



Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
GIOVANNI PITRUZZELLA
presentate il 16 luglio 2020¹

Causa C-372/19

Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM)
contro
Weareone.World BVBA,
Wecandance NV

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dall'Ondernemingsrechtbank Antwerpen [tribunale delle imprese, Anversa (Belgio)]

«Rinvio pregiudiziale – Concorrenza – Articolo 102 TFUE – Abuso di posizione dominante – Nozione di “prezzo non equo” – Compensi riscossi da un organismo di gestione collettiva dei diritti d'autore per la comunicazione al pubblico di opere musicali protette dal diritto d'autore nel corso di festival – Metodo di calcolo»

1. Con il rinvio pregiudiziale oggetto delle presenti conclusioni l'Ondernemingsrechtbank Antwerp [tribunale delle imprese, Anversa(Belgio)] pone alla Corte una questione pregiudiziale vertente sull'interpretazione dell'articolo 102 TFUE. Tale questione è sorta nel quadro di due controversie, la prima tra la Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (in prosieguito: la«SABAM») e la società Weareone.World BVBA (in prosieguito: «W.W»), la seconda tra la SABAM e la società Wecandance NV (in prosieguito: «WCD»), aventi ad oggetto i compensi percepiti dalla SABAM per l'utilizzazione di opere musicali appartenenti al suo repertorio nel corso dei festival organizzati da W.W e WCD.

I. Contesto giuridico

A. Diritto dell'Unione

2. Ai sensi dell'articolo 102, primo comma, TFUE «[è] incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo». In base al secondo comma, lettera a) di detto articolo tali pratiche abusive possono consistere in particolare «nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque».

¹ Lingua originale: l'italiano.

3. La direttiva 2014/26², adottata sulla base degli articoli 50, paragrafo 1, 53, paragrafo 1, e 62 TFUE ed entrata in vigore il 9 aprile 2014, si prefigge quali obiettivi principali di migliorare la capacità dei membri degli organismi di gestione collettiva di esercitare un controllo sulle attività degli stessi organismi, di garantire una sufficiente trasparenza da parte di tali organismi e di migliorare la concessione delle licenze multiterritoriali dei diritti d'autore di opere musicali per l'uso online³. A tal fine, essa stabilisce in particolare i requisiti necessari per garantire il buon funzionamento della gestione dei diritti d'autore e dei diritti connessi da parte degli organismi di gestione collettiva⁴. L'articolo 16 di tale direttiva, intitolato «Concessione delle licenze», inserito nel Capo 4, consacrato alle «Relazioni con gli utilizzatori», dispone, al paragrafo 2:

«Le condizioni di concessione delle licenze sono basate su criteri oggettivi e non discriminatori. (...).

I titolari dei diritti ricevono una remunerazione adeguata per l'uso dei diritti. Le tariffe relative a diritti esclusivi e a diritti al compenso sono ragionevoli in rapporto, tra l'altro, al valore economico dell'utilizzo dei diritti negoziati e tengono 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. Gli organismi di gestione collettiva informano gli utenti interessati in merito ai criteri utilizzati per stabilire tali tariffe».

B. Diritto nazionale

4. L'articolo IV.2 del Wetboek van economisch recht (codice di diritto economico) ha il medesimo contenuto dell'articolo 102 TFUE.

5. La direttiva 2014/26 è stata trasposta in diritto belga dalla Wet van 8 juni 2017 tot omzetting in Belgisch recht van de richtlijn 2014/26 (legge dell'8 giugno 2017 che traspone in diritto belga la direttiva 2014/26)⁵, entrata in vigore il 1° gennaio 2018. L'articolo 63 di tale legge ha modificato l'articolo XI.262 del codice di diritto economico, il quale prevede, al paragrafo 1, che «le condizioni di concessione delle licenze riposano su criteri oggettivi e non discriminatori. (...). Gli aventi diritto percepiscono una remunerazione appropriata per l'utilizzazione dei diritti. Le tariffe applicate per i diritti esclusivi e i diritti a remunerazione sono ragionevoli, riguardo, tra l'altro al valore economico dell'utilizzazione dei diritti negoziati, tenuto conto della natura e dell'ampiezza dell'utilizzazione delle opere e prestazioni, oltre che del valore economico del servizio fornito dall'organismo di gestione. Le società di gestione informano l'utilizzatore interessato dei criteri utilizzati per fissare tali tariffe».

6. In virtù dell'articolo XI.248 del Codice di diritto economico, nella versione applicabile ai fatti dei procedimenti principali, «le società di gestione gestiscono i diritti nell'interesse degli aventi diritto. Tale gestione deve essere condotta in modo equo, diligente, efficace e non discriminatorio. (...)».

7. Conformemente all'articolo XI.279 del Codice di diritto economico, un servizio di controllo delle società di gestione dei diritti d'autore e dei diritti vicini, che fa parte della direzione generale dell'ispezione economica del Servizio pubblico federale Economia (FOD Economie), esercita una sorveglianza, in particolare, sulle regole di percezione, di tariffazione e di ripartizione adottate da tali società.

2 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 online nel mercato interno (GU 2014, L 84, pag. 72).

3 V., in particolare, i considerando 7, 8, 9 e 55 della direttiva 2014/26.

4 V. articolo 1, prima frase, della direttiva 2014/26.

5 B.S./M.B., 26 giugno 2017.

II. Procedimenti principali e questione pregiudiziale

8. La SABAM, ricorrente nei procedimenti principali, è un organismo di gestione dei diritti d'autore ai sensi della legislazione belga. Le società convenute, W.W e WCD, sono le organizzatrici, rispettivamente, dei festival musicali *Tomorrowland* e *Wecandance*.

9. La remunerazione per l'utilizzazione del repertorio della SABAM nel corso di festival musicali⁶ è determinata sulla base della cosiddetta «tariffa 211» che, all'epoca dei fatti dei procedimenti principali, comportava due diversi criteri di tariffazione. Il primo prevedeva l'applicazione di una tariffa minima calcolata sulla base della superficie sonora o del numero di posti a sedere. Il secondo, applicabile quando conduceva a compensi più elevati, consisteva in una tariffa digressiva per scaglioni calcolati sull'importo più elevato tra il budget artistico⁷ e l'incasso lordo prodotto dalla vendita dei biglietti, inclusi quelli offerti agli sponsor. Emerge dal fascicolo che le aliquote applicate variavano dal 6% al 2,50% (3,25% per il 2017) e si applicavano a 8 (9 a partire dal 2017) scaglioni di fatturato che andavano da EUR 0,01 a più di EUR 3 200 000. Le diverse versioni della tariffa 211 prevedevano la deduzione di alcune spese dall'importo assunto come base, in particolare, le spese di prenotazione, l'IVA e le tasse comunali⁸. Su tale tariffa erano applicate delle riduzioni sulla base della regola 1/3-2/3, in base alla quale: i) se meno di un terzo dei brani musicali eseguiti rientravano nel repertorio della SABAM, quest'ultima applicava un terzo della tariffa; ii) se più di un terzo e meno di due terzi delle opere eseguite rientrava in tale repertorio, la SABAM applicava due terzi della tariffa; iii) nei restanti casi, veniva applicata la tariffa piena. Condizione per ottenere dette riduzioni era la produzione, da parte dell'organizzatore dell'evento, della lista delle opere musicali eseguite. Tale lista doveva essere prodotta al più tardi 10 giorni prima dell'evento o, a partire dal 2017 e per le opere eseguite live da DJ, fino a 30 giorni dopo l'evento, a condizione che l'organizzatore si rivolgesse ad un'impresa di controllo approvata dalla SABAM.

10. Con diversi atti di citazione⁹, la SABAM reclama alle convenute il pagamento dei diritti per l'utilizzazione del suo repertorio musicale nel corso delle edizioni del 2014, del 2015 e del 2016 del festival *Tomorrowland*¹⁰ e delle edizioni dal 2013 al 2016 per quanto riguarda il festival *Wecandance*¹¹.

6 Emerge dal fascicolo che, sebbene la definizione della nozione di «festival» sia variata nelle diverse edizioni della tariffa 211, tale nozione ha sempre rinviato all'organizzazione di una serie di concerti dati da almeno cinque gruppi o artisti al giorno, ciascuno con il proprio programma. In alcuni casi veniva richiesta una tematica comune e una cadenza annuale.

7 Emerge dal fascicolo che, nelle versioni del 2014 e del 2016 della tariffa 211, la nozione di budget artistico era definita come l'importo messo a disposizione degli artisti per l'esecuzione del loro programma. Nella versione del 2017 sono state aggiunte anche le spese tecniche per la luce e per il suono rimborsate agli artisti.

8 Nella versione del 2017 si sono aggiunte le spese di trasporto pubblico.

9 Il giudice del rinvio indica che le cause introdotte dalla SABAM nei confronti di W.W e WCD non sono state riunite, ma saranno definite con un'unica decisione.

10 Il giudice del rinvio rileva che, fin dalle prime edizioni del festival *Tomorrowland*, la SABAM e W.W sono entrate in disaccordo circa il livello della remunerazione dovuta alla prima. Dopo una transazione nel 2008, e una nuova controversia relativa alle edizioni del 2011 e del 2014, nel 2015, il tribunale di Anversa ha dichiarato fondata la richiesta di pagamento avanzata dalla SABAM per le edizioni di *Tomorrowland* del 2011 e del 2013. A seguito di tale decisione, il 30 luglio 2015, la SABAM e W.W hanno concluso una nuova transazione avente ad oggetto i compensi dovuti alla prima, oltre che per le edizioni del festival del 2011 e del 2013, anche per quella del 2014. Esse hanno convenuto, in particolare, che i due terzi dell'importo relativo al 2014 fossero versati direttamente alla SABAM e che un terzo fosse bloccato su un conto bancario in attesa della soluzione della controversia sorta nel frattempo sulla percentuale del repertorio della SABAM utilizzato nel corso di tale edizione. Per quanto concerne gli anni 2015 e 2016, se in un primo momento W.W ha accettato la tariffa applicata dalla SABAM, essa ha successivamente contestato le fatture emesse da quest'ultima. La SABAM chiede il pagamento di EUR 194 925,29 per l'edizione del festival *Tomorrowland* del 2014, di EUR 259 072,42 EUR per l'edizione del 2015 e di EUR 283 726,99 per l'edizione del 2016, più i relativi interessi. La SABAM chiede anche che W.W le comunichi il numero di biglietti VIP venduti per l'edizione del 2016 e il relativo prezzo. W.W formula una domanda riconvenzionale al fine di far dichiarare, a titolo principale, che nessun importo è dovuto alla SABAM per le edizioni del festival *Tomorrowland* dal 2014 al 2016 e di ottenere la liberazione dei fondi accantonati per l'edizione del 2014 nonché il rimborso di EUR 16 236,00 per l'edizione del 2016. A titolo subordinato, W.W chiede che sia nominato un esperto al fine di stabilire la parte di opere del repertorio della SABAM che sono state eseguite nel corso delle edizioni del 2014, del 2015 e del 2016.

11 Il giudice del rinvio precisa che, per l'edizione del 2013, la SABAM ha applicato la tariffa 105 e, a partire dalla seconda edizione, la tariffa 211. WCD ha proceduto al versamento degli importi richiesti, contestandoli tuttavia successivamente. Per le edizioni del 2015 e del 2016, WCD ha utilizzato il repertorio della SABAM senza autorizzazione. Gli importi relativi a tali edizioni, anch'essi contestati da WCD, sono pertanto stati fissati dalla SABAM sulla base delle proprie constatazioni. La SABAM chiede la condanna di WCD al pagamento di EUR 27 359,04 e di EUR 38 550,45 EUR, più i relativi interessi. WCD formula una domanda riconvenzionale al fine di sentir condannare la SABAM al rimborso di EUR 7 897, 00 e di EUR 13 349,78, più relativi interessi.

11. Dinanzi al giudice del rinvio W.W e WCD hanno contestato la validità della tariffa 211 che ritengono iniqua in quanto non corrispondente al valore economico della prestazione fornita dalla SABAM. Da un lato, esse fanno valere che la regola 1/3-2/3 sulla base della quale vengono applicati gli sconti non è sufficientemente precisa e che esistono tecnologie che permettono di identificare con maggiore esattezza le opere del repertorio della SABAM eseguite nel corso del festival e la loro durata¹². Dall'altro, esse contestano il calcolo della tariffa sulla base del budget artistico o dell'incasso lordo, senza previa deduzione delle spese non direttamente legate alla musica. Alla luce di tali elementi, il sistema di tariffazione adottato dalla SABAM relativamente ad eventi quali quelli organizzati dalle convenute nei procedimenti principali costituirebbe un abuso di posizione dominante vietato ai sensi dell'articolo 102 TFUE.

12. È pacifico che la SABAM detiene in Belgio un monopolio di fatto sul mercato della percezione e della ripartizione dei diritti d'autore sulla riproduzione e la comunicazione al pubblico di opere musicali.

13. Il giudice del rinvio rileva che è impossibile calcolare con precisione il valore economico dei diritti d'autore legati all'esecuzione di opere musicali nel quadro di eventi quali quelli in questione nei procedimenti principali, poiché un tale calcolo necessiterebbe di prendere in considerazione l'attrattività e la popolarità di ciascun brano eseguito. La determinazione della remunerazione dovuta all'organismo di gestione dei diritti d'autore sarebbe dunque necessariamente il frutto di un'approssimazione. Tuttavia, tale giudice si chiede quale sia il livello di precisione richiesto affinché tale remunerazione non sia considerata iniqua e se il sistema di tariffazione adottato dalla SABAM, dati gli elementi contestati dalle convenute, sia compatibile con l'articolo 102 TFUE.

14. È in tale contesto che l'Ondernemingsrechtbank Antwerp (tribunale delle imprese, Anversa) ha sospeso il procedimento e ha sottoposto alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se l'articolo 102 TFUE, eventualmente in combinato disposto con l'articolo 16 della direttiva [2014/26], debba essere interpretato nel senso che si configura abuso di posizione dominante qualora una società di gestione di diritti d'autore, che in uno Stato membro ha un monopolio di fatto, applichi agli organizzatori di eventi musicali, per il diritto di comunicazione al pubblico di opere musicali, un modello di compenso, fondato tra l'altro sul fatturato,

1. utilizzando una tariffa forfettaria in scaglioni, invece di una tariffa che tenga conto (utilizzando le sofisticate attrezzature tecniche) della quota precisa del repertorio tutelato dalla società di gestione nella musica ascoltata durante l'evento,

2. che fa dipendere i compensi delle licenze anche da elementi esterni, come, inter alia, il prezzo di ingresso, il prezzo delle consumazioni, il budget artistico per gli esecutori e il budget per altri elementi, come la scenografia».

III. Procedimento dinanzi alla Corte

15. Hanno presentato osservazioni scritte ai sensi dell'articolo 23 dello Statuto della Corte la SABAM, W.W, WCD, i governi belga e francese e la Commissione europea. Tali parti e interessati, ad eccezione del governo francese, hanno esposto le loro osservazioni orali nel corso dell'udienza tenutasi il 27 maggio 2020.

¹² W.W e WCD fanno in particolare riferimento al programma «DJ Monitor».

IV. Analisi

1. Osservazioni preliminari

16. La questione dei criteri di determinazione della remunerazione per l'utilizzo delle opere musicali facenti parte del repertorio della SABAM nel corso di festival musicali è da tempo al centro di una serie di controversie che vedono opporsi la società di gestione e gli organizzatori di tali eventi. Uno dei capitoli più recenti di tale saga, è costituito dalla decisione del 12 aprile 2018 con cui, su istanza introdotta da diverse società organizzatrici di festival (tra cui non figurano le convenute nei procedimenti principali) e dalla federazione che le rappresenta, il Voorzitter van de Nederlandstalige rechtbank van koophandel te Brussel (presidente del tribunale neerlandofono di commercio di Bruxelles, Belgio) ha constatato una violazione dell'articolo 102 TFUE da parte della SABAM con riferimento, tra l'altro, agli elementi della tariffa applicata ai festival contestati da W.W e WCD nei procedimenti principali¹³. A seguito di tale decisione, come esposto dal giudice del rinvio, la SABAM ha modificato, sembrerebbe in modo solo temporaneo, il sistema di sconti variabili in funzione della quantità di opere del suo repertorio eseguite nel corso del festival, sostituendo la regola 1/3-2/3 con una suddivisione per scaglioni del 10%. È stata anche prevista la deducibilità dall'incasso lordo delle spese per servizi di sicurezza professionale e di aiuto pubblico fino al 50% del loro totale. Emerge, inoltre, dal fascicolo che la SABAM ha introdotto un ricorso contro detta decisione dinanzi all'Hof van beroep te Brussel (Corte d'appello di Bruxelles, Belgio), la quale si è pronunciata con sentenza del 10 aprile 2019 sollecitando un parere della Commissione sull'applicazione dell'articolo 102 TFUE alla struttura tariffaria della SABAM e delle altre società di gestione che perseguono obiettivi analoghi e detengono un monopolio in altri Stati membri dell'Unione. Tale giudice chiede inoltre alla Commissione di informarlo circa l'esistenza di istanze in corso in altri Stati membri simili a quella pendente dinanzi ad esso o di qualunque misura eventualmente esaminata a livello europeo. La Commissione ha reso il suo parere l'8 maggio 2020. Tale parere è stato acquisito al presente procedimento tramite una misura ai sensi dell'articolo 62 del regolamento di procedura della Corte.

17. Poiché oggetto della questione pregiudiziale posta dal giudice del rinvio è se l'applicazione di un determinato metodo di calcolo di un prezzo – nella specie i compensi dovuti a un organismo di gestione collettiva dei diritti d'autore per la comunicazione al pubblico di opere musicali appartenenti al suo repertorio – è abusivo, entra anzitutto in linea di conto l'articolo 102, secondo comma, lettera a), TFUE che, come si è visto, vieta l'imposizione, da parte di un'impresa dominante, di «prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque».

18. Nelle presenti conclusioni analizzerò anzitutto la giurisprudenza della Corte sui prezzi iniqui con particolare riferimento alle tariffe delle società di gestione di diritti d'autore. Procederò in seguito ad esaminare, separatamente e alla luce dei principi enucleati, gli elementi della struttura tariffaria della SABAM evidenziati nella questione pregiudiziale, sui quali il giudice del rinvio chiede alla Corte chiarimenti. Comincerò dal metodo di definizione dell'importo di base al quale si applica l'aliquota che determina i compensi dovuti alla SABAM, vale a dire dall'elemento menzionato nella seconda parte della questione pregiudiziale. Successivamente considererò il sistema di riduzioni forfettarie cui il giudice del rinvio si riferisce nella prima parte della sua questione pregiudiziale.

¹³ La decisione del presidente del tribunale di commercio di Bruxelles contestava altresì alla SABAM un aumento della tariffa applicata ai festival di circa il 37% e l'applicazione di una tariffa minima eccessivamente elevata. La SABAM sarebbe stata anche condannata al pagamento di penalità di mora dell'ammontare di EUR 5 000 al giorno, fino a un massimo di EUR 1 000 000, in caso di non ottemperanza a tale decisione, v. https://www.rtbfb.be/pure/article/detail_dans-leur-conflit-avec-la-sabam-les-festivals-obtiennent-gain-de-cause?id= 9894749.

19. Nelle sue osservazioni scritte, la Commissione ha toccato anche la questione dell'eventuale carattere discriminatorio, ai sensi dell'articolo 102, secondo comma, lettera c), TFUE, della struttura tariffaria adottata dalla SABAM. Alcuni degli argomenti avanzati nel corso dell'udienza da W.W hanno altresì indirettamente fatto riferimento a un'ipotesi di prezzi discriminatori. Non mi pronuncerò tuttavia su tale questione, poiché non emerge dalla decisione di rinvio che l'Ondernemingsrechtbank Antwerp (tribunale delle imprese, Anversa) abbia inteso interrogare la Corte anche su questo punto.

20. Infine, se la questione pregiudiziale verte altresì sull'articolo 16 della direttiva 2014/26, l'Ondernemingsrechtbank Antwerp (tribunale delle imprese, Anversa) sollecita dalla Corte chiarimenti unicamente sull'interpretazione della nozione di abuso di posizione dominante, nozione che non figura, quanto meno espressamente, nella direttiva 2014/26. Mi limiterò dunque nella mia analisi a considerare l'articolo 102 TFUE e, in particolare, la fattispecie prevista al secondo comma lettera a), di tale articolo.

2. Giurisprudenza sull'abuso di posizione dominante consistente nell'imposizione di prezzi eccessivi e sua applicazione alle tariffe degli organismi di gestione collettiva dei diritti d'autore

a) L'accertamento dell'esistenza di prezzi non equi

21. Contrariamente a quanto avviene in altri sistemi giuridici, come quello statunitense, il diritto europeo della concorrenza annovera, come si è visto, tra gli illeciti anticoncorrenziali un'ipotesi di abuso di posizione dominante che consiste «nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque». Questo tipo di illecito anticoncorrenziale ha avuto nella prassi della Commissione e delle autorità nazionali di concorrenza un'utilizzazione che è stata per lungo tempo assai limitata. Tuttavia negli ultimi anni si è assistito ad un revival dell'impiego della figura dei «prezzi non equi», com'è dimostrato dal crescere dei casi trattati dalle autorità nazionali di concorrenza e dalla Commissione, come anche dalle cause portate davanti alla Corte di giustizia. Questi casi hanno riguardato soprattutto i prezzi dei farmaci e le tariffe applicate dagli organismi di gestione collettiva dei diritti d'autore¹⁴.

22. Per spiegare questa situazione (ritrosia all'impiego della figura e successivamente la sua espansione con riguardo però a settori economici determinati), bisogna partire dall'osservare che l'individuazione di un prezzo come ingiusto e perciò contrario al diritto della concorrenza è operazione assai difficile in cui si annida il rischio di falsi positivi (che si verificano quando erroneamente si ritiene che un prezzo sia superiore al prezzo concorrenziale) o peggio la torsione del diritto della concorrenza in una forma di dirigismo economico che sostituisce alla dinamica dei mercati un assetto delle relazioni economiche che corrisponde alle preferenze soggettive del regolatore. Inoltre, la riduzione dei margini di guadagno può tradursi in un disincentivo al miglioramento della qualità del prodotto o del servizio, all'innovazione e all'ingresso di nuovi concorrenti. Quindi, in definitiva ad una perdita in termini di benessere del consumatore, cioè del principale (secondo alcuni unico) obiettivo del diritto della concorrenza.

¹⁴ Nel settore farmaceutico, diverse autorità antitrust nazionali hanno riscontrato pratiche di prezzi sleali e abusive, segnatamente in Italia (caso *Aspen*, decisione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 29 settembre 2016, caso *Aspen*), nel Regno Unito (caso *Pfizer/Flynn*, decisione della Competition and Markets Authority del 7 dicembre 2016) e in Danimarca (caso *CD Pharma*, Decisione del Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen del 31 gennaio 2018); a livello europeo, nel maggio 2017, la Commissione ha avviato un'indagine formale riguardo all'applicazione, da parte di Aspen Pharma, di prezzi non equi in relazione a medicinali antitumorali nel SEE (ad eccezione dell'Italia); si veda anche la Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo «Applicazione delle norme sulla concorrenza nel settore farmaceutico» (2009-2017), del 28 gennaio 2019, COM(2019) 17 final, punto 4.2. Per quanto riguarda il settore della gestione collettiva dei diritti d'autore si veda per un excursus delle decisioni di autorità antitrust nazionali il dossier accessibile su <https://www.concurrences.com/fr/bulletin/special-issues/collecting-societies/collecting-societies-and-competition-law-an-overview-of-eu-and-national-case>; a livello europeo, si veda la giurisprudenza citata ai paragrafi da 39 a 44 delle presenti conclusioni.

23. Normalmente in un mercato concorrenziale i prezzi elevati vengono corretti dal fatto che proprio il loro livello elevato attrae nuovi operatori e quindi un aumento dell'offerta e la conseguente diminuzione del prezzo. In questo modo il mercato si autocorregge. Questa è l'impostazione seguita da tutte le correnti di pensiero economico che sottolineano la capacità dei mercati di autocorreggersi ed è stata promossa dalla scuola di Chicago che ha fortemente influenzato la prassi antitrust nordamericana.

24. Non sempre, però, è possibile l'autocorrezione del mercato. Non lo è, innanzi tutto, in tutti quei casi in cui esistono barriere giuridiche all'ingresso di altri operatori, come si verifica in presenza di un monopolio legale. Vi è pure il caso del monopolio di fatto, in mercati dove molteplici fattori – quali le abitudini di consumo, la non sostituibilità del prodotto o del servizio del monopolista con altri analoghi, gli effetti di lock-in, gli «effetti di rete» nei mercati a più versanti, le economie di scala di cui gode il monopolista – possono rendere oltremodo difficile l'ingresso di nuovi competitori.

25. Per certi prodotti, poi, non è vero che esiste un limite di prezzo oltre il quale il consumatore non è disposto a pagare, con la conseguenza che in questi casi non ci sono ostacoli all'introduzione di prezzi eccessivi. Di fronte a un farmaco salvavita, per esempio, l'unico limite all'acquisto è dato dalla capacità economica dell'acquirente (sia esso il singolo paziente o i servizi sanitari nazionali). Ma, anche quando sono in gioco valori meno fondamentali della vita umana, vi possono essere fattori culturali o comportamentali che spingono molto in alto il prezzo che il consumatore è disposto a pagare. Per assistere al concerto di una rock-star di fama planetaria, che costituisce l'idolo di milioni di giovani, il prezzo può trovare l'unico limite nelle risorse economiche di cui dispone il singolo fan.

26. In casi, come quelli descritti nei due paragrafi precedenti, il non intervento da parte del diritto della concorrenza dà luogo a dei falsi negativi, perché, muovendo dall'idea dell'autocorrezione del mercato, un prezzo verrebbe erroneamente considerato non superiore al prezzo concorrenziale. In casi del genere non c'è soltanto una distorsione della concorrenza, ma c'è qualcosa di più. Ci può essere, infatti, un attacco ad alcuni valori di fondo delle nostre società, come l'eguaglianza dei cittadini per cui le differenze nel godimento di determinati beni ritenuti fondamentali non può dipendere, oltre un certo limite, dalla capacità di reddito senza minare la coesione della società. La tutela della salute, e quindi la disponibilità di farmaci ritenuti essenziali, oppure l'accesso a certi consumi culturali sono, nelle nostre società, tratti costitutivi dell'appartenenza alla comunità di cittadini. In questi campi, perciò, si manifesta con più intensità la tematica del «prezzo ingiusto». E ciò avviene soprattutto in periodi di crisi economica o in cui esiste una maggiore sensibilità sociale nei confronti delle disuguaglianze. La figura dei prezzi eccessivi connota il diritto europeo della concorrenza proprio perché esso si colloca in un sistema giuridico e si nutre di una cultura economica che fa riferimento alla «economia sociale di mercato» (articolo 3, paragrafo 3, TUE).

27. Da quanto premesso discende che la Commissione, le autorità nazionali di concorrenza e i giudici nazionali, quando applicano la nozione di prezzo eccessivo si muovono in una sorta di letto di Procuste. Da una parte il rischio di un *over-enforcement* antitrust, alimentato dai falsi positivi, che in definitiva pregiudicano l'efficienza e lo stesso benessere del consumatore, dall'altro il rischio di *under-enforcement*, a causa dei falsi negativi, che oltre a pregiudicare il benessere del consumatore possono avere, come si è detto nel paragrafo precedente, delle conseguenze negative di portata più vasta.

28. Per muoversi in uno spazio così difficile la Corte ha individuato dei metodi che sono stati specificati nella successiva evoluzione giurisprudenziale. Alla luce di questa giurisprudenza si può ricostruire un quadro abbastanza preciso dei metodi e dei criteri che devono essere impiegati per qualificare un prezzo come iniquo e contrario all'articolo 102, secondo comma lettera a), TFUE. Di essi si è diffusamente occupato l'avvocato generale Wahl nelle sue conclusioni relative alla causa

Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra – Latvijas Autoru apvienība¹⁵, che si condividono e si richiamano, integrandole con alcune considerazioni maggiormente legate alle caratteristiche della causa oggetto delle presenti conclusioni.

29. Il *leading case* della Corte in materia di prezzi non equi è costituito dalla celebre sentenza del 14 febbraio 1978, *United Brands e United Brands Continental/Commissione*¹⁶ (in prosieguito: la «sentenza *United Brands*»)¹⁷, in cui, come già in precedenza nella sentenza del 13 novembre 1975, *General Motors Continental/Commissione*¹⁸, la Corte definisce «eccessivo» il «prezzo privo di ogni ragionevole rapporto con il valore economico della prestazione fornita»¹⁹. Non ogni prezzo elevato praticato da un'impresa in posizione dominante in un determinato mercato è dunque eccessivo e contrario all'articolo 102 TFUE, ma lo sono solamente quei prezzi che sono «sproporzionati» o «esorbitanti».

30. Come stabilire se il prezzo manca di ogni ragionevole rapporto con il valore economico della prestazione fornita? La Corte, a tale scopo, ha delineato, nella sentenza *United Brands*, un test che si svolge in due fasi, la prima delle quali consiste nello stabilire se vi sia una differenza significativa, ossia una sproporzione, tra il prezzo effettivamente praticato nel mercato rilevante dall'impresa dominante e il prezzo che l'impresa avrebbe ipoteticamente praticato in caso di concorrenza effettiva in tale mercato (prezzo di riferimento). La Corte precisa che tale sproporzione può essere valutata obiettivamente prendendo in considerazione l'entità del margine di profitto dell'impresa dominante, data dal rapporto tra il costo di produzione sostenuto da tale impresa e il prezzo da essa imposto. In caso di risposta affermativa, la seconda fase del test mira ad «accertare se sia stato imposto un prezzo non equo, sia in assoluto, sia rispetto ai prodotti concorrenti»²⁰ (in prosieguito: il «test *United Brands*»).

31. In base a tale test, la sola constatazione di una sproporzione tra prezzo e costi di produzione e di un margine di profitto eccessivo non implica dunque automaticamente che il prezzo sia iniquo, vale a dire privo di ogni ragionevole rapporto con il valore economico della prestazione fornita. Per giungere a tale conclusione è necessario procedere alla seconda fase dell'analisi, che richiede di valutare se la differenza constatata tra prezzo e costi di produzione sia di per sé rivelatrice di un prezzo non equo ovvero se l'iniquità emerga da una comparazione con i prezzi praticati da imprese concorrenti²¹. Mentre la valutazione condotta nel quadro della prima tappa del test e quella del carattere iniquo *per se* del prezzo, effettuata nell'ambito della seconda tappa, si focalizzano, in sostanza, sul margine di profitto dell'impresa dominante, la comparazione con i prezzi di prodotti concorrenti introduce una valutazione basata su un termine di raffronto.

32. L'analisi prezzi-costi di produzione prevista dal test *United Brands*, così come i metodi alternativi di determinazione del margine di profitto, richiedono, nella maggior parte dei casi, indagini complesse e giungono a risultati spesso solo approssimativi.

¹⁵ C-177/16, EU:C:2017:286 (in prosieguito: le «conclusioni dell'avvocato generale Wahl nella causa AKKA/LAA»).

¹⁶ 27/76, EU:C:1978:22.

¹⁷ La causa che ha dato luogo a tale sentenza aveva ad oggetto il ricorso introdotto dal più importante gruppo mondiale dell'epoca nel settore delle banane, la *United Brands Company* (in prosieguito: «UBC»), contro la decisione con cui la Commissione aveva concluso, tra l'altro, per il carattere eccessivo dei prezzi praticati dall'affiliata europea del gruppo nei confronti di alcuni dei suoi clienti. La Commissione era giunta a tale conclusione dopo aver proceduto ad una comparazione tra i prezzi praticati da UBC sul mercato tedesco, olandese, danese, belga e lussemburghese e quelli praticati sul mercato irlandese, da cui emergeva che i primi erano significativamente superiori ai secondi.

¹⁸ 26/75, EU:C:1975:150, punto 12.

¹⁹ V. punto 250 della sentenza *United Brands*. Tale definizione è stata ripresa in numerose pronunce successive, v., ad esempio, sentenze dell'11 novembre 1986, *British Leyland/Commissione* (226/84, EU:C:1986:421, punti 27 e 28), del 17 luglio 1997, *GT-Link* (C-242/95, EU:C:1997:376, punto 39), del 17 maggio 2001, *TNT Traco* (C-340/99, EU:C:2001:281, punto 46), del 27 febbraio 2014, *OSA* (C-351/12, EU:C:2014:110, punto 88), dell'11 dicembre 2008, *Kanal 5 e TV 4* (C-52/07, EU:C:2008:703, punto 28), e, da ultimo, sentenza del 14 settembre 2017, *Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra - Latvijas Autoru apvienība* (C-177/16, EU:C:2017:689, punto 35, in prosieguito la «sentenza AKKA/LAA»).

²⁰ V. punto 252 della sentenza *United Brands*. V. anche sentenza AKKA/LAA, punto 36.

²¹ Tali valutazioni non devono essere effettuate cumulativamente, v. ordinanza del 25 marzo 2009, *Scippacercola e Terezakis/Commissione* (C-159/08 P, non pubblicata, EU:C:2009:188, punto 47).

33. Per tale motivo, la giurisprudenza e la prassi della Commissione hanno riconosciuto rilievo autonomo anche ad altri metodi di analisi²², basati, come previsto nella seconda fase del test *United Brands*, su un raffronto tra il prezzo ritenuto non equo e differenti indici di riferimento, alcuni dei quali tratti dallo stesso mercato rilevante, altri al di fuori di questo. Tali indici sono: i) i prezzi praticati in passato dall'impresa dominante per gli stessi prodotti sullo stesso mercato rilevante²³; ii) i prezzi praticati dall'impresa dominante per prodotti diversi²⁴ o collegati²⁵ o simili²⁶ o nei confronti di differenti tipologie di clienti²⁷; iii) i prezzi praticati dall'impresa dominante per lo stesso prodotto in diverse regioni dello stesso mercato rilevante²⁸ o in altri mercati geografici²⁹; iv) i prezzi praticati da imprese concorrenti non dominanti sullo stesso mercato rilevante³⁰; v) i prezzi praticati da altre imprese per lo stesso prodotto o per prodotti comparabili su altri mercati³¹. La legittimità del ricorso a metodi alternativi alla comparazione tra prezzo e costi di produzione, basati in particolare sul raffronto tra i prezzi applicati nello Stato membro interessato e quelli applicati in altri Stati membri, è stata recentemente confermata dalla Corte nella sentenza *AKKA/LAA* proprio con riferimento alle tariffe degli organismi di gestione dei diritti d'autore³².

34. La scelta della metodologia di analisi più adeguata, come più in generale il giudizio circa l'esistenza di prezzi iniqui³³, deve, secondo la Corte, tener conto di tutte le circostanze che caratterizzano il caso di specie³⁴. Tale scelta dipende, in particolare, dal prodotto o dalla prestazione di cui trattasi, dalle caratteristiche del mercato, dalla disponibilità dei dati rilevanti, dalla categoria delle controparti contrattuali dell'impresa dominante. Così, ad esempio, nella sentenza *United Brands*, la Corte ha osservato come l'analisi prezzi-costi di produzione fosse, tenuto conto del prodotto in causa e dell'accessibilità ai dati relativi alla struttura dei costi di UBS, un criterio maggiormente attendibile rispetto a quello utilizzato dalla Commissione, basato sulla comparazione fra i prezzi praticati da UBS sui mercati nazionali oggetto di indagine e su un mercato nazionale di riferimento, scelto, secondo la Corte, sulla base di valutazioni errate³⁵. In altri casi, invece, come ad esempio nel caso di beni immateriali, un'analisi basata sul raffronto prezzi-costi di produzione potrebbe rivelarsi complessa, oltre che inadeguata a dare conto della realtà economica sottostante.

22 Già nella sentenza *United Brands*, la Corte, pur censurando la Commissione in sostanza per non aver esaminato la struttura dei costi di UBC, ha tuttavia ammesso espressamente che «sono concepibili altri metodi (...) per stabilire se il prezzo di un prodotto non sia equo», v. punto 253 della sentenza *United Brands*.

23 V. sentenza dell'11 novembre 1986, *British Leyland/Commissione* (226/84, EU:C:1986:421, punti 28 e 29), in cui un aumento dei prezzi del 600% senza un apparente aumento dei costi aveva reso inutile un'analisi di questi ultimi e focalizzato l'attenzione sulla differenza tra prezzo presente e prezzo passato.

24 V. sentenza dell'11 novembre 1986, *British Leyland/Commissione* (226/84, EU:C:1986:421, punti 28 e 29).

25 V. decisione della Commissione, del 25 luglio 2001, relativa ad un procedimento ai sensi dell'articolo 82 del trattato CE (Caso n. COMP/C-1/36.915 – *Deutsche Post AG* – Intercettazione di posta transfrontaliera, considerando 160).

26 V., implicitamente, sentenza del 13 luglio 1989, *Tournier* (395/87, EU:C:1989:319, punto 44).

27 V. sentenza dell'11 novembre 1986, *British Leyland/Commissione* (226/84, EU:C:1986:421, punti 28 e 29).

28 V., implicitamente, sentenza *United Brands*, in cui la comparazione effettuata dalla Commissione fra i prezzi di UBC in diversi mercati degli Stati membri è stata censurata solo perché il mercato nazionale di riferimento era stato scelto in base a valutazioni non corrette.

29 V. sentenza dell'8 giugno 1971, *Deutsche Grammophon Gesellschaft* (78/70, EU:C:1971:59, punto 19).

30 V. anche sentenze del 29 febbraio 1968, *Parke, Davis and Co.* (24/67, EU:C:1968:11, pag. 81), e del 5 ottobre 1988, *CICRA e Maxicar* (53/87, EU:C:1988:472), sebbene in entrambi i casi la Corte abbia escluso che la superiorità del prezzo praticato dall'impresa dominante rispetto a quello dei concorrenti fosse sufficiente a delineare un abuso, dato che i prodotti della prima erano protetti da brevetto.

31 V. sentenza del 4 maggio 1988, *Bodson* (30/87, EU:C:1988:225, punto 31) e, da ultimo, sentenza *AKKA/LAA*, punto 38.

32 V. sentenza *AKKA/LAA*, punti 37 e 38.

33 V. sentenza del 13 novembre 1975, *General Motors Continental/Commissione* (26/75, EU:C:1975:150, punto 15).

34 Allo stesso modo, una volta identificato il metodo di analisi, la scelta degli indici di riferimento pertinenti va altresì effettuata tenendo conto dell'insieme delle circostanze che caratterizzano il caso di specie. V., ad esempio, sentenza *AKKA/LAA*, punti 41 e 42, secondo cui la scelta dei mercati di riferimento rispetto ai quali effettuare il raffronto dipende dalle circostanze peculiari di ciascun caso, v. anche sentenza del 28 marzo 1985, *CICCE/Commissione* (298/83, EU:C:1985:150, punti 24 e 25).

35 V. punti da 254 a 261 della sentenza *United Brands*.

35. In altri termini, non esiste, come espressamente riconosciuto dalla Corte nella sentenza AKKA/LAA, un sistema unico adeguato per effettuare un raffronto tra prezzo ritenuto iniquo e prezzo di riferimento, né per definire il quadro di tale raffronto³⁶. La Corte sembra piuttosto privilegiare un approccio basato sul ricorso congiunto a più criteri di raffronto, ciascuno dei quali in grado di fornire indizi dell'esistenza di un prezzo non equo ovvero di confortare o infirmare i dati risultanti dall'applicazione di uno o più altri criteri³⁷.

36. Tale approccio, sostenuto dall'avvocato generale Wahl nelle sue conclusioni nella causa AKKA/LAA, va a mio avviso condiviso. Tutti i metodi di analisi sopra descritti presentano, infatti, limiti intrinseci e, onde evitare risultati di falso positivo o di falso negativo, richiedono una verifica o una correzione attraverso l'impiego di altri criteri che, in base alle circostanze di ciascun caso di specie, si rivelano pertinenti³⁸.

37. Così come non esiste un unico metodo di raffronto tra prezzo ritenuto iniquo e prezzo di riferimento, non esiste una risposta univoca alla questione, fondamentale, di sapere al di sopra di quale soglia la sproporzione tra tali prezzi è suscettibile di dar luogo allo sfruttamento abusivo di una posizione di dominio sul mercato e di richiedere l'intervento delle autorità antitrust. La risposta a tale questione implica, infatti, che sia determinato il valore economico del bene o della prestazione fornita e che sia fissato un margine ragionevole di profitto dell'impresa dominante, operazione che non può logicamente essere effettuata in astratto. La Corte ha in proposito affermato, nella sentenza AKKA/LAA con riferimento al raffronto tra le tariffe praticate dall'impresa dominante in uno Stato membro e quelle praticate negli altri Stati membri, che non esiste «una soglia minima a partire dalla quale una tariffa deve essere qualificata come “significativamente più elevata”, essendo le circostanze specifiche di ciascun caso di specie determinanti a tale riguardo» e che, pertanto, una differenza tra i compensi potrà essere qualificata come «significativa» se è *considerevole e persistente*, vale a dire non temporanea e occasionale³⁹.

38. Nel caso in cui gli indizi raccolti attraverso le diverse metodologie sopra descritte convergano nel senso dell'esistenza di prezzi iniqui, l'impresa dominante ha la possibilità di giustificare la propria struttura dei prezzi e la differenza di livello tra questi ultimi e il prezzo di riferimento basandosi, tra l'altro, sulla differenza tra la situazione del mercato in cui opera e quella dei mercati geografici di riferimento⁴⁰, sulla struttura dei suoi costi di produzione, o ancora sull'esigenza di remunerare il capitale⁴¹ o di recuperare costi supplementari, ad esempio, spese di ricerca e sviluppo⁴², o spese derivanti dall'applicazione di normative nazionali⁴³. La Corte ha tuttavia escluso che eventuali inefficienze dell'impresa dominante possano giustificare l'imposizione di prezzi iniqui⁴⁴.

36 V. sentenza AKKA/LAA, punto 49. V. anche le conclusioni dell'avvocato generale Wahl nella causa AKKA/LAA, paragrafo 36.

37 In questo senso la Corte si è espressa recentemente, nella sentenza AKKA/LAA, punti 38 e 43, riguardo al raffronto tra le tariffe ritenute non eque applicate dall'organismo di gestione dei diritti d'autore in uno Stato membro e quelle praticate dagli organismi analoghi nei soli Stati membri limitrofi o in un campione più ampio di altri Stati membri. Si veda, anche sentenza C-351/12, punti da 87 a 92.

38 Rinvio al riguardo all'analisi svolta nelle conclusioni dell'avvocato generale Wahl nella causa AKKA/LAA, paragrafi da 43 a 45.

39 V. sentenza AKKA/LAA, punti 55 e 56; v., nello stesso senso, conclusioni dell'avvocato generale Wahl nella causa AKKA/LAA, paragrafo 107.

40 In questo senso, v. da ultimo sentenza AKK/LAA, punto 57.

41 V. decisione della Commissione del 23 luglio 2004, case COMP/A.36.568/D3 – Scandlines Sverige AB c. Port of Helsingborg.

42 V. sentenza del 29 febbraio 1968, Parke, Davis and Co. (24/67, EU:C:1968:11, pag. 100) in cui la Corte ha dichiarato che il fatto che il prezzo di un prodotto brevettato sia superiore a quello di un prodotto non brevettato non costituisce necessariamente un abuso; v. anche sentenza del 5 ottobre 1988, CICRA e Maxicar (53/87, EU:C:1988:472, punto 17).

43 V., ad esempio, sentenza AKKA/LAA, punto 59.

44 V. sentenza AKKA/LAA.

b) Giurisprudenza relativa alle tariffe degli organismi di gestione collettiva dei diritti d'autore

39. Il tradizionale monopolio⁴⁵ degli organismi di gestione collettiva dei diritti d'autore ha dato origine a numerosi interventi delle autorità di concorrenza a livello sia nazionale che europeo, aventi ad oggetto, tra l'altro, la politica tariffaria praticata da tali organismi.

40. Nella sentenza del 9 aprile 1987, *Basset*⁴⁶ (in prosieguo: la «sentenza Basset»), in cui era in questione la percezione da parte dell'organismo di gestione dei diritti d'autore francese, la SACEM, di un diritto complementare di riproduzione meccanica che si aggiungeva al diritto di rappresentazione pubblica di opere musicali registrate nelle discoteche, la Corte ha, in sostanza, affermato che i canoni riscossi a titolo di remunerazione del diritto d'autore per una tale rappresentazione, il cui importo è calcolato in base al fatturato della discoteca, devono considerarsi come lo sfruttamento normale di un diritto d'autore e che la loro riscossione non costituisce, di per sé, un abuso di posizione dominante⁴⁷. Essa ha tuttavia precisato che l'ammontare del compenso o dei compensi cumulati fissato da un organismo di gestione collettiva che goda di una posizione dominante sul mercato può essere tale da costituire una pratica abusiva nella misura in cui risulta nell'imposizione di condizioni non eque⁴⁸.

41. Le cause che hanno dato luogo alla sentenza del 13 luglio 1989, *Tournier*⁴⁹ (in prosieguo: la «sentenza Tournier») e *Lucazeau e a.*⁵⁰ (in prosieguo: la «sentenza Lucazeau»), vertevano sul livello dei compensi percepiti dalla SACEM nei confronti delle discoteche, di cui si contestava il carattere notevolmente più elevato rispetto a quello praticato negli altri Stati membri e l'assenza di ogni rapporto con le tariffe praticate nei confronti di altri grossi utilizzatori di musica registrata, quali la televisione e la radio⁵¹. La Corte ha precisato che qualora un'impresa in posizione dominante imponga, per i servizi da essa prestati, tariffe sensibilmente più elevate di quelle praticate negli altri Stati membri e qualora il raffronto dei livelli delle tariffe sia stato effettuato su base omogenea, tale differenza dev'essere considerata come l'indizio di un abuso di posizione dominante. Spetta, in questo caso, all'impresa di cui trattasi giustificare la differenza basandosi sulle diversità obiettive tra la situazione dello Stato membro interessato e quella prevalente in tutti gli altri Stati membri. La Corte ha inoltre affermato che non costituisce una valida giustificazione la circostanza che la percentuale del ricavato dei compensi destinata alle spese di riscossione, di amministrazione e di ripartizione, anziché ai titolari dei diritti d'autore, sia notevolmente più elevata rispetto a quella delle società di gestione stabilite negli altri Stati membri, poiché non è escluso che tale differenza sia la conseguenza di inefficienze dovute alla mancanza di concorrenza sul mercato⁵². Infine, nella sentenza *Tournier*, la Corte ha precisato che la natura globale o forfettaria del compenso percepito può essere messa in discussione alla luce del divieto di pratiche di prezzo iniquo «solo nei limiti in cui altri metodi possano realizzare lo stesso scopo legittimo che è la tutela degli interessi degli autori, compositori ed editori musicali, senza tuttavia comportare un aumento delle spese sostenute per la gestione dei contratti e per la sorveglianza sull'utilizzazione delle opere musicali tutelate»⁵³.

45 Il monopolio degli organismi di gestione, spesso legale, è dovuto essenzialmente alla difficoltà per utilizzatori e titolari dei diritti di negoziare individualmente le licenze di utilizzo delle opere musicali. L'emergenza delle nuove tecnologie digitali sembra tuttavia mettere, almeno, in parte in discussione l'inevitabilità di tali monopoli, v. T.M. LENARD e L.J. WHITE, *Moving Music Licensing Into the Digital Era: More Competition and Less Regulation*, su <https://techpolicyinstitute.org/wp-content/uploads/2015/12/moving-music-licensing-digital-era.pdf> La stessa direttiva 2014/26 predispone un quadro giuridico più favorevole a una maggiore apertura alla concorrenza del mercato della gestione dei diritti d'autore.

46 402/85, EU:C:1987:197, punto 19.

47 V. punti 15, 16, 18, 21.

48 La Corte non era tuttavia chiamata a pronunciarsi sul livello dei compensi.

49 395/87, EU:C:1989:319.

50 110/88, 241/88 e 242/88, EU:C:1989:326.

51 La SACEM percepiva un'aliquota fissa dell'8,25% sulla cifra d'affari, al lordo dell'IVA, della discoteca.

52 V. punti 38 e 42 della sentenza *Tournier* e punti 25 e 29 della sentenza *Lucazeau*.

53 Punto 45 della sentenza *Tournier*. Nella specie, la SACEM si rifiutava di mettere a disposizione delle discoteche solo la parte del suo repertorio da queste effettivamente utilizzata.

42. Nella causa che ha dato luogo alla sentenza dell'11 dicembre 2008, Kanal 5 e TV 4⁵⁴ (in prosieguo: la «sentenza Kanal 5»), in cui era contestata l'iniquità dei canoni per la diffusione televisiva di opere musicali protette dal diritto d'autore applicati dall'organismo svedese di gestione, la STIM, la Corte riprende il principio già espresso nella sentenza Tournier, precisando che tariffe calcolate in funzione delle entrate delle società di telediffusione e del volume di musica telediffusa⁵⁵, di per sé legittime, possono nondimeno avere un carattere abusivo qualora «sussista un altro metodo che consenta di identificare e di quantificare in maniera più precisa l'utilizzo di tali opere nonché l'audience e laddove tale metodo sia idoneo a realizzare lo stesso scopo legittimo che è la tutela degli interessi degli autori, compositori ed editori musicali, senza tuttavia comportare un aumento sproporzionato delle spese sostenute per la gestione dei contratti e per la sorveglianza sull'utilizzazione delle opere musicali tutelate dal diritto d'autore»⁵⁶.

43. Nella sentenza del 27 febbraio 2014, OSA⁵⁷ (in prosieguo: la «sentenza OSA») la Corte riprende e applica simultaneamente i due approcci seguiti nelle sentenze Tournier e Kanal 5. Così, la Corte afferma, da un lato, che il fatto per un organismo di gestione collettiva dei diritti d'autore d'imporre, per i servizi da esso prestati, tariffe sensibilmente più elevate di quelle praticate negli altri Stati membri costituisce, qualora il raffronto dei livelli delle tariffe sia stato effettuato su base omogenea, l'indizio di un abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 102 TFUE e, dall'altro, che un siffatto abuso potrebbe consistere nel praticare un prezzo eccessivo, privo di ogni ragionevole rapporto con il valore economico della prestazione fornita⁵⁸.

44. Infine, nella recente sentenza AKKA/LAA, già più volte richiamata sopra, la Corte ha confermato che il metodo per individuare l'eventuale carattere eccessivo delle tariffe di un organismo di gestione utilizzato nelle sentenze Tournier e Lucazeau e fondato sul raffronto con le tariffe applicate in altri Stati membri, nella specie alcuni Stati limitrofi, scelti secondo criteri obiettivi, adeguati e verificabili, costituisce, qualora tale raffronto sia effettuato su base omogenea e tenendo conto, ove necessario, dell'indice di parità di potere d'acquisto (PPA), una legittima alternativa al test United Brands⁵⁹.

45. Ci si può chiedere, leggendo la sentenza AKKA/LAA, se la Corte abbia definitivamente inteso eleggere il raffronto con le tariffe applicate negli Stati membri di riferimento a metodo esclusivo di analisi, applicabile in tutti i casi in cui si tratti di valutare il carattere eccessivo delle tariffe di un organismo di gestione collettiva dei diritti d'autore su opere musicali. Se il tenore del dispositivo di tale sentenza e la circostanza che la Corte si sia astenuta dal citare la sentenza Kanal 5 parrebbero deporre in tal senso, una siffatta conclusione non risulta invece avallata alla luce dei motivi della sentenza, dai quali emerge che il focus della Corte su questa particolare metodologia di analisi è dovuto più alle circostanze del procedimento principale e alla formulazione delle questioni pregiudiziali che ad una deliberata scelta di campo.

46. Non ritengo peraltro che una tale scelta sarebbe opportuna. In effetti, in primo luogo, ho già avuto modo di osservare che ogni metodo di analisi presenta i suoi inconvenienti. In particolare, come già rilevato dall'avvocato generale Jacobs nelle sue conclusioni nella causa Tournier⁶⁰, la difficoltà del confronto con le tariffe fissate in altri Stati membri risiede nel fatto che è necessario trovare un

⁵⁴ C-52/07, EU:C:2008:703.

⁵⁵ Questo era il caso, secondo la Corte, della tariffa applicata da STIM a Kanal 5 e TV 4. Tale tariffa consisteva in una percentuale variabile dei profitti che tali emittenti televisive percepivano dalla vendita di spazi pubblicitari e, in via sussidiaria, dalla vendita di spazi pubblicitari e dagli abbonamenti. La percentuale aumentava con l'aumento della quota annuale di musica dell'emittente televisiva (vale a dire la durata dell'utilizzazione, nelle singole trasmissioni, di un'opera musicale protetta calcolata su un anno), anche se in modo non direttamente proporzionale. STIM accordava la deduzione dei costi di commercializzazione e delle royalties dovute allo stato svedese per poter trasmettere via cavo; v. le conclusioni dell'avvocato generale Trstenjak nella causa Kanal 5 e TV 4 (C-52/07, EU:C:2008:491, paragrafo 9).

⁵⁶ V. punto 40 della sentenza Kanal 5.

⁵⁷ C-351/12, EU:C:2014:110.

⁵⁸ V. punti 87 e 88 della sentenza OSA.

⁵⁹ V. sentenza AKKA/LAA, punti da 36 a 38 e 41.

⁶⁰ Paragrafo 60.

metodo di comparazione obiettivo, operazione non facile alla luce delle differenze tra le normative nazionali e tra i metodi di calcolo e di riscossione dei compensi utilizzati dalle varie società di gestione dei diritti d'autore. Più in generale, come messo in evidenza dall'avvocato generale Wahl nelle sue conclusioni nella causa AKKA/LAA, «nei raffronti geografici, elementi quali – per citarne solo alcuni – le imposte nazionali, le particolari caratteristiche del mercato del lavoro nazionale e le preferenze dei consumatori locali possono influenzare in modo significativo i prezzi finali del prodotto o del servizio in questione». In secondo luogo, resterebbe da chiarire come procedere nel caso in cui non sia possibile effettuare un raffronto su base omogenea, ad esempio qualora non sia reperibile negli Stati membri di riferimento un metodo di calcolo delle tariffe analogo, o ancora nel caso in cui, come parrebbe emergere nella presente causa dai dati forniti dal governo belga nelle sue osservazioni scritte, risulti da tale raffronto che le tariffe praticate dall'organismo di gestione sono più basse di quelle applicate negli Stati membri di riferimento. Non è infine escluso che attribuire al raffronto tra le tariffe applicate in diversi Stati membri un'importanza esclusiva o decisiva nel valutare l'eventuale carattere eccessivo delle tariffe degli organismi di gestione possa facilitare comportamenti collusivi tra questi ultimi finalizzati ad un coordinamento dei prezzi.

47. Per tali ragioni è a mio avviso preferibile che l'esame dell'eventuale carattere iniquo delle tariffe praticate dagli organismi di gestione collettiva dei diritti d'autore per opere musicali sia condotto selezionando volta per volta il metodo o i metodi maggiormente pertinenti, identificati in base alle circostanze di ciascun caso concreto.

48. È alla luce dei principi sopra esposti e delle considerazioni fin qui svolte che occorre analizzare la questione pregiudiziale nelle sue due parti.

3. Sulla seconda parte della questione pregiudiziale

49. Con la seconda parte della sua questione pregiudiziale, che conviene esaminare in primo luogo, il giudice del rinvio chiede in sostanza alla Corte se configura abuso di posizione dominante il fatto, per un organismo di gestione collettiva dei diritti d'autore che gode di un monopolio di fatto in uno Stato membro, di applicare agli organizzatori di eventi musicali, per il diritto di comunicazione al pubblico di opere musicali, un modello di compenso, fondato sul fatturato «che fa dipendere i compensi delle licenze anche da elementi esterni, come, inter alia, il prezzo di ingresso, il prezzo delle consumazioni, il budget artistico per gli esecutori e il budget per altri elementi, come la scenografia».

50. Tre precisazioni sono, in via preliminare, necessarie.

51. In primo luogo, se nel formulare la questione pregiudiziale, il giudice del rinvio si riferisce ad una struttura tariffaria «fondata sul fatturato», emerge dalla decisione di rinvio e dal fascicolo, ed è stato confermato in udienza, che l'aliquota digressiva prevista dalla tariffa 211 per l'ipotesi in cui non si faccia ricorso alla tariffa di base si applica, alternativamente, sul budget artistico, vale a dire la voce di spesa corrispondente all'importo messo a disposizione degli artisti, o su una parte dei ricavi, pari non all'intero fatturato dell'evento, bensì al solo importo corrispondente all'incasso derivante dalla vendita dei biglietti (inclusi quelli offerti a sponsor⁶¹).

52. In secondo luogo, sebbene la formulazione della seconda parte della questione pregiudiziale non sia chiara in merito, emerge dai motivi della decisione di rinvio che l'elemento della tariffa della SABAM su cui si chiedono chiarimenti è costituito dall'adozione come base del calcolo di una parte dei ricavi, pari all'incasso lordo derivante dalla vendita dei biglietti, senza tener conto della parte di tale incasso che non dipende dalla prestazione dell'organismo di gestione e senza consentire di dedurre le spese che non sono specificamente legate alla musica.

⁶¹ Emerge dal fascicolo che i biglietti legati allo sponsoring sono calcolati sul valore nominale oppure, qualora tale valore non possa essere determinato, sulla base del prezzo medio d'ingresso.

53. In terzo luogo, il giudice del rinvio non chiede se tale aspetto del metodo di calcolo impiegato dalla SABAM sia abusivo nella misura in cui conduce all'imposizione di una remunerazione eccessiva, ma nella misura in cui non stabilisce un collegamento sufficiente tra la prestazione fornita dalla SABAM e la remunerazione da questa richiesta. Non è dunque il livello dei compensi percepiti in sé ad essere messo, quanto meno direttamente, in causa, ma, più in generale, il metodo di calcolo di tali compensi, vale a dire la struttura stessa della tariffa 211 e il rapporto che tale struttura consente di stabilire con la prestazione realmente fornita dalla SABAM.

54. A questo proposito, è bene precisare fin da ora che un'impresa, anche se in posizione dominante, deve poter perseguire i propri interessi e che, a tal fine, essa è, in linea di principio, libera di scegliere il metodo di calcolo che ritiene più appropriato al fine di determinare la remunerazione richiesta in contropartita dei prodotti o dei servizi che essa offre. Non spetta dunque alla Corte, né ai giudici o alle autorità nazionali della concorrenza, stabilire quale metodo di calcolo debba essere adottato, ma unicamente verificare se il metodo in concreto applicato non violi i divieti imposti dall'articolo 102 TFUE, e, in particolare se non conduca all'imposizione di prezzi iniqui.

55. W.W fa valere che la tariffa 211 è stata creata per i festival musicali tradizionali, la cui offerta e attrattività consiste nella musica suonata in diretta. Eventi come *Tomorrowland* offrirebbero invece agli spettatori un'esperienza «unica e globale», in particolare attraverso l'attenzione ai decori, che trasformano non solo il palco ma tutta l'area in cui si tiene l'evento in un «mondo immaginario», i costumi indossati dal personale, gli elementi visivi, quali giochi di luce, effetti ottici o fuochi d'artificio, la gastronomia e tutta una serie di servizi offerti durante, prima e dopo il soggiorno. WCD sottolinea del pari la natura peculiare dell'evento che essa organizza e, come W.W, fa valere che l'incasso lordo prodotto dalla vendita dei biglietti è principalmente generato da fattori estranei al repertorio musicale utilizzato. Ne consegue, secondo W.W, che, per eventi di questo tipo, adottare i ricavi come base di calcolo della remunerazione dell'organismo di gestione collettiva costituisce in sé un abuso di posizione dominante. WCD considera, invece, abusivo il fatto di non consentire di dedurre dall'incasso lordo le spese che non presentano legami con la musica, talune delle quali, come quelle relative al rispetto delle regolamentazioni in materia ambientale o in materia di sicurezza, sarebbero in costante crescita. Secondo W.W e WCD non costituisce un'adeguata base per il calcolo neanche il budget artistico.

56. In base alla giurisprudenza richiamata sopra⁶² un prezzo non può essere considerato iniquo, ai sensi dell'articolo 102, secondo comma, lettera a), TFUE se presenta un rapporto ragionevole con il valore economico della prestazione fornita dall'impresa in posizione dominante. Nella presente causa, tale prestazione consiste nel mettere a disposizione degli utilizzatori opere musicali protette dal diritto d'autore ai fini della comunicazione al pubblico nel corso di eventi festivalieri.

57. Come si è visto sopra, il test United Brands suggerisce, quanto meno implicitamente, di determinare il valore del prodotto o del servizio fornito dall'impresa dominante a partire dai suoi costi di produzione. Ora, se è possibile quantificare i costi inerenti alla gestione collettiva, è estremamente difficile, se non impossibile, determinare i costi della creazione di un'opera dell'intelletto, quale un'opera musicale. Il criterio contenuto nel test United Brands è dunque inadeguato a determinare il valore economico della prestazione fornita agli utilizzatori da un organismo di gestione collettiva nel suo complesso.

58. Il valore economico di tale prestazione e, nella specie, della prestazione fornita dalla SABAM agli organizzatori di festival, va pertanto valutato tenendo conto delle caratteristiche della gestione collettiva, da un lato, e del diritto d'autore, dall'altro⁶³.

⁶² V. in particolare paragrafo 29 delle presenti conclusioni.

⁶³ V., in questo senso, sentenza Kanal 5, punti 30 e 31.

59. Sotto il primo profilo, una parte rilevante di tale valore consiste nel fatto che gli organizzatori di festival non sono obbligati a rivolgersi singolarmente ai titolari del diritto d'autore sulle opere che intendono eseguire al fine di negoziare con ciascuno di questi una licenza per la comunicazione al pubblico, ma hanno nell'organismo di gestione un unico interlocutore. I contratti di reciprocità conclusi dalla SABAM con altri organismi di gestione, consentono inoltre, mediante un'unica licenza, l'accesso anche al repertorio di organismi stranieri. L'esistenza di un sistema di gestione collettiva dei diritti, non solo rappresenta un'evidente economia di tempo e di risorse, ma è una condizione necessaria alla stessa realizzabilità di eventi quali quelli organizzati da società come W.W e WCD.

60. Sotto il secondo profilo, il valore economico delle opere musicali messe a disposizione degli organizzatori di un festival dipende dai profitti che esse consentono (o si prevede che consentano) di realizzare. Come messo in rilievo dall'avvocato generale Trstenjak nelle sue conclusioni nella causa Kanal 5⁶⁴ è del tutto normale che, per le licenze aventi ad oggetto diritti d'autore, venga preteso un compenso calcolato sulla percentuale del fatturato conseguito con il bene per la cui produzione il diritto d'autore è stato impiegato. L'idea sottostante è che un autore deve poter ottenere una frazione ragionevole del fatturato realizzato attraverso l'utilizzazione della sua opera.

61. Tale idea si ritrova nella giurisprudenza costante della Corte già richiamata sopra, secondo cui la percezione da parte di un organismo di gestione dei diritti d'autore di una remunerazione per la rappresentazione di opere musicali protette il cui importo è calcolato in base al fatturato dell'utilizzatore deve essere considerata come uno sfruttamento normale del diritto d'autore⁶⁵. Compensi calcolati sulla base del fatturato dell'utilizzatore presentano quindi, in principio, un rapporto ragionevole con il valore economico della prestazione fornita⁶⁶.

62. Certo, il fatturato di un evento come un festival musicale⁶⁷ dipende in modo più o meno ampio da fattori diversi dalla comunicazione al pubblico delle opere protette dal diritto d'autore, quali, in particolare, la qualità e la fama degli esecutori, il luogo in cui si svolge, i decori, le luci, i servizi che vengono offerti in concomitanza dell'evento o la sua stessa popolarità, tutti fattori che dipendono, in gran parte (anche se non esclusivamente), dagli sforzi degli organizzatori e che danno luogo a spese indipendenti dai costi legati ai compensi dovuti all'organismo di gestione collettiva e, in modo più o meno evidente, prive di un legame diretto con la prestazione fornita da quest'ultimo.

63. Tuttavia, in primo luogo, senza nulla togliere all'importanza di tali fattori, mi sembra innegabile, sebbene spetti in ultima istanza al giudice del rinvio pronunciarsi definitivamente in merito, che la musica costituisca l'elemento principale del «prodotto» offerto dalle convenute nel procedimento principale nonché il primo fattore di aggregazione del pubblico richiamato dall'evento. In secondo luogo, rilevo che un sistema di remunerazione fondato sul fatturato è usuale in materia di diritti d'autore e, più in generale, in materia di diritti di proprietà intellettuale, anche qualora il diritto su cui verte la licenza non costituisca l'oggetto principale del prodotto finale che consente di realizzare⁶⁸. In terzo luogo, come si è visto, nella sentenza Kanal 5, la Corte ha approvato un siffatto sistema di remunerazione anche con riferimento a utilizzatori, quali le emittenti televisive, il cui fatturato può, anche in larga parte, dipendere da elementi estranei all'uso di opere musicali protette⁶⁹. In quarto luogo, mi sembra che gli argomenti avanzati dalle convenute nei procedimenti principali possano riguardare, in generale, diversi tipi di utilizzatori, anche intensivi, di musica quali ad esempio le discoteche, il cui successo dipende in gran parte anche da fattori che si potrebbero ritenere estranei alla musica, quali i decori, le luci, la posizione, la qualità delle consumazioni, il tipo di clientela, la notorietà dei DJ, e così via. Infine, e soprattutto, come correttamente osservato dalla SABAM, il solo fatto che

⁶⁴ C-52/07, EU:C:2008:491, paragrafo 60.

⁶⁵ V. sentenza Basset, punti 15, 16, 18 e 21.

⁶⁶ V., in tal senso, sentenza Tournier, punto 45 e sentenza Kanal 5, punto 37.

⁶⁷ W.W in particolare contesta che Tomorrowland possa essere definito «festival».

⁶⁸ V. le conclusioni dell'avvocato generale Trstenjak nella causa Kanal 5, paragrafo 62.

⁶⁹ V. paragrafo 42 delle presenti conclusioni.

altri fattori oltre alla musica intervengano nella decisione di acquisto del biglietto per eventi quali quelli organizzati da W.W e WCD non priva di per sé di ogni ragionevole rapporto con il valore economico della messa a disposizione di opere musicali protette dal diritto d'autore una struttura tariffaria che adotta il ricavo della vendita dei biglietti a base del calcolo dei compensi.

64. Rilevo peraltro che diversi elementi della tariffa 211 – che, come correttamente osserva la SABAM, deve essere valutata nel suo complesso – intervengono a mitigare gli effetti dell'adozione del fatturato quale base del calcolo dei compensi e, in qualche modo, consentono di tener conto della circostanza che il volume dei ricavi non dipende esclusivamente, o comunque non necessariamente in maniera direttamente proporzionale, dal valore della musica.

65. Anzitutto, come già anticipato sopra, l'incasso derivante dalla vendita dei biglietti costituisce solo una parte e non la totalità del fatturato prodotto dagli eventi organizzati dalle convenute nei procedimenti principali. In proposito rilevo che, senza essere contraddetta da queste ultime, la SABAM ha, nel corso dell'udienza, precisato che la parte di fatturato presa in considerazione ai fini del calcolo dei compensi ad essa spettanti è pari a circa il 35% e a circa il 50% del fatturato globale realizzato rispettivamente da *Tomorrowland* e da *Wecandance*. In secondo luogo, gli importi di base, corrispondenti all'incasso derivante dalla vendita dei biglietti o al budget artistico, sono divisi in 8 (o 9) scaglioni ai quali si applica un'aliquota decrescente che va dal 6 al 2,5%. In tal modo la frazione dell'importo di base corrispondente ai compensi dovuti alla SABAM diminuisce con l'aumento di tale importo. In terzo luogo, è previsto un sistema di riduzioni applicate ai compensi così calcolati che consente, anche se in modo solo forfettario, di tener conto del volume del repertorio della SABAM effettivamente eseguito nel corso dell'evento. Infine, la SABAM ha fatto valere in udienza, anche qui senza essere contraddetta dalle convenute nei procedimenti principali che, proprio per tener conto della specificità dei festival, l'aliquota digressiva applicata per tali eventi parte da un massimo inferiore (6%) rispetto a quella prevista per eventi simili, quali i concerti (8%)⁷⁰.

66. Come i compensi calcolati sul fatturato dell'evento, ritengo che anche quelli calcolati a partire dal budget artistico presentino, in linea di principio, contrariamente a quanto affermano le convenute nel procedimento principale, un rapporto ragionevole con il valore economico della prestazione fornita dalla SABAM, nella misura in cui tale voce di spesa consente di dare un'indicazione diretta dell'importanza, nell'organizzazione dell'evento, della componente legata alla comunicazione delle opere musicali protette.

67. Alla luce di quanto precede, il solo fatto che il sistema tariffario adottato dalla SABAM assume come base del calcolo dei compensi dovuti per la comunicazione al pubblico di opere musicali appartenenti al suo repertorio una frazione del fatturato o di una parte del fatturato prodotto dall'evento nel corso del quale è avvenuta tale comunicazione, o alternativamente il budget artistico, non costituisce, in sé, un indizio dell'esistenza di prezzi iniqui, né, a fortiori, contrariamente a quanto sembrano sostenere le convenute nei procedimenti principali, consente di constatare l'esistenza di un tale abuso.

68. Lo stesso vale a mio avviso, in linea di principio, per quanto riguarda l'impossibilità di dedurre le spese «non direttamente legate alla musica» dagli importi di base calcolati sulla parte del fatturato derivante dalla vendita dei biglietti o sul budget artistico. A prescindere dalla considerazione che risulta estremamente difficile valutare quali spese possono considerarsi non direttamente legate alla musica data la natura degli eventi di cui trattasi (lo sono, ad esempio, quelle che assicurano la qualità del suono e non quelle relative alle luci?), l'incidenza di tali spese sulla parte del fatturato preso a base del calcolo (in questo caso i proventi derivanti della vendita dei biglietti) dipende dall'allocazione decisa dagli organizzatori dell'evento e quindi da elementi che sono totalmente sottratti alla sfera di controllo della SABAM. Rilevo inoltre che nelle sentenze Basset e Tournier la Corte si è pronunciata nel senso

⁷⁰ È chiaro che l'incidenza di un tale elemento andrebbe valutata comparando la struttura delle due tariffe nel loro complesso, operazione che spetta comunque al giudice del rinvio compiere.

della legittimità di sistemi di remunerazione basati sul fatturato lordo. Del pari, nella causa che ha dato luogo alla sentenza Kanal 5, STIM calcolava i propri compensi a partire dalle entrate derivanti dalla diffusione di trasmissioni destinate al grande pubblico o, in subordine, dalla pubblicità e/o dagli abbonamenti, con deduzione solo di talune spese⁷¹.

69. Spetta comunque al giudice del rinvio valutare, alla luce dell'insieme delle circostanze pertinenti, se l'applicazione della tariffa 211, nella misura in cui adotta come base per il calcolo dei compensi l'incasso derivante dalla vendita dei biglietti o, alternativamente, il budget artistico, consentendo di dedurre da tali importi solo determinati costi è suscettibile di dar luogo all'imposizione di prezzi iniqui.

70. Affinché, tuttavia, tale giudice possa giungere ad accertare l'esistenza di prezzi eccessivi, egli dovrà, come emerge da quanto esposto ai paragrafi da 29 a 38 delle presenti conclusioni, comparare il livello dei compensi percepiti dalla SABAM attraverso l'applicazione della tariffa 211 con un prezzo di riferimento, da stabilire in base ai metodi di analisi a sua disposizione che risultano maggiormente pertinenti alla luce dell'insieme delle circostanze che caratterizzano il caso sottoposto al suo esame. Il carattere eccessivo di tali compensi sarebbe accertato ove risultasse da tale comparazione che esiste una differenza *significativa e persistente* tra detti compensi e il prezzo di riferimento preso in considerazione, senza che tale differenza sia oggettivamente giustificata.

71. Omettere tale tappa dell'analisi equivarrebbe, in sostanza, a riconoscere che un determinato metodo di calcolo della remunerazione richiesta da un'impresa dominante per i prodotti o i servizi da essa offerti conduce di per sé all'imposizione di prezzi eccessivi, indipendentemente dall'effettivo livello di tali prezzi. Ora, fatti salvi alcuni casi eccezionali, tale modo di procedere è a mio avviso, metodologicamente scorretto e può in concreto condurre al risultato paradossale di privare un'impresa della libertà di adottare un determinato metodo di calcolo anche ove la sua applicazione conduca a prezzi che non si situano al di sopra del livello concorrenziale.

72. Tra i metodi di analisi che il giudice del rinvio potrebbe prendere in considerazione, escludendo, per le ragioni già esposte, l'analisi prezzi-costi di produzione prevista dal test United Brands e la comparazione con i prezzi praticati dalla concorrenza data la posizione di monopolio di fatto della SABAM, figura anzitutto la comparazione geografica, da effettuarsi seguendo i criteri fissati dalla Corte nella sentenza AKKA. Inoltre, sebbene sia emerso in udienza che la SABAM non ha modificato in modo sostanziale il livello dei compensi richiesti per la messa a disposizione delle opere musicali del suo repertorio agli organizzatori di festival⁷², potrebbe rilevarsi pertinente procedere ad un'analisi storica che consenta di adottare una visione dinamica dell'evoluzione del livello dei compensi concretamente pagati dalle convenute nel procedimento principale. Sotto questo profilo, non escludo che il fatto di non tenere in alcun conto l'aumento, ove comprovato, di talune spese – in particolare quelle derivanti dall'applicazione di prescrizioni legali, quali ad esempio i costi relativi all'adozione di misure di sicurezza o di tutela ambientale – e dell'incidenza di tali spese, ove accertata, sugli importi presi come base del calcolo delle tariffe dell'organismo di gestione possa costituire un indizio di prezzi iniqui, nella misura in cui si traduce in un aumento significativo del livello dei compensi senza contropartita per gli utilizzatori e senza trovare giustificazione in un aumento delle spese della SABAM. Infine, potrebbe rivelarsi pertinente anche una comparazione con i compensi percepiti dalla SABAM per prestazioni simili, da identificare, ove possibile, in base a criteri obiettivi nel quadro di una valutazione che spetta al giudice del rinvio effettuare.

⁷¹ V. conclusioni dell'avvocato generale Trstenjak nella causa Kanal 5, paragrafo 9 e nota 4.

⁷² Come già rilevato sopra (v. nota 13 delle presenti conclusioni) emerge tuttavia che la procedura pendente di fronte alla Corte d'appello di Bruxelles riguarda tra l'altro un recente aumento delle tariffe applicate dalla SABAM ai festival.

4. Sulla prima parte della questione pregiudiziale

73. Nella prima parte della sua questione pregiudiziale il giudice del rinvio chiede in sostanza alla Corte se configura abuso di posizione dominante il fatto, per un organismo di gestione collettiva dei diritti d'autore che gode di un monopolio di fatto in uno Stato membro, di applicare agli organizzatori di eventi musicali, per il diritto di comunicazione al pubblico di opere musicali, un modello di remunerazione che utilizza una tariffa forfettaria in scaglioni invece di una tariffa che tenga conto della quota precisa del repertorio tutelato da tale organismo eseguita durante l'evento.

74. Anche in questo caso ciò che viene messo in discussione nei procedimenti principali non è direttamente il livello dei compensi ma l'applicazione di un particolare metodo di calcolo che sarebbe in sé abusivo, poiché privo di un ragionevole collegamento con la prestazione fornita dall'organismo di gestione.

75. Secondo W.W e WCD emerge dalle sentenze Kanal 5 e OSA che la determinazione del compenso degli organismi di gestione deve tener conto dell'utilizzazione effettiva delle opere facenti parte del repertorio di tali organismi. Tali società fanno, in particolare, valere che esistono diverse tecniche che consentono di identificare con precisione e senza possibilità di errore le opere musicali realmente eseguite e quindi la quota del repertorio dell'organismo di gestione effettivamente utilizzato. Esse si riferiscono in particolare al programma elaborato dalla società olandese DJ Monitor. L'uso di tali tecniche non comporterebbe costi aggiuntivi per la SABAM, o comunque non in misura eccessiva, dato che quest'ultima sarebbe comunque tenuta ad analizzare la lista delle opere eseguite per effettuare una ripartizione dei compensi tra gli aventi diritto. La SABAM non concorda con la portata generale che W.W e WCD conferiscono alla sentenza Kanal 5. Tale sentenza riguarderebbe unicamente le emittenti televisive, vale a dire operatori attivi in un settore in cui l'intensità di utilizzazione di opere musicali è variabile, e non operatori come W.W e WCD, i cui eventi sono imperniati sulla musica. Se è opportuno, secondo lo SABAM, calcolare i compensi dovuti dai primi applicando una quota-parte variabile in funzione delle opere musicali eseguite, nel caso di eventi musicali quali quelli in causa nel procedimento principale la remunerazione potrebbe sempre essere espressa con una percentuale fissa del fatturato ovvero variabile in modo forfettario.

76. Alla luce delle osservazioni delle parti del procedimento principale, occorre anzitutto chiarire la portata della sentenza Kanal 5, che tali parti interpretano diversamente. Ricordo che, in tale sentenza, la Corte ha precisato che tariffe calcolate in funzione delle entrate delle società di telediffusione e del volume di musica telediffusa, possono avere un carattere abusivo qualora «sussista un altro metodo che consenta di identificare e di quantificare in maniera più precisa l'utilizzo di tali opere nonché l'audience e laddove tale metodo sia idoneo a realizzare lo stesso scopo legittimo che è la tutela degli interessi degli autori, compositori ed editori musicali, senza tuttavia comportare un aumento sproporzionato delle spese sostenute per la gestione dei contratti e per la sorveglianza sull'utilizzazione delle opere musicali tutelate dal diritto d'autore»⁷³.

77. Ho già avuto modo di osservare che la Corte ha più volte affermato la legittimità di un sistema di remunerazione per la messa a disposizione di opere musicali protette il cui importo è calcolato in base al fatturato dell'utilizzatore e ciò sia nel caso di utilizzatori la cui attività dipende dallo sfruttamento di opere musicali, come le discoteche nelle sentenze Basset e Tournier, sia nel caso di utilizzatori per i quali l'intensità di tale sfruttamento è variabile in funzione di altri fattori, come le emittenti televisive nella sentenza Kanal 5.

⁷³ V. punto 40 della sentenza Kanal 5.

78. Ciò premesso, rilevo che già nella sentenza *Tournier*, proprio con riferimento a utilizzatori intensivi di musica, quali le discoteche, e in un contesto in cui si verteva sulla legittimità del così detto *blankett licensing*, consistente nel prevedere una remunerazione fissa per l'accesso all'intero repertorio dell'organismo di gestione, indipendentemente dall'utilizzazione effettiva delle opere musicali protette, la Corte ha precisato che, se la natura globale o forfettaria del compenso percepito di per sé non implica violazione del divieto di prezzi iniqui, una pratica abusiva può nondimeno configurarsi nel caso in cui esistano metodi alternativi che offrono la medesima tutela degli interessi dei titolari dei diritti d'autore senza costi aggiuntivi⁷⁴. La Corte ha peraltro più volte affermato che, nel caso di opere protette messe a disposizione del pubblico, il titolare del diritto d'autore e i suoi aventi causa hanno un interesse legittimo a calcolare i compensi dovuti in funzione del numero effettivo o probabile delle rappresentazioni⁷⁵. Infine, rilevo che, nella sentenza *Kanal 5*, nonostante l'avvocato generale Trstenjak, avesse chiaramente distinto la situazione delle emittenti televisive da quella degli utilizzatori intensivi di musica, pronunciandosi nel senso dell'illegittimità di un metodo di calcolo del compenso basato su una percentuale fissa solo nel primo caso, la Corte ha giustificato l'esigenza di calcolare il compenso sulla base del volume della musica realmente utilizzata non in relazione alla natura delle emittenti televisive, ma, più in generale, in ragione della necessità di garantire il necessario collegamento tra remunerazione e valore della prestazione e di tutelare gli interessi dei titolari dei diritti⁷⁶.

79. Sulla base delle considerazioni che precedono ritengo dunque, come la Commissione, che sia un principio oramai acquisito nella giurisprudenza della Corte che, se un organismo di gestione collettiva dei diritti d'autore che gode di una posizione dominante in uno Stato membro è libero di calcolare l'importo dei compensi ad esso dovuti per la rappresentazione di opere musicali sulla base del fatturato realizzato dall'utilizzatore e di stabilire che essi corrispondono ad una percentuale di tale fatturato variabile in funzione del volume della musica utilizzata, ma calcolata forfettariamente, un tale metodo di calcolo può nondimeno configurare un abuso di posizione dominante nel caso in cui esistano metodi alternativi che consentano di calcolare con precisione sia le opere musicali utilizzate che l'audience. Tali metodi devono assicurare lo stesso livello di tutela degli interessi degli autori, compositori ed editori musicali e non comportare per l'organismo di gestione collettiva un aumento eccessivo delle proprie spese. Il principio suesposto si applica sia nel caso di utilizzatori la cui attività dipende in tutto o in massima parte dallo sfruttamento della musica, sia nel caso di utilizzatori per i quali l'entità di tale sfruttamento è meno rilevante e variabile.

80. È pacifico che la tariffa 211, sia nella versione applicabile ai fatti del procedimento principale, basata sulla regola 1/3-2/3, che in quella modificata nel 2018, fondata su scaglioni del 10%, procede, con un maggiore o minore grado di approssimazione, ad una determinazione forfettaria della quota del repertorio della SABAM effettivamente eseguita nel corso degli eventi cui si applica. In base alla prima delle due versioni, la riduzione della tariffa piena era applicabile a condizione che almeno un terzo delle opere indicate nella lista fornita dagli organizzatori dell'evento non appartenesse al repertorio della SABAM. Nessuna riduzione era invece prevista al di sotto di tale soglia. Poiché nessun compenso era dovuto nel solo caso in cui nessuna opera del repertorio della SABAM figurava su tale lista, in linea di principio, l'esecuzione di anche una sola delle opere protette da SABAM avrebbe potuto comportare l'applicazione di un terzo della tariffa piena. Inoltre, se le opere musicali del repertorio della SABAM corrispondevano precisamente a un terzo o ai due terzi di quelle che gli organizzatori dell'evento prevedevano di eseguire, la SABAM fatturava rispettivamente i due terzi della tariffa o la tariffa piena. In base alla seconda versione della tariffa, i tre scaglioni del 33% sono stati sostituiti da dieci scaglioni del 10%, con una riduzione dunque degli scarti rispetto alla quota di opere musicali del repertorio della SABAM realmente eseguita, sebbene tale quota continui ad essere determinata forfettariamente.

⁷⁴ V. sentenza *Tournier*, punto 45.

⁷⁵ V. sentenze del 18 marzo 1980, *Coditel e a.* (62/79, EU:C:1980:84), *Tournier*, punto 12, e *Kanal 5*, punto 38.

⁷⁶ V. punti da 36 a 38 della sentenza *Kanal 5*.

81. In base alla giurisprudenza *Tournier* e *Kanal 5* ricordata sopra spetta al giudice del rinvio valutare, in base all'insieme delle circostanze del caso di specie: i) se esistono metodi che consentano di identificare con maggiore precisione le opere musicali protette dalla SABAM eseguite durante l'evento (poiché i compensi della SABAM sono percepiti in funzione dell'incasso derivante dalla vendita dei biglietti, la questione dell'identificazione dell'audience non si pone); ii) se tali metodi assicurino la medesima tutela degli interessi dei titolari del diritto d'autore su tali opere e iii) se l'applicazione di tali metodi non aumenti in modo eccessivo le spese della SABAM, in particolare per quanto riguarda la gestione dei contratti e la sorveglianza sull'utilizzazione delle opere musicali tutelate.

82. Tra le circostanze pertinenti di cui il giudice del rinvio dovrà tener conto al fine di valutare il primo dei punti suesposti, figurano, a mio avviso: i) l'accessibilità ai dati relativi alle opere musicali realmente utilizzate e alle tecnologie impiegate⁷⁷; ii) l'affidabilità di tali dati e tecnologie⁷⁸ e iii) la tempistica nell'ottenimento dei dati⁷⁹. Per quanto riguarda l'affidabilità delle tecnologie digitali menzionate da W.W e WCD, rilevo, su riserva di verifica da parte del giudice del rinvio, che SABAM ha indicato nelle sue osservazioni scritte che il programma utilizzato durante le edizioni 2015 e 2016 degli eventi in causa nei procedimenti principali non ha riconosciuto circa l'8% dei brani eseguiti, che tali tecnologie riconoscono con difficoltà le opere mixate e che, in ogni caso, non sono utilizzabili per la musica live.

83. Nel verificare il secondo dei punti indicati al paragrafo 81 delle presenti conclusioni, il giudice del rinvio dovrà valutare i vantaggi e gli inconvenienti del metodo di calcolo dei compensi utilizzato dalla SABAM, tenendo conto del contesto in cui tali compensi sono fatturati. In proposito, i tre fattori seguenti mi sembrano, in particolare, pertinenti. In primo luogo, occorrerà considerare qual è la proporzione delle opere musicali appartenenti al repertorio della SABAM normalmente eseguite durante gli eventi in causa nel procedimento principale rispetto alla totalità della musica utilizzata. In effetti, non è escluso che il ricorso a un metodo forfettario sia comunque preferibile, tenuto conto dei contrapposti interessi in gioco, nel caso in cui la quasi totalità delle opere eseguite durante questo tipo di eventi appartiene al repertorio dell'organismo di gestione. In proposito osservo, sempre su riserva di verifica da parte del giudice del rinvio, che, nelle sue osservazioni scritte, la SABAM, senza essere contraddetta da W.W e WCD, ha affermato che circa l'80-90% della musica eseguita durante i festival organizzati da queste società viene dal suo repertorio. In secondo luogo, bisognerà valutare l'incidenza dell'uso delle metodologie alternative sulla rapidità di percezione dei compensi. È possibile infatti, come rileva la SABAM, che, a causa di errori nel riconoscimento delle opere eseguite, nascano controversie tra l'organismo di gestione e l'organizzatore dell'evento suscettibili di ritardare i tempi di percezione dei compensi a detrimento dei titolari di tali diritti⁸⁰. In terzo luogo, occorrerà valutare l'eventuale incidenza sugli interessi dei titolari dell'abbandono del metodo per scaglioni forfettari (nelle sue due versioni) adottato dalla SABAM, alla luce del sistema di ripartizione dei diritti utilizzato da tale organismo e della struttura dei costi della SABAM.

84. Per quanto riguarda l'ultimo dei punti indicati al paragrafo 81 delle presenti conclusioni, relativo ai costi, rilevo che, a differenza della formulazione utilizzata nella sentenza *Tournier* che sembrava escludere un qualunque aumento delle spese di gestione o di sorveglianza dell'organismo, la sentenza *Kanal 5* ha precisato che l'uso di un metodo di calcolo che consenta l'identificazione precisa delle

⁷⁷ W.W e WCD fanno valere che una lista delle opere che saranno eseguite è di regola fornita alla SABAM. Poiché la presentazione di tale lista costituisce una condizione per ottenere la riduzione della tariffa, i dati che essa contiene sono acquisiti dalla SABAM senza particolari interventi. Il ricorso alle tecnologie digitalizzate potrebbe invece rivelarsi più complesso.

⁷⁸ La presentazione da parte degli organizzatori della lista delle opere che saranno eseguite richiede una sorveglianza durante lo svolgimento del festival. L'uso di tecnologie digitali non presenta, in linea di principio, questo inconveniente, tuttavia deve essere valutato il rischio che si verifichino problemi tecnici nel corso dell'evento.

⁷⁹ La lista delle opere che saranno eseguite durante il festival è messa a disposizione di SABAM prima che l'utilizzazione abbia luogo. L'uso di tecniche digitali non consente invece la disponibilità dei dati se non dopo che l'evento ha avuto luogo.

⁸⁰ La SABAM fa presente che essa dispone di un termine legale di 9 mesi a partire dalla fine dell'esercizio in cui sono stati percepiti i profitti provenienti dai diritti per procedere alla ripartizione presso i titolari.

opere musicali eseguite non deve comportare un aumento «sproporzionato» di tali spese⁸¹. Se dunque il passaggio a un tale sistema può determinare un aumento delle spese della SABAM, tale aumento deve essere contenuto e deve poter essere bilanciato con i vantaggi che esso apporta agli organizzatori di eventi musicali. Un aumento eccessivo è infatti suscettibile di ripercuotersi sul livello dei diritti percepiti dagli autori e dai loro aventi diritto erodendoli. Nei procedimenti principali W.W e WCD affermano che i costi relativi all'uso delle tecniche digitali di riconoscimento delle opere musicali, che, a quanto sostiene la SABAM, sono rilevanti, sarebbero sostenute da loro e non comporterebbero quindi costi aggiuntivi per la SABAM. Ove tale circostanza fosse confermata⁸², resterebbe da verificare l'entità dei costi indotti da eventuali errori o controversie relative all'identificazione del repertorio della SABAM, da questa menzionati nelle sue osservazioni scritte. L'argomento avanzato dalla SABAM, secondo cui solo alcuni organizzatori di eventi musicali sarebbero in grado di sostenere i costi legati all'uso delle nuove tecniche digitali e che, per gli altri, tali costi incomberebbero su di lei non mi sembra invece decisivo, poiché nulla vieta alla SABAM di adottare metodi di calcolo diversi per categorie diverse di clienti, ove tale differenziazione sia giustificata e non discriminatoria.

85. Qualora le verifiche indicate al paragrafo 81 delle presenti conclusioni diano esito positivo, la struttura tariffaria della SABAM è suscettibile di violare il divieto di imposizione di prezzi e condizioni non eque di cui all'articolo 102, secondo comma, lettera a), TFUE. In effetti, una struttura tariffaria basata su scaglioni forfettari che non tengono conto dell'effettiva utilizzazione delle opere musicali protette implica, qualora esista la possibilità di determinare con precisione (o con maggiore precisione) il volume di tale utilizzazione (e dell'audience), che una parte, più o meno ampia, dei compensi percepiti da tale società non corrisponde ad una prestazione realmente fornita⁸³.

86. Tuttavia, non ritengo che la Corte abbia inteso nelle sentenze Tournier e Kanal 5 stabilire un automatismo in base al quale l'adozione di una siffatta struttura tariffaria conduce, nelle circostanze specificate in tali sentenze e in assenza di giustificazioni avanzate dall'organismo di gestione, necessariamente alla constatazione dell'esistenza di prezzi iniqui.

87. Come ho già osservato sopra ai paragrafi 70 e 71 delle presenti conclusioni, l'adozione di un determinato metodo di calcolo della remunerazione per i prodotti o i servizi offerti da un'impresa in posizione dominante non consente di per sé sola di presumere l'esistenza di prezzi eccessivi, ma deve essere corroborata da un'analisi comparativa del livello di tali prezzi con un prezzo di riferimento.

88. È solo nell'ipotesi in cui emerga che l'applicazione di un tale metodo di calcolo conduce in concreto a escludere ogni ragionevole rapporto tra il prezzo e il valore economico della prestazione offerta che una tale analisi comparativa non è necessaria.

89. Spetta al giudice del rinvio effettuare una tale verifica. Per quanto concerne i metodi comparativi cui tale giudice può fare ricorso nelle circostanze dei procedimenti principali, rinvio al paragrafo 72 delle presenti conclusioni.

81 V. punto 45 della sentenza Tournier e punto 40 della sentenza Kanal 5.

82 Nelle sue osservazioni scritte la SABAM afferma che, nel procedimento principale, WCD ha sostenuto che tali spese dovrebbero essere dedotte dai profitti usati come base per la determinazione del compenso della SABAM.

83 V., in questo senso, sentenza del 10 dicembre 1991, *Merci convenzionali Porto di Genova*, C-179/90, EU:C:1991:464, punto 19, e sentenza del 16 luglio 2009, *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland/Commissione*, C-385/07 P, EU:C:2009:456, punti da 141 a 147.

V. Conclusione

90. Sulla base dell'insieme delle considerazioni che precedono, suggerisco alla Corte di rispondere come segue alla questione pregiudiziale posta dall'Ondernemingsrechtbank Antwerp (tribunale delle imprese, Anversa):

«L'articolo 102, secondo comma, lettera a), TFUE dev'essere interpretato nel senso che un organismo di gestione collettiva dei diritti d'autore che detiene un monopolio di fatto in uno Stato membro non abusa della sua posizione dominante tramite imposizione di prezzi non equi per il solo motivo che adotta una struttura tariffaria in base alla quale i compensi percepiti per la messa a disposizione di opere musicali protette appartenenti al suo repertorio al fine di comunicazione al pubblico nel corso di festival sono calcolati applicando un'aliquota digressiva sui ricavi derivanti dalla vendita dei biglietti o sul budget artistico, senza possibilità di deduzione delle spese non direttamente legate alla prestazione fornita da tale organismo, e prevedendo un sistema di riduzioni basato sull'uso di scaglioni forfettari al fine di tener conto della quota di opere musicali effettivamente eseguite nel corso del festival. Tuttavia non è escluso che l'applicazione di una tale struttura tariffaria possa condurre all'imposizione di compensi non equi in particolare nel caso in cui sussista un altro metodo che consenta di identificare e di quantificare in maniera più precisa le opere musicali realmente eseguite e laddove tale metodo sia idoneo a realizzare lo stesso scopo legittimo che è la tutela degli interessi degli autori, compositori ed editori musicali, senza tuttavia comportare un aumento sproporzionato delle spese sostenute per la gestione dei contratti e per la sorveglianza sull'utilizzazione delle opere musicali tutelate dal diritto d'autore. Spetta al giudice del rinvio valutare, alla luce dell'insieme delle circostanze che caratterizzano la fattispecie sottoposta al suo esame, se tali condizioni sono soddisfatte e, ove tale valutazione dia esito positivo, se l'imposizione di compensi iniqui è corroborata da ulteriori indizi desunti, in particolare, dal confronto con le tariffe applicabili in altri Stati membri, corrette attraverso l'indice di parità di potere d'acquisto, dal confronto con i compensi applicati in passato dallo stesso organismo di gestione ovvero dal confronto con i compensi fissati da detto organismo per prestazioni simili».