



*Comitato per i Beni e le Attività Culturali
Consultivo Permanente per il Diritto D'Autore*

Il Presidente

MBAC-DG-BL
SERV_IV
0043025 11/11/2008
Cl. 04.04.33/10.1

Roma, 11 Novembre 2008

Al Capo dell'Ufficio Legislativo
Cons. Mario Torsello
Sede

OGGETTO: Parere Federazione Italiana Pubblici Esercizi (FIPE)

Con nota del 3 Aprile 2008 (prot. n. UDC 6317) codesto Ufficio ha investito il Comitato Consultivo Permanente per il Diritto d'Autore ad adottare opportune determinazioni in relazione all'invito formulato dalla Federazione Italiana Pubblici Esercizi (FIPE) a proporre uno schema di decreto ministeriale di determinazione della misura del compenso spettante ai titolari dei diritti, anche con approfondimenti e audizioni finalizzati alla formulazione di una eventuale proposta normativa.

Nell'Adunanza del 16 Luglio 2008, il Comitato ha proceduto alle audizioni di FIPE e della Società Consortile Fonografici (SCF), le quali hanno altresì depositato note scritte.

Nella successiva Adunanza del 31 Ottobre 2008, il Comitato ha adottato all'unanimità il parere, che si allega, e le cui linee sono sintetizzate nei punti che seguono.

- a) La vicenda muove dalla richiesta che Società Consortile Fonografici (SCF) ha formulato ai pubblici esercizi facenti capo alla Federazione Italiana Pubblici Esercizi (FIPE), in relazione alla corresponsione dell'equo compenso, previsto dall'art. 73-bis della Legge Autore (L.A.), per i diritti



connessi spettanti ai produttori fonografici ed agli artisti interpreti ed esecutori per la diffusione di musica nei pubblici esercizi.

- b) La richiamata norma della L.A. prevede che la definizione dell'equo compenso venga demandata all'accordo fra le parti ed – in difetto – sia stabilita secondo le norme del Regolamento di esecuzione della L.A. (R.D. 18 maggio 1942, n. 1369). Quest'ultimo, a sua volta, prevede (art. 23) che “in quanto non diversamente stabilito tra le parti” il compenso verrà determinato da un DPCM da adottarsi su proposta del Comitato Consultivo Permanente per il Diritto d'Autore.
- c) FIPE ha obiettato che: 1) nel caso di specie mancherebbero sia l'accordo delle parti che la norma secondaria; 2) in ogni caso, la norma della L.A. richiamata si riferisce solo alle utilizzazioni dirette e non a quelle indirette dei fonogrammi.
- d) In ordine al punto 1), il Comitato ha ritenuto che la fattispecie di cui si tratta possa essere più propriamente inquadrata nell'ambito delle attività a fini di lucro e non in quella di cui all'art. 73-bis (utilizzazioni a scopo non di lucro) e, perciò, trova immediata disciplina ed attuazione nella normativa già in vigore, la quale, pertanto, è già pronta a supplire alla carenza di accordo fra le parti.
- e) In particolare, l'articolo 2 del DPCM 1 settembre 1975, approvato ai sensi dell'art. 23 del Regolamento di esecuzione (R.D. 18 maggio 1942, n. 1369) dispone che “in difetto di diverso accordo fra le parti” la misura del compenso di cui all'articolo 73 della L.A. “è commisurata al 2% degli incassi lordi o delle quote degli incassi lordi corrispondenti alla parte che il disco o apparecchio occupa nella sua pubblica utilizzazione”. Il Comitato ritiene che all'espressione “parte che il disco occupa nella pubblica utilizzazione” possa attribuirsi anche il significato di “funzione, rilevanza che il disco ha nell'attività del pubblico esercente”, così da contemplare e consentire un regime di determinazione del compenso flessibile e proporzionato alla funzione effettiva che l'uso del fonogramma svolge nell'attività di impresa del pubblico esercizio.
- f) Pertanto, allorquando il fonogramma ha un legame non immediato ma indiretto con la produzione del reddito riferibile all'esercizio stesso (come appunto nel caso dei pubblici esercizi), non dovrebbe applicarsi una quota del 2% sui ricavi annui ma quote minori ancorate ad una serie di parametri (che nel parere si richiamano in via esemplificativa) idonei a dare rilievo all'importanza che il disco svolge nell'attività di impresa.
- g) Con riferimento al punto 2), secondo il quale, comunque, in via dirimente, tanto l'art. 73 bis, che l'art. 73 si riferirebbero soltanto alle utilizzazioni dirette e non a quelle indirette dei fonogrammi, il Comitato aderisce alla tesi secondo la quale l'esercizio commerciale, che diffonde nei propri locali emissioni radiofoniche o televisive, effettua un nuovo atto di comunicazione al pubblico.



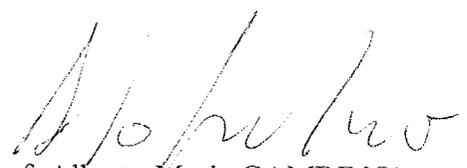


- h) Alla stregua di quanto accade con riferimento allo sfruttamento dell'opera oggetto di diritto d'autore, tale atto di comunicazione al pubblico configura un ulteriore utilizzo del fonogramma per radiodiffusione e determina l'esercizio di una facoltà insita nel diritto connesso del produttore fonografico. Questo, in particolare, nella considerazione che senza l'uso della fissazione non sarebbe possibile né la prima emissione, né il successivo sfruttamento della musica da parte del pubblico esercizio, situazioni, entrambe, tributarie dell'attività posta in essere per realizzare la suddetta fissazione.

Alla luce di tali considerazioni, il Comitato ritiene che la fattispecie esaminata, esulando dalla previsione di cui all'art. 73 bis L.A., non postuli la relativa predisposizione di uno schema di decreto ministeriale di determinazione della misura del compenso.

Resto a disposizione per ogni eventuale chiarimento e formulo i miei migliori saluti,




(Prof. Alberto Maria GAMBINO)


PER COPIA CONFORME
ALL' ORIGINALE
03 MAR. 2009
Direttore di Biblioteca Coordinatore
Dr.ssa Lucia Marchi



Aee.

Mon 3



Ministero per le Attività Culturali
Comitato Consultivo Permanente per il Diritto D'Autore

COMITATO CONSULTIVO PERMANENTE PER IL DIRITTO D'AUTORE

PARERE IN TEMA DI DIRITTI CONNESSI PER ESECUZIONI SENZA SCOPO DI LUCRO (ART 73-BIS L. 633/1941)

1 PREMESSA

E' stato rappresentato che la Società Consortile Fonografici (di seguito "SCF") ha richiesto ai pubblici esercizi facenti capo alla Federazione Italiana Pubblici Esercizi (di seguito "FIPE") la corresponsione dell'equo compenso per i diritti connessi spettanti ai produttori fonografici ed agli artisti interpreti ed esecutori per la diffusione di musica nei pubblici esercizi in base a quanto disposto dall'art. 73-bis della Legge Autore (di seguito L.A.).

La richiamata norma della L.A. prevede che la definizione dell'equo compenso ivi prevista venga demandata all'accordo fra le parti ed – in difetto – sia stabilita secondo le norme del regolamento attuativo della L.A.¹ Quest'ultimo, a sua volta prevede (art. 23) che "in quanto non diversamente stabilito tra le parti" il compenso verrà determinato da un DPCM da adottarsi su proposta del Comitato Consultivo Permanente per il Diritto d'Autore, di seguito CCPDA.

a) La FIPE a riguardo, fra le osservazioni svolte dai suoi rappresentanti in seno all'audizione del 16 luglio u.s innanzi al CCPDA e resistendo alla richiesta della SCF (proposta anche mediante l'instaurazione di singoli contenziosi nei confronti di singoli esercizi), obietta che nel caso di specie mancherebbero sia l'accordo delle parti che la norma secondaria, la quale – in difetto del primo – definisca l'ammontare del compenso dovuto ai produttori fonografici ed agli artisti. A tal fine la FIPE sollecita l'esercizio del potere di proposta del CCPDA di cui all'art. 23 del regolamento della L.A.

b) Inoltre, fra le osservazioni svolte dai rappresentanti della FIPE in seno all'audizione del 16 luglio u.s , quest'ultima nota che la norma della L.A. richiamata si riferisce solo alle utilizzazioni dirette e non a quelle indirette dei fonogrammi. In particolare l'equo compenso di cui all'art. 73-bis L.A. andrebbe corrisposto solo da chi primariamente utilizza nei pubblici esercizi il supporto fonografico. Nelle ipotesi di uso nei pubblici esercizi di apparecchi radioriceventi (o televisivi) per diffondere suoni (o immagini) al pubblico presente nei locali l'equo compenso per l'utilizzo del fonogramma (mediante radiodiffusione) sarebbe solo quello dovuto dall'emittente che procede alla prima emissione, non potendosi esercitare il diritto di credito del produttore (solo o anche) nei confronti del pubblico esercizio qualificabile – secondo tale posizione - come mero utilizzatore finale dell'emissione stessa.

2 NORME APPLICABILI E RUOLO DEL CCPDA

2.1 Preliminare inquadramento della fattispecie ai sensi dell'art. 73 e 73-bis della L.A.

Si ritiene preliminarmente che la fattispecie di cui si tratta possa essere più propriamente inquadrata nella norma di cui all'art. 73 della L.A. e non, come sostenuto dalle parti interessate, in quella di cui all'art. 73-bis

Per quanto riguarda il *discrimen* fra la fattispecie dell'art 73 e quella del 73-bis si segnala che la giurisprudenza che si è occupata dell'applicazione dei suddetti articoli ha precisato che con riferimento

¹ R.D. 18 maggio 1942, n. 1369.



Ministero per i Beni e le Attività Culturali

Comitato Consultivo Permanente per il Diritto D'Autore

all'utilizzo di fonogrammi per le radiodiffusioni lo scopo di lucro sussiste ad esempio quando l'emittente radiotelevisiva inserisca inserzioni pubblicitarie nei propri palinsesti².

In dottrina, inoltre, si ritiene che la diffusione di musica di sottofondo nei locali commerciali e negli studi professionali rientri nel campo di applicazione dell'art. 73 della L.A.³

Anche per quanto concerne la ritrasmissione radiotelevisiva di opere nelle stanze di albergo, nella casistica che si è occupata di evidenziare i contorni del diritto d'autore con riferimento a tali forme di sfruttamento, si sono sottolineate le finalità lucrative dell'attività medesima.⁴

Si rileva⁵, inoltre, come importanti indicazioni possano trarsi da pronunce di merito e di legittimità che, con riferimento a fattispecie penalmente rilevanti⁶, hanno tratteggiato i confini dello scopo di lucro.⁷

² Trib. Firenze 13 marzo 1992, Rep. AIDA, 1993, 814, il quale ritiene che "[s]ussiste lo scopo di lucro dell'utilizzazione radiofonica del fonogramma, necessario per la sua soggezione a compenso ex art. 73 l.a., quando l'utilizzazione avvenga ad opera di emittente privata che alterni la radiodiffusione di brani musicali con comunicati commerciali pubblicitari"; Trib Udine 7 maggio 1990, *ibidem*; dove si afferma che "[q]uando l'emittente diffonda pubblicità a pagamento ricorre lo scopo di lucro ex art. 73 l.a. nell'utilizzazione del disco a mezzo della radiodiffusione". Nello stesso senso recentemente Cass. Pen, II sez., 8 giugno 2007, n. 27074, secondo la quale "il fine di lucro ... è strettamente correlato all'utilità economica che deriva alla emittente dall'attività pubblicitaria svolta, sia che la musica riprodotta accompagni direttamente gli spot, sia che costituisca solo un intermezzo tra una pubblicità e l'altra"

³ UBERTAZZI, *Spunti sulla comunicazione al pubblico dei fonogrammi*, in *Studi in onore di Gerhald Schrickler*, Milano, 2005, 275 e ss. Tale posizione si pone pertanto in netto contrasto con una giurisprudenza isolata, la quale, con riferimento all'utilizzo da parte di un esercizio commerciale di supporti fonografici per procedere ad una diffusione interna ai locali grazie ad apparecchi di riproduzione, una recente pronuncia ha invece escluso la sussistenza dello scopo di lucro (e dunque applicato l'art. 73-bis e non l'art. 73 della L.A.) in quanto l'oggetto dell'attività commerciale non consisteva nella vendita di musica. Trib. Treviso, 7.12.2004, n. 2520, in *Il Diritto Industriale*, 4/2005, 429 con nota critica di DI PASQUALE. L'Autore in particolare osserva criticamente che il Tribunale sarebbe incorso in equivoco nell'interpretazione dell'articolo 73 dovendosi al contrario ancorare l'indagine sullo scopo di lucro alle finalità perseguite dalle imprese mediante la diffusione della musica e non all'attività imprenditoriale svolta. Più specificamente ritiene che "mentre è fuori discussione che una discoteca o un locale da ballo, così come una radio, debbano i propri proventi principalmente alla musica che diffondono., è ragionevole anche considerare come la diffusione di musica nella hall di un albergo, in un bar o in un supermercato, o nei locali di un parrucchiere o di un dentista (per lo meno negli intenti) possa arrecare un beneficio al pubblico, rendendo la permanenza della clientela nei locali più gradevole. In quest'ottica, la musica può essere vista come uno dei tanti mezzi di cui l'impresa si avvalga nella propria organizzazione aziendale, al fine di maggiorare i propri profitti e dunque tale impiego sconterebbe l'applicazione dell'art 73 L.A."

⁴ Si veda Cass. 27 novembre 1992, n. 12680/92; la quale, occupandosi della ritrasmissione di opere nelle stanze di di Casa di cura e riconducendo tale fattispecie ai diritti di cui all'art. 15 L.A., si pone il problema dell'eccezione di cui al comma 2 dello stesso articolo (la quale presuppone oltre alla non pubblicità dell'esecuzione la mancanza di scopo di lucro) concludendo che "il fine di lucro non è circoscritto all'ipotesi di remunerazione in danaro (o con altra immediata controprestazione) e ricorre ogni volta che un soggetto, che in tesi potrebbe anche non rivestire la qualifica di imprenditore, si riprometta di conseguire un'utilità, anche non immediata, ma sempre di ordine economico. Dall'esecuzione, rappresentazione o recitazione". Si richiama inoltre la giurisprudenza comunitaria in materia dove si afferma che "the action by the hotel by which it gives access to the broadcast work to its customers must be considered as an additional service performed with the aim of obtaining some benefit. It cannot be seriously disputed that the provision of that service has an influence on the hotel's standing and therefore, on the price of rooms" Corte Europea di Giustizia, 17 dicembre 2006, SGAE/Raphael Hoteles SA, causa C-306/05 punto 44.

⁵ DI PASQUALE, *op. cit.*, *loc. ult. cit.*

⁶ Ai sensi degli artt. 171-bis o 171-ter della L.A.



Ministero per i Beni e le Attività Culturali
Comitato Consultivo Permanente per il Diritto D'Autore

I principi enucleati in tali pronunce sembrerebbero consentire un inquadramento della fattispecie in esame sub articolo 73 della Legge Autore.

La qualificazione della diffusione della musica nei pubblici esercizi (e - nei limiti di cui si dirà più oltre - la radiodiffusione del fonogramma da parte degli esercizi medesimi) come attività avente scopo di lucro comporterebbe che, a prescindere dalla soluzione della questione dell'*an debeatur* (per la quale si veda il prosieguo della presente nota), il diritto di credito a compenso dei produttori fonografici, proprio in quanto rientrante nell'articolo 73 e non nell'art. 73-bis, troverebbe immediata disciplina ed attuazione nella normativa già in vigore, la quale pertanto sarebbe già pronta a supplire ad una carenza di accordo fra le parti.

Per quanto riguarda più specificamente la misura del suddetto compenso si rimanda a quanto si dirà nel successivo paragrafo 2.2.

Con riferimento alla seconda osservazione formulata da FIPE (punto b in Premessa), si ritiene che la soluzione del quesito sollevato coinvolga tanto la disciplina dell'articolo 73-bis (utilizzazioni non a scopo di lucro) che quella dell'articolo 73 (utilizzazioni a scopo di lucro), fondandosi l'applicazione dell'art. 73-bis sulla fattispecie di cui all'articolo 73 e ponendosi la soluzione del quesito in merito all'*an debeatur* necessariamente negli stessi termini con riferimento ad entrambe le norme citate.

2.2 La determinazione del compenso di cui all'art.73 L.A. per la diffusione di musica nei pubblici esercizi.

Una volta inquadrata la fattispecie che qui interessa nell'articolo 73 della L.A: occorre chiedersi quali siano gli strumenti a disposizione per la definizione del compenso ivi previsto in favore dei produttori fonografici e degli artisti interpreti ed esecutori.

Come accennato, si ritiene a riguardo che – una volta sussunti i comportamenti di cui si discute *sub* articolo 73 della LA, gli strumenti di diritto positivo di cui si debba tener conto siano, conseguentemente, l'articolo 23 del R.D. 18 maggio 1942, n.1369 (Regolamento di esecuzione della Legge Autore) e l'articolo 2 del DPCM 1 settembre 1975, approvato ai sensi del suddetto articolo 23.

Quest'ultimo in particolare dispone che *"in difetto di diverso accordo fra le parti"* la misura del compenso di cui all'articolo 73 della L.A. *"è commisurata al 2% degli incassi lordi o delle quote degli incassi lordi corrispondenti alla parte che il disco o apparecchio occupa nella sua pubblica utilizzazione"* (sottolineatura nostra).

Se si dà alla locuzione *"parte"* che il disco occupa nella pubblica utilizzazione, come sembra doversi dare, il significato di *"funzione"*, *"rilevanza"* che il disco ha nell'attività del pubblico esercente, sembra allora – e trattasi di una prima conclusione – che la norma da ultimo richiamata possa essere letta nel senso che la stessa già contempla e consente un regime di determinazione del compenso flessibile e proporzionato alla funzione effettiva che l'uso del fonogramma svolge nell'attività di impresa del pubblico esercizio.

⁷ In questo senso si veda Trib. Torino, sez. pen. III, 8 aprile 2002, in IDA, 2003, 460 che ritiene sussistere lo scopo di lucro in presenza di condotte *"finalizzate ad un incremento positivo del patrimonio, sia tale incremento rappresentato da una entrata in danaro o costituito da altri beni"*. Nello stesso senso Cass. Pen., sez. III, 19 settembre 2001 nonché Cass. Pen. Sez.III, 28 giugno 2001, n.33896. Quest'ultima in particolare nel differenziare i concetti di *"scopo di profitto"* e di *"scopo di lucro"* precisa come lo scopo di lucro *"può comunque riguardare qualsiasi vantaggio di tipo patrimoniale, escluse le ipotesi in cui il vantaggio si concreta in semplice tornaconto generico, utile per l'agente, ma non avente profili pecuniari o patrimoniali"*.



Ministero per i Beni e le Attività Culturali
Comitato Consultivo Permanente per il Diritto D'Autore

In sostanza il regime di determinazione del compenso del DPCM del 1975 già avrebbe reso operativo un sistema che distingue – nell'ambito delle utilizzazioni comunque a finalità lucrativa – tra quelle dove il fonogramma svolge un ruolo centrale (es. discoteche o emittenti radiofoniche) e quelle dove il fonogramma ha un legame non immediato ma indiretto con la produzione del reddito riferibile all'esercizio stesso (come appunto nel caso dei pubblici esercizi).

In tali casi, dunque, non dovrebbe applicarsi una quota del 2% sui ricavi annui ma quote minori ancorate ad una serie di parametri che diano rilievo all'importanza che il disco svolge nell'attività di impresa.

A titolo esemplificativo si richiamano alcuni indici di "gradualità" del compenso già presenti nella prassi dei diritti d'autore.

a) Per quanto riguarda la corresponsione alla SIAE dei diritti d'autore da parte dei pubblici esercizi negli accordi e tabelle in vigore tra FIPE e SIAE per la musica d'ambiente vengono presi in considerazione due parametri in funzione dei quali si determina l'ammontare del corrispettivo stesso:

- 1) il tipo di utilizzazione effettuata (strumenti, apparecchi musicali, strumenti meccanici: ad es. Radio, lettori CD, juke box etc.);
- 2) la categoria del pubblico esercizio (ad es. categoria L – lusso).

Secondo le suddette tabelle compensi più alti sono chiaramente pagati per i locali di lusso e per le tipologie di utilizzazione più remunerative (video juke box) a riprova di una gradazione dei diritti secondo la finalità più o meno direttamente lucrativa dell'utilizzo.

b) Nell'accordo SIAE – FIPE del 1963 (allegato dalla stessa FIPE), relativo alle pubbliche esecuzioni gratuite effettuate senza proventi di qualsiasi natura si prevede che qualora si utilizzino per tali esecuzioni apparecchi riproduttivi (quali radio, lettori CD, juke box etc.) dovranno essere corrisposti i diritti d'autore. Qualora poi le suddette esecuzioni avvengano a pagamento occorrerà corrispondere ulteriori compensi. Nel caso le esecuzioni avvengano tramite l'uso di juke box dovrà essere corrisposto un compenso ulteriore in misura dell'8% se trattasi di audio juke box e 10% se invece trattasi di video juke box.

Da tale accordo emerge pertanto che: 1) la licenza riguarda l'uso di strumenti meccanici per audizioni eventuali ("di contorno"); 2) la finalità più o meno direttamente lucrativa gradua i compensi dovuti dal pubblico esercizio.

c) Dall'accordo SIAE – FIPE relativo agli stabilimenti balneari ed avente ad oggetto in particolare la diffusione di musica di accompagnamento ad attività di animazione, fitness, corsi di ballo, il corrispettivo è ancorato: 1) alle dimensioni dell'esercizio (misurate in termini di capienza massima di utenti); 2) alle ore di diffusione della musica (che può comunque durare al massimo due ore).

d) Per la radiodiffusione nei pubblici esercizi, lasciando per ora impregiudicata la questione sull'*an debeatur*, per la quale si veda il paragrafo successivo, potrebbe darsi rilievo al ruolo dell'uso del fonogramma nel palinsesto dell'emittente ritrasmessa dal pubblico esercizio, analogamente a quanto accade, con riferimento al diritto d'autore, nelle licenze concluse fra la SIAE e le emittenti radiotelevisive. I contratti standard che la SIAE, ad esempio, stipula con le emittenti satellitari prevedono difatti che il corrispettivo che l'emittente dovrà pagare alla collecting society per l'uso di musica nella propria programmazione vari a seconda della tipologia di emittente. Si stabilisce così un contributo massimo per le "emittenti musicali con palinsesti principalmente basati sulla diffusione di Programmi con musica protagonista" (canali di musica) e contributi decrescenti per le emittenti



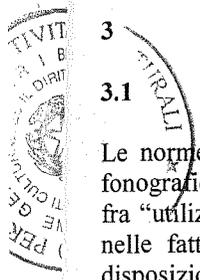
Ministero per i Beni e le Attività Culturali

Comitato Consultivo Permanente per il Diritto D'Autore

generaliste o ancora per i canali tematici "con utilizzazioni musicali di sottofondo o complementari", etc.

Occorre infine tener conto della giurisprudenza della Corte di Giustizia che ha iniziato a fornire le prime indicazioni in merito al concetto di remunerazione equa⁸ di cui all'articolo 8, comma 2 della Direttiva 92/100/CEE⁹.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte e nella premessa da cui si è partiti di un inquadramento della fattispecie in esame nell'alveo dell'art. 73 della L.A., i nuovi accordi, pur tenendo conto degli accordi che FIPE e SCF hanno già stipulato ai sensi dell'art. 73, dovranno ispirarsi a gradualità nel compenso in ragione della funzione e rilevanza che il disco occupa in ciascuna utilizzazione.



3 LA RADIODIFFUSIONE DI FONOGRAMMI NEI PUBBLICI ESERCIZI

3.1 La disciplina degli art 72 e ss. L.A.

Le norme di cui agli articoli 72, 73 e 73-bis della L.A. prevedono una protezione del produttore fonografico diversamente gradata a seconda del tipo di utilizzazioni. Si distingue difatti generalmente fra "utilizzazioni primarie" del fonogramma ed "utilizzazioni secondarie". Le prime consisterebbero nelle fattispecie di cui all'articolo 72 (riproduzione, distribuzione, noleggio e prestito, messa a disposizione secondo la definizione della Direttiva 2001/29/CE) e sarebbero protette da un vero e proprio diritto esclusivo di autorizzare o meno le suddette utilizzazioni.

Le utilizzazioni secondarie di cui agli articoli 73 (e 73-bis), configurerebbero invece una ipotesi di pubblico dominio pagante, comportando (solo) un obbligo dell'utilizzatore al pagamento di un compenso (o di un equo compenso nel caso di utilizzazioni non a scopo di lucro ai sensi dell'art. 73-bis)¹⁰.

I soggetti destinatari della norma di cui all'art. 73, fermo quanto si dirà in seguito, sono senz'altro le emittenti radiofoniche e televisive. Con il progressivo massiccio utilizzo dei fonogrammi (inizialmente) da parte delle emittenti radiofoniche, la norma ha costituito difatti il principale presidio per una tutela ed una remunerazione dell'attività industriale del produttore fonografico avverso le utilizzazioni radiofoniche e poi televisive¹¹.

Il soggetto legittimato passivamente al pagamento del compenso è pertanto stato in primo luogo individuato nell'emittente (radiofonica o televisiva).

⁸ La Direttiva non prevede, come invece la legge italiana, una distinzione fra scopo di lucro – diritto al compenso (art. 73) e scopo non di lucro – diritto ad equo compenso (art. 73-bis).

⁹ Si veda in particolare ECJ, 6 febbraio 2003, Causa C245/00, SENA/NOS. In particolare, nelle conclusioni, l'Avvocato Generale Tizzano afferma che il compenso deve tenere conto "del reale valore commerciale dell'uso del fonogramma" e specificamente della "dimensione del pubblico effettivo e potenziale", mentre nel dispositivo la Corte introduce come parametro "il numero di ore di diffusione dei fonogrammi, la rilevanza dell'ascolto degli organismi radiofonici e televisivi".

¹⁰ Si veda per tutti, GRECO VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, Torino, 1974, 412. Per una spiegazione della differente tutela accordata rispettivamente dagli articoli 72 e 73 alle diverse utilizzazioni ivi contemplate non in termini di minore tutela delle fattispecie di cui all'articolo 73 si veda SARTI, *Appunti in tema di emissioni radiofoniche, sincronizzazioni di brani musicali su pellicola e diritti del produttore fonografico*, AIDA 1993, 506 e ss., il quale spiega la scelta di proteggere e remunerare le utilizzazioni dell'articolo 73 solo con l'istituto del compenso come una opzione dettata dall'opportunità pratica di ancorare la remunerazione al volume di utilizzo effettivo del fonogramma.

¹¹ Si vedano Trib. Alessandria 24 ottobre 1988, IDA, 89, 192; Trib. Napoli 16 novembre 1989, ivi, 90, 555; Corte Appello Milano 14 aprile 1998, AIDA 1998, 795.



Ministero per i Beni e le Attività Culturali

Comitato Consultivo Permanente per il Diritto D'Autore

A volte nell'utilizzo del fonogramma da parte di una emittente radiofonica, in considerazione dell'esigenza tecnica di quest'ultima di effettuare copie anche temporanee del fonogramma, è stato ravvisato, solo od anche, un atto di riproduzione del fonogramma stesso rilevante ai sensi dell'art. 72 L.A.¹².

Per quanto riguarda invece l'utilizzo diretto del fonogramma da parte di pubblici esercizi la scarna casistica ha riguardato principalmente le ipotesi di utilizzo diretto del fonogramma da parte dell'esercente, il quale mediante apparecchi di riproduzione sonora (impianti di riproduzione CD e altoparlanti) lo diffondeva nei locali in cui esercitava la sua attività¹³.

3.2 Oggetto del diritto: fonogramma e non opera; attività produttiva del fonogramma e non supporto.

Al fine di meglio comprendere l'oggetto dei diritti di cui agli art. 73 e 73-bis occorre brevemente ricordare e premettere che "il disco è considerato dalla nostra legge, malgrado il lavoro di indole artistica necessario per la sua fabbricazione, come un prodotto industriale, non come opera dell'ingegno" e che la ragione della protezione accordata ai produttori fonografici dalla Legge Autore "consiste, anzitutto, nella necessità di sostenere il valore economico del disco, difendendolo contro le facili abusive duplicazioni, mediante il riconoscimento di un diritto esclusivo"¹⁴.

Di conseguenza il diritto del produttore ricade sul risultato dell'attività di fissazione di una sequenza di suoni su un supporto, considerata nella sua specifica individualità vale a dire in quell'atto specifico che ha consentito di fissare una esecuzione accaduta (una sola volta, in quella specifica e particolare forma fissata) nella vita reale in un quid in grado di perpetrarla nel tempo e nel numero di fruizioni. L'esclusiva del produttore fonografico riguarda pertanto la fissazione e non il suo contenuto. Ma parimenti riguarda la fissazione e non il supporto materiale individuale.¹⁵ Il fonogramma è difatti la fissazione di suoni provenienti da una interpretazione o da una esecuzione, o da altri suoni o da rappresentazioni di suoni.¹⁶

Di conseguenza il produttore è la "persona fisica o giuridica che assume l'iniziativa e la responsabilità della prima fissazione dei suoni provenienti da un'interpretazione o esecuzione o da altri suoni o da rappresentazione di suoni" (art. 78 L.A.).¹⁷

¹² Si veda Cass. Pen, II sez. , 8 giugno 2007, n. 27074, *cit.* Nel senso di una rilevanza dell'atto di emissione del fonogramma sia ai sensi dell'art. 73 che ai sensi dell'art. 72 si veda Trib Forlì 8 settembre 1992, AIDA, 1993, 504 e ss.

¹³ Si veda in tal senso Tribunale Treviso, 7.12.2004, *cit.*

¹⁴ Sono le parole di Piola Caselli nella relazione allegata al progetto di riforma del diritto d'autore del 1941, riportate da BERTANI, *L'evoluzione dei rapporti tra autori artisti e fonografici*, in *Il Diritto D'autore*, 2/1994, 194 e ss. L'Autore aggiunge poi che, per il produttore di fonogrammi, il legislatore ha voluto "riservare esclusivamente a suo favore la facoltà di riprodurre ed immettere in commercio i prodotti fonografici derivati dall'incisione originale. In questo modo il legislatore ha inteso dare protezione al frutto dell'attività del produttore considerata nei suoi profili meramente economico industriali."

¹⁵ La Convenzione di Roma del 1961 sulla protezione degli artisti interpreti o esecutori, dei produttori di fonogrammi e degli organismi di radiodiffusione definisce il fonogramma come "qualunque fissazione esclusivamente sonora dei suoni di un'esecuzione o di altri suoni" (art.3, lettera b)

¹⁶ Il WIPO Performers and Phonogram Treaty del 1996, art.2, stabilisce che "phonogram" means the fixation of the sounds of a performance or of other sounds, or of a representation of sounds, other than in the form of a fixation incorporated in a cinematographic or other audiovisual work"



Ministero per i Beni e le Attività Culturali

Comitato Consultivo Permanente per il Diritto D'Autore

Da questa definizione della Legge si ricava in dottrina che *“il legislatore abbia inteso individuare l'attività del soggetto per porre in essere non le copie materiali, ma il bene immateriale incorporante l'opera eseguita e registrata in un apparecchio riproduttore idoneo a determinare a sua volta, indipendentemente dalla copia, la ripetizione della registrazione”*¹⁸.

Si osserva che altre norme della Legge Autore (fra cui proprio gli art 72 e 73) sembrano viceversa dare maggior rilievo all'esemplare materiale incorporante la registrazione. Ma dal complessivo coordinamento delle stesse può comunque ricavarsi che *“oggetto della tutela sia la formazione del prodotto cioè della matrice o disco originale incorporante la registrazione in quanto bene immateriale”*¹⁹.

I fonogrammi, infine, possono essere riprodotti in supporti di qualsiasi tipo (dischi in vinile, nastri, floppy disk, cd etc.) essendo indifferente il supporto sul quale avviene la fissazione. Il supporto originale che incorpora la prima fissazione costituisce il *master*²⁰.

3.3 Su un doppio compenso: dell'emittente e dell'esercizio nel caso di nuova comunicazione al pubblico.

Fermo quanto detto in precedenza, occorre allora verificare se al di là delle utilizzazioni *“tipiche”* coperte dalle norme di cui agli art. 73 e 73-bis, ed in particolare dell'utilizzo dei fonogrammi da parte di emittenti radiofoniche per i propri programmi o dell'utilizzo diretto dei fonogrammi mediante diffusione nei pubblici esercizi, residuino ulteriori fattispecie di sfruttamento economico del fonogramma riconducibili all'art. 73 (o 73-bis) e dunque fonti di diritto a compenso (o equo compenso) in favore dei produttori fonografici (e degli artisti interpreti ed esecutori).

A riguardo, con riferimento al diritto d'autore di comunicazione al pubblico, occorre segnalare che in dottrina e in giurisprudenza, secondo un orientamento prevalente (che sembra ora trovare conferma nella giurisprudenza della Corte di Giustizia europea²¹) si ritiene che l'utilizzo di *“altri mezzi che rendano possibile un'ulteriore e più ampia ricezione dell'opera dell'ingegno da parte di pubblici più vasti”* configuri un nuovo atto di sfruttamento economico ulteriore rispetto a quello originario dell'emittente radiotelevisiva *“per il quale occorre una seconda e distinta autorizzazione”*²².

¹⁷ Pertanto la titolarità dei diritti sul fonogramma spetta *“al soggetto che assume la responsabilità organizzativa ed imprenditoriale della prima fissazione”* ERCOLANI, *Diritto d'autore* cit., 199

¹⁸ SORDELLI, voce *Disco fonografico*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Varese, 1964, p. 40.

¹⁹ SORDELLI, *op cit*, P. 42. L'Autore richiama altresì la posizione di ASCARELLI il quale parlerebbe di incisione come oggetto del bene immateriale a sua volta estrinsecato e manifestato in un esemplare cioè nel disco.

²⁰ ERCOLANI, *Il Diritto d'autore e i diritti connessi*, Torino, 2004, p.197; BERTANI in *Commentario breve alle leggi su Proprietà Intellettuale e Concorrenza*, a cura di MARCHETTI UBERTAZZI, CEDAM, 2007, commento agli artt. 72-78-ter L.A;

²¹ Corte Europea di Giustizia, C-306/05, *cit*.

²² Cfr., *e pluribus*, GRECO VERCELLONE, *op. cit.*, 148-149. Nello stesso si richiama Cass 12680/92, *cit.* secondo la quale *“non è controverso che il televisore costituisca un mezzo per l'esercizio del diritto esclusivo dell'autore dell'opera di cui all'art. 15”* e che *“superata la fase della diffusione di cui all'art. 16 della legge n. 633-41 – l'esecuzione in pubblico con il mezzo televisivo di opere protette soggiace alla disciplina in esame in forza dell'ampia previsione dell'inciso “comunque effettuata”*. Lo sfruttamento viene pertanto ricondotto, a seconda delle posizioni, al diritto di comunicazione al pubblico (art.16) o al diritto di pubblica rappresentazione ed esecuzione (art. 15). Per una nozione unitaria di pubblico in dottrina si evidenzia la necessità dei seguenti elementi: (i) pluralità di persone; (ii) presenti nel medesimo luogo o in luoghi diversi; (iii) presenti non necessariamente nello stesso momento ma anche



Ministero per i Beni e le Attività Culturali
Comitato Consultivo Permanente per il Diritto D'Autore

In particolare la Corte di Giustizia, chiamata recentemente e nuovamente ad occuparsi della diffusione dei segnali televisivi nelle stanze di albergo, giustifica la rilevanza ai fini del diritto d'autore di tale nuovo atto di comunicazione sulla base della considerazione che la comunicazione nelle stanze di albergo è diretta a raggiungere un pubblico nuovo e diverso costituito precisamente dalle persone che occupano le camere degli albergo proprio perché non sono nelle proprie dimore abituali e che "pur trovandosi fisicamente nell'area di copertura del satellite non avrebbero potuto fruire in altro modo dell'opera radiodiffusa".²³

Ancora più chiaro è l'Avvocato Generale il quale nelle conclusioni afferma che "nei luoghi in cui la gente si riunisce (caffè, ristoranti, sale da the, alberghi, grandi negozi, treni, aerei, ecc.) si va diffondendo l'uso di distribuire programmi radiotrasmessi." Si pone allora la questione se la licenza conferita dall'autore alla stazione trasmittente riguardi anche tutti gli usi della radiotrasmissione, che possono avere o meno fini commerciali. E la risposta sarebbe negativa. "Così come nel caso di una nuova trasmissione di un programma via filo si crea un ulteriore pubblico, anche in questo caso l'opera viene resa percepibile ad ascoltatori (e forse anche telespettatori) diversi da quelli previsti dall'autore nel momento in cui è stato dato il suo permesso".²⁴

Seguendo pertanto il ragionamento svolto dalla Corte di Giustizia si giunge alla conclusione che, per quanto riguarda i diritti d'autore, il corrispettivo per lo sfruttamento dell'opera mediante comunicazione al pubblico corrisposto dall'emittente radiotelevisiva per le proprie emissioni non assorbe un eventuale ulteriore corrispettivo che sia ritenuto dovuto per ulteriori atti di sfruttamento che si aggiungono al primo.

In merito all'individuazione del soggetto sul quale ricade la responsabilità del (ulteriore) atto di comunicazione al pubblico e che sarà dunque tenuto a corrispondere i relativi diritti d'autore, la Corte di Giustizia è chiarissima: non l'emittente ma il pubblico esercizio - utilizzatore finale.²⁵

La circostanza che la diffusione di emissioni radiotelevisive nei pubblici esercizi sia un ulteriore atto di comunicazione al pubblico delle opere radiodiffuse è del resto confermato dalla stessa licenza di cui all'accordo siglato in data 3 dicembre 1963 fra la SIAE e la FIPE (prodotto dalla stessa FIPE) avente ad oggetto "i compensi dovuti per i diritti di autore per le pubbliche esecuzioni gratuite che avvengono nei pubblici esercizi in genere (bar, ristoranti, caffè) a scopo di audizioni eventuali" mediante quegli "strumenti meccanici, apparecchi o altri strumenti" elencati all'articolo 13 dell'accordo, fra i quali figurano "semplici apparecchi radioriceventi" e "apparecchi televisivi".

diacronicamente; (iv) presenti in un certo numero, UBERTAZZI, AIDA, 2005, 293. Contra RICOLFI, AIDA 2002, 60, nt 33, che ritiene invece necessario distinguere la nozione di pubblico di cui all'art. 15 da quella di cui all'art. 16. Con riferimento alla ritrasmissione di opere nelle stanze di albergo però anche quest'Autore ritiene riconducibile la fattispecie all'art. 16 piuttosto che all'art. 15, secondo il ragionamento invece seguito dalla giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass. 12680/92, cit.)

²³ La Corte in particolare osserva che "As is explained in the Guide of the Berne Convention...when the author authorises the broadcast of its work, he considers only direct users, that is, the owners of reception equipment" E così, "if reception is for larger audience ...the communication of the programme via a loudspeaker or analogous instrument no longer constitutes simple reception of the programme itself but is an independent act though which the broadcast work is communicated to a new public" Corte di Giustizia C-306/05, cit, punto 41.

²⁴ Cfr. *Commentario breve alle leggi su Proprietà Intellettuale e Concorrenza*, a cura di Marchetti Ubertazzi, CEDAM, 2007, commento all'art. 16 L.A

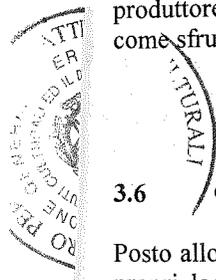
²⁵ "the hotel is the organisation which intervenes, in full knowledge of the consequences of its action, to give access to the protected work to its customers" Corte di Giustizia C-306/05, cit, punto 42.



Ministero per i Beni e le Attività Culturali
Comitato Consultivo Permanente per il Diritto D'Autore

Inoltre si richiama la prassi contrattuale secondo la quale la redistribuzione di un canale televisivo da parte di una piattaforma che offre una offerta multicanale ai propri abbonati varia a seconda che gli abbonati abbiano carattere residenziale o meno, essendo ravvisabile in tale previsione patrizia una forma di remunerazione per lo sfruttamento ulteriore e comunque diverso rispetto a quello tipico del contratto di distribuzione del canale, consistente nella messa a disposizione del canale ad un pubblico di abbonati in utenze residenziali.

Se si traslano le considerazioni sopra esposte dai diritti d'autore ai diritti connessi (come sembra potrebbe fare la giurisprudenza chiamata ad occuparsi delle fattispecie ex art 73 e 73-bis sulla base delle pretese azionate da SCF) si dovrebbe concludere che l'eventuale diritto pagato dall'emittente al produttore per lo sfruttamento radiotelevisivo del fonogramma non copre di per sé atti qualificabili come sfruttamenti ulteriori da parte di soggetti diversi dall'emittente.



3.6 Conclusioni

Posto allora che sembra prevalente la tesi secondo la quale l'esercizio commerciale nel diffondere nei propri locali delle emissioni radiofoniche o televisive effettui un nuovo atto di comunicazione al pubblico, il problema che sorge è se tale atto determini solo un esercizio della facoltà di comunicazione al pubblico spettante all'autore (ed agli artisti interpreti ed esecutori ai sensi dell'art. 80) oppure anche l'esercizio di una facoltà insita nel diritto connesso del produttore fonografico in quanto – e qui sta la questione – il nuovo atto di comunicazione al pubblico possa configurare un ulteriore utilizzo del fonogramma per radiodiffusione. In ultima istanza la questione si risolve nel determinare se l'atto di comunicazione al pubblico rilevante ai sensi degli art. 73 e 73-bis debba necessariamente comportare l'utilizzo da parte di chi lo compie, del supporto materiale del fonogramma (nel senso che il fruitore debba avere la disponibilità materiale del fonogramma ed utilizzarlo lui direttamente e materialmente per compiere il nuovo atto di comunicazione al pubblico)²⁶.

Il problema è allora di stabilire se, posto che la diffusione di una radiodiffusione nei negozi, bar, caffè – ragionando con la Corte di Giustizia – costituisce nuovo atto di comunicazione al pubblico in quanto aggiunge un pubblico nuovo ed ulteriore rispetto a quello degli *household*, tale fattispecie oltre a comportare il pagamento di diritti d'autore per la comunicazione al pubblico dell'opera (ai sensi degli artt. 16 o 15) e connessi per la prestazione degli artisti (ai sensi dell'art. 80), comporti anche un diritto connesso dei produttori in quanto tale atto²⁷ costituisce nuovo atto di diffusione radiofonica (o comunque di comunicazione al pubblico) del fonogramma.²⁸

²⁶ Sul punto si segnala una posizione sinteticamente espressa sull'argomento in base alla quale "le utilizzazioni secondarie del fonogramma per mezzo della radiodiffusione comprendono anche le ipotesi di remissione di programmi già trasmessi da altro organismo radiodiffusore (terrestre o satellitare)", BERTANI in *Commentario breve alle leggi su Proprietà Intellettuale e Concorrenza*, a cura di Marchetti Ubetazzi, CEDAM, 2007, commento all'art. 73 L.A.

²⁷ A prescindere dallo scopo di lucro o meno, che influirà semmai (solo) sull'applicazione della norma di cui all'art. 73 o – al contrario – di quella dell'art. 73-bis della L.A.

²⁸ La qualificazione dell'atto come atto di sfruttamento del fonogramma comporta che ai sensi dell'art. 80, comma 2, lettera c), secondo periodo, gli artisti interpreti o esecutori non avranno titolo a diritto connesso ai sensi di tale ultima norma ma il loro diritto rimarrà assorbito in quello a compenso ai sensi dell'art. 73.

MODULARIO
D.S. 372



Ministero per i Beni e le Attività Culturali

Comitato Consultivo Permanente per il Diritto D'Autore

Diversa questione rispetto all'an debeat per l'utilizzazione dei fonogrammi in pubblici esercizi che diffondono emissioni radiotelevisive è l'individuazione del soggetto legittimato passivo al pagamento del compenso di cui all'articolo 73 (e analogamente 73-bis).

La questione si risolve nel configurare le utilizzazioni di cui all'articolo 73 come usi indiretti del fonogramma da parte dell'esercente o come usi diretti del fonogramma da parte dell'emittente (ma ulteriori rispetto alla comunicazione al pubblico).

In particolare, lo sfruttamento ulteriore (il pubblico aggiuntivo) potrebbe essere imputabile all'emittente che così incrementa il proprio pubblico (o seleziona il target dei messaggi) e il volume delle inserzioni pubblicitarie (o il valore delle stesse).

Al contrario (o in aggiunta) lo sfruttamento ulteriore della radiodiffusione potrebbe essere ravvisato nell'attività del pubblico esercente che – appunto – trasmette musica o prodotti audiovisivi per attirare e/o allietare il suo pubblico al quale poi cercherà di vendere i suoi beni. Come si è visto è questa la linea seguita dalla richiamata sentenza della Corte di Giustizia del 2005.

Qualora si ritenesse che il pubblico esercizio non debba pagare un compenso a fronte di un uso della musica mediante apparecchi di radiodiffusione mentre è tenuto a corrispondere il compenso se diffonde delle registrazioni con apparecchi di riproduzione dei suoni si avrebbe una incongruenza delle norme in esame laddove disciplinano diversamente (ed assoggettano ad obblighi differenti) fenomeni che sul piano delle utilità economiche procurate all'utilizzatore finale appaiono analoghi.

Se si considera la radiodiffusione in pubblici esercizi come uno sfruttamento dell'opera ulteriore e diverso rispetto alla radiodiffusione originaria (assimilabile alla diffusione di musica tramite l'uso di supporti e di apparecchi di riproduzione) e si imputa tale sfruttamento al pubblico esercente in quanto si ritiene che sia quest'ultimo a trarre le (almeno maggiori) utilità dal suddetto sfruttamento, appare logico gravare il pubblico esercizio dei costi relativi allo sfruttamento dell'opera da cui trae benefici e vantaggi.

Questo è quanto accade – come si è visto – per la remunerazione dei diritti d'autore.

Se tutto quanto detto sinora in merito agli (ulteriori) atti di comunicazione al pubblico, alle utilità che essi producono ed ai soggetti che ne beneficiano, è senz'altro vero con riferimento allo sfruttamento dell'opera oggetto di diritto d'autore (ed in linea con l'inquadramento della fattispecie operato dalla giurisprudenza e con la prassi), sembra che – anche alla luce delle considerazioni svolte al paragrafo 3.2 in merito all'oggetto della protezione di cui agli articoli 72 e ss. – potrebbe concludersi per una estensione delle suddette considerazioni anche ai diritti connessi del produttore fonografico. Questo in particolare ove si postulino – come sembra – che senza l'uso della fissazione non sarebbe possibile né la prima emissione né il successivo sfruttamento della musica da parte del pubblico esercizio e dunque né la prima utilizzazione dell'opera né la seconda, essendo entrambe presupposte dalla realizzazione di una fissazione dell'opera musicale e perciò tributarie dell'attività posta in essere per realizzare la suddetta fissazione.



Al Capo dell'Ufficio Legislativo
Cons. Mario TORSELLO
SEDE

RO
GENERALI
LE
CULTURALI

LE
CULTURALI



pag. n. 14
Direttore di Biblioteca Coordinatore
Dr.ssa Lucia Marchi