

**Le misure di riequilibrio contrattuale nella direttiva n. 2011/77/UE in favore di artisti, interpreti o esecutori: effettiva tutela del contraente debole o “traslazione” dei diritti al contraente forte?**

1. La disciplina positiva in vigore a “favore” di autori e artisti.

Nonostante la sua perdurante considerazione da parte di alcuni studiosi come settore “di nicchia”, il diritto d’autore ed i diritti connessi offrono singolari modelli di contrattazione “diseguale”, non del tutto coincidente con i più tipici parametri di “professionista/imprenditore vs. consumatore”<sup>1</sup> o “imprenditore vs. lavoratore” o, infine, “imprenditore forte vs. imprenditore medio-piccolo”<sup>2</sup>, a causa soprattutto della natura ibrida e tuttora “personale” dell’autore – che appartiene in senso lato al mondo del lavoro (art. 2576 c.c.), ma che in altri ordinamenti è annoverato a pieno titolo fra gli imprenditori, soprattutto in ipotesi di autori professionisti e “continuativi” rispetto a più occasionali *free lancers* – rispetto alle tre categorie sopramenzionate. Che le norme sul contratto di edizione integrassero già probabilmente le prime forme di disciplina negoziale a protezione di soggetti deboli non consumatori (a favore dei quali l’art. 1341, 2° comma, c.c. aveva sancito l’allora rivoluzionaria protezione dalle clausole vessatorie d’impresa), né lavoratori dipendenti o parasubordinati (a favore dei quali, oltre alla specifica disciplina degli artt. 1742 ss., c.c., per gli agenti di commercio, disponeva più in generale l’ordinamento corporativo), appariva chiaro dalle osservazioni del Rosmini<sup>3</sup>, per il quale la necessità di norme a tutela degli autori soprattutto nei confronti degli editori – in aggiunta alle ordinarie norme a tutela del diritto dell’autore, rivolte soprattutto a proteggere tale soggetto dai contraffattori, ma non dai propri aventi causa – era aggravata dalla

---

(\*) Prof. ord. di Diritto Commerciale nell’Università di Bologna.

<sup>1</sup> Come in materia di clausole abusive.

<sup>2</sup> Come presupposto, per es., dalla legge sui contratti di subfornitura n. 192/1998.

<sup>3</sup> ROSMINI, *Trattato dei rapporti tra autori, editori, impresari teatrali*, Milano, p. 364.

scarsa conoscenza della legge e della contrattualistica da parte dei primi rispetto ai secondi, cosicché “la incuria quasi completa degli uomini di lettere, degli scienziati e degli artisti nel tutelare i loro interessi reclama una legge che li difenda dalle avvedute speculazioni dell’industria”, in aggiunta (e in parallelo) alla protezione dai terzi contraffattori<sup>4</sup>. Non desta dunque meraviglia che tali modalità di tutela abbiano rinvenuto le prime avvisaglie normative soprattutto in Germania – dove la persistente concezione “monistica” e “personalistica” del diritto d’autore, aveva avuto origine anche in relazione alle facoltà di natura maggiormente economica, per es., attraverso il tendenziale divieto di cessione della titolarità dei diritti sia morali sia patrimoniali – con la specifica legge sull’editoria del 19 giugno 1901<sup>5</sup>, in vigore pure attualmente nel testo modificato da ultimo il 22 marzo 2002. Queste norme, applicabili peraltro unicamente ad opere letterarie e testi musicali a stampa, disciplinano in maniera alquanto analitica diritti e doveri di entrambe le parti di un contratto di edizione letteraria o musicale “*resulting from a fair balancing of interest of such parties and in many respects are much more favorable to authors than actual practice which is based on standard form contracts*”<sup>6</sup>, come, per es., nelle disposizioni che riguardano diritti ulteriori o accessori che tendenzialmente permangono in capo all’autore (§ 2.2 VerG.), analogamente alla “filosofia” del corrispondente art. 118 della legge italiana n. 633/1941; la disciplina normativa in esame, tuttavia, è vulnerata dalla mancanza di carattere imperativo – che è invece ovviamente essenziale per norme a tutela di un contraente debole – cosicché, ancora oggi, “*from the point of view of authors, and their interests, ironically the best recommendation would be to have them conclude non written contract at all*”, poiché “*in this event the dispositive provisions of the old Publishing Act would come into play in so far as they were not superseded by the terms of any firm*

---

<sup>4</sup> Sulla preminente ratio “anti-industriale” delle norme a tutela dell’autore sul piano contrattuale, v. SPADA, in AA.VV., *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino, 2009, p. 24 s.

<sup>5</sup> *Gesetz über das Verlagsrecht*, d’ora innanzi “VerG.”.

<sup>6</sup> DIETZ, *Germany*, in GELLER (ed.), *Treatise on International Copyright Law and Practice*, Lexis-Nexis, 2011, p. 64

*agreement*”<sup>7</sup>. Infine, anche la facoltà di scioglimento del contratto di edizione in ipotesi di mancato od inadeguato esercizio del diritto-dovere dell’editore di pubblicare e diffondere l’opera – previsto più in generale per tutti i contratti di concessione esclusiva dei diritti d’autore (§ 41 UrhG.) – è assoggettato tanto a preclusioni formali e temporali (per es., con termini per ulteriori periodi di grazia in favore dell’editore sia prima che dopo una necessaria diffida ad adempiere), quanto al possibile pagamento dei danni (o almeno di un’indennità) da parte dello stesso autore nei confronti dell’editore, in luogo di una normale compensazione o perfino di un ristoro in favore del primo per l’inadempimento ad un’obbligazione essenziale gravante sul secondo (§ 41.6 UrhG.)<sup>8</sup>; altre cause più specifiche di risoluzione dei contratti di edizione (come per mancata pubblicazione di una nuova edizione o per altre fattispecie concernenti, per es., sopravvenute impossibilità ovvero imprevedibili onerosità maggiori) sono contemplate pressoché unicamente su di un piano platonico dalla sopra menzionata legge sull’editoria (cfr. §§ 17 e 35 VerG.). Alle medesime considerazioni non si sottraggono purtroppo neppure le norme a tutela dell’autore dalle controparti contrattuali nella disciplina italiana del contratto di edizione per le stampe o, *per relationem*, di esecuzione musicale o rappresentazione teatrale (artt. 118 ss., l. n. 633/1941 e succ. mod., d’ora innanzi “l.aut.”): sebbene l’orientamento per una disciplina legislativa a protezione degli autori da propri aventi causa, oltre che da contraffattori, trovasse infatti ancora una netta eco nella relazione di A. Scialoja<sup>9</sup> al t.u. del 19 settembre 1882, n. 1012 – ivi statuendosi conseguentemente che un rapporto

---

<sup>7</sup> Così ancora DIETZ, *op. loc. cit.*: pochissime sono infatti le norme imperative, come per es. in materia di fallimento dell’editore (§ 36 VerG.).

<sup>8</sup> citare pag. 67, nota 77

<sup>9</sup> “È noto come gli autori e specialmente i giovani autori, che non abbiano ancora acquisito rinomanza, siano soventi volte costretti in Italia a correr dietro ad un editore e pregarlo perché pubblici un loro lavoro e come questi rare volte vi condiscenda e quasi sempre senza remunerazione di sorta. Sarebbe dura cosa indurre da questo permesso indeterminato di pubblicare un’opera l’alienazione del diritto dell’autore per tutta la sua durata. Proponiamo, quindi, di disporre che i permessi indeterminati di pubblicare un lavoro escludano l’idea di una alienazione indefinita e che perciò, in simili casi, se le parti non si accordano per definirne la durata, intervenga il giudice per determinarla, secondo l’importanza delle speciali circostanze”, cit. da DE SANCTIS e FABIANI, *I contratti del diritto di autore*, Milano, 2000, p. 94.

contrattuale di pubblicazione non potesse mai proseguire a tempo indeterminato, con grave pregiudizio soprattutto per gli autori più giovani e inesperti, vincolati a compensi minimali nonostante la loro successiva fama, ed attribuendosi perciò giudice il potere di fissare un termine contrattuale nell'interesse dell'autore (art. 19), in deroga al principio di libera trasmissione (art. 16) – una costante opposizione delle associazioni editoriali, già allora, depotenziò alquanto la disciplina complessiva, che, per codeste associazioni, avrebbe dovuto rimanere “libera” e, così, inevitabilmente “diseguale” sul piano concreto<sup>10</sup>, o, al più, determinabile in linea di principio tramite accordi collettivi (peraltro non vincolanti per i terzi, né spesso attuabili nella pratica sia per l'assenza di adeguate controparti collettive sia per la mancanza di efficacia *erga omnes* delle eventuali disposizioni ivi contenute). Questo depotenziamento della tutela del soggetto strutturalmente debole qual è l'autore – soprattutto all'inizio della carriera – s'esprime in particolare sotto sei aspetti enucleabili dalla disciplina italiana del contratto di edizione tuttora in essere:

1. analogia assenza pressoché totale di norme imperative a protezione dell'autore. Da questo punto di vista, infatti, lo stesso “protettivo” contratto di edizione non soltanto è surrogabile *ad libitum* (della... parte forte) con altre tipologie di contratto a carattere ancora più *tranchante* – come la cessione in varie forme più o meno totalizzanti – ma presenta poche fattispecie di nullità: nullità per di più assoluta e – quindi – spesso più penalizzante, per l'autore, di una nullità relativa a sua tutela (si consideri, per es., l'art. 122, 5° comma, l.aut., circa l'ipotesi di mancata determinazione della “tiratura” nell'edizione a termine) ovvero caratterizzata da difficoltà pressoché insormontabili di accertamento integrativo, ove possibile, ai sensi dell'art. 1339 c.c. (come nell'ipotesi di eventuale surrogazione in via giudiziale della clausola di compenso a partecipazione in luogo dell'invalido corrispettivo unitario o “a stralcio” *ex art. 130 l.aut.*)<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> DE SANCTIS e FABIANI, *op. cit.*, p. 97 s.

<sup>11</sup> Per App. Milano, 06-02-1996, in *Annali it. dir. autore*, 1996, 692, la clausola del contratto di edizione che preveda il pagamento dell'autore *à forfait* è nulla, ma non è automaticamente sostituita

2. Irrilevanza dell'inadempimento di pur essenziali clausole legali, a fronte del quale l'autore non è espressamente legittimato all'azione di risoluzione del contratto, ma unicamente all'eventuale (e più difficile) azione risarcitoria: si consideri al riguardo l'art. 123 l.aut., sull'obbligo dell'editore di contrassegnare gli esemplari in vendita nell'interesse dell'autore, non annoverato tra le cause di risoluzione dall'art. 134 l.aut.<sup>12</sup>.
3. Eccessiva elasticità di clausole legali che pure sottendono una ratio protettiva. Particolarmente grave – anche per l'incertezza riscontrabile nella prassi, che impone a molti autori di desistere dalla rivendicazione dei propri diritti di libertà per timore di spese giudiziarie non rifeuse da un esito favorevole della causa – è la norma che dovrebbe vietare non soltanto l'appropriazione a tempo indeterminato dell'opera da pubblicare, ma *a fortiori* di ogni altra opera creata dall'autore nel prosieguo. L'art. 120, n. 1, in effetti, sancisce con apparente rigore che “è nullo il contratto che abbia per oggetto tutte le opere o categorie di opere che l'autore possa creare, senza limite di tempo”, ma omette del tutto sia un ordine di grandezza per siffatto limite cronologico sia una sua eventuale determinazione progressiva a seconda che la clausola di appropriazione concerna tutte le opere ovvero (una o) più categorie di esse: unicamente con notevoli sforzi interpretativi la dottrina è infine giunta recentemente a considerare in modo pressoché univoco quanto meno il generale limite quinquennale dell'art. ... c.c., sebbene l'autore – come si è avvertito – non sia di norma un imprenditore concorrente rispetto all'editore.
4. Eccessivo formalismo per la tutela giudiziaria e stragiudiziale da parte dell'autore. In maniera analoga al parallelo formalismo della corrispondente norma tedesca, l'art. 128, 1° comma, l.aut. stabilisce che, “se l'acquirente del diritto di pubblicazione o riproduzione non fa pubblicare o

---

dal compenso a partecipazione *ex art.* 130, 1° comma, se l'attore non produca in causa idonei parametri per consentire al giudice la determinazione sostitutiva.

<sup>12</sup> una più recente e sensibile giurisprudenza tende peraltro a ravvisare la gravità risolutiva dell'inadempimento anche a quest'obbligo legale sulla base dell'art. 1455 c.c.: v. Trib. Milano, 8

riprodurre l'opera nel termine concordato o in quello stabilito dal giudice, l'autore ha diritto di domandare la risoluzione del contratto”, aggiungendo peraltro – al 2° comma – che l'autorità giudiziaria può sempre accordare all'acquirente una dilazione non superiore a metà del termine predetto (subordinandola a prestazione d'idonea garanzia, ove occorra) e/o limitare la pronuncia di risoluzione ad una parte del contenuto del contratto in questione. A tale proposito, tuttavia, il termine biennale per la pubblicazione – contemplato a sua volta inderogabilmente dall'art. 127, 1° e 2° comma, l.aut. – è stato considerato dalla giurisprudenza<sup>13</sup> non soltanto a favore (anche) dell'editore, ma non maturabile in corso di giudizio di risoluzione, così ampliandosi a dismisura i potenziali tempi di pubblicazione a favore dell'editore e, correlativamente, le formalità ed i tempi d'attesa per l'autore.

5. Interpretazione restrittiva delle norme a tutela dell'autore. Così, con discutibile interpretazione iper-letterale ed anti-evolutiva, la giurisprudenza italiana ha limitato l'applicazione delle norme sul contratto in esame all'edizione cartacea in senso stretto, impedendone l'estensione perfino in via analogica ad altri contratti di concessione o di trasferimento dei diritti di sfruttamento tra autori e relativi aventi causa in altri settori: è stato così segnatamente negata l'applicazione del generale termine ventennale massimo, *ex art. 122 l.aut.*, ai paralleli contratti tra autori musicali e produttori fonografici, impedendosi conseguentemente ai primi – che parimenti avevano ceduto tutti i diritti in giovane età per compensi spesso irrisori – di potere “rinegoziare” il contratto con lo stesso produttore o con terzi alle più aggiornate condizioni derivanti dall'acquisto di maggior notorietà dopo tale periodo. Le ragioni adottate dai produttori fonografici a sostegno della loro “diversità” dagli editori librari ed accolte anche dalla giurisprudenza di legittimità – fra l'altro, introducendosi raffronti comparativi pure in termini di forza contrattuale e rischi imprenditoriali tra le due stesse categorie d'imprese – appaiono per di più contraddittorie: da un lato, infatti, si è

---

maggio 2003, in *Annali it. dir. autore*, 2004, pag. 729; Trib. Torino, 3 marzo 1980, in *Giur. it.*, 1981, I, 2, c. 402.

<sup>13</sup> Cass., 11 dicembre 1998, n. 12503, in *Riv. dir. ind.*, 1999, II, p. 198, con nota critica di ALBERTINI.

dedotta una maggiore debolezza strutturale del produttore fonografico che – rispetto all’editore librario – si assumerebbe il rischio di “guidare” il “proprio” autore e di valorizzarlo mediante concerti o ulteriori manifestazioni nel settore dello spettacolo, sopportando così immediati costi d’impianto sul piano tecnico e successivi costi “manageriali” permanenti che all’editore librario non competono e che legittimerebbero perciò trasferimenti per tutta la durata del diritto d’autore (perfino... dopo settant’anni dalla morte dell’autore così intensamente “seguito”!); dall’altro, in senso opposto, da parte degli stessi produttori fonografici, si è invocata la maggior onerosità per gli impianti tipografici ed i costi di mercato degli editori cartacei onde legittimare, anche in sede comunitaria<sup>14</sup>, l’assai più favorevole trattamento riservato ai produttori medesimi dall’art. 17, 4° comma, l. n. 52/1996, rispetto all’editoria libraria, nella determinazione della “finestra” per lo smaltimento delle legittime copie – in quanto effettuate da terzi quando l’opera era già caduta in pubblico dominio, ma soggetta a reviviscenza – ai sensi della retroattiva disciplina transitoria, conseguente all’elevazione del termine di durata dei diritti patrimoniali di autore da cinquanta a settant’anni *post mortem*.

---

<sup>14</sup> In particolare l’art. 17, 2° comma, della l. n. 52/1996, nel testo poi modificato dall’art. 1, 54° comma, del d.l. 23 ottobre 1996, conv. con mod. dalla l. 23 dicembre 1996, n. 650, garantendo la reviviscenza del diritto d’autore e degli altri diritti non più tutelati, ma “ripescati” nella protezione per effetto dei nuovi termini alla data del 29 giugno 1995 – secondo il principio dell’art. 10, § 2, della direttiva n. 93/98 – ha derogato in senso diametralmente opposto al principio di irretroattività *ex art.* 18 CUB, salvaguardando i diritti nel frattempo acquisiti di terzi – come pure indicato dall’art. 10, § 3, della direttiva – unicamente tramite termini assai stringenti per lo smaltimento degli esemplari: l’art. 17, 4° comma, della l. n. 52/1996, ha per di più diversificato siffatti termini, garantendo ai produttori fonografici che i terzi – i quali avessero nel frattempo riprodotto supporti contenenti opere cadute in pubblico dominio – disponessero unicamente di tre mesi per smaltirne le scorte, e consentendo invece che le edizioni a stampa di opere, nella medesima composizione grafica o nella stessa veste editoriale con cui la pubblicazione da parte di terzi fosse stata intrapresa, fossero fatte salve indefinitamente, inclusi gli aggiornamenti successivi eventualmente richiesti dalla natura dell’opera. Corte giust. CEE, 29 giugno 1999, C-60/98, in *Guida al dir.*, 1999, n. 28, pag. 91, con nota di SCIAUDONE, ha tuttavia giudicato legittima la norma, motivando, da un lato, che – per i fonogrammi – fosse conforme all’art. 10, § 3, anche un limitato periodo per consentire la distribuzione degli esemplari da parte di coloro che avessero lecitamente prodotto gli esemplari prima della reviviscenza; dall’altro, che la palese disparità di trattamento nei confronti del settore editoriale fosse giustificata dalla diversità di situazione del mercato delle opere letterarie (§ 29).

A conclusione di questa prima ricognizione, si può dunque concludere non solo per l'assai "debole" tutela tuttora sussistente a favore del... contraente "debole" in un rapporto di edizione libraria o per altra pubblicazione cartacea, ma anche per una tutela addirittura insussistente *in toto* per gli autori-contraenti di paralleli accordi di (con)cessione in tutti gli altri settori diversi dalla pubblicazione di un'opera "per le stampe", al di là degli sporadici richiami alla disciplina dell'edizione nei confronti degli autori che stipulino contratti di rappresentazione teatrale o di esecuzione musicale su proprie opere, *ex artt. 136 ss., l.aut.*; ancora più debole, tuttavia, risulta la posizione contrattuale dei coautori cinematografici, per i quali un'aberrante, ma persistente interpretazione dell'art. 45 l.aut., prevede la cessione *ex lege* di tutti i diritti al produttore indipendentemente da un contratto di produzione in tal senso (non prevedendo la disposizione nemmeno un pur improbabile patto in contrario, contemplato semmai dall'art. 46, 2° comma, unicamente per escludere l'ulteriore cessione *ex lege* di taluni diritti accessori).

## 2. La "protezione" degli artisti, interpreti o esecutori, dallo squilibrio contrattuale a favore dei produttori.

Se l'Atene degli autori, dunque, non ride, in migliori condizioni non risulta peraltro la Sparta degli artisti interpreti o esecutori, *ab ovo* – come tuttora – esclusi altresì dallo *status* "autorale", da alcuni sostenuto soprattutto in determinati settori come le arti visive o musicali<sup>15</sup>: la protezione degli artisti quali contraenti deboli sulle rispettive creazioni (*recte*, prestazioni) trova infatti origine più nel loro *status* di "lavoratori dello spettacolo" che di "creativi" in senso stretto, come dimostra la principale

---

<sup>15</sup> Per le precedenti dispute sull'attività "creativa" o "esecutiva" degli artisti interpreti, v. più ampiamente DURANTE, *I diritti dei musicisti interpreti*, Cedam, Padova, 2000, pagg. 4 e segg., il quale rileva opportunamente che, anche in tale vicenda, la questione della protezione tramite diritto assoluto, rispetto al compenso per ogni singola interpretazione, sia sorto con la possibilità tecnica di riproduzione seriale della prestazione, dal fonografo alla radiodiffusione. In particolare sulla fusione tra autore ed esecutore nella musica *jazz*, caratterizzata da temi che il musicista "reinterpreta" ogni

convenzione internazionale in loro favore significativamente conclusa sotto l'auspicio e nell'ambito dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro. Né la direttiva n. 92/100/CEE – anche nella sua più recente versione codificata quale direttiva n. 115/06/CE – appare aver apportato benefici particolari sul piano della (libera?) negoziazione contrattuale: se, infatti, tale direttiva ha attribuito veri e propri diritti di proprietà intellettuale sulle prestazioni artistiche, a differenza del precedente diritto al mero compenso (o *cachet*) per la prestazione in quanto tale – v. l'art. 80, 2° comma, l.aut., attuativo della direttiva cit. sul punto in esame – ad avvantaggiarsi di tali diritti pare sempre il “solito” produttore (quanto meno) cinematografico, al quale la direttiva stessa concede un'assai favorevole presunzione di trasferimento dei diritti degli artisti medesimi. Analogamente a quanto prevede l'art. 45 l.aut. per i coautori dell'opera, in effetti, anche l'art. 84 l.aut., in attuazione della direttiva, impone che – salva diversa volontà delle parti – si presume che gli artisti interpreti ed esecutori abbiano ceduto i diritti di fissazione, riproduzione, distribuzione e radiodiffusione (compresa la comunicazione al pubblico via satellite), nonché il diritto di autorizzare il noleggio, contestualmente alla stipula del contratto per la produzione di un'opera cinematografica o audiovisiva o sequenza d'immagini in movimento; ed analogo prassi, ancorché non per via direttamente legale, avviene senza limiti cogenti a discapito degli artisti interpreti o esecutori nelle produzioni fonografiche, come sopra purtroppo osservato<sup>16</sup>. Si ha dunque l'impressione di una vera e propria foglia di fico, con cui l'Unione europea “copre” gli artisti interpreti di diritti, dei quali, in realtà, finiscono quasi sempre per beneficiare – *ex lege* o per debolezza negoziale – i relativi produttori, a prescindere dall'effettivo merito tecnico-organizzativo che ne giustifichi la traslazione: similmente e specularmente ad una surrettizia traslazione d'imposta dall'imprenditore sul consumatore finale – insomma – anche lo scudo di tutela ai “prestatori deboli” consente in teoria di aumentare sempre più il livello d'esclusiva protezione monopolistica agli occhi dell'opinione pubblica e degli apparati giudiziari in favore di questi soggetti più “bisognosi”, ma, in realtà, travasando poi tali *assets* nel portafoglio dei corrispondenti *gate-keepers* imprenditoriali, dai

---

volta, v. BERLINER, in AA.VV., *Creativity in performance*, a cura di SAWYER, Ablex, Greenwich (Conn.), 1997, pag. 9 e segg.

quali artisti e autori non possono quasi mai prescindere tuttora per legge o per prassi negoziale<sup>17</sup>. La dimostrazione di questa conclusione si rinviene nella “coda di paglia” che la stessa direttiva citata esprime, attribuendo agli artisti e perfino agli autori un aggiuntivo “equo” compenso – questa volta espressamente irrinunciabile – da parte di produttori o altri utilizzatori, che non avrebbe ovviamente alcun senso se tali diritti fossero in effetti esercitati dai soggetti “deboli”, ai quali sono formalmente attribuiti, o se fossero almeno gestiti dai produttori (anche) nell’interesse dei primi: il 12° ed il 13° “considerando” della direttiva n.115/06 affermano infatti come sia “necessario introdurre un regime che assicuri agli autori e agli artisti interpreti o esecutori una remunerazione equa ed irrinunciabile, nonché la possibilità di affidare l’amministrazione di questo diritto a società di gestione collettiva che li rappresentano” (onde non vanificare anche tale irrinunciabile equo compenso per imperizia di fatto o tramite perigliose azioni solitarie)<sup>18</sup>; e come l’equa remunerazione dovrebbe “essere versata sulla base di uno o più pagamenti da effettuarsi in qualsiasi momento, all’atto della stipulazione del contratto o successivamente”, tenendosi conto della rilevanza del contributo apportato dagli autori e dagli artisti interpreti o esecutori al fonogramma o alla pellicola. Si noti, peraltro, che, nonostante il termine ufficiale italiano, non si tratta di una remunerazione nel senso stretto di un corrispettivo, su base di mercato, dell’opera o della prestazione “ceduta”, ma d’un “equo compenso” sostanzialmente indennitario, come l’istituto è stato trasposto *ex artt.* 46-*bis* e 84, 2° comma, l.aut.<sup>19</sup>, rispettivamente

---

<sup>16</sup> DURANTE, *op. cit.*, p. 254 ss.

<sup>17</sup> CAVES, *L’industria della creatività. Economia delle attività artistiche e culturali*, Milano, 2001, spec. pp. 109 ss.

<sup>18</sup> La necessità di una procedura collettiva – a mo’ di *class action* stragiudiziale – si spiega infatti non solo in termini di razionalizzazione delle ripartizioni sul piano efficientistico e di coinvolgimento degli enti esponenziali sul piano etico (ma anche sul lato... delle relative provvigioni loro dovute), ma con la conferma di un’assai limitata remunerazione per i più, i quali, *uti singuli*, subirebbero presumibilmente maggiori spese di recupero di quanto effettivamente percepito.

<sup>19</sup> Analogamente all’equo compenso per il lavoratore subordinato in materia inventiva, *ex art.* 64, 2° comma, c.p.i.; sui criteri per la determinazione del compenso, cfr. Corte Giust. CE, 6 febbraio 2003, C-245/00, nel caso “SENA”, in *Rep. Foro it.*, 2003, *Unione europea e Consiglio d’Europa*, n. 1812, per cui l’art. 8, n. 2, della direttiva n. 92/100 non osta ad un modello di calcolo dell’equa remunerazione, spettante ad interpreti e produttori di fonogrammi, che contenga fattori sia variabili,

per i coautori di opere cinematografiche o audiovisive e per gli artisti interpreti che abbiano ceduto *ex lege* i propri diritti ai produttori cinematografici, con esclusione – tuttavia – degli altri autori ed artisti per cui pure il sopra menzionato “considerando” auspicava tale *compensation*, quali autori ed artisti nel settore fonografico.

### 3. La direttiva n. 77/2011: misure effettive o riequilibrio *ad usum delphini*?

La suddetta pretermissione sembra essere dunque stata infine colmata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio UE del 27 settembre 2011, n. 2011/77, la quale – nel modificare la direttiva n. 2006/116/CE concernente la durata di protezione dei diritti d’autore e di alcuni diritti connessi attraverso l’elevazione del termine di tutela per le prestazioni artistiche, fissate in fonogrammi, da cinquanta a settant’anni – ha altresì previsto alcune (blande) misure di riequilibrio negoziale nel medesimo settore dei contratti fonografici<sup>20</sup>. Premettendo infatti che gli artisti interpreti od esecutori iniziano in genere la loro carriera in giovane età e che la precedente durata della protezione pari a cinquant’anni – applicabile pure alle fissazioni delle esecuzioni su supporti fonografici – era spesso insufficiente a tutelare le esecuzioni così fissate per tutto l’arco della vita degli artisti<sup>21</sup>, ha disposto l’elevazione menzionata confermando che – in generale – i diritti degli artisti interpreti od esecutori scadano cinquant’anni dopo l’esecuzione, e che, se una fissazione dell’esecuzione con mezzi diversi dal fonogramma venga lecitamente pubblicata o lecitamente comunicata al pubblico durante questo

---

sia fissi (come il numero di ore di diffusione, la rilevanza dell’ascolto degli organismi radiofonici e televisivi, le tariffe fissate in materia di esecuzione e radiodiffusione di opere musicali tutelate dal diritto d’autore, le tariffe praticate dagli organismi pubblici di radiodiffusione negli stati limitrofi e gli importi pagati dalle stazioni commerciali), se tale da consentire di raggiungere un adeguato equilibrio tra l’interesse d’interpreti e produttori a riscuotere una remunerazione per la radiodiffusione e quello di terzi a potere radiodiffondere a condizioni ragionevoli.

<sup>20</sup> Per una generale valutazione critica già in fase di *drafting*, v. già HILTY ET ALII, *Comment by the Max Planck Institute on the Commission’s Proposal for a Directive to Amend Directive 2006/116 Concerning the Term of Protection for Copyright and Related Rights* in *EIPR*, 2009, pp. 59 ss.

<sup>21</sup> Con la conseguenza che “taluni artisti, interpreti o esecutori, si trovano a far fronte a un calo di reddito nei loro ultimi anni di vita. Inoltre, gli artisti, interpreti o esecutori, spesso non possono

periodo, siffatti diritti scadano cinquanta anni dopo la data della prima pubblicazione o, se anteriore, dopo quella della prima comunicazione al pubblico; tuttavia, se una fissazione dell'esecuzione in un fonogramma sia lecitamente pubblicata o lecitamente comunicata al pubblico durante tale periodo, i diritti scadono (ora) settanta anni dopo la data della prima pubblicazione o, se anteriore, dopo quella della prima comunicazione al pubblico: art. 3, § 1, della direttiva n. 116/2006, nel testo modificato dall'art. 1, § 2, della direttiva n. 77/2011. Ciò nonostante, appare chiaro – ancora una volta – che la tutela prolungata apparentemente apprestata a favore dei deboli contraenti artistici con l'elevazione dei loro diritti avvantaggerà pressoché unicamente i loro assoluti cessionari, secondo la ferrea prassi negoziale di settore: la stessa direttiva n. 77/2011 – in maniera assai sommessa, ma ferma – sancisce infatti che, corrispondentemente, anche i diritti dei produttori di fonogrammi scadono cinquant'anni dopo la fissazione della prestazione artistica, ma, se il fonogramma sia stato lecitamente pubblicato durante tale periodo... i diritti scadano (ora) settant'anni dopo la data della prima pubblicazione lecita. Se, poi, nel primo cinquantennio non siano effettuate pubblicazioni lecite, ma il fonogramma venga lecitamente comunicato al pubblico durante tale periodo, i diritti scadono ulteriormente dopo settant'anni dopo la data di questa prima comunicazione al pubblico. Ne consegue che il diritto esclusivo dei produttori fonografici viene non soltanto corrispondentemente elevato anch'esso *ipso iure* a settant'anni, ma che anch'esso può decorrere dal (o entro il) primo cinquantennio dalla data della fissazione ove la prima pubblicazione ne sia successiva: questa discrasia, da un lato si spiega con la frequente prassi per cui l'artista sotto contratto fonografico spesso fissa la propria esecuzione (ossia “incide” il master) ad una certa data, ma la pubblicazione e la vendita da parte del produttore avvengono molti anni dopo (fino a cinquanta per l'appunto) ossia quando l'artista sia divenuto (più) famoso e garantisca così maggiori profitti; essa, dall'altro, garantisce tuttavia all'artista (*rectius*: al suo produttore cessionario) un potenziale, periodo di tutela pari ad un massimo di centoventi anni, qualora il produttore pubblici

---

avvalersi dei loro diritti per evitare o limitare un uso discutibile delle loro esecuzioni che possono avvenire quando essi sono ancora in vita” (considerando n. 5).

il fonogramma per la vendita al limite del primo cinquantennio dalla fissazione, che gli garantisce così un lunghissimo “periodo di grazia” *a quo* per la decorrenza del settantennio ulteriore dalla pubblicazione effettiva. E l’ipotesi non è certamente rara, se si considera per l’appunto che il tentativo di riequilibrare il rapporto negoziale prende le mosse dalla circostanza che il fonogramma spesso non viene perfino mai pubblicato – nonostante la cessione assoluta dei diritti sul piano giuridico e l’avvenuta fissazione della prestazione artistica sul piano tecnico – o lo è in misura del tutto insignificante (*gadgets*, singole copie in omaggio, tirature simboliche, ecc.): da questo punto di vista, dunque, la direttiva n. 77/2011 afferma<sup>22</sup> che “quando avviano una relazione contrattuale con un produttore di fonogrammi, gli artisti, interpreti o esecutori, sono tenuti di norma a cedere al produttore di fonogrammi i loro diritti esclusivi di riproduzione, distribuzione, noleggio e messa a disposizione delle fissazioni delle loro esecuzioni. In contropartita, tuttavia, alcuni artisti, interpreti o esecutori, ricevono un anticipo su *royalties* e beneficiano di pagamenti soltanto quando il produttore di fonogrammi abbia recuperato l’anticipo iniziale e operato alcune detrazioni previste dal contratto. Altri artisti, interpreti o esecutori, trasferiscono o cedono i loro diritti esclusivi dietro corresponsione di un pagamento unico (o “remunerazione non ricorrente”), in particolare nel caso di artisti che hanno ruoli meno importanti e il cui nome non viene menzionato (“artisti non affermati”), ma talvolta anche di artisti, interpreti o esecutori, il cui nome viene menzionato (“artisti affermati”). Per garantire che gli artisti interpreti od esecutori – i quali abbiano “trasferito o ceduto” i loro diritti esclusivi ai produttori di fonogrammi – beneficino effettivamente, nel loro interesse, dell’estensione della durata, la direttiva considera “opportuno introdurre una serie di misure di accompagnamento”, affinché, coerentemente con la *ratio* di estensione dei termini menzionati, anche l’irrinunciabile (in teoria) equo compenso già previsto dalla direttiva n. 115/2006 possa essere fruito dagli artisti stessi “almeno per tutto l’arco della loro vita”<sup>23</sup>. A questo fine, dunque, ai sensi della direttiva n. 77/2011, una prima “misura di accompagnamento” dovrebbe consistere

---

<sup>22</sup> Considerando nn. 9 e 10.

<sup>23</sup> Considerando n. 6.

nell'imposizione ai produttori di fonogrammi dell'obbligo di accantonare – almeno una volta all'anno – un importo pari al 20% del ricavo dei diritti esclusivi di distribuzione, riproduzione e messa a disposizione dei fonogrammi<sup>24</sup>. Il pagamento di tali somme dovrebbe essere riservato esclusivamente agli artisti, interpreti o esecutori, le cui esecuzioni siano state fissate su fonogramma e che abbiano trasferito o ceduto i propri diritti al produttore di fonogrammi dietro corresponsione di un pagamento unico: le somme accantonate su tale base dovrebbero essere distribuite ai singoli “artisti non affermati” almeno una volta all'anno<sup>25</sup>. Poiché, come si è osservato, la direttiva n. 2006/115 già conferisce agli artisti il diritto irrinunciabile a un'equa remunerazione per il noleggio, tra l'altro, di fonogrammi (art. 5), nonché ad un'equa ed unitaria remunerazione per la radiodiffusione e comunicazione al pubblico a norma dell'art. 8, § 2, inoltre, “ai fini del calcolo dell'importo complessivo che un produttore di fonogrammi è tenuto a riservare al pagamento della remunerazione supplementare, non si dovrebbe tenere conto del ricavo che il produttore di fonogrammi ha ottenuto dal noleggio di fonogrammi, della remunerazione equa e unica ottenuta per la radiodiffusione e comunicazione al pubblico o dell'equo compenso ottenuto per copia privata”<sup>26</sup>. Una seconda misura di accompagnamento concepita per riequilibrare i contratti in virtù dei quali gli artisti, interpreti o esecutori, trasferiscono i propri diritti esclusivi, in cambio di *royalties*, a un produttore di fonogrammi, dovrebbe consistere infine in una “*tabula rasa*” per quegli artisti, interpreti o esecutori, che hanno ceduto i propri diritti esclusivi ai produttori di fonogrammi in cambio di *royalties* o di una remunerazione a stralcio: “affinché gli artisti, interpreti o esecutori, possano beneficiare pienamente della proroga della durata di protezione”, è infatti opportuno che gli

---

<sup>24</sup> Per “ricavo” s'intende il ricavo che deriva al produttore di fonogrammi prima della detrazione delle spese.

<sup>25</sup> Siffatta distribuzione dovrebbe essere affidata a società di gestione collettiva e possono applicarsi le disposizioni nazionali sulle entrate non distribuibili. Per evitare l'imposizione di un onere eccessivo connesso alla raccolta e alla gestione di tali entrate, gli Stati membri dovrebbero poter regolamentare entro quali limiti le microimprese sono soggette all'obbligo di contribuire qualora i suddetti pagamenti risultassero irragionevoli rispetto ai costi della raccolta e della gestione delle entrate in questione.

<sup>26</sup> Considerando nn. 11-13.

Stati membri garantiscano che – in virtù di accordi tra produttori di fonogrammi ed artisti, interpreti o esecutori – a questi ultimi venga corrisposta durante la proroga una *royalty* od una remunerazione “svincolata da pagamenti anticipati o da detrazioni stabilite contrattualmente”<sup>27</sup>.

Tutto quanto sopra, tuttavia, sembra unicamente essersi tradotto in un dettato normativo alquanto... dispositivo, in larga parte affidato a normazioni secondarie od interne agli Stati membri – i quali, in teoria, dovrebbero poter altresì stabilire che talune condizioni contrattuali che prevedano pagamenti ricorrenti possano essere rinegoziate a vantaggio degli artisti, interpreti od esecutori, predisponendo procedure per disciplinare i casi in cui tale rinegoziazione non vada a buon fine<sup>28</sup> – ovvero affidate a (ipotetici ed eventuali) accordi collettivi di categoria. Agli encomiabili fini teorici di riequilibrio, infatti, corrispondono sostanzialmente le seguenti disposizioni (artt. 2-*bis*, 2-*ter*, 2-*quater* e 2-*sexies* della direttiva n. 116/2006, nel testo modificato dall’art. 1, § 2, lett. *c*, della direttiva n. 77/2011):

- se, decorsi cinquanta anni dalla pubblicazione lecita del fonogramma o, in mancanza di tale pubblicazione, decorsi cinquanta anni dalla sua lecita comunicazione al pubblico, il produttore del fonogramma non mette in vendita un numero sufficiente di copie del fonogramma o non lo mette a disposizione del pubblico, su filo o senza filo, in maniera tale che ciascun membro del pubblico possa accedervi dal luogo e nel momento da esso scelti, l’artista, interprete o esecutore, può risolvere il contratto (“di trasferimento o cessione”) con cui l’artista ha trasferito o ceduto i suoi diritti di fissazione dell’esecuzione al produttore di fonogrammi;
- il diritto di risolvere il contratto di trasferimento o cessione può essere esercitato se il produttore di fonogrammi, entro un anno dalla notifica dell’artista, interprete o esecutore, dell’intenzione di risolvere il contratto di trasferimento o cessione ai sensi della frase che precede, non realizza entrambe le forme di utilizzazione;

---

<sup>27</sup> Considerando n. 14.

<sup>28</sup> Considerando n. 16.

- in caso di risoluzione del contratto di trasferimento o cessione in virtù del presente paragrafo, i diritti del produttore di fonogrammi sul fonogramma scadono;
- qualora un contratto di trasferimento o cessione conferisca all'artista, interprete o esecutore, il diritto a esigere una remunerazione non ricorrente, questi ha il diritto di ottenere una remunerazione annua supplementare da parte del produttore di fonogrammi per ogni anno completo successivo al cinquantesimo anno dalla pubblicazione lecita del fonogramma o, in mancanza di tale pubblicazione, al cinquantesimo anno dalla sua lecita comunicazione al pubblico;
- l'importo complessivo che il produttore di fonogrammi deve riservare al pagamento della remunerazione annua supplementare corrisponde al 20% del ricavo che il produttore di fonogrammi ha percepito, nel corso dell'anno che precede quello in cui è versata detta remunerazione, dalla riproduzione, distribuzione e messa a disposizione del fonogramma in questione, dopo il cinquantesimo anno dalla pubblicazione lecita del fonogramma o, in mancanza di tale pubblicazione, dopo il cinquantesimo anno dalla sua lecita comunicazione al pubblico;
- qualora un artista, interprete o esecutore, abbia diritto a pagamenti ricorrenti, dai pagamenti ad esso effettuati non è detratto alcun pagamento anticipato né alcuna deduzione prevista contrattualmente dopo il cinquantesimo anno dalla pubblicazione lecita del fonogramma o, in mancanza di tale pubblicazione, dopo il cinquantesimo anno dalla sua lecita comunicazione al pubblico;
- l'artista, interprete o esecutore, non può rinunciare al diritto di risolvere il contratto, né di percepire la remunerazione annua supplementare.

Tuttavia, già nell'ipotesi assai frequente di fonogrammi contenenti pluralità di prestazioni di artisti diversi, i singoli artisti, interpreti o esecutori, possono risolvere i loro contratti di trasferimento o cessione unicamente in conformità delle pertinenti disposizioni nazionali: appare dunque difficile

che la risoluzione di singoli rapporti per prestazioni indivisibili o tecnicamente o produttivamente possano comportare anche l'inibitoria del fonogramma contenente altre prestazioni che non siano state oggetto di risoluzione (e, quindi, di scadenza/decadenza dei diritti trasferiti al produttore), risultando perciò probabile solamente un lungo e oneroso rimedio risarcitorio da parte del singolo artista. Inoltre, gli Stati membri provvedono a che il diritto a ottenere la remunerazione annua supplementare sia amministrato da società di gestione collettiva (art. 2-*quinquies* della direttiva n. 116/2006, nel testo modificato dall'art. 1, § 2, della direttiva n. 77/2011): occorre perciò, che, quanto meno in Italia, la "nuova IMAIE" o l'ente che sarà comunque designato a questo scopo dia concretamente maggior prova di efficienza rispetto al passato<sup>29</sup>. Resta tuttavia difficile non ritenere, in definitiva e nel complesso, che – ancora una volta – il favore per l'artista quale contraente debole non finisca per portare unicamente acqua al mulino del suo avente causa per effetto della "traslazione dei diritti" di cui, nel frattempo, gode e si avvantaggia il produttore, analogamente e specularmente al meccanismo della "traslazione d'imposta" sopra evocato: si osservi, per di più, che, " fini della certezza del diritto [*sic!*] è opportuno stabilire che, in assenza di chiare indicazioni contrarie nel contratto, un trasferimento o una cessione contrattuali dei diritti sulla fissazione di un'esecuzione, conclusi prima della data entro la quale gli Stati membri devono adottare le misure di attuazione della presente direttiva, continuano a produrre i loro effetti nel periodo di estensione della durata"<sup>30</sup>, con la conseguenza che, in assenza di siffatte indicazioni contrattuali chiaramente contrarie, ogni contratto di trasferimento o cessione concluso anteriormente al 1° novembre 2013<sup>31</sup> continua a produrre i suoi effetti – a favore del cessionario – oltre la data alla quale l'artista,

---

<sup>29</sup> Il "Nuovo IMAIE", è stato istituito il 12 luglio 2010, per effetto dell'art. 7 della l. n. 100/2010 "Disposizioni sull'Istituto mutualistico degli artisti interpreti esecutori". Al Nuovo IMAIE sono trasferiti il ruolo e le funzioni affidate ad IMAIE fino al 14 luglio 2009, ovvero fino alla data in cui è stato dichiarato estinto, con decreto del Prefetto di Roma. In particolare, il Nuovo IMAIE è l'istituto nazionale di gestione collettiva dei diritti di proprietà intellettuale degli artisti interpreti o esecutori, e, tra i suoi compiti, vi è il dovere di riscuotere e distribuire i diritti di attori, cantanti, musicisti, direttori d'orchestra, derivanti dalle utilizzazioni delle loro opere registrate.

<sup>30</sup> Considerando n. 15.

<sup>31</sup> Termine per l'attuazione della direttiva n. 77/2011.

interprete o esecutore, non sarebbe più protetto secondo il precedente periodo di durata della protezione; gli Stati membri inoltre possono (ma non debbono) disporre che i contratti di trasferimento o di cessione che autorizzano un artista, interprete o esecutore, a ricevere pagamenti ricorrenti – se conclusi anteriormente al 1° novembre 2013 – possano essere modificati dopo il cinquantesimo anno dalla pubblicazione lecita del fonogramma o, in mancanza di tale pubblicazione, dopo il cinquantesimo anno dalla sua lecita comunicazione al pubblico (art. 10-*bis* della direttiva n. 116/2006, nel testo modificato dall'art. 1, § 4, della direttiva n. 77/2011).

#### 4. Equità vs. efficienza.

Rimane da chiedersi se questa (finale) traslazione dei vantaggi attribuiti al contraente debole, nella pratica, verso il suo *gatekeeper*, possa almeno giustificarsi sulla base di una ratio efficientistica in luogo della ratio maggiormente equitativa: base su cui è fondata, per. es., l'attribuzione in capo al produttore cinematografico o audiovisivo di tutti i diritti di sfruttamento, a tale riguardo, sopra considerati (artt. 45, 46 e 84 l.aut.), analogamente all'attribuzione ipso iure che avviene per l'autore – e, a fortiori, per l'artista – che sia anche formalmente lavoratore subordinato. Non è infatti mancata una parte della dottrina che, su questa base di *work-for-hire* analoga all'attribuzione in campo inventivo, abbia sostenuto come il criterio efficientistico di titolarità “automatica” in capo all'organizzatore-imprenditore sia quasi un criterio di... diritto naturale, oltre che di suprema efficienza, tale da scavalcare ogni preteso diritto originario dell'autore sia in ambito subordinato che in ambito autonomo; e che in un'epoca di mercantilismo neo-liberista così spinto, come oggi, il dogma “efficientista” pro-impresa<sup>32</sup> soprattutto nei sistemi anglo-americani di *copyright* possa facilmente prevalere su diritti e interessi equitativi pure tradizionalmente previsti dalla legge (come la titolarità dei diritti stessi a titolo originario in capo ad autori o artisti nel sistema continentale) non meraviglierebbe. Perfino la Corte di Giustizia, assai incline a favorire l'iper-tutela dei diritti

patrimoniali a favore dei titolari di diritti connessi o cessionari di diritti d'autore, sembra avere recentemente (benché solo lievemente!) attenuato siffatta visione, affermando in particolare che l'attribuzione dei diritti esclusivi, spettanti al datore di lavoro nelle ipotesi previste di *work-for-hire* (cfr. artt. 12-*bis* e 12-*ter*, l.aut., nonché 38, 3° comma, c.p.i., per gli autori di disegni o modelli registrati), non può essere *ipso facto* esteso ad ipotesi ulteriori – come contratti d'opera o rapporti comunque diversi dalle fattispecie di subordinazione – in assenza di un'analogia previsione contrattuale o normativa che ne attribuisca la titolarità o l'esercizio al committente-imprenditore: sotto questo profilo, infatti, anche ai sensi del regolamento n. 6/2002/CE sui disegni o modelli comunitari, “non può escludersi che, come osservato sostanzialmente dal governo del Regno Unito, l'avente causa sia la parte economicamente più forte rispetto all'autore e disponga di mezzi più consistenti per poter esperire un'azione giudiziaria volta ad impedire la riproduzione di tali disegni o modelli. Ne consegue che l'adeguamento, ai sensi dell'ottavo e quindicesimo ‘considerando’ del regolamento, della tutela dei disegni o modelli comunitari alle esigenze di tutti i settori economici della Comunità attraverso un trasferimento contrattuale del diritto al disegno o modello comunitario è idoneo a contribuire all'obiettivo essenziale dell'esercizio effettivo dei diritti conferiti da un disegno o modello comunitario su tutto il territorio della Comunità, come risulta dal ventinovesimo ‘considerando’ del regolamento. Del resto, ai sensi del settimo ‘considerando’ del regolamento, una migliore protezione dei disegni e modelli non solo promuove il contributo dei singoli disegnatori all'eccellenza della produzione comunitaria in questo campo, ma incoraggia anche i processi innovativi, l'emergere di nuovi prodotti e gli investimenti produttivi. Ne deriva che la possibilità di trasferire, a mezzo di un contratto, il diritto al disegno o modello comunitario dall'autore al suo avente causa ai sensi dell'art. 14, n. 1, del regolamento, è conforme sia all'enunciato di detto articolo, sia agli obiettivi perseguiti dal detto regolamento. *Spetta tuttavia al giudice nazionale verificare il contenuto di un tale contratto e, al riguardo, determinare se, eventualmente, il diritto*

---

<sup>32</sup> Cfr. DE SANCTIS, *La protezione delle opere dell'ingegno*, vol. I, Milano, p. 97 s.; sul punto, ci si permette il rinvio a MUSSO, *Diritto di autore sulle opere letterarie e artistiche*, Bologna – Roma,

*al disegno o modello comunitario non registrato sia stato effettivamente trasferito dall'autore al suo avente causa*<sup>33</sup>, non attuandosi perciò alcun trasferimento *ipso iure* per principio generale secondo quanto invece sostenuto dalla tesi (unicamente) efficientistica sopra menzionata.

---

2008, pp. 340 ss., per ulteriori riferimenti.

<sup>33</sup> Corte Giust., 2 luglio 2009, C-32/08, §§ 76-80.