II

*(Atti per i quali la pubblicazione non è una condizione di applicabilità)*

# COMMISSIONE

## DECISIONE DELLA COMMISSIONE

**del 29 ottobre1981**

**relativa ad una procedura di applicazione dell'articolo 86 del trattato CEE**

**(IV/29.839 — GVL)**

**(Il testo in lingua tedesca è il solo facente fede)**

(81/1030/CEE)

LA COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE,

visto il trattato che istituisce la Comunità economica europea, in particolare l'articolo 86,

visto il regolamento n. 17 del Consiglio del 6 febbraio 1962 [1], in particolare l'articolo 3,

viste le domande presentate alla Commissione, in base all'articolo 3 del regolamento 17, dall'impresa Interpar il 9 aprile 1979, e il 12 settembre 1980 dagli artisti interpreti o esecutori Avory, Bennett, R. Davies, D. Davies, Marvin, Webb, Welch, Scarano e Skorsky, relativamente al comportamento della Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten, Amburgo, Repubblica federale di Germania,

vista la decisione della Commissione del 25 agosto 1980 di iniziare una procedura nel presente caso,

sentita la Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH, conformemente all'articolo 19 del regolamento n. 17, nonché al regolamento n. 99 della Commissione, del 25 luglio 1963 [2],

visto il parere emesso il 17 giugno 1981 dal comitato consultivo in materia di intese e di posizioni dominanti, conformemente all'articolo 10 del regolamento n. 17,

considerando quanto segue :

### IN FATTO

La presente decisione riguarda il comportamento della Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (in appresso denominata « GVL ») nei confronti di artisti interpreti o esecutori privi della cittadinanza tedesca e non domiciliati nella Repubblica federale di Germania (in appresso denominata « Germania »).

### I. Organizzazione di GVL

(1) GVL, avente sede in Amburgo, è una società tedesca che tutela i diritti e le pretese che sorgono in base alla « Gesetz über Urheberrechte und verwandte Schutzrechte » (legge sui diritti d'autore e i diritti connessi, in appresso denominata « legge sui diritti d'autore » e, in abbreviazione, Lda) per gli artisti interpreti o esecutori, i coautori di opere filmiche (in appresso denominati « artisti »), i produttori di video e fonogrammi e gli organizzatori, o che sono stati trasferiti a produttori e organizzatori.

GVL è la società intermediaria per i « diritti di esecuzione », vale a dire i diritti che sorgono dalla riproduzione della prestazione creativa dell'autore.

[1] GU n. 13 del 21. 2. 1962, pag. 204/62.
[2] GU n. 127 del 20. 8.1963, pag. 2268/63.

L'attività di tali società intermediarie è disciplinata dal « Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten » tedesca (legge per la tutela dei diritti d'autore e dei diritti connessi) (in appresso denominata « legge di tutela », in abbreviazione « Ldt »).

(2) GVL è stata costituita in comune da « Deutsche Orchestervereinigung e. V. », Amburgo, che rappresenta gli interessi di artisti interpreti o esecutori, essenzialmente musicisti, nonché da « Deutsche Landesgruppe der IFPI e. V. » (International Federation of Producers of Phonograms and Videograms), Amburgo, che rappresenta gli interessi dei produttori di videogrammi e fonogrammi. Deutsche Orchestervereinigung e. V. e Deutsche Landesgruppe der IFPI e. V. sono gli unici soci di GVL, costituita quale società a responsabilità limitata.

## II. Diritti degli artisti e dei produttori in base alla legge tedesca sul diritto d'autore

(3) L'artista usufruisce, in base al paragrafo 73 e seguenti della Lda, di diritti connessi al diritto d'autore. I paragrafi 74, 75 e 76, primo comma, della Lda conferiscono all'artista il diritto di condizionare al suo consenso il fatto che la sua esecuzione venga resa accessibile al pubblico, fissata su video e fonogrammi, riprodotta o radiodiffusa (sfruttamento primario). Tale consenso viene espresso dall'artisata di norma soltanto a titolo oneroso.

(4) Oltre a ciò, i paragrafi 76, secondo comma, e 77 della Lda attribuiscono all'artista il diritto soggettivo a un compenso, qualora l'esecuzione, fissata con il suo consenso su video o fonogrammi, venga inoltre radiodiffusa oppure resa altrimenti accessibile al pubblico (sfruttamento secondario). L'artista è anche titolare del diritto a un compenso nei confronti del produttore di apparecchi di riproduzione, il cosiddetto canone di apparecchio, ai sensi del paragrafo 53, quinto comma, della Lda.

(5) Qualora l'esecuzione dell'artista sia stata fissata con il suo consenso su video e fonogrammi e questi ultimi siano stati pubblicati, l'artista non può più impedirne, invocando i propri diritti esclusivi, né la radiodiffusione né la riproduzione pubblica.

(6) Il produttore di fonogrammi, in appresso denominato « produttore », può dal canto suo, per quel che riguarda i diritti a compenso dell'artista derivanti dallo afruttamento secondario di cui all'articolo 76 della Lda, pretendere dall'artista un'equa partecipazione a tale compenso.

Produttore ed artista sono pertanto interessati in pari misura al compenso dovuto per lo sfruttamento secondario. Finché si tratta di esercitare tali diritti nei confronti dei soggetti sui quali gravano i corrispondenti obblighi (enti trasmittenti, teatri, alberghi e locali di ritrovo ecc.), i loro interessi sono paralleli. Un contrasto di interessi sorge soltanto quando è stato pagato il compenso e si pone pertanto la questione dell'« equa partecipazione dei produttori ».

## III. Diritti dell'artista e del produttore in altri Stati membri e in base alla convenzione di Roma

(7) Mentre in tutti gli Stati membri è necessario il consenso dell'artista ai fini dello sfruttamento primario, solo in pochi Stati membri sussistono diritti soggettivi comparabili, in materia di compenso, per lo sfruttamento secondario.

(8) Danimarca e Italia accordano ai produttori di fonogrammi e agli artisti diritti soggettivi a compenso in caso di riproduzione pubblica e radiodiffusione. Nel Regno Unito e in Irlanda la legge riconosce ai produttori di fonogrammi il diritto di vietare riproduzioni pubbliche da loro non autorizzate.

Gli artisti partecipano ai proventi delle esecuzioni pubbliche grazie a contratti collettivi con i produttori di fonogrammi. In Grecia, la legge assicura attualmente diritti a compenso soltanto agli artisti e non ai produttori di fonogrammi. In Belgio, Paesi Bassi, Lussemburgo e Francia non vi è ancora alcuna normativa in merito ai diritti a compenso per lo sfruttamento secondario. Nella pratica, però, in Belgio e nei Paesi Bassi vigono, tra produttori di fonogrammi belgi e olandesi e i rispettivi enti di radiodiffusione, disposizioni contrattuali in materia di compensi per lo sfruttamento secondario ; in Francia tali contratti in materia di compenso sono stati conclusi perlomeno con una parte degli attuali enti trasmittenti. Le rispettive associazioni degli artisti partecipano dal canto loro a tali compensi in virtù di clausole fissate in contratti collettivi stipulati con i produttori di fonogrammi.

(9) La convenzione internazionale relativa alla protezione degli artisti interpreti o esecutori, dei produttori di fonogrammi e degli organismi di radiodiffusione, del 26 ottobre 1961 (convenzione

di Roma), obbliga, all'articolo 12, gli Stati contraenti a garantire che l'utente di fonogrammi pubblicati paghi, ai produttori di essi o agli artisti oppure ad entrambi, un equo ed unico compenso per la radiodiffusione o per qualsiasi riproduzione pubblica.

(10) La convenzione di Roma non è stata tuttavia ancora ratificata da tutti gli Stati membri. La Germania ha formulato, all'atto della ratifica, una riserva che limita la portata e la durata della tutela concessa ai produttori e agli artisti, per i fonogrammi il cui produttore sia cittadino di un altro Stato contraente, alla portata e durata della tutela che tale Stato accorda per i fonogrammi fissati per la prima volta da un cittadino tedesco.

(11) I diritti più sopra illustrati (punti da 3 a 6) spettano di massima anche agli artisti di nazionalità straniera, indipendentemente dal loro domicilio. In quanto si tratti di artisti cittadini di uno Stato che non ha ratificato la convenzione di Roma, il paragrafo 125 della Lda riconosce allo straniero i medesimi diritti di cui fruiscono gli artisti tedeschi se l'esecuzione avviene in Germania oppure, qualora essa sia stata registrata su video o fonogrammi con l'autorizzazione dell'artista, se tali fonogrammi siano stati pubblicati in Germania. Questi artisti stranierei fruiscono dei medesimi diritti dei tedeschi anche in caso di trasmissione radiofonica qualora tali trasmissioni vengano irradiate in Germania.

## IV. La disciplina posta dalla legge di tutela

(12) In base al paragrafo 1 della Ldt, chiunque assicura lo sfruttamento collettivo dei diritti di godimento, dei diritti di autorizzazione o del diritto a compenso stabiliti dalla Lda, per conto di vari autori o titolari di diritti connessi, deve ottenere l'autorizzazione dello Stato, indipendentemente dal fatto che tale sfruttamento venga esercitato in nome proprio o in nome d'altri.

L'autorizzazione costituisce un diritto, qualora ricorrano determinati presupposti fondamentali per l'esercizio di tale attività.

(13) La Ldt non attribuisce alcun monopolio di diritto alle società intermediarie ; la costituzione di società intermediarie « concorrenti » è pertanto perfettamente possibile sotto il profilo giuridico.

(14) Le società intermediare autorizzate in base alla Ldt devono ripartire i proventi della loro attività in base a regole ben precise.

(15) Conformemente al paragrafo 11 della Ldt, la società intermediaria è tenuta a concedere, a condizioni eque, i diritti di utilizzazione oppure a rilasciare autorizzazioni per i diritti da essa tutelati a chiunque ne faccia richiesta (obbligo a contrarre).

(16) D'altro canto, il paragrafo 6 della Ldt obbliga la società intermediaria a tutelare, su richiesta dei titolari e a condizioni eque, i diritti e le pretese nel settore di sua competenza, qualora i titolari stessi siano tedeschi ai sensi della Legge fondamentale oppure siano domiciliati nel territorio d'applicazione della Ldt e non sia possibile operare diversamente una tutela efficace dei diritti o delle pretese (obbligo di tutela).

(17) Il Deutsches Patentamt esercita un controllo sul rispetto di tali obblighi legali e sull'attività delle società intermediarie (paragrafo 18 e seguenti della Ldt).

## V. Posizione di GVL in Germania

(18) GVL è l'unica società intermediaria che provvede in Germania alla tutela dei diritti connessi. Le altre società intermediarie operanti in Germania provvedono alla tutela di altri diritti relativi alla proprietà industriale.

(19) Ai termini della Lda, alcuni diritti dei quali sono titolari autori, artisti o produttori possono essere esercitati soltanto per il tramite di società intermediarie. È questo il caso, ad esempio, per il succitato diritto a compenso (punto 4) nei confronti del produttore di apparecchi di riproduzione, ai sensi del paragrafo 53, quinto comma del Lda (canone di apparecchio).

(20) Per motivi giuridici, per quel che riguarda il canone di apparecchio, ed altresì per motivi concreti, per quanto attiene al diritto a compenso, nascente dallo sfruttamento secondario, non è praticamente possibile che gli artisti stessi possano attuare una tutela efficace di tali diritti. Un tentativo in tal senso sarebbe destinato all'insuccesso, già per la semplice circostanza che il singolo artista non sarebbe in grado, nei vari casi, di controllare e precisare se, quando, da chi e con quale frequenza la sua esecuzione sia stata tra-

smessa oppure resa comunque accessibile al pubblico. Inoltre l'artista, che in quanto singolo si trova in una posizione economicamente subordinata, dovrebbe allacciare relazioni contrattuali con una molteplicità di utenti economicamente forti (ad esempio enti radiofonici), nei confronti dei quali potrebbe vantare soltanto un diritto a equo compenso e non anche un diritto a vietare l'utilizzazione della sua opera.

## VI. Tutela dei diritti di sfruttamento secondario tramite GVL

### 1. *I contratti di tutela*

(21) Ai fini della tutela dei diritti che sorgono dallo sfruttamento secondario, GVL conclude i cosiddetti « contratti di tutela » con produttori ed artisti. In base al paragrafo 1 dei contratti di tutela con gli artisti, il titolare trasferisce a GVL, affinché li eserciti in nome proprio, tutti i diritti di autore ed i diritti connessi, le azioni di inibizione, di distruzione dei prodotti contraffatti e di risarcimento danni di cui egli fruisca al momento della conclusione del contratto o che sorgano nel corso della durata del medesimo.

(22) Con i suddetti il titolare trasferisce altresì il diritto a compenso, che sorge qualora il video o fonogrammi pubblicati vengano radiodiffusi o comunque resi accessibili al pubblico, nonché il diritto al compenso di apparecchio.

(23) GVL si obbliga dal canto suo a versare ai rispettivi titolari i compensi riscossi, gli interessi maturati fino alla data della distribuzione, nel caso di importi investiti, nonché qualsiasi altro provento, in base ad uno schema di ripartizione da essa elaborato, previa detrazione delle spese di gestione necessarie, che ammontano al 5—10 % circa delle entrate di GVL.

(24) In pratica, nel caso di esecuzioni fissate su fonogrammi, spesso non è il singolo artista che trasferisce i suoi diritti a GVL, bensì, di norma, sono i produttori di fonogrammi che acquisiscono dagli artisti tutti i diritti necessari, e pertanto anche i diritti di sfruttamento secondario dei quali gli artisti sono titolari. I produttori trasferiscono a loro volta a GVL i diritti ad essi ceduti dagli artisti. In base a tale contratto tra produttore e GVL, gli artisti sono titolari di un diritto soggettivo perfetto al pagamento nei confronti di GVL (contratto a favore di terzi). Gli artisti che hanno concluso con GVL un contratto di tutela, senza aver ceduto ai produttori i propri diritti (ad esempio, nel caso di produzione autonoma degli enti trasmittenti in Germania), ricevono direttamente da GVL i compensi loro spettanti.

(25) Qualora produttori stranieri di fonogrammi cedano diritti d'utilizzazione per la Germania, essi trasferiscono i propri diritti ai rispettivi rappresentanti o licenziatari tedeschi, che vengono allora equiparati da GVL ai produttori nazionali di fonogrammi ai fini dell'offerta di diritti per lo sfruttamento secondario.

### 2. *I contratti di utilizzazione*

(26) GVL ha concluso con gli utenti di fonogrammi, che in base alla normativa sul diritto d'autore sono tenuti a versare compensi (enti di radiodiffusione, società di pubblicità radiofonica, teatri, discoteche, associazioni di alberghi e locali pubblici ecc.), contratti che attribuiscono agli utenti il diritto di utilizzare i fonogrammi, le cui marche sono state comunicate dai produttori a GVL e che sono commercializzate in Germania. GVL a sua volta comunica quali produttori e quali marche sono da essa rappresentati e garantisce i propri contraenti contro ogni pretesa che possa esser fatta valere da artisti, produttori e organizzatori a ragione dell'utilizzazione di fonogrammi delle marche rappresentate da GVL (paragrafo 5 del contratto di trasmissione dei fonogrammi).

(27) Poiché gli artisti e/o i produttori o, se del caso, i licenziatari nazionali di produttori stranieri (ad esempio importatori, società di distribuzione, ecc.) hanno concluso con GVL contratti di tutela, GVL è in condizioni di offrire agli utenti di fonogrammi praticamente l'intero « repertorio mondiale » di esecuzioni fissate su fonogrammi, purché sia stato pubblicato in Germania. In tale repertorio sono comprese anche numerose esecuzioni di artisti stranieri.

(28) Per l'utilizzazione di tali fonogrammi gli utenti pagano a GVL, in adempimento dei loro obblighi di cui ai paragrafi 76, secondo comma, e 77 della Lda, un importo annuale forfettario in base ad una formula fissata in dettaglio da GVL stessa.

### 3. *Proventi del canone di apparecchio*

(29) Il compenso per la riproduzione ad uso personale — compenso di apparecchio — viene riscosso

presso i produttori, oppure presso gli imporatori di apparecchi di riproduzione, dalla « Zentralstelle für « Private Überspielungsrechte (ZPÜ) », su incarico di GVL che detiene una quota del capitale. La ZPÜ trasferisce a GVL, previa detrazione delle spese di gestione, il 42 % dei compensi riscossi, che a loro volta non possono superare il 5 % dei proventi ricavati dai produttori degli apparecchi (o dagli importatori) con la vendita degli apparecchi stessi. Gli importi in questione affluiscono al fondo di GVL da distribuire agli artisti e produttori.

4. *La distribuzione dei proventi di GVL*

(30) La distribuzione dei proventi di GVL viene effettuata in base a schemi di ripartizione elaborati annualmente. In linea di massima i compensi vengono suddivisi tra artisti e produttori secondo un rapporto 50/50.

(31) Fino all'esercizio contabile 1979, il versamento agli artisti veniva effettuato in base agli onorari riscossi in Germania dall'artista, ciascun anno solare, grazie allo sfruttamento primario dell'esecuzione. L'artista doveva indicare e documentare su un formulario gli onorari ricevuti in Germania per l'attività artistica in riprese radioletevisive e incisioni fonografiche. Quanto più elevati erano gli onorari percepiti in Germania da un artista per lo sfruttamento primario, tanto più elevata era la sua quota dei compensi versati da GVL per lo sfruttamento secondario, anche se gli onorari venivano presi in considerazione in maniera degressiva.

(32) GVL ha concluso contratti di tutela con circa 20 000 titolari di diritti. Poiché tuttavia non tutti i titolari riscuotono ogni anno onorari per lo sfruttamento primario e non sempre comunicano annualmente a GVL i loro diritti, essa versa i compensi riscossi ogni anno in media a circa 10 000 titolari soltanto. Nel 1980 GVL ha riscosso, secondo le sue dichiarazioni, circa ... marchi tedeschi.

## VII. Comportamento di GVL nei confronti degli artisti stranieri

(33) GVL si è rifiutata sino al 21 novembre 1980 di concludere contratti di tutela con artisti stranieri privi di domicilio in Germania — indipendentemente dal fatto che si trattasse o meno di cittadini degli Stati membri della Comunità — e di tutelare in qualunque altra maniera i loro diritti in Germania. È ben vero che GVL non negava che agli artisti stranieri spettasse il diritto a compenso per lo sfruttamento secondario in Germania, ma quando gli artisti stranieri le proponevano la conclusione di contratti di tutela, essa obiettava che poteva concludere contratti di tutela esclusivamente con titolari di diritti che fossero cittadini tedeschi o avessero il domicilio in Germania.

(34) L'assemblea dei soci di GVL ha deciso il 21 novembre 1980 di concludere in futuro contratti di tutela anche con artisti, cittadini di uno Stato membro della CEE, senza necessità per tali artisti stranieri di dimostrare di avere un domicilio in Germania. Inoltre, in base a tale decisione, ai titolari cittadini di altri Stati membri della CEE cui GVL aveva negato nei singoli casi la tutela dei diritti, viene concessa la possibilità, a titolo retroattivo, di ottenere una partecipazione ai proventi per compensi.

(35) In base a tale nuova linea di condotta adottata da GVL, i compensi riscossi per la trasmissione, la diffusione pubblica, la locazione e la riproduzione vengono suddivisi tra gli artisti in proporzione ai loro redditi provenienti, in ciascun esercizio, dallo sfruttamento primario nel territorio nazionale, vale a dire la Germania (paragrafo 2, punto 4a, del nuovo statuto sociale). Quindi non è più necessario che l'onorario per lo sfruttamento primario venga versato in Germania, e anche l'onorario versato all'estero serve, una volta notificato dall'artista, quale parametro, purché una parte di tale onorario possa essere imputato allo sfruttamento dell'esecuzione in Germania. L'artista straniero partecipa in tal caso alla distribuzione dei compensi in proporzione a tale quota di onorario.

(36) Questo parametro modificato presuppone, per conseguire un risultato equilibrato, che il soggetto tenuto al versamento degli onorari per lo sfruttamento primario, di norma quindi il produttore, sia perfettamente informato sui circuiti di distribuzione dei fonogrammi. Soltanto in tal caso, quando cioè tale soggetto sa in quale misura i programmi prodotti all'estero sono giunti in Germania, egli è in grado di fissare la quota degli onorari che si riferisce alla Germania. Ai fini del calcolo della quota di compenso non

vengono pertanto considerati i fonogrammi che giungono in Germania per canali distributivi dei quali il produttore non è informato.

### VIII. Posizione di GVL

(37) Benché GVL abbia sempre riconosciuto che giuridicamente nulla le vietava di operare per conto di stranieri non domiciliati in Germania, essa si è peraltro sempre attenuta al principio di non esser giuridicamente obbligata a tale attività.

(38) Secondo la GVL non sarebbe possibile dedurre tale obbligo dal diritto comunitario, in quanto che la limitazione dell'attività di tutela agli artisti di cittadinanza tedesca o aventi domicilio in Germania (criterio nazionale) sarebbe imposta dalle differenze ed oscurità che presentano le legislazioni in materia di riconoscimento di diritti alla tutela. Il criterio di collegamento interno costituirebbe pertanto un requisito per la tutela pienamente giustificato sotto il profilo sostanziale. Poiché gli artisti tedeschi attualmente non dispongono ancora di alcuna possibilità da far valere all'estero i loro diritti, secondo GVL è del tutto legittimo escludere gli stranieri che non soddisfano al criterio nazionale della distribuzione dei proventi.

(39) GVL dovrebbe inoltre essere considerata quale impresa incaricata della gestione di servizi di interesse economico generale e il monopolio di tutela di cui essa fruisce dovrebbe essere assimilato al monopolio di cui all'articolo 90, secondo comma, del trattato CEE ; l'adempimento della missione affidatale verrebbe effettivamente ostacolato nel caso di un obbligo di tutela nei confronti degli stranieri privi di domicilio in Germania.

(40) A ciò si aggiunga, secondo GVL, che, conformemente all'articolo 222 del trattato CEE, il regime di proprietà esistente negli Stati membri rimane impregiudicato ; ora, la strutturazione specifica dei diritti di utilizzazione e del sistema tedesco di tutela costituisce parte integrante del regime di proprietà esistente in Germania.

(41) GVL riconosce che una suddivisione dei compensi in base alla frequenza delle trasmissioni e alla durata della trasmissione e della riproduzione dell'esecuzione sarebbe il metodo più consentaneo al principio fondamentale di un equo compenso ai sensi della legge tedesca sul diritto d'autore. Essa non ritiene tuttavia, per motivi pratici, di essere in grado di applicare tale metodo di calcolo, perché gli enti trasmittenti non le comunicherebbero le informazioni necessarie e perché, inoltre, per motivi di costo e di redditività, GVL non potrebbe, con un importo totale da ripartire di oltre ... marchi tedeschi e circa 20 000 possibili titolari di diritti, effettuare ogni anno ricerche per stabilire, relativamente a ciascuna esecuzione di ciascun artista, se sia stata radiotrasmessa in Germania e per quanto tempo. Inoltre, ad un'esecuzione partecipano spesso in misura diversa vari artisti titolari di diritti (ad esempio l'orchestra, il direttore e altri collaboratori artistici), cosicché un computo del compenso in base alla durata della trasmissione sarebbe bensì auspicabile, ma praticamente inattuabile da parte di GVL. Le entrate di GVL sarebbero costituite soltanto in misura del 60 % circa da compensi per trasmissioni, vale a dire pagamenti da parte degli enti radiofonici. L'altra parte sarebbe costituita da entrate derivanti dalla diffusione pubblica in alberghi, discoteche, locali pubblici, ecc., nonché dal compenso di apparecchio, e per tale parte la « frequenza di diffusione » oppure la « durata di diffusione » sarebbe del tutto impossibile da stabilire.

## IN DIRITTO

### APPLICABILITÀ DELL'ARTICOLO 86 DEL TRATTATO CEE

(42) Ai sensi dell'articolo 86 è incompatibile con il mercato comune e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio fra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato comune o su una parte sostanziale di questo.

### A. Comportamento fino al 21 novembre 1980

#### 1. *Qualità di impresa di GVL*

(43) GVL è un'impresa ai sensi dell'articolo 86. Tramite la fornitura a titolo oneroso di esecuzioni, fissate su fonogrammi, di artisti interpreti ed esecutori ad enti di radiodiffusione, teatri, locali pubblici, alberghi, discoteche ed altri utenti musicali, nonché tramite la tutela dei diritti connessi e delle pretese spettanti agli artisti e produttori, essa esercita un'attività imprenditoriale, costituita da servizi, sia nei confronti dei titolari di diritti connessi, sia nei confronti degli utenti dei fonogrammi obbligati al pagamento del compenso. GVL partecipa pertanto allo scambio economico di servizi e rientra fra i destinatari della norma sancita dall'articolo 86.

(44) La mancanza del fine di lucro è irrilevante ai fini del concetto di impresa di cui all'articolo 86 ; infatti anche le imprese « di interesse economico generale » sono soggette al divieto di abuso di cui all'articolo 86.

Ciò è stato confermato dalla Corte di giustizia delle Comunità europee nella sentenza del 27 marzo 1974 resa nella causa 127/74 (BRT II, Raccolta 1974, pag. 313 e seguenti).

2. *Posizione dominante di GVL*

(45) Il mercato in causa da un punto di vista sostanziale e territoriale sul quale opera GVL è il mercato dei servizi relativi alla tutela dei diritti per lo sfruttamento secondario a favore degli artisti e dei produttori in Germania, mercato chiaramente scindibile dalle attività di altre società intermediarie. GVL è l'unica società dedita alla tutela in Germania di tali diritti ; essa non subisce pertanto alcuna concorrenza. Il monopolio detenuto da GVL nella Repubblica federale di Germania, che costituisce una parte sostanziale del mercato comune, non si fonda su circostanze di diritto, bensì su circostanze di fatto.

3. *Abuso della situazione dominante ai sensi dell'articolo 86, primo comma*

(46) L'abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 86, paragrafo 1, deve valutarsi, come risulta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, tenendo presenti i principi generali fissati nel trattato CEE, uno dei quali è contenuto nell'articolo 7, che vieta ogni discriminazione basata sulla nazionalità. Di conseguenza, un trattamento discriminatorio basato sulla nazionalità, applicato da un'impresa in posizione dominante sul mercato, concreta direttamente una violazione dell'articolo 86 (vedi anche la sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, del 30 aprile 1974, nella causa 155/73, Sacchi, Raccolta 1974, pag. 409).

(47) Il rifiuto di GVL, quale impresa detentrice di un monopolio di fatto, di stipulare contratti di tutela con artisti stranieri, privi di domicilio in Germania, costituisce una discriminazione in funzione della nazionalità e pertanto un abuso ai sensi dell'articolo 86. Ciò è tanto più vero in quanto questi artisti stranieri erano costretti a ricorrere all'intervento di GVL, non potevano rivolgersi ad altre società intermediarie commerciali e risultavano finanziariamente danneggiati nei confronti degli artisti tedeschi dal rifiuto di GVL, che impediva ad essi di far valere i loro diritti.

4. *Discriminazione ai sensi dell'articolo 86, lettera c)*

(48) Il comportamento di GVL ricade inoltre nello specifico divieto di discriminazione sancito dall'articolo 86, seconda comma, lettera c), perché GVL ha trattato in modo differenziato determinati suoi clienti senza che questo trattamento discriminatorio potesse ricondursi a motivi connessi alle loro prestazioni.

a) Qualità di contraenti commerciali degli artisti stranieri

(49) Gli artisti partecipano in generale alla vita economica in quanto le loro esecuzioni sono fissate su fonogrammi, vengono radiodiffuse o rese comunque accessibili al pubblico in Germania e a tale titolo essi percepiscono onorari e compensi. Lo scambio di prestazioni (« rapporti commerciali ») ai sensi dell'articolo 86, secondo comma, lettera c), tra artisti e GVL si compie in quanto la prestazione di GVL e cioè l'attività di tutela ha luogo soltanto contro « corrispettivo », vale a dire la quota che la GVL riscuote per spese amministrative sul compenso percepito dagli artisti. Decisivo è il fatto che all'attività di GVL, che consiste nella prestazione di servizi, corrisponde una controprestazione materiale degli artisti. Gli artisti sono pertanto i contraenti commerciali « naturali » di GVL.

(50) D'altra parte anche GVL è la contraente commerciale « naturale » degli artisti, perché in pratica il diritto di questi al compenso può esercitarsi unicamente tramite GVL. Ambedue le parti — GVL e artisti — dipendono l'una dall'altra ; lo scopo commerciale perseguito da GVL è la tutela dei diritti pecuniari degli artisti, i quali d'altra parte senza l'intervento di GVL non possono riscuotere i compensi loro spettanti, ossia i diritti di sfruttamento secondario.

Né a ciò può obiettarsi che gli artisti stranieri non avrebbero acquistato la qualità di contraenti commerciali di GVL, in quanto quest'ultima non ha stipulato con essi contratti di tutela.

(51) Un'impresa in posizione dominante sul mercato non può sottrarsi all'addebito di discriminazione

adducendo la mancanza, nella controparte, della qualità di « contraente », mentre essa in realtà favorisce una parte dei contraenti, svantaggia altri artisti, richiedendo ad essi la prova di un domicilio in Germania, ed esclude infine da qualsiasi attività di tutela un terzo gruppo di artisti, impedendo ad essi di diventare « contraenti » commerciali.

Gli artisti stranieri avrebbero potuto diventare effettivi contraenti commerciali di GVL ponendo in essere un determinato comportamento, cioè fissando il proprio domicilio in Germania. Questo dimostra che anche essi erano contraenti « commerciali » ai sensi dell'articolo 86, secondo comma, lettera c), e che ciò che impediva loro di diventare effettivi contraenti commerciali di GVL era unicamente la condizione, stabilita in generale da GVL per questa categoria, di avere il domicilio in Germania.

b) Trattamento discriminatorio

(52) Fino al 21 novembre 1980, GVL ha trattato in modo discriminatorio gli artisti stranieri rispetto agli artisti tedeschi anche perché imponeva ai primi la condizione del domicilio in Germania, condizione che invece non veniva richiesta agli artisti tedeschi. Pertanto, il comportamento di GVL non consisteva in un rifiuto personalizzato posto ai singoli artisti stranieri, bensì concretava una condizione generale supplementare imposta a tali artisti. Qualora essi avessero adempiuto alla condizione richiesta, GVL era disposta a stipulare con loro contratti di tutela ; quindi GVL ha applicato, nei confronti dei propri contraenti commerciali, condizioni dissimili.

c) Prestazione equivalente

(53) Il divieto di discriminazione disposta dall'articolo 86, secondo comma, lettera c), presuppone inoltre il sussistere di prestazioni equivalenti da parte dei contraenti commerciali interessati. Gli artisti stranieri offrono a GVL, come gli artisti tedeschi, i loro diritti connessi sorti in Germania, affinché essa ne assicuri la tutela. La prestazione degli artisti stranieri, e cioè il trasferimento a GVL dei loro diritti connessi sorti in Germania, è identica alla prestazione degli artisti tedeschi. È bensì vero che, rispetto agli artisti tedeschi, per gli artisti stranieri può essere più difficile comprovare i loro diritti sorti in Germania ; ma ciò non altera per nulla la prestazione materiale degli artisti stranieri che, una volta documentata la sussistenza di diritti connessi in Germania, non differisce per nulla dalla prestazione degli artisti tedeschi.

La prestazione offerta pertanto a GVL dagli artisti stranieri è « equivalente » ai sensi dell'articolo 86, secondo comma, lettera c).

5. *Svantaggio concorrenziale per gli artisti stranieri*

(54) La concorrenza tra gli artisti opera a livello delle loro esecuzioni, sia sul mercato tedesco che in quello degli altri Stati membri. Ogni artista ha un particolare interesse a che le sue esecuzioni vengano radiodiffuse oppure rese, comunque accessibili al pubblico il più frequentemente possibile ed a che il fonogramma della sua esecuzione sia venduto in notevole numero di copie.

(55) Il comportamento differenziato praticato da GVL ha svantaggiato, in tale concorrenza tra artisti stranieri privi di domicilio in Germania. Gli artisti stranieri che non ricevevano alcun compenso per lo sfruttamento secondario delle loro esecuzioni in Germania, benché ne avessero il diritto, sono stati materialmente svantaggiati rispetto agli artisti tedeschi o agli artisti stranieri domiciliati in Germania. Questa due ultime categorie, favorite dal comportamento di GVL, venivano invece rafforzate nella loro posizione economica. Essi godevano pertanto di un vantaggio economico rispetto agli operatori stranieri presenti sul mercato, vantaggio che si ripercuoteva sulla concorrenza con questi ultimi. Occorre infatti tener presente che nel campo artistico gli svantaggi finanziari, anche di piccola entità, hanno una forte incidenza negativa sulla posizione degli interessati sul mercato.

6. *Mancanza di giustificazioni*

(56) L'applicazione, ad opera di GVL, di condizioni dissimili per prestazioni equivalenti degli artisti stranieri non costituisce un abuso soltanto qualora ricorrano per tale comportamento giustificazioni sotanziali [vedi dicisione della Commissione del 17 dicembre 1975 (Chiquita), GU n. L 95 del 9. 4. 1976, pag. 1)].

(57) Le obiezioni principali di GVL contro l'esistenza di un obbligo di tutela a favore degli artisti stranieri, e gli argomenti addotti a giustificazione del suo comportamento — anche dopo la modifica della sua prassi in materia di tutela — si fondano

sulla eterogeneità e complessità che presentano, nell'ambito della Comunità, le normative in materia di riconoscimento di diritti connessi.

(58) La Commissione è consapevole delle difficoltà che gli artisti, le società intermediarie e le altre associazioni, che si adoperano affinché gli artisti e i produttori fruiscano di un compenso per lo sfruttamento secondario, incontrano a causa della eterogeneità della normativa nell'ambito della Comunità. Essa è conscia del fatto che, sinora, soltanto in alcuni Stati membri sono accordati per legge diritti a compenso per produttori e artisti, mentre i rimanenti Stati membri prevedono diritti soggettivi analoghi soltanto per gli artisti o soltanto per i produttori, quando non li ignorano del tutto. Nei paesi in cui la legge non prevede i diritti a compenso esistono tuttavia per lo più accordi contrattuali, cosicché in quasi tutti gli Stati membri artisti e produttori percepiscono in definitiva compensi per lo sfruttamento secondario.

(59) Per quanto possa risultare auspicabile pervenire ad una situazione di uniformità normativa, nell'ambito della Comunità, in materia di sfruttamento secondario, la eterogeneità della situazione giuridica non può legittimare un comportamento che priva addirittura gli artisti della possibilità di esercitare i loro diritti in un altro Stato membro. GVL ha eretto per gli artisti, tramite il suo rifiuto, un ostacolo al conseguimento di un compenso per lo sfruttamento secondario delle loro esecuzioni.

(60) Non può inoltre essere accolta l'obiezione, addotta da GVL, che un obbligo di tutela a favore degli artisti stranieri costituirebbe una discriminazione nei confronti degli artisti tedeschi, che non usufruiscono di diritti a compenso all'estero. L'obbligo di tutela posto dalle norme di concorrenza deriva infatti dai diritti a compenso degli artisti stranieri per lo sfruttamento secondario in Germania.

Un simile obbligo di tutela varrebbe, anche per altre imprese analoghe in posizione dominante sul mercato, negli altri Stati membri, qualora artisti tedeschi fossero in tali Stati membri titolari di diritti a compenso, oppure qualora gli artisti tedeschi venissero discriminati da tali imprese, nei confronti di altri artisti, a motivo della loro nazionalità.

L'imposizione a GVL di un obbligo di tutela degli artisti stranieri non discriminerebbe pertanto gli artisti tedeschi, ma realizzerebbe invece, per l'appunto, la parità di trattamento di tutti gli artisti le cui esecuzioni sono state diffuse in Germania.

7. *Effetti sugli scambi tra Stati membri*

(61) L'abuso della posizione dominante ad opera di GVL pregiudica inoltre il commercio tra Stati membri.

(62) Ai sensi delle norme di concorrenza, per commercio s'intendono tutte le attività professionali ed economiche, compresa la prestazione di servizi (vedi sentenza della Corte di giustizia nella causa 155/73, Sacchi). A questo proposito assume rilievo unicamente la questione se il comportamento di GVL sia stato, indirettamente e direttamente, in atto o in potenza, tale da porre a repentaglio la libertà del commercio o la libera circolazione dei servizi, ostacolando la realizzazione degli obiettivi di un mercato unico tra gli Stati membri (vedi sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 1966 — Grundig/Consten, Raccolta 1966, pag. 457).

(63) Il rifiuto di GVL di assumersi la cura e tutela dei diritti degli stranieri privi di domicilio in Germania ma domiciliati in uno degli Stati membri ha fatto ostacolo al realizzarsi di un mercato unico per le prestazioni dei servizi nella Comunità. Detti stranieri non hanno potuto, a differenza dei tedeschi, avvalersi dei servizi di GVL. È stata pertanto impedita, all'interno della Comunità, la libera circolazione internazionale dei servizi che si sarebbe sviluppata senza il rifiuto di GVL. Tale pregiudizio alla libera circolazione dei servizi è stato inoltre sensibile, poiché si è impedito ad un notevole numero di titolari stranieri di tutelare i propri diritti.

Né vale opporre che GVL limitava la propria attività al territorio di un solo Stato membro. Come la Commissione ha stabilito in varie decisioni, un accordo o un comportamento che pur interessi un unico Stato membro può comportare pregiudizio agli scambi qualora eventuali contraenti commerciali di altri Stati membri siano esclusi dall'accordo in questione o dai vantaggi che conseguono al suddetto comportamento [decisione del 29 dicembre 1970 — Piastrelle e mattonelle di ceramica (GU n. L 10 del 13. 1. 1971, pag. 15) e decisione del 23 luglio 1974 — Carte da parati in Belgio (GU n. L 237 del 29. 8. 1974, pag. 3)]. Nel caso di specie non può esservi dubbio che la discriminazione a danno di artisti stranieri aventi domicilio in un altro Stato membro ha pregiudicato direttamente gli scambi poiché ha comportato restrizioni artificiose alla circolazione dei servizi tra GVL nella sua qualità di prestatore di servizi in Germania e gli artisti

stranieri, quali beneficiari di tali servizi in un altro Stato membro, ossia restrizioni alle relazioni economiche fra Stati membri.

(64) Inoltre il pregiudizio finanziario subito dagli artisti stranieri incideva negativamente anche sulla loro posizione sul piano della concorrenza internazionale, in quanto li poneva in una situazione di svantaggio rispetto agli artisti tedeschi o domiciliati in Germania, con i quali erano in concorrenza nella Comunità per le loro esecuzioni; ne risultavano pertanto pregiudicati gli scambi tra gli Stati membri.

INAPPLICABILITÀ DELL'ARTICOLO 90 DEL TRATTATO

(65) In base all'articolo 90, paragrafo 2, del trattato CEE, le imprese incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale sono sottoposte alle norme del trattato stesso, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Imprese private possono ricadere sotto la predetta definizione quando siano state incaricate dalla pubblica autorità della gestione di servizi d'interesse economico generale (vedi sentenza della Corte di giustizia — BRT II). Poiché l'articolo 90, paragrafo 2, consente a determinate condizioni, una deroga alle norme del trattato, la definizione delle imprese in senso che possono avvalersi della predetta disposizione va interpretata restrittivamente.

(66) GVL non è stata incaricata, dai pubblici poteri, tramite atto della pubblica autorità o altrimenti, della prestazione di servizi. È ben vero che l'esercizio della sua attività è soggetto ad autorizzazione dell'autorità, ma la concessione di tale « autorizzazione » non comporta tuttavia il conferimento di alcuna missione specifica. All'atto del rilascio dell'autorizzazione statale si controlla unicamente se la società che richiede l'autorizzazione soddisfa i requisiti posti dalla Ldt per la società intermediaria. Il rilascio dell'autorizzazione non è quindi già di per sé l'attribuzione di determinati compiti; esso consente invece unicamente l'esercizio di una determinata attività. L'autorizzazione, che si limita a rimuovere un divieto stabilito dalla legge, ha una natura giuridica completamente diversa rispetto ad un atto dell'autorità pubblica con il quale vengono affidati ad un'impresa determinati compiti e pertanto determinati obblighi. L'interpretazione restrittiva che è d'uopo dare alla nozione di impresa di cui all'articolo 90, paragrafo 2, esclude pertanto che GVL rientri nella fattispecie prevista da tale disposizione.

(67) Anche ammettendo peraltro che GVL fosse stata « incaricata » della gestione di servizi, tali servizi dovrebbero essere prestati « nell'interesse economico generale ».

(68) GVL si limita a tutelare gli interessi privati degli artisti. La Corte di giustizia delle Comunità europee ha statuito, nella sentenza BRT II, che non si ha tutela di un interesse economico generale allorché un'impresa cura interessi privati, neppure se si tratta di diritti di proprietà tutelati dalla legge. Questo principio vale anche per GVL.

INAPPLICABILITÀ DELL'ARTICOLO 222 DEL TRATTATO

(69) L'obiezione di GVL, secondo cui in base all'articolo 222 del trattato CEE la normativa tedesca in materia di diritti connessi e di attività delle società di tutela verrebbe lasciata « impregiudicata » dalle regole di concorrenza, è inesatta.

(70) Da un lato, infatti, il legislatore tedesco non ha vietato alle società intermediarie di agire per conto di stranieri non domiciliati sul territorio nazionale, bensì ha lasciato impregiudicata tale questione. D'altro lato, l'interpretazione dell'articolo 222 proposta da GVL renderebbe del tutto impossibile l'applicazione delle disposizioni del trattato CEE nel settore della tutela della proprietà industriale. Inoltre, soltanto obbligando GVL a tutelare gli stranieri, si dà a questi ultimi la possibilità di far valere « i loro diritti di proprietà », vale a dire i loro diritti sostanziali a compenso in Germania. I diritti degli artisti tedeschi e degli stranieri residenti non vengono con ciò violati nella loro consistenza giuridica, e il regime tedesco di proprietà rimane, in quanto tale, impregiudicato.

**B. Comportamento dopo il 21 novembre 1980**

(71) GVL ha cessato, con la modifica dello statuto sociale e del modello di contratto di tutela, la sua pratica discriminatoria contro gli artisti privi di cittadinanza tedesca, nella misura in cui si tratta di cittadini degli Stati membri oppure di artisti ivi

domicilati. Il nuovo sistema di ripartizione è in atto il medesimo per gli artisti tedeschi e per gli artisti stranieri.

(72) Ciò nondimeno, l'attuale sistema di ripartizione potrebbe suscitare riserve in quanto in Germania gli artisti partecipano ai proventi per compensi soltanto in proporzione degli onorari per lo sfruttamento primario ad essi versati dal produttore relativamente alla Germania. Vengono pertanto esclusi, ad esempio, i fonogrammi che giungono in Germania per canali distributivi diversi da quelli dichiarati dal produttore, poiché in tal caso egli non paga alcun onorario « relativamente alla Germania ».

(73) Allo stato attuale non va tuttavia ravvisato in ciò alcun abuso. In considerazione delle notevoli difficoltà di ordine pratico, esposte da GVL, poste dal problema di un'equa ripartizione dei compensi, sembra che il sistema scelto da GVL, vale a dire il calcolo effettuato in base all'onorario ricevuto dall'artista relativamente al mercato tedesco, costituisca nelle circostanze attuali il criterio più consentaneo all'esigenza di una ripartizione equa e contenuta nei costi.

APPLICABILITÀ DELL'ARTICOLO 3 DEL REGOLAMENTO N. 17

(74) GVL ha commesso, fino al 21 novembre 1980, un'infrazione. In considerazione della complessità della normativa in materia, essa ritiene di poter continuare ad escludere anche in futuro dalla sua attività di tutela gli artisti privi di cittadinanza tedesca o di domicilio in Germania. Per acclarare la situazione giuridica, anche nei confronti dei ricorrenti, ed allo scopo di escludere in futuro infrazioni identiche o analoghe è pertanto necessaria una decisione.

Ciò risulta tanto più necessario, in quanto si tratta di stabilire inequivocabilmente che le disparità tra gli ordinamenti giuridici degli Stati membri in materia di imprese dominanti non possono costituire una giustificazione per eventuali discriminazioni.

HA ADOTTATO LA PRESENTE DECISIONE :

*Articolo 1*

Il comportamento di GVL fino al 21 novembre 1980, consistente nel rifiuto di concludere contratti di tutela con artisti stranieri che non fossero domiciliati in Germania, nonché nel non tutelare altrimenti i diritti connessi spettanti in Germania a tali artisti, costituisce, in quanto tali artisti fossero cittadini di uno Stato membro della CEE o domiciliati in uno Stato membro, un abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 86 del trattato CEE.

*Articolo 2*

La presente decisione è destinata a Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten, Esplanade 36a, Amburgo.

Fatto a Bruxelles, il 29 ottobre 1981.

*Per la Commissione*

Frans ANDRIESSEN

*Membro della Commissione*