre, da un lato, il termine dell'impegno assunto da Nuovo Imaie con l'AGCM è spirato nel marzo 2022 (e non nel 2023, come sostenuto da Artisti7607) e, dall'altro, l'esclusione di RASI avviene sulla base dell'attribuzione arbitraria di una quota di mercato a tale *collecting*.

In definitiva, nella propria memoria difensiva, Netflix ravvisa che la pretesa di riscuotere compensi per gli apolidi *“è stata formulata in termini generici, senza aver mai né individuato il fondamento giuridico di tale richiesta né dimostrato la fondatezza dei dati su cui si basavano le stime precedentemente prospettate”*. In ogni caso, le norme in vigore prima dell'introduzione dell'art. 180-ter chiarivano che gli organismi di gestione collettiva *“possono negoziare e riscuotere compensi solo per gli AIE che abbiano conferito loro mandato (sicché gli apolidi sono esclusi). La giurisprudenza, unionale e nazionale, è monolitica sul punto, per quanto Netflix sia sempre stata disponibile ad aprire un tavolo negoziale sugli apolidi (ma non ai termini e nell'opacità imposti da Artisti7607)”*.

j) Criticità riscontrate nelle proposte economiche di Artisti7607

Netflix ha sottolineato che nel corso delle negoziazioni con Artisti7607 ha sempre perseguito il raggiungimento di un accordo basato sulla reale ed effettiva presenza degli artisti mandanti di Artisti7607 nel catalogo di Netflix, in maniera commisurata all'utilizzo e al consumo.

A fronte di questa posizione, al contrario, Artisti7607 ha, a più riprese, proposto un accordo di tipo forfettario. Una prima volta nel luglio del 2020, del tutto scollegata dallo scambio di informazioni e dalla verifica della effettiva rappresentatività. Tale richiesta è stata reiterata nel marzo del 2021, quando Artisti7607 ha richiesto un accordo di tipo transattivo e forfettario. A maggio 2022 e successivamente ad agosto 2022, Artisti ha formulato una proposta complessiva per il periodo 2015-2021 pari a *<omissis>*. Tuttavia, in assenza di una formula sottostante che consentisse di ricostruire le modalità con le quali era stato calcolato tale importo, l'offerta di Artisti7607 era, a giudizio di Netflix, non accoglibile.

k) Disponibilità a fornire tutte le stesse informazioni già fornite a Nuovo Imaie

Nella propria memoria difensiva, Netflix ha sottolineato che, con riferimento alla fase precontrattuale, le informazioni condivise con Artisti7607 sono quelle già trasmesse a Nuovo Imaie a partire dal 2018, nonché anche quelle fornite più recentemente a RASI. Pertanto, *“Sulla base delle informazioni ricevute, entrambi gli OGC citati sono stati in*

grado di formulare le proprie rivendicazioni e anche di concludere le trattative (Nuovo IMAIE) o di portarle avanti con l'ottica di concluderle in breve tempo (RASI)''.

Con riferimento, invece, alla fase successiva al raggiungimento dell'accordo, Netflix ha evidenziato di avere trasmesso a Nuovo Imaie *“tutti i dati previsti dal contratto, compresi quelli sui ricavi totali e per ciascuna opera”*. Un processo non dissimile è avvenuto anche con SIAE, nella negoziazione del c.d. *“equo compenso”* cinema (ora remunerazione adeguata e proporzionata), di cui all'art. 46-bis LDA. Inoltre, va anche notato che le informazioni economiche riguardanti i ricavi (come anche quelle sugli utilizzi) costituiscono una fase successiva a quella in cui Nuovo Imaie, dopo aver ricevuto il report del catalogo di Netflix, ha formulato le rivendicazioni riguardanti le prestazioni dei propri aventi diritto, ivi inclusa l'indicazione delle percentuali di AIE rappresentati per ciascun titolo (oltre alla distinzione tra attori e doppiatori).

In ogni caso, come segnalato nel corso dell'audizione del 24 gennaio, la larga rappresentatività di Nuovo Imaie, che costituisce il maggiore operatore del mercato, implica che Netflix già ora remunera la larga parte degli aventi diritto delle opere cinematografiche ed assimilate ex art. 84 LDA.

1) Disponibilità ad effettuare un pagamento a titolo provvisorio nei confronti di Artisti7607

Nella propria memoria difensiva, Netflix ha dichiarato, a riprova della propria buona fede, di essersi resa disponibile, a partire dal maggio 2022, *“a versare ad Artisti7607 un acconto che andasse a coprire l'equo compenso per gli anni 2015-2019, con l'intenzione di trovare un accordo successivo sull'importo definitivo”*. Nell'ambito della risposta alla prima richiesta di integrazione documentale del 24 gennaio 2023, la Società ha fornito maggiori dettagli in proposito, specificando di avere ipotizzato *“di effettuare un pagamento anticipato in favore di Artisti7607 a titolo di provvisorio, vale a dire di acconto sull'ammontare dell'equo compenso che sarebbe stato determinato successivamente, quando Artisti7607 avesse finalmente reso nota la tariffa che intendeva applicare”*. Sono state quindi illustrate le modalità con le quali è stato calcolato l'ammontare del compenso, precisando di avere effettuato delle stime sulla rappresentatività, riconciliando i dati forniti dalla stessa Artisti7607 con quelli di Nuovo Imaie, di cui Netflix era in possesso, formulando sia una ipotesi di attribuzione di tutte le rivendicazioni mancanti ad Artisti7607 (ipotesi più favorevole), sia una ipotesi di attribuzione della metà delle rivendicazioni mancanti, per tenere conto della presenza dell'altra *collecting* RASI (ipotesi meno favorevole). In entrambi i casi si trattava di ipotesi che, per le opere in cui era presente almeno una rivendicazione di Artisti7607, non tenevano conto dell'eventuale presenza di *“apolidi”* ovvero includevano le somme relative a tali aventi diritto nell'ipotesi di corrispettivo (sia quella più favorevole, che quella meno favorevole ad Artisti7607).

Inoltre, l'ipotesi di calcolo si basava sulla stessa formula utilizzata nel contratto di Nuovo Imaie, partendo dai ricavi annuali come base di calcolo, considerando il numero

di visualizzazioni (c.d. “*stream starts*”) di ciascun titolo (opera unica o singolo episodio di una serie), ponderando la presenza di doppiatori (valorizzati al 25% rispetto agli attori che compaiono in video) e quindi moltiplicando per la stessa aliquota concordata con Nuovo Imaie. In sintesi, la formula è la seguente:

(RICA VI) X (RAPPRESENTATIVITÀ STIMATA)1 X (TARIFFA)

Netflix ha precisato che, mentre per il periodo 2015-2019 ha potuto effettuare la stima della rappresentatività a partire dalle rivendicazioni che Artisti7607 aveva effettuato nel febbraio 2022, per il periodo 2020-2021, tuttavia, questo non è stato possibile. Infatti, mentre le parti stavano discutendo delle modalità di invio delle informazioni, è stato presentato da parte di Artisti7607 un nuovo esposto presso l’Autorità e, dunque, tali report non sono stati inviati. Di conseguenza, in assenza delle rivendicazioni, Netflix ha applicato lo stesso coefficiente di rappresentatività utilizzato per il 2019.

m) Conformità della procedura seguita con Artisti7607 con quella praticata in altri Paesi

Nel corso dell’audizione del 24 gennaio, Netflix si è soffermata sulle pratiche negoziali intraprese con gli organismi di gestione collettiva in altri Paesi e, segnatamente, Spagna, Messico, Cile, Colombia, Perù, Argentina, sottolineando che tutte le trattative si sono positivamente concluse con la stipula di un accordo. In particolare, Netflix ha affermato di avere “*sempre adottato la stessa procedura con gli OGC con cui ha negoziato. In primo luogo, Netflix ha fornito un catalogo, relativo agli anni 2015-2018, unico ed uguale per tutti in modo da rendere più semplice le operazioni per le collecting e poter riconciliare i dati più facilmente. Dopo il 2018, sono stati inviati report annuali. Le collecting indicano in quali titoli sono presenti degli artisti loro mandanti, se sono attori (primari o comprimari) o doppiatori (primari o comprimari) (valorizzati in genere al 25%)*”. Inoltre, Netflix ha sottolineato che “*Le informazioni riguardanti le visualizzazioni (c.d. “stream starts”) e i ricavi sono state fornite a tutte le collecting, ma solo dopo avere saputo quali fossero le loro tariffe, quale fosse la quota di mercato e, in ogni caso, dopo la firma del contratto*”.

Nell’ambito risposta alla prima richiesta di integrazione documentale del 24 febbraio 2023, su specifica istanza dell’Autorità, Netflix ha fornito maggiori dettagli riguardanti i propri rapporti con gli OGC di altri Paesi, illustrando i termini degli accordi ed accludendo copia di tutti i contratti in essere: ASIGE (Spagna), ANDI (Messico), ATTORI (Colombia), ASDAP (Panama), CILEACTORES (Cile), INTER ARTIS PERU (Perù), SAGAI (Argentina).

<omissis>

– Netflix ha illustrato le procedure seguite, le modalità con cui viene calcolato il compenso. Netflix ha altresì sottolineato che in tutti i casi “*le informazioni sui ricavi di Netflix sono state fornite alle collecting al termine della negoziazione, con la bozza finale dell’accordo, poiché quest’ultima includeva il*

calcolo del pagamento dovuto per i periodi passati.”. Successivamente alla stipula dell’accordo, e ai fini della sua esecuzione, “tutte le collecting ricevono regolarmente da Netflix le informazioni sui ricavi per il rispettivo Paese, insieme al report finanziario”

Alla luce delle similitudini nel processo di rivendicazione del repertorio di Nuovo Imaie e delle altre sette *collecting* con cui Netflix ha in essere degli accordi a livello internazionale, adottare una procedura diversa con Artisti7607 avrebbe costituito, a giudizio di Netflix, una eccezione per un soggetto con una rappresentatività minoritaria, ed avrebbe, inoltre, significato “*acconsentire a passare da un processo di rivendicazione di repertorio trasparente a livello globale, concordato con tutte queste collecting e accompagnato da un meccanismo di risoluzione delle controversie, a un sistema che trasparente non è*”.

n) Incoerenza della posizione di Artisti7607 rispetto alle decisioni assunte da SCAPR

Netflix ritiene che molte delle criticità incontrate nella negoziazione derivino dalle difficoltà a riconciliare le informazioni fornite dalle diverse *collecting*, in particolare per quanto riguarda le c.d. *line-up* delle opere cinematografiche e audiovisive.

Sotto questo profilo, nell’ambito dell’organizzazione internazionale SCAPR (Societies’ Council for the Collective Management of Performers’ Rights), era stata adottata una soluzione per l’implementazione di un’unica *line-up*, attenendosi alle informazioni fornite dalla *collecting* più rappresentativa per ogni titolo, ovvero, per l’Italia, il Nuovo Imaie. Netflix ha evidenziato che Artisti7607 ha concordato con questo *modus operandi* e che, da interlocuzioni avute con altri membri di SCAPR, Artisti7607 risulta in possesso delle *line-up* concordate in quel contesto. Pertanto, la Società nella risposta alla prima richiesta di integrazione documentale del 24 febbraio 2023, conclude che “*è ragionevole ipotizzare che Artisti7607 sia in grado di identificare capillarmente le prestazioni degli AIE aventi diritto rappresentati, alla stregua di quanto fa Nuovo IMAIE; e tuttavia, d’altra parte, ciò che risulta nei fatti è che sceglie di non farlo*”.

Infine, il fatto che Artisti7607 sia in grado di svolgere simile lavoro nell’ambito di SCAPR “*dimostra che sono in possesso delle capacità tecniche per effettuare tali operazioni, e per ottenere i proventi raccolti all’estero per i loro aventi diritto attraverso gli accordi con SCAPR e Nuovo Imaie*” (verbale dell’audizione di Netflix del 24 gennaio 2023).

Si noti che oltre alle percentuali dettagliate per ciascuna opera Nuovo IMAIE fornisce a Netflix anche una lista dei singoli nomi degli AIE aventi diritto rappresentati. In questo modo, Nuovo IMAIE consente in modo trasparente a Netflix, su richiesta, di verificare le rivendicazioni, in particolare in caso di doppie rivendicazioni.

3. Controdeduzioni di Artisti7607

Nel corso del procedimento, l’Autorità, sulla scorta del combinato disposto degli artt. 7 e 9 del regolamento sanzioni, ha convocato in audizione in data 28 febbraio 2023

(ns. prot. n. 0057691) la società denunciante Artisti7607. L'audizione si è svolta il 9 marzo 2023.

In riferimento alla mancata pubblicazione delle tariffe, la *Collecting* ha argomentato che si tratta di un tema molto articolato, in considerazione delle numerose fattispecie di cui tenere conto, dei molteplici parametri dell'utilizzatore da considerare. Ad avviso di Artisti7607, inoltre, *“spesso le tariffe pubblicate non coincidono con quelle realmente applicate, proprio perché risulta difficile stabilirle a priori in maniera univoca, laddove esse devono poi essere adattate al singolo caso di specie. Anche chi dispone della maggiore dovizia di dettagli nell'espone le tariffe finisce per chiudere accordi forfettari”*.

Tanto premesso, in linea generale, la *Collecting* ha comunque sostenuto che le informazioni da essa messe a disposizione sul proprio sito sono state pubblicate nel 2017 all'esito del periodo di tempo di 6 mesi successivo all'entrata in vigore del d.lgs. n. 35/2017, come previsto all'art. 49 del decreto medesimo al fine di consentire ai soggetti già operanti nel mercato di adeguarsi alle nuove disposizioni di legge. Artisti7607 ha dichiarato che, a proprio giudizio *“La richiesta di conoscere le tariffe non è pertinente con l'obbligo di legge che la Società ritiene violato, in quanto l'art. 23 del d.lgs. 35/2017 fa riferimento alle informazioni che l'utilizzatore deve trasmettere alla collecting”*.

Al momento dell'Audizione, Artisti7607 confermava che erano indicati sul proprio sito esclusivamente *“i criteri, i principi e i valori che la collecting tiene in considerazione per negoziare con gli utilizzatori il compenso spettante ai propri artisti mandanti”*. La *Collecting* riconosceva tuttavia che lo strumento delle tariffe era *“rimasto ad uno stato “embrionale”, preannunciando, dunque, di avere avviato un processo di cambiamento che ha infine portato alla pubblicazione della tariffa, per la prima volta, nel maggio del 2023. Ad avviso di Artisti7607, l'assenza di informazioni rende impossibile per la Collecting il calcolo della tariffa. Quello compiuto con la pubblicazione della tariffa rappresenta pertanto “un ulteriore sforzo per bypassare la suddetta carenza e sviluppare un sistema tariffario che possa prescindere dalle informazioni che gli utilizzatori sono obbligati a fornire per legge”*.

Artisti7607 non condivide la lettura del combinato disposto degli artt. 22 e 23 del Decreto nel senso che gli articoli in discorso configurano diversi obblighi informativi: da un lato, le informazioni che le parti si scambiano in buona fede in fase pre-contrattuale (art. 22) e, dall'altra, quelle che l'utilizzatore fornisce alla *collecting* sulla base del contratto (art. 23). Tale lettura è ritenuta contraria alla *ratio* della norma, nonché alle prassi del mercato. In definitiva, sempre secondo Artisti7607, *“il primo comma dell'art. 23 è di per sé sufficiente per obbligare, anche in assenza di un accordo contrattuale, qualunque utilizzatore a comunicare le informazioni, ivi incluse quelle di carattere economico”*.

A giudizio di Artisti7607, la lettura delle norme, con riferimento sia all'art. 23 del d.lgs. 35/2017, che all'art. 110-*quater* LDA, porta chiaramente a ritenere che quelle informazioni sono necessarie alla *collecting* per determinare il compenso spettante ai loro

artisti. Il diniego di tali informazioni non può che essere considerato strumentale per impedire la prosecuzione delle negoziazioni. La carenza di informazioni di Netflix determina una asimmetria informativa.

Inoltre, l'art. 22 del Decreto, facendo riferimento alla concessione di licenze, non sarebbe applicabile agli organismi di gestione collettiva che intermediano i diritti connessi, i quali tipicamente non rilasciano licenze, non essendo i propri mandanti titolari delle opere, bensì contratti per il pagamento di diritti a compenso. Proprio per questo *“occorre anche considerare che la gestione dei diritti connessi ha un elemento di debolezza rispetto al diritto d'autore, non essendo possibile per gli artisti che hanno ceduto i diritti inibire l'utilizzo delle opere, che quindi vengono trasmesse prima dell'accordo”*.

4. Valutazioni dell'Autorità

Ad esito dell'istruttoria svolta, si ritiene di svolgere le seguenti considerazioni in merito agli argomenti difensivi esposti dalla Società e alle controdeduzioni fornite dal soggetto segnalante.

a) Il quadro giuridico di riferimento

Come noto, la disciplina in materia di gestione collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi è contenuta nel d.lgs. 15 marzo 2017, n. 35 (Decreto) che ha trasposto nell'ordinamento italiano la Direttiva 2014/26/UE sulla gestione collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi e sulla concessione di licenze multiterritoriali per i diritti su opere musicali per l'uso online nel mercato interno (cd. Direttiva Barnier).

Con il Decreto sono state attribuite all'Autorità competenze in materia di vigilanza sul rispetto delle disposizioni ivi introdotte, al fine di garantire il buon funzionamento e l'efficienza dell'attività di gestione ed intermediazione degli stessi diritti. In particolare, l'art. 40 del Decreto stabilisce che l'Autorità vigila sul rispetto delle disposizioni del Decreto stesso esercitando poteri di ispezione e di accesso ed acquisendo la documentazione necessaria.

Alle competenze attribuite all'Autorità dal Decreto si sono aggiunte quelle derivanti da un secondo plesso normativo, vale a dire quelle dalla Direttiva 2019/790/UE (c.d. Direttiva Copyright).

La presenza – e in alcuni casi la sovrapposizione – dei due *corpus* di norme ha comportato una stratificazione degli interventi, avvenuti in epoche diverse, circostanza che solleva viepiù taluni dubbi interpretativi anche in ragione dell'evoluzione tecnologica e di mercato dell'intero settore.

Il Decreto attribuisce ad Agcom poteri sanzionatori (art. 41), sebbene tale presidio non riguardi la totalità delle disposizioni. Cionondimeno, appare opportuno rilevare come la norma primaria non abbia attribuito all'Autorità una esplicita potestà regolamentare che le consentisse di definire una disciplina di dettaglio dei pur ampi poteri di vigilanza ad

essa conferiti. Pertanto, l'Autorità ha proceduto a dare attuazione al Decreto tramite un apposito Regolamento, adottato con la Delibera n. 396/17/CONS, le cui finalità e il cui ambito di applicazione, così come definiti all'art. 2, sono, tuttavia, circoscritti all'accertamento del possesso dei requisiti in capo ad OGC e EGI, alla verifica dell'effettivo adeguamento organizzativo e gestionale alle disposizioni del Decreto, alla vigilanza sul rispetto di tali disposizioni e all'applicazione delle sanzioni amministrative.

Il Decreto ha, inoltre, richiesto alcuni significativi interventi normativi di rango secondario da parte del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, ora Ministero della cultura (MIC). In particolare, un decreto era previsto all'art. 27, comma 2, per definire le modalità minime comuni relative alla fornitura in via informatica di informazioni relative ad opere, ovvero le tipologie a cui queste fanno riferimento, ed altri materiali gestiti da OGC ed EGI, i diritti che rappresentano, direttamente o sulla base di accordi di rappresentanza e i territori oggetto di tali accordi. Il decreto ministeriale è stato adottato il 26 febbraio 2019 (DM 111 del 2019).

Un altro decreto, da adottare sempre da parte del MIC, era previsto all'art. 49, comma 2, per stabilire disposizioni attuative in tema di criteri di ripartizione dei compensi dovuti agli artisti interpreti ed esecutori. Il decreto è stato adottato il 5 settembre 2018 (DM 386 del 2018), tuttavia, alcune difficoltà attuative hanno reso necessaria una sua revisione, conclusasi positivamente con l'adozione del decreto 22 marzo 2023 (G.U. Serie Generale n. 120 del 24 maggio 2023).

Le disposizioni attuative del sopracitato decreto ministeriale 22 marzo 2023 hanno sostituito quelle contenute nel DPCM del 17 gennaio 2014, secondo quanto disposto dallo stesso art. 49 del Decreto. Alcune delle disposizioni del DPCM abrogato, quali, a titolo di esempio, quelle riferite ai criteri definitori degli artisti primari e comprimari, sono state ripristinate dal nuovo testo a seguito della revisione avvenuta presso la commissione speciale istituita presso il Comitato consultivo permanente sul diritto d'autore del Ministero della Cultura.

Con più specifico riferimento al procedimento di cui all'oggetto della presente delibera, gli articoli del Decreto che rilevano sono l'art. 22, rubricato "Concessione di licenze", e l'art. 23 "Obblighi degli utilizzatori".

A tale proposito, preme rilevare che il legislatore non si è limitato a richiamare il generale canone di buona fede cui devono ordinariamente attenersi le parti nella fase delle trattative (art. 1337 c.c.), ma ha voluto conformare il comportamento pre-negoziale delle parti assoggettandolo a espressi obblighi informativi, che costituiscono specifiche (e inderogabili) declinazioni del canone di buona fede nel corso delle trattative, la cui violazione non rileva solo sul piano civilistico della responsabilità pre-contrattuale ma è presidiata anche da specifiche sanzioni pecuniarie amministrative adottate dall'Autorità che vigila il settore. È dunque in tale chiave ermeneutica che va letto il combinato disposto, che qui interessa, non solo degli artt. 22 e 23 del Decreto, ma anche dei successivi artt. 26 e 27 dello stesso.

b) In merito all'applicazione degli obblighi di informazione ex art. 23 del Decreto

La tematica oggetto delle segnalazioni di Artisti7607, che hanno originato il procedimento di cui all'oggetto, concerne l'obbligo per gli utilizzatori, istituito dall'art. 23 del Decreto, di trasmettere agli organismi di gestione collettiva e alle entità di gestione indipendente le informazioni sull'identificazione e l'impiego delle opere. Si tratta di un tema che riveste un ruolo centrale nelle dinamiche relative alla intermediazione del diritto d'autore e dei diritti connessi. L'art. 23 del Decreto, che attua l'art. 17 della Direttiva Barnier, ampliandone la portata, pone in capo agli utilizzatori l'obbligo di fornire, entro 90 giorni e in un formato concordato o prestabilito, ad OGC ed EGI le pertinenti informazioni a loro disposizione, necessarie per la riscossione dei proventi dei diritti e per la distribuzione e il pagamento degli importi dovuti ai titolari dei diritti, e riguardanti l'utilizzo di opere protette.

Tali informazioni riguardano, le caratteristiche dell'opera, al fine di consentirne l'identificazione, ed i dati relativi al loro utilizzo (data o periodo di comunicazione, diffusione, rappresentazione, distribuzione o commercializzazione o comunque pubblica divulgazione.).

L'art. 23 chiarisce, inoltre, al comma 2, che gli utilizzatori, al fine di ottemperare all'obbligo del comma 1 dell'articolo, possono avvalersi del diritto di richiedere ad OGC ed EGI le informazioni di cui non sono in possesso, ai sensi dell'art. 27 dello stesso Decreto. In tali casi, il termine dei 90 giorni per la trasmissione delle informazioni è sospeso. In quest'ottica, l'art. 27 del Decreto ancora l'effetto di sospensione dell'esigibilità dell'assolvimento dell'obbligo informativo da parte dell'utilizzatore al ricorrere della duplice condizione secondo cui le informazioni mancanti a) siano indispensabili per l'assolvimento dei propri obblighi e b) riguardino specificatamente i dati in possesso degli organismi di gestione collettiva o delle entità di gestione indipendenti relativamente ad opere, ovvero le tipologie a cui queste fanno riferimento, ed altri materiali gestiti da OGC ed EGI, i diritti che rappresentano, direttamente o sulla base di accordi di rappresentanza e i territori oggetto di tali accordi.

Viene, inoltre, in rilievo il comma 3 dell'articolo in discorso, ai sensi del quale le *collecting* hanno l'obbligo di concordare, nei contratti con gli utilizzatori, quali siano le informazioni da fornire, le modalità ed i tempi con cui fornirle.

Con più particolare riferimento all'ambito oggettivo di applicazione dell'articolo, si osserva che le informazioni oggetto delle comunicazioni obbligatorie da parte degli utilizzatori ai sensi dell'art. 23 sono di due tipologie: identificazione dell'opera protetta (lett. a)) e utilizzo dell'opera protetta (lett. b)).

Per quanto riguarda la lett. a), le informazioni necessarie per identificare l'opera sono quattro: il titolo originale, l'anno di produzione o di distribuzione in Italia, il nome del produttore dell'opera e la sua durata complessiva.

Per ciò che attiene alla lett. b), l'elenco delle informazioni sull'utilizzo dell'opera appare meno definito, in quanto essendo presente un riferimento "*a tutti i profili inerenti*

la diffusione”, vengono menzionati solo quelli relativi alla data in cui è l’opera è stata trasmessa al pubblico, in qualunque forma di comunicazione, diffusione, rappresentazione, distribuzione, commercializzazione o altra divulgazione. La stessa lettera del comma, tuttavia, precisa anche che “*resta fermo il diritto degli organismi di gestione collettiva e delle entità di gestione indipendente di richiedere ulteriori informazioni, ove disponibili*”. Il riferimento alle “ulteriori informazioni”, presente nella sola lett. b), e non nella lett. a), non può essere interpretato nel senso di consentire la richiesta di qualunque informazione in possesso dell’utente. La lettera della norma (del comma) e il modo in cui la stessa è costruita consentono di sostenere che le informazioni in questione devono prima di tutto riferirsi alla singola opera e, in secondo luogo, all’impiego di quell’opera. In questo senso, ad esempio, i dati riguardanti la fascia oraria in cui una certa opera è trasmessa in un palinsesto di un *broadcaster* lineare, o anche il numero di visualizzazioni di una certa opera potrebbero essere informazioni utili per le finalità di riscossione e di distribuzione, menzionate al comma 1. Alcuni dati di natura economica potrebbero anch’essi avere, in linea teorica, un nesso con l’utilizzo. Questo potrebbe, ad esempio, essere il caso di servizi di natura “TVOD” (*transactional video on demand*), nei quali i contenuti sono venduti all’unità, e il numero di transazioni rappresenta, in linea di massima, la traduzione in termini economici del numero di visualizzazioni.

Il discorso è, invece, diverso, laddove si prendano in considerazione i dati relativi ai ricavi o al numero di abbonati di un intero servizio. In questi casi, tali informazioni certamente non sono collegabili a ciascuna singola opera, in quanto il numero di persone che sottoscrivono un abbonamento e il ricavo che deriva da tali sottoscrizioni hanno a che vedere con il servizio nel suo insieme e non con il consumo di un singolo elemento del catalogo.

Pertanto, con più specifico riferimento al procedimento di cui all’oggetto, si osserva che le informazioni che gli utilizzatori devono obbligatoriamente comunicare ad OGC ed EGI ai sensi dell’articolo in discorso non possono riguardare, in assenza di criteri certi e predefiniti per la determinazione del compenso, dati afferenti all’intero servizio.

Cionondimeno, quanto detto non pregiudica, naturalmente, la facoltà delle parti di prevedere, nei propri contratti, qualora concordino, anche la condivisione di informazioni di carattere economico o quelle del numero degli abbonati. La fornitura di tali dati è anzi in certi casi indispensabile per il funzionamento delle formule di calcolo del compenso. E, del resto, l’omissione di dati previsti esplicitamente da un contratto si configurerebbe come un inadempimento dello stesso, perseguibile civilmente ai sensi dell’art. 1453 del Codice Civile.

Appare altrettanto necessario sottolineare che, pur in assenza di un accordo, le opere sono comunque state impiegate dall’utente mediante l’inserimento nel catalogo. In questo senso, l’Autorità conviene con quanto sottolineato da Artisti7607 nel corso dell’audizione del 9 marzo in merito alla maggiore esposizione dei titolari dei diritti connessi, e degli organismi che li rappresentano, in quanto “*la gestione dei diritti connessi*

ha un elemento di debolezza rispetto al diritto d'autore, non essendo possibile per gli artisti che hanno ceduto i diritti inibire l'utilizzo delle opere, che quindi vengono trasmesse prima dell'accordo".

Di fatti, a differenza di quanto avviene per il diritto d'autore, per ciò che riguarda i diritti connessi, lo sfruttamento non è regolato da un accordo di licenza bensì avviene in ragione di accordi contrattuali tra utilizzatori e OGC che definiscono le modalità di remunerazione dei diritti di credito spettanti ai titolari dei diritti. In particolare, per ciò che riguarda le opere audiovisive, l'utilizzatore acquista in licenza i diritti di sfruttamento delle opere da un produttore o da un distributore, cui gli autori e gli artisti, interpreti o esecutori, hanno ceduto i propri diritti, mantenendo un diritto a compenso per le successive utilizzazioni, ex art. 46-*bis* (autori) e art. 84 (AIE). Ciò comporta che in concreto molto spesso gli utilizzatori si trovano ad impiegare le opere anche prima di sottoscrivere un accordo con un OGC che intermedia i diritti connessi degli artisti interpreti ed esecutori e tale criticità è sovente esacerbata dalla lunghezza e complessità delle negoziazioni.

In ogni caso, occorre rilevare che la norma primaria sembra contenere disposizioni idonee a tutelare le *collecting* sotto questo punto di vista. In particolare, viene in rilievo, in primo luogo, l'art. 22 del Decreto, di cui si darà conto in seguito: qualora una *collecting*, avendo ottemperato a tutte le prescrizioni dell'articolo – con particolare riferimento all'offerta di condizioni commerciali eque e non discriminatorie, e ai criteri semplici, chiari, oggettivi e ragionevoli, anche in materia di tariffe – ritenga che la condotta dell'utilizzatore nella negoziazione non sia conforme alle previsioni dell'articolo in discorso, può effettuare una apposita segnalazione all'Autorità. Inoltre, qualora la negoziazione con l'utilizzatore si sia svolta nel rispetto delle suddette previsioni dell'art. 22 del Decreto, ma non vi sia un accordo sull'entità del compenso, una *collecting* operante nel settore dei diritti connessi delle opere cinematografiche e assimilate può azionare il meccanismo di cui all'art. 84, comma 4, LDA, che ora affida ad Agcom il compito di determinare il compenso in difetto di accordo tra le parti. Le procedure per la determinazione del compenso sono contenute nello schema di regolamento di cui alla delibera 44/23/CONS, al momento sottoposto a consultazione pubblica.

Nel valutare il caso di specie, così come anche le altre controversie insorte tra utilizzatori e *collecting* aventi simile natura, l'Autorità tiene nella debita considerazione anche la necessità per le *collecting* di non procrastinare le negoziazioni, al fine di potere provvedere in tempi celeri alla riscossione dei proventi e quindi alla loro distribuzione presso gli aventi diritto loro mandanti.

Per converso, l'esercizio del diritto degli utilizzatori previsto dal citato comma 2 dell'art. 23 del Decreto, deve rispondere a criteri di strumentalità logica rispetto all'assolvimento del proprio obbligo informativo, per l'indispensabilità delle notizie richieste, di proporzionalità, rispetto ai dati in possesso dell'organismo di gestione collettiva, e di tempestività e coerenza rispetto all'obiettivo finale.

c) In merito alla concessione di licenze ex art. 22 del Decreto

La lettura dell'art. 23 deve essere effettuata alla luce del precedente art. 22 sulla concessione delle licenze. L'articolo, al primo comma, richiama gli organismi di gestione collettiva e gli utilizzatori alla necessità di condurre le negoziazioni per la concessione di licenze in buona fede, prescrivendo che le parti si scambino tutte le informazioni necessarie in fase di negoziazione al fine di stipulare una licenza. La norma sembrerebbe pertanto voler fare una distinzione tra le informazioni scambiate al fine del raggiungimento dell'accordo di licenza e quelle relative allo sfruttamento delle opere, in questo muovendo dall'assunto che nessun utilizzo dovrebbe poter avvenire in assenza di una licenza.

Oltre al richiamo alla buona fede contenuto nel primo comma, il terzo comma dell'articolo precisa che la concessione di licenze deve avvenire a condizioni eque e non discriminatorie, sulla base di criteri chiari, oggettivi e ragionevoli.

Rileva inoltre il secondo comma dell'articolo in discorso, secondo il quale, da un lato, gli utilizzatori hanno il diritto di effettuare le proprie richieste alle *collecting*, le quali debbono rispondere "*per iscritto senza indebito ritardo*" a tali richieste, mentre, dall'altro, conferisce alle stesse *collecting* il diritto di indicare quali siano le informazioni che devono essere fornite per concedere una licenza.

La norma non fa esplicito riferimento a quali siano le informazioni da scambiare nella fase che precede la stipula di accordo, in vista della sua sottoscrizione. Dalla lettura del summenzionato articolo si evince che il legislatore, nell'indicare le modalità con cui devono svolgersi le negoziazioni e i criteri secondo cui devono essere stabilite le tariffe, abbia comunque ritenuto di preservare la facoltà delle parti di negoziarne liberamente l'entità.

Appare, tuttavia, evidente come in via prioritaria la condivisione delle informazioni debba essere incentrata sull'individuazione delle modalità con le quali calcolare la remunerazione dovuta per lo sfruttamento dei diritti. In altre parole, le parti si devono accordare sui parametri da utilizzare per calcolare il compenso. Sotto questo aspetto, tuttavia, appare evidente che anche in questa fase, che precede la sottoscrizione di un accordo, ed anzi proprio per un suo miglior esito, lo scambio di dati appare non solo lecito, ma anche opportuno proprio a garanzia dei principi di lealtà e buona fede sopra richiamati, nonché dei criteri di obiettività e ragionevolezza. Nondimeno, perché si possa realizzare questo scopo, entrambe le parti devono condividere un simile impegno ed offrire un pari livello di trasparenza e di reciproca disponibilità.

In questo senso, per altro, si osserva che gli accordi che prevedono che il calcolo del corrispettivo dei proventi spettanti alla *collecting* tenga conto e sia commisurato all'effettivo utilizzo delle opere da parte dell'utilizzatore presentano un indubbio vantaggio rispetto ad accordi c.d. *blanket* o a forfait, in quanto è possibile fare riferimento a parametri oggettivi, quali, in particolare, quelli sull'impiego delle opere ed il loro

relativo livello di consumo da parte del pubblico e quelli sulla composizione degli aventi diritto di ciascuna opera.

Con più specifico riferimento al caso di specie, si ritiene che la trasmissione delle informazioni reclamate da Artisti7607 piuttosto che essere valutata in riferimento all'art. 23 del Decreto, debba essere inquadrata nell'ambito delle prescrizioni dell'art. 22 del medesimo, in quanto le parti, come osservato precedentemente, e come ampiamente dimostrato dalla documentazione contenente lo scambio di e-mail tra Netflix ed Artisti7607 nel corso degli anni, sono state impegnate in una lunga fase di negoziazione che, tuttavia, non aveva ancora portato alla sottoscrizione di un accordo.

L'Autorità prende atto che lo scambio di informazioni non ha consentito di addivenire ad un risultato condiviso in merito ai criteri utili a definire il calcolo del compenso su cui fondare, di conseguenza, l'accordo e, ciononostante, nella fase più recente della negoziazione, le parti sono arrivate a scambiarsi informazioni contenenti un maggior grado di dettaglio, a riprova di uno sforzo reciproco di maggiore chiarezza.

Ad aprile 2019, Netflix ha comunicato le informazioni inerenti alla composizione del catalogo per gli anni dal 2015 al 2017 e successivamente, a novembre 2020, anche le informazioni del catalogo per il 2018 ed il 2019. Nel maggio 2022, prima dell'apertura del procedimento sanzionatorio, la Società ha, inoltre, condiviso i dati delle visualizzazioni, relativi agli anni dal 2015 al 2019.

A sua volta, Artisti7607 ha trasmesso, nel febbraio 2022, le proprie rivendicazioni all'interno del catalogo di Netflix per le annualità disponibili, vale a dire dal 2015 al 2019.

Tuttavia, sono rimaste criticità relativamente a tre aspetti, vale a dire la comunicazione delle tariffe, il calcolo della rappresentatività e la condivisione di informazioni di natura economica e sul numero degli abbonati.

d) Sulla comunicazione della tariffa

Con riferimento alle modalità di stabilimento delle tariffe, occorre richiamare il comma 4 del citato art. 22 del Decreto, secondo cui *“Le tariffe relative a diritti esclusivi e a diritti al compenso devono garantire ai titolari dei diritti una adeguata remunerazione ed essere ragionevoli e proporzionate in rapporto, tra l'altro, al valore economico dell'utilizzo dei diritti negoziati, tenendo conto della natura e della portata dell'uso delle opere e di altri materiali protetti, nonché del valore economico del servizio fornito dall'organismo di gestione collettiva. Quest'ultimo informa gli utilizzatori interessati in merito ai criteri utilizzati per stabilire tali tariffe”*.

Nel corso del procedimento è emerso che Artisti7607 non ha comunicato a Netflix la tariffa applicabile per l'utilizzo delle opere riconducibili ai propri mandanti. Tale dato non era reso disponibile dalla *Collecting* sul proprio sito, come richiesto dall'art. 26, comma 1, lett. c) del Decreto.

Gli argomenti sollevati da Artisti7607 per giustificare la mancata pubblicazione della tariffa non appaiono condivisibili. Innanzitutto, il richiamo al periodo di

adeguamento previsto dall'art. 49, e alla assenza di obiezioni da parte dell'Autorità circa le informazioni pubblicate e quelle mancanti all'esito di tale periodo, non può in alcun modo essere interpretato come un tacito assenso o un'acquiescenza prestata da Agcom rispetto ad eventuali mancanze o omissioni. Sul punto, giova sottolinearsi che la vigilanza sul processo di adeguamento avviato e realizzato dopo l'entrata in vigore del decreto consisteva nella verifica del possesso di determinati requisiti organizzativi e gestionali, che nulla aveva a che fare con la determinazione delle tariffe, compito che, come sottolineato in precedenza nessuna disposizione di legge attribuisce espressamente ad Agcom.

Sotto altro profilo, inoltre, se è certamente vero che le tariffe devono essere articolate in funzione del tipo di utilizzo, e che quelle pubbliche possono rappresentare dei valori standard, è comunque altrettanto vero che ciò attiene alla libera negoziazione tra le parti, le quali possono valutare, di comune accordo, di adottare un regime diverso rispetto a quello previsto e reso pubblico.

Nel maggio del 2023, Artisti7607, anche dando seguito alle interlocuzioni avute con l'Autorità nel corso del procedimento, ha provveduto alla pubblicazione sul sito un documento contenente i *“criteri standard di determinazione del compenso adeguato e proporzionato dovuto per legge dagli utilizzatori agli AIE mandanti o rappresentati o apolidi”* ed un tariffario da applicare *“per determinare il compenso adeguato e proporzionato spettante agli AIE”* in funzione *“delle diverse tipologie di utilizzatori di opere cinematografiche e assimilate”*. L'Autorità accoglie con favore tale decisione di assolvere all'obbligo previsto dall'art. 26, comma 1, lett. c) del Decreto, ponendo termine alla precedente condotta. Il modello proposto sembra essere basato su un principio di *pay-per-use*, sebbene la tariffa sia assoggettata ad un *range* di oscillazione, vincolato ad un rapporto tra la dimensione dei ricavi e quella degli abbonamenti (per servizio SVOD) o delle transazioni (per servizio TVOD), che determina la *“classe di appartenenza”* dell'utilizzatore. L'implementazione del meccanismo di calcolo pone in ogni caso il tema della correlazione tra il suddetto rapporto ricavi/abbonamenti (o ricavi/transazioni) ed i valori del *range*.

In questa sede, si ribadisce che qualsiasi formula deve essere improntata a criteri di chiarezza ed oggettività e che esula dal presente procedimento ogni valutazione sulla conformità della tariffa prevista alle disposizioni dell'art. 22, avuto particolare riguardo della ragionevolezza e proporzionalità” delle tariffe stesse, di cui al comma 4, nonché dei principi di equità e non discriminazione previsti al comma 3.

e) Sulle informazioni riguardanti la rappresentatività

Per ciò che riguarda le informazioni relative alla ricostruzione della composizione degli aventi diritto di ciascuna opera, si tratta di un'operazione che può presentare maggiori livelli di difficoltà, ma che risulta indispensabile per consentire di ricondurre la titolarità dei diritti di ciascun'opera utilizzata a ciascun organismo di gestione collettiva, laddove siano presenti più organismi di gestione collettiva attivi nella stessa categoria di

titolari, specie laddove si consideri che non esistono, o non sono utili a questi fini, allo stato attuale, banche dati centralizzate, né con riferimento agli aventi diritto, né per quanto riguarda le opere.

Le interlocuzioni tra utilizzatori e *collecting* potrebbero – in linea teorica – consentire di ricevere dati sufficienti per i primi finalizzati ad una corretta attribuzione.

Nella pratica questo avviene con molta meno facilità, per alcuni ordini di ragioni. In primo luogo, la comunicazione delle informazioni circa gli aventi diritto tutelati all'interno di un'opera potrebbe essere di per sé insufficiente, se non è conosciuto il numero complessivo di aventi diritto. In secondo luogo, sono necessarie ulteriori informazioni, quali, ad esempio, quella del ruolo di primario o comprimario svolto dall'artista, o quella relativa agli attori che compaiono in video rispetto a quelli che operano come doppiatori.

Sotto questo profilo, è opportuno rilevare il ruolo centrale attribuito dalle norme ai produttori. Questi ultimi, ai sensi del citato recente DM 22 marzo 2023 del Ministero della Cultura, che ha modificato il precedente DM 386 del 5 settembre 2018, devono comunicare ad OGC ed EGI, nonché ad Agcom, a cadenza trimestrale, l'elenco dei fonogrammi e delle opere cinematografiche o assimilate prodotte o distribuite, nonché l'indicazione e qualificazione di primario e comprimario degli artisti interpreti o esecutori che sostengono una parte di notevole importanza artistica nell'opera. Per le opere antecedenti al decreto, sono le *collecting* a formulare la richiesta ai produttori. Il decreto, inoltre, indica anche i criteri con i quali identificare gli artisti primari e comprimari.

Sebbene la precedente versione del decreto fosse in vigore sin dal 2018, la lunga fase di revisione ne ha reso difficoltosa, per non dire impossibile, la sua concreta applicazione. L'assenza delle indicazioni fornite dal produttore circa l'identità ed i ruoli degli artisti aventi diritto all'interno di un'opera, si inserisce in un quadro critico nel quale non vi sono banche dati centralizzate che consentono di effettuare in maniera univoca tale identificazione. Per questa ragione, ad oggi la definizione del perimetro degli aventi diritto e l'attribuzione dei ruoli è in concreto demandata all'autocertificazione delle *collecting*, con conseguenti conflitti derivanti da possibili interpretazioni discordanti in merito. A tal proposito, infatti, rilevano le disposizioni degli artt. 82 ed 84 LDA, secondo cui si considerano artisti interpreti ed esecutori di un'opera (o composizione drammatica, letteraria o musicale, ovvero cinematografica ed assimilata) coloro che sostengono una parte di notevole importanza artistica. Se, in questo senso, la norma è chiara nell'affermare che non si è titolari di una remunerazione adeguata e proporzionata per il solo fatto di aver preso parte ad un'opera, ma che è necessario aver ricoperto un ruolo “di notevole importanza artistica”, ancorché di artista comprimario, è pur vero che il concetto di “notevole importanza artistica” può prestarsi ad interpretazioni diverse. L'Autorità auspica che con l'adozione del recente decreto ministeriale si avvii un percorso volto a superare questa difficoltà.

Venendo al procedimento di cui all'oggetto, nel febbraio 2022, Artisti7607 ha fornito le proprie rivendicazioni, indicando quali fossero, all'interno di ciascuna opera,

gli AIE di propria spettanza, cioè a dire che avevano conferito un mandato alla *Collecting*, indicando, successivamente, anche la qualifica di artista primario e comprimario, e quella di attore o di doppiatore. Tale rivendicazione, tuttavia, per quanto opportuna e necessaria, si è dimostrata di per sé insufficiente per ponderare la presenza degli AIE rivendicati rispetto al totale degli aventi diritto, nonché rispetto a quelli già rivendicati da Nuovo Imaie, a quelli potenzialmente (e, poi, effettivamente rivendicati) da RASI, nonché agli AIE apolidi. Al fine di poter procedere compiutamente alla ponderazione della presenza di artisti rappresentati dalla *Collecting*, infatti, risultava, dirimente poter sapere quale fosse la percentuale costituita dai mandanti di Artisti7607 rispetto al totale degli aventi diritto di ciascuna opera.

In altre parole, le informazioni condivise non hanno consentito di individuare la rappresentatività di Artisti7607, cioè a dire la quota di mercato della *Collecting* sul catalogo di Netflix per ciascuno degli anni in questione. In un contesto nel quale sono presenti più operatori, tale informazione sembra essere dirimente anche a prescindere dal metodo di calcolo utilizzato. Di fatti, nel caso del metodo utilizzato da Netflix con altre *collecting*, ed in particolare con il Nuovo Imaie, la “quota di mercato” calcolata come percentuale degli artisti tutelati dalla *Collecting* sul totale degli aventi diritto, è utilizzata come fattore della formula, assieme alla tariffa ed al numero di visualizzazioni, sicché il compenso spettante all’OGC varia a seconda della maggiore o minore presenza degli attori tutelati (ponderati anche in funzione della qualifica all’interno di ciascuna opera), oltre che dell’effettivo utilizzo di quelle opere.

Tuttavia, anche laddove il modello utilizzato fosse quello del “*pay-per-use*”, in un simile contesto, le informazioni sulla rappresentatività sono imprescindibili. A differenza di quanto potrebbe accadere, ad esempio, per i produttori fonografici, infatti, nel caso degli AIE (sia di opere audiovisive che di opere musicali) in ogni opera è presente più di un avente diritto, ciascuno dei quali potrebbe essere amministrato da una *collecting* diversa. La compresenza di artisti tutelati da diverse *collecting* richiede necessariamente di misurare quanto ciascuna di esse è “rappresentativa” all’interno di un’opera¹. Solo conoscendo in partenza il numero totale degli aventi diritto è possibile effettuare in maniera corretta questa attribuzione evitando ogni possibile distorsione.

f) Sulla necessità di condividere le informazioni di carattere economico

La condivisione delle informazioni di carattere economico da parte degli utilizzatori risulta anch’esso un fattore centrale nel rapporto tra utilizzatori e *collecting*, sebbene la

¹ Si pensi, ad esempio, ad una *collecting* che in un’opera amministri 5 AIE e che utilizzi una tariffa base per ogni singola opera, moltiplicata per il numero di visualizzazioni dell’opera. Se gli aventi diritto dell’opera fossero 5 si potrebbe attribuire l’intero valore dell’opera alla *collecting* in questione, atteso che essa amministra la totalità degli aventi diritto dell’opera. Qualora, invece, gli aventi diritto fossero 20, l’ipotetica *collecting* sarebbe titolare solo del 25% degli aventi diritto (5 su 20), e l’importo non potrebbe più essere attribuito interamente ad essa, dovendosi tenere conto anche degli altri aventi diritto, e delle relative *collecting* di appartenenza o dell’eventuale presenza di apolidi.

loro funzione e il loro utilizzo possa variare in ragione del tipo di accordo perseguito dalle parti.

In determinati casi, ad esempio, tali informazioni, di comune accordo tra le parti, potrebbero essere anche ritenute non necessarie. Ad esempio, se le parti decidono concordemente di adottare un pagamento “*pay-per-use*”, in cui l’importo è un prodotto del numero di utilizzi per il valore unitario del singolo utilizzo, il valore dei ricavi può diventare meramente accessorio.

In altri casi, la condivisione di informazioni di carattere economico e, in particolare, dei dati del fatturato da parte dell’utilizzatore, è un elemento dirimente ed indispensabile per il calcolo del compenso. Questa è senza dubbio la situazione che si verifica nel caso di un accordo forfettario (c.d. “*lump sum*”), ovvero quando l’accordo tra le parti prevede il pagamento di una percentuale sui ricavi, mediante l’adozione di una tariffa o di una “aliquota”. Esiste, tuttavia, una differenza fondamentale tra queste due tipologie di accordo

Nel caso di una somma forfettaria, infatti, la conoscenza delle dimensioni economiche dell’utilizzatore diventa un fattore decisivo anche prima della stipula del contratto, in quanto la *collecting* ha necessità di rapportare la remunerazione per l’utilizzo dei diritti ad un parametro oggettivo.

Nel caso di un accordo basato su una aliquota, posto che il dato del fatturato dell’utilizzatore esula dall’ambito oggettivo dell’art. 23 del Decreto per le considerazioni svolte in precedenza, la condivisione di tale informazione – che evidentemente costituirà poi parte integrante del contratto – non dovrebbe essere ritenuta un obbligo dell’utilizzatore, in sede pre-contrattuale, neanche ai sensi dell’art. 22. Tuttavia, la condivisione dei dati riguardanti i ricavi può senz’altro facilitare lo svolgimento delle trattative, in quanto può aumentare il livello di trasparenza e può consentire alla *collecting* di disporre di un maggiore margine di manovra nella negoziazione. Cionondimeno, le informazioni economiche non possono in alcun caso essere utilizzate per poter calibrare la tariffa richiesta, e cercare di ottenere compensi maggiori, in maniera più che proporzionale, in ragione delle dimensioni economiche dell’utilizzatore. Un simile comportamento, infatti, violerebbe i principi di equità e non discriminazione sanciti, tra l’altro, dal comma 3 dell’art. 22, a mente del quale “*la concessione delle licenze avviene a condizioni commerciali eque e non discriminatorie*”. A tale proposito, si deve anche considerare che così come i dati economici (così come anche quelli sugli abbonamenti) non sono modificabili da parte dell’utilizzatore, anche quelli sulla tariffa dovrebbero essere ritenuti non modificabili e non adattabili *ex post*.

Con riferimento particolare al procedimento di cui all’oggetto, per ciò che riguarda Netflix, l’indisponibilità a condividere le informazioni economiche è stata giustificata con la natura pre-contrattuale degli scambi intrapresi con Artisti7607. La Società ha ribadito in più circostanze la propria volontà di fornire i dati dei ricavi al momento del raggiungimento dell’accordo, ovvero una volta definite le modalità di calcolo del compenso. In proposito, si osserva che questo *modus operandi* è stato seguito da Netflix

in tutte le altre negoziazioni, sia con altre *collecting* italiane, sia con *collecting* estere, ragione per cui è ragionevole ritenere che la Società avrebbe operato in questo senso anche nella circostanza di cui si discorre. Allo stato, pertanto, non paiono esserci elementi che possano far ritenere che il comportamento da parte di Netflix nei confronti di Artisti7607 abbia intenzionalmente voluto discriminare un solo soggetto, non ravvisandosi né l'interesse economico di una tale scelta, considerato che si tratta di un operatore con una "quota di mercato" senz'altro minoritaria, né altre finalità.

Per ciò che riguarda Artisti7607, la richiesta di ottenere le informazioni di natura economica, ed in particolare quelle sui ricavi, ai sensi dell'art. 23, non pare condivisibile, per le ragioni di cui sopra. Quanto alla possibilità di ricevere tali dati nell'ambito dello scambio delle informazioni di cui all'art. 22 del Decreto, in sede di negoziazione del contratto, è opportuno considerare che tale richiesta è stata formulata in assenza della comunicazione della tariffa, con ciò configurando una condotta potenzialmente lesiva del principio di equità e parità di trattamento, potendo integrare una violazione dell'art. 22, comma 3.

g) La questione degli apolidi

Un altro tema emerso nel corso delle trattative tra Artisti7607 e Netflix ha riguardato la questione dei c.d. "apolidi", vale a dire la rivendicazione di compensi di aventi diritto che non hanno affidato il mandato ad alcuna *collecting*. In particolare, Artisti7607 ha in più occasioni fatto presente che le proprie rivendicazioni ed i compensi richiesti riguardavano anche questa categoria di soggetti.

In proposito, si osserva che la questione relativa agli "apolidi" risulta particolarmente complessa, non ultimo in ragione del fatto che la lettura delle norme rilevanti in materia non sembra essere stata nel tempo sempre conciliabile con alcune prassi del mercato.

È indubbio che l'entrata in vigore, a partire dal 12 dicembre 2021, del nuovo articolo 180-terLDA in tema di licenze collettive estese abbia fatto chiarezza, grazie all'introduzione di nuove regole in materia che autorizzano i tre organismi di gestione collettiva maggiormente rappresentativi ad intermediare anche i compensi per gli artisti non mandanti di alcuna *collecting*. Tale intervento costituisce una base giuridica certa per tali rivendicazioni. Si può anzi affermare che la nuova disposizione viene a colmare un vuoto normativo, legiferando laddove in precedenza non erano presenti regole.

Artisti7607 ha giustificato l'attività di intermediazione anche in favore degli apolidi e, dunque, la richiesta di riscuotere compensi per questi soggetti, facendo riferimento all'intervento dell'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato avvenuto con il provvedimento 22 marzo 2017, a chiusura del procedimento A489 avviato il 13 aprile 2016. Con tale provvedimento, AGCOM aveva accolto gli impegni presentati da Nuovo Imaie, tra i quali anche quello, con riferimento ai rapporti futuri con gli utilizzatori, "*a sottoscrivere contratti che prevedano la corresponsione, in favore dell'Istituto,*

unicamente delle somme spettanti agli AIE propri mandanti”, per un periodo di 5 anni a valere dalla data del provvedimento, e quindi fino al marzo 2022.

Sul punto si osserva che proprio in ossequio ad uno degli impegni assunti da Nuovo Imaie con AGCM nell’occasione sopra menzionata, era stata istituita presso il Nuovo Imaie una Commissione Tecnica con il compito, tra l’altro, di “individuare forme di utilizzo delle somme spettanti agli AIE non individuati ed agli AIE apolidi in favore dell’intera categoria”. A seguito dell’entrata in vigore del Decreto e della conseguente attribuzione ad Agcom dei poteri di vigilanza sulle sue disposizioni, con la Delibera n. 396/17/CONS è stato istituito un tavolo tecnico finalizzato all’adozione di soluzioni condivise tra i vari soggetti operanti nel settore dei diritti connessi. Una delle quattro aree tematiche, attorno alle quali si articola il tavolo, riguarda per l’appunto “i criteri per la ripartizione dei compensi derivanti dai c.d. apolidi tra gli organismi di gestione collettiva e le entità di gestione indipendenti legittimamente operanti”.

Sebbene questa non sia la sede per una disamina approfondita della materia, l’Autorità si limita ad osservare, per quanto rileva ai fini del procedimento di cui all’oggetto, che – in mancanza di una soluzione condivisa ad oggi non ancora raggiunta - permangono dubbi in merito alla base giuridica che avrebbe consentito l’intermediazione in favore degli apolidi prima dell’entrata in vigore dell’art. 180-ter. Invero, in assenza di criteri chiari che consentano la quantificazione degli aventi diritto che non hanno conferito mandato ad alcuna *collecting* e la loro ripartizione presso gli organismi, esiste un forte rischio di arbitrarietà nella determinazione dei compensi ad essi spettanti.

Considerazioni analoghe sono state svolte anche dal Comitato consultivo permanente sul diritto d’autore istituito presso il Ministero della Cultura, nel corso della già menzionata attività di riesame del DM 386 del 5 settembre 2018.

È certamente pur vero, per altro verso, che le somme che proporzionalmente sono attribuibili a tali soggetti non possono rimanere nella disponibilità degli utilizzatori e che dunque una soluzione che contemperasse le diverse esigenze deve essere ricercata, nel primario interesse degli aventi diritto, cui quei compensi spettano.

h) Sulla determinazione del compenso

Sul piano formale, il procedimento si è incentrato sugli obblighi di informazione di cui all’art. 23 del Decreto. Tuttavia, su un piano più sostanziale appare evidente che il tema di fondo del contenzioso riguarda la determinazione delle modalità di calcolo del compenso e, dunque, in ultima analisi, la sua determinazione.

Nel corso del procedimento, Netflix ha manifestato la propria disponibilità al pagamento di una somma provvisoria stabilita applicando lo stesso modello di calcolo utilizzato per Nuovo Imaie. L’importo del calcolo non è stato condiviso con la controparte, per ragioni prudenziali, avendo la Società dovuto fare ricorso ad alcune stime relativamente alla rappresentatività di Artisti7607. Dal canto suo, Artisti 7607 ha trasmesso, nell’agosto del 2022, una richiesta di corrispondere un importo totale di *<omissis>* a copertura dell’intero periodo 2015-2021.

In proposito, vale preliminarmente sottolineare come la determinazione del compenso sia estranea all'oggetto del procedimento. Sul punto, l'art. 84, comma 4, LDA prevede che *“in difetto di accordo da concludersi tra i soggetti interessati, è stabilito dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni secondo le procedure previste da apposito regolamento”*. Attualmente, come detto in precedenza, lo schema di regolamento, contenuto nell'Allegato A alla delibera 44/23/CONS del 6 marzo 2023 è sottoposto a consultazione pubblica.

CONSIDERATO, quindi, in particolare:

- che le inadempienze informative addebitabili ad Artisti7607, con particolare riferimento alle tariffe e alla rappresentatività, accertate nel corso dell'istruttoria, rendono di per sé inesigibile l'assolvimento dell'obbligo ex art. 23 contestato all'utilizzatore;
- che le informazioni richieste da Artisti7607 non risultano coerenti rispetto al canone di proporzionalità e di buona fede delle trattative;
- che tenuto conto dell'ambito oggettivo di applicazione gli obblighi degli utilizzatori di cui all'art. 23 non includono informazioni relative all'insieme dei ricavi o del numero degli abbonati di un servizio, in quanto le informazioni sono riferite alle singole opere;
- che Netflix, in ossequio alle disposizioni del comma 2 dell'art. 23, ha esercitato il diritto di cui all'articolo 27, indicando tempestivamente ad Artisti7607 le informazioni indispensabili di cui non era in possesso, e di converso a disposizione della *Collecting*. Pertanto, per quanto disposto dal predetto comma, il termine di 90 giorni per la fornitura di informazioni, di cui al comma 1 dell'art. 23, è da ritenersi sospeso non avendo la Società ricevuto tutte le informazioni corrette, complete e congruenti da parte della *Collecting*;
- che, pertanto, nel caso di specie non può essere accolta la denuncia di violazione dell'art. 23 da parte di Netflix;
- che gli organismi di gestione collettiva e le entità di gestione indipendente, in particolar modo operanti nella intermediazione dei diritti connessi al diritto d'autore, devono comunque essere tutelati rispetto alle tempistiche del raggiungimento dell'accordo;
- che la trasmissione di informazioni deve avvenire reciprocamente e in buona fede sulla base dei principi sanciti dall'art. 22 del Decreto, ed in particolare a condizioni commerciali eque e non discriminatorie e sulla base di criteri semplici, chiari, oggettivi e ragionevoli;
- che Netflix ha messo a disposizione di Artisti7607 i dati relativi alla identificazione delle opere (art. 23, comma 1, lett. a)) trasmettendo i file contenenti la composizione del catalogo per le annualità dal 2015 al 2019;

- che Netflix ha messo a disposizione di Artisti7607 i dati relativi alle visualizzazioni delle opere rivendicate dalla *Collecting* (art. 23, comma 1, lett. a)) per gli anni 2015-2019;
- che Artisti7607 ha messo a disposizione i dati relativi alle proprie rivendicazioni per il periodo 2015-2019, indicando gli artisti mandanti, ma non la loro incidenza percentuale sul totale degli aventi diritto di ciascun'opera;
- che in assenza dell'informazione sull'incidenza percentuale, non è possibile calcolare la rappresentatività di una *collecting* all'interno di ciascun'opera;
- che Artisti7607 non ha comunicato a Netflix il valore della propria tariffa, né ha provveduto alla pubblicazione di questa informazione fino a maggio 2023. La verifica da parte dell'Autorità della rispondenza della tariffa pubblicata ai criteri di cui all'art. 22 del Decreto esula dal presente procedimento;
- che le informazioni relative all'ammontare dei ricavi possono essere comunicate solo in presenza di una tariffa che risponda ai criteri individuati dalla legge all'art. 22 del Decreto;

RITENUTO che la tariffa di Artisti7607 deve assicurare una adeguata remunerazione ai titolari dei diritti e rispondere ai criteri di ragionevolezza e proporzionalità di cui all'art. 22 del Decreto, garantendo condizioni eque e non discriminatorie, sulla base di criteri semplici, chiari, oggettivi e ragionevoli, per ogni tipo di sfruttamento;

RITENUTO, altresì, alla luce delle considerazioni svolte ai fini della conclusione ed esecuzione dell'accordo:

- che Netflix dovrebbe fornire le informazioni relative al catalogo 2020, 2021 e 2022, con le stesse modalità già utilizzate per le annualità dal 2015 al 2019;
- che Artisti7607 dovrebbe fornire dati sulla rappresentatività nel senso sopra richiamato, ovvero sia riportare per ciascuna opera: (i) l'identificazione dei propri artisti mandanti aventi un ruolo di notevole importanza artistica, distinguendo tra artisti primari e comprimari, attori video e doppiatori; (ii) l'incidenza percentuale di tali artisti sul totale degli aventi diritto dell'opera;
- che Netflix dovrebbe fornire: (i) i dati sulle visualizzazioni di ciascuna delle opere rivendicate, anche per le annualità mancanti, a partire dal 2020; (ii) i dati relativi al proprio fatturato in Italia, per le annualità rilevanti;
- che lo scambio di informazioni tra le parti deve avvenire secondo l'ordine e con le modalità sopra indicate;
- che l'Autorità invita le parti a riprendere le trattative in buona fede, sulla base delle indicazioni sopra articolate, al fine di pervenire ad una rapida conclusione di un accordo di natura economica;

RITENUTA, quindi, alla luce delle evidenze emerse in esito all'attività istruttoria svolta come sopra riportata la non sussistenza della violazione dell'articolo 23 del Decreto 35/2017 da parte di Netflix per le ragioni sopra esposte;

RITENUTO, conseguentemente, di disporre l'archiviazione del procedimento;

UDITA la relazione del Commissario Laura Aria, relatore ai sensi dell'art. 31 del Regolamento concernente l'organizzazione ed il funzionamento dell'Autorità;

DELIBERA

l'archiviazione del procedimento avviato nei confronti Netflix International B.V. con sede in Karperstraat 8, 1075 KZ Amsterdam Paesi Bassi, per le motivazioni e nei limiti di cui in premessa.

La presente delibera è notificata a Netflix International B.V. e alla Società Cooperativa Artisti7607 ed è pubblicata sul sito web dell'Autorità.

Avverso il presente provvedimento può essere promosso ricorso innanzi al Tar del Lazio entro sessanta giorni dalla notifica.

Roma, 2 agosto 2023

IL PRESIDENTE
Giacomo Lasorella

IL COMMISSARIO RELATORE
Laura Aria

Per attestazione di conformità a quanto deliberato
IL SEGRETARIO GENERALE.
Giulietta Gamba