

Tra paternalismo ed autonomia negoziale:
il nuovo assetto dei rapporti fra autore,
artista ed impresa culturale
nel *digital single market*

*Between paternalism and freedom of contract.
The new setting of the relations among authors,
performers and the cultural industry
in the digital single market*

Michele Bertani *

ABSTRACT

L'articolo esamina le misure di perequazione che la direttiva UE 790/2019 prevede a beneficio dell'autore e dell'artista nei rapporti con l'impresa culturale. Nel divenire del sistema del diritto d'autore euro-unitario le nuove misure segnano una svolta paternalistica, prevedendo una serie di vincoli per l'autonomia privata nel caso di cessioni e licenze dei diritti d'autore e connessi, con l'obiettivo di tutelare autori ed artisti quali parti deboli del rapporto di scambio con gli utilizzatori professionali delle loro opere o *performance*. Al riguardo l'articolo ipotizza che questa scelta trovi giustificazione (non solo nel divario di potere economico, ma soprattutto) nelle asimmetrie patite da autori ed artisti sul piano dell'efficienza del processo di *decision making*, in ragione della loro maggiore esposizione a pregiudizi cognitivi e della minore disponibilità di informazioni, che si prestano ad essere sfruttate sistematicamente dall'impresa culturale per imporre condizioni contrattuali squilibrate. Dall'analisi delle nuove misure di perequazione emerge un rapporto di profonda sinergia tra il principio generale di remunerazione adeguata e proporzionata di autori ed artisti (art. 18), le regole operative sul meccanismo di adeguamento contrattuale che assicura loro un compenso aggiuntivo in caso di sproporzione tra il *quantum* pattuito ed i proventi dell'utilizzatore (art. 20), l'obbligo di trasparenza sugli esiti dell'utilizzazione di opere o *performance* (art. 19). In particolare la ricostruzione qui proposta configura il meccanismo ex art. 20 come *minimum* indefettibile di protezione, garantito nella sua effettività dal-

* Professore ordinario di diritto commerciale, Università di Foggia; e-mail: michele.bertani@unifg.it.

l'obbligo di trasparenza *ex art. 19* ed integrabile a discrezione dei legislatori nazionali con misure più protettive sulla base del principio generale *ex art. 18*, temperato nel suo operare dai tre limiti normativamente fissati – tutti mirati ad evitare eccessi paternalistico-solidaristici – del buon funzionamento del mercato, dell'equilibrio tra gli interessi antagonisti, della necessità di preservare uno spazio effettivo per la libertà contrattuale. Procedendo da queste premesse la proposta di attuazione della direttiva qui elaborata immagina di privilegiare un approccio politico-giuridico – noto come paternalismo “asimmetrico” o “libertario” – che nelle situazioni di squilibrio tra contraenti raccomanda di selezionare tecniche di protezione capaci di bilanciare i vantaggi per il soggetto debole con i costi generati dalla loro implementazione a carico degli altri attori del mercato, preservando uno spazio effettivo per la libertà di autodeterminazione individuale. Il quadro che ne esce prefigura per l'ordinamento italiano il passaggio dall'attuale assetto moderatamente “evoluzionistico”, che quasi ovunque – e salvo significative eccezioni a carattere settoriale – vede i soggetti in campo confrontarsi secondo le regole del mercato, ad un modello regolatorio di stampo marcatamente paternalistico, seppure con alcuni contemperamenti. Più in generale il nuovo intervento segna – unitamente ad altre previsioni di particolare rilievo della direttiva 790/2019 – l'emergere di un nuovo regime per l'impresa culturale nel *digital single market*, che rispetto al passato tende a rafforzarne la responsabilità sociale come motore di una politica vocata ad incentivare quanto più possibile la circolazione mercantile degli artefatti culturali, e di qui la disseminazione degli esiti della creatività umana.

Parole chiave: diritto d'autore – mercato unico digitale – paternalismo asimmetrico

This article analyses the measures of equalisation set forth by EU Directive no. 790/2019 to protect authors and performers in their relations with the cultural industry. In the development of the EU copyright system, these new provisions mark a “paternalistic” turning point by setting a series of constraints on private autonomy in case of transfer or license of copyright and related rights. Their aim is to protect authors and performers considered as the weaker party in the relations with the professional users of their works and performances. The hypothesis developed in this article to explain the rationale for these new measures is that the limited efficiency of authors and performers’ decision-making process – generated by cognitive biases and information asymmetries – is liable to being exploited by the cultural industry to impose unbalanced contract terms. The analysis of said measures shows a deep synergy between the principle of appropriate and proportionate remuneration of authors and performers (Art. 18), the contract adjustment mechanism that grants them an additional compensation if the contracted amount is disproportionately low compared to the user’s revenues (Art. 20), and the transparency obligation as to the exploitation of works and performances (Art. 19). This article considers the adjustment mechanism as the minimum threshold of safeguard for authors and performers, while the general principle set forth by Art. 18 allows EU Member States to increase the level of protection. Art. 18 also introduces three requirements that must be met to mitigate any paternalistic and solidarity excess, i.e. guaranteeing the proper functioning of the digital single market, taking into account the principle of contractual freedom and ensuring a fair balance of rights and interests. Based on these premises, this article suggests that EU Directive no. 790/2019 be implemented by following an approach – known as asymmetric or libertarian paternalism – which suggests to correct the unbalanced contractual frameworks by adopting measures of protection that balance the advantages for the weaker party and the costs charged to the other market players. Thus, the Italian legal system would

move from a mildly evolutionistic approach to a paternalistic model, although mitigated by some limitations. Together with other significant provisions of EU Directive no. 790/2019, the abovementioned equalisation measures originate the core of a new legal framework for the cultural industry in the digital single market. The purpose of this new framework is to strengthen the social responsibility of the cultural industry as the engine of a policy aiming to promote the dissemination of cultural products and the results of human creativity.

Keywords: *copyright – digital single market – asymmetric paternalism*

SOMMARIO:

1. Le nuove dinamiche del rapporto tra autore, artista ed impresa culturale nell'economia digitale. – 2. L'intervento paternalistico del legislatore euro-unitario a protezione dell'autore e dell'artista. – 3. Gli spazi di manovra per il legislatore nazionale nel nuovo assetto: l'opzione del paternalismo asimmetrico o libertario. – 4. Il principio di remunerazione adeguata e proporzionata. – 5. Il diritto all'adeguamento del contratto. – 6. L'area di applicazione oggettiva e soggettiva delle nuove misure di perequazione. – 7. L'obbligo di trasparenza – 8. I lineamenti di un possibile intervento normativo nel tessuto della legge sul diritto d'autore del 1941. – 9. Un nuovo regime per l'impresa culturale nel *digital single market*.

1. Le nuove dinamiche del rapporto tra autore, artista ed impresa culturale nell'economia digitale.

Fin dall'origine le tecniche di protezione della creatività intellettuale hanno avuto la funzione ambivalente di tutelare sia l'autore dell'opera dell'ingegno che l'operatore professionale (“l'imprenditore culturale”¹) al quale viene demandato il suo sfruttamento massivo, mediante moltiplica-

¹ Di seguito la nozione di “imprenditore culturale” (al pari di quella correlata di “impresa culturale”) sarà riferita per convenzione agli operatori professionali (ed alle attività economiche organizzate) che realizzano l'intermediazione nella circolazione di opere e *performance* artistiche tra l'autore, l'artista ed il pubblico, fra i quali rientrano soggetti più tradizionali, come gli editori a stampa e gli impresari che organizzano la rappresentazione teatrale o l'esecuzione musicale; gli imprenditori nati a cavallo del '900 dallo sviluppo delle tecnologie di riproduzione audiovisiva e di trasmissione a distanza di suoni ed immagini, come i produttori discografici e cinematografici, le emittenti radiotelevisive (poi anche satellitari e via cavo), i produttori di altri audiovisivi come ad esempio le opere televisive (poi anche gli *home-video* ed i *videoclip*); nonché gli imprenditori di nuova generazione, nati a seguito delle rivoluzioni tecnologiche del nuovo millennio, quali gli editori multimediali, i produttori di sequenze animate di realtà virtuale, i gestori di servizi di condivisione *online* di contenuti audio e video digitalizzati, i gestori di social *networks* e motori di ricerca, i gestori di piattaforme di distribuzione audiovisiva o musicale *on demand* via *Internet*, le emittenti di IPTV e web radio.

zione in copie, distribuzione e comunicazione presso il pubblico.

Tutto il divenire della disciplina del privilegio letterario (prima) e del diritto d'autore (poi) è segnato dal vigoroso contributo che quell'imprenditore ha speso perché il decisore politico assegnasse al creatore intellettuale un potere esclusivo di sfruttamento dei risultati del suo lavoro, che fosse trasferibile *inter vivos*: per essere acquisito ed usato a protezione degli investimenti impiegati per realizzare e promuovere sul mercato i diversi prodotti e servizi culturali². Con la comparsa e l'evoluzione delle tecnologie di riproduzione e comunicazione a distanza di suoni ed immagini l'imprenditore culturale ha ripetuto uno schema analogo per la tutela delle *performance* degli "artisti", che nell'interpretare, rappresentare o eseguire l'opera dell'ingegno la vivificano, la completano e la fanno circolare ulteriormente presso il pubblico³. In parallelo l'impresa culturale ha ottenuto una protezione diretta – mediante i diritti cd. connessi – di varie sue prestazioni professionali, non creative né artistiche (la produzione di fonogrammi ed audiovisivi, la loro trasmissione radiofonica e televisiva anche satellitare o via cavo, alcune forme di edizione a stampa, più tardi la costituzione di banche dati e la pubblicazione di *news* giornalistiche), che sfruttano l'opera e la sua interpretazione come basi per realizzare prodotti e servizi sconosciuti nel tempo precedente⁴.

Fin dagli albori di questa vicenda l'intreccio di interessi ora ricordato si è riflesso sul rapporto contrattuale tra l'autore o l'artista e l'impresa culturale, al quale è assegnato il compito di governare una relazione complessa e multiforme, che nell'ipotesi tipica vede uno scambio cooperativo tra portatori di

² Nell'economia di questo saggio non è possibile dare conto in dettaglio di questa vicenda, analizzata *funditus* da U. IZZO, *Alle origini del copyright e del diritto d'autore*, Carocci, Roma, 2010, 11 ss. Sul tema v. *ex multis* R. PATTERSON, S.W. LINDBERG, *The Nature of Copyright*, The University of Georgia Press, Athens-London, 1991, 19 ss.; A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright - Divergences et convergences*, Bruylant – Librairie générale de droit et jurisprudence, Bruxelles-Paris, 1993, 276 ss.; G. DAVIES, *Copyright and the Public Interest*, VCH, Weinheim, 1994, 15ss., 135; L.C. UBERTAZZI, *I Savoia e gli autori*, Giuffrè, Milano, 2000, 13 ss.; nonché il mio *Diritto d'autore europeo*, Giappichelli, Torino, 2011, 2 ss.

³ Nel lessico della disciplina sui diritti d'autore e connessi è "artista" chi rappresenta, interpreta, recita o esegue un'opera dell'ingegno, secondo la definizione *ex art.* 80, l. 22 aprile 1941, n. 633 sul diritto d'autore (di seguito anche "l.aut."), che riprende la nozione già fissata dall'art. 3 della Convenzione di Roma del 1961 per la protezione di artisti, produttori di fonogrammi ed organismi di radiodiffusione, a sua volta ripresa dall'art. 2 lett. a) del *WIPO Performances and Phonograms Treaty* del 1996. Sullo sviluppo storico della tutela degli artisti interpreti o esecutori mi permetto di rinviare al mio *L'evoluzione dei rapporti tra autori, artisti e fonografici*, in *Il diritto d'autore*, 1994, 194 ss.

⁴ V. ancora il mio *Diritto d'autore europeo*, (nt. 2), 275 ss.

professionalità ed aspirazioni complementari: poiché i primi sanno creare o valorizzare artisticamente forme che solo l'altro può trasformare in beni e servizi da offrire sul mercato, mentre tutti i soggetti in campo ambiscono a massimizzare la diffusione dell'opera o della *performance* ed il suo successo commerciale.

In concreto questa relazione contrattuale vede i rapporti di forza tra contraenti atteggiarsi in modi variegati, che registrano talvolta la dominanza dell'imprenditore culturale esperto sull'autore o l'artista al debutto, altre volte la dipendenza dell'impresa in fase d'avvio rispetto all'autore o all'artista affermato. Su base statistica pare tuttavia scontato che l'autore sia tipicamente il negoziatore più debole: non soltanto per la minore forza economica, ma anche a causa della scarsa conoscenza del mercato dei prodotti e servizi culturali, della limitata esperienza nonché della mancanza di un apparato organizzativo per gestire professionalmente rapporti economici complessi. Da tempo questa asimmetria di posizioni è d'altro canto codificata, mediante interventi normativi che hanno mirato a proteggere il più debole senza pregiudicare l'obiettivo di fondo alla base della sua cooperazione con l'imprenditore culturale: qual è la creazione di nuova ricchezza mediante la (massimizzazione della) circolazione mercantile dell'opera⁵.

Sui rapporti di forza negoziale tra l'autore, l'artista e l'impresa culturale incide d'altro canto lo sviluppo tecnologico. Nel tempo andato l'assenza di tecniche di riproduzione seriale diverse dalla stampa concentrava nell'esemplare unico le *chances* di sfruttamento economico delle creazioni intellettuali nel campo delle arti figurative. Ed assicurava d'altro canto all'artista un controllo integrale sulle (ed un significativo potere in fase di negoziazione delle) sue *performance* di rappresentazione, recitazione, interpretazione, esecuzione delle opere dell'ingegno, fruibili soltanto dal vivo. Mentre le forme di sfruttamento delle opere della letteratura e della musica risultavano complessivamente limitate, prevedibili negli esiti e governabili *ab origine* con regole contrattuali che potessero garantire una composizione equilibrata degli interessi in campo.

La comparsa della prima generazione di tecniche di riproduzione analogica

⁵ Sull'evoluzione storica delle previsioni a tutela dell'autore nella disciplina del contratto di edizione, archetipo degli schemi negoziali per lo sfruttamento professionale delle opere dell'ingegno da parte dell'impresa culturale, v. la trattazione pionieristica di DE GREGORIO, *Il contratto di edizione*, Athenaeum, 1913. Sul tema v. anche VAL. DE SANCTIS, *Contratto di edizione*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. CICU, F. MESSINEO, Giuffrè, Milano, 1965; nonché il mio *Il contratto di edizione*, nel *Trattato dei contratti* diretto da P. RESCIGNO, E. GABRIELLI, Utet, Torino, 2011, vol.17, 797 ss.

di suoni ed immagini, al pari delle tecnologie per la loro trasmissione a distanza, ha segnato un cambiamento significativo di quello scenario, aprendo la strada a nuove possibilità di sfruttamento di opere e *performance* meno controllabili dall'autore o dall'artista. E ciò ha provocato una prima serie di interventi normativi ad integrazione o limitazione dell'autonomia negoziale, che hanno trapuntato il tessuto della disciplina sul diritto d'autore con una pluralità di regole (puntuali, ma) accomunate dall'obiettivo di associare in qualche modo il creativo nel governo e nel beneficio della fortuna commerciale dell'opera⁶.

In tempi recenti l'emersione di tecniche sempre più innovative di sfruttamento di opere e *performance* ha alterato profondamente l'assetto sopra descritto, incrementandone l'asimmetria a danno dell'autore e dell'artista, fino a giungere al punto di divaricazione massima del tempo presente: nel quale l'operare combinato delle nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione – *in primis* la rappresentazione e la memorizzazione digitale dei dati, nonché la loro trasmissione a distanza per via telematica – ha ridisegnato in modo radicale le possibilità e le abitudini di fruizione degli artefatti culturali da parte del pubblico, a sua volta ampliato ormai tipicamente a ricomprendere l'intero globo⁷. Ed infatti al giorno d'oggi tutte le forme espressive delle opere protette dal diritto d'autore – letterarie (artistiche, scientifiche, divulgative, informative, tecniche, etc.), musicali, cinematografiche o più in generale audiovisive, multimediali, fotografiche, delle arti figurative e dell'architettura – al pari della loro interpretazione, rappresentazione, recitazione ed esecuzione artistica, sono agevolmente convertibili e possono circolare in formato digitale: che ne consente senza costi rilevanti né possibilità di controllo capillare la riproduzione totale o parziale anche per fini privati, la messa a disposizione del pubblico *on demand*, nonché varie forme di elaborazione.

In questo scenario l'opera (al pari della *performance* artistica) non nasce più per un fine circoscritto, sia esso la pubblicazione a stampa, la rappresentazione, l'esecuzione, la recitazione, la proiezione cinematografica, la trasmissione a distanza o l'esposizione. Piuttosto ha un destino imprevedibile, potenzialmente costellato da una serie infinita di trasformazioni di genere, formato, supporto, pubblico finale di destinazione. Una volta che sia pubblicata può

⁶ Per un censimento ed una ricostruzione sistematica delle previsioni a tutela dell'autore presenti nell'impianto della l. n. 633/1941 sul diritto d'autore v. A. COGO, *I contratti di diritto d'autore nell'era digitale*, Giappichelli, Torino, 2010, 162 ss.

⁷ Su questa vicenda e sulle implicazioni che ne sono derivate nella disciplina del contenuto del diritto d'autore v. *amplius* R. ROMANO, *L'opera e l'esemplare nel diritto della proprietà intellettuale*, Cedam, Padova, 2011, 149 ss.

trasmigrare senza particolare sforzo dalla pagina del libro, dal *compact disk*, dal supporto audiovisivo, dal palinsesto radiotelevisivo, dall'esposizione museale, dal teatro o dalla sala cinematografica fino ai *server* della rete Internet, per passare poi ai dispositivi di ricezione individuale (*smart TV*, *decoder*, PC, *tablet*, *smartphone*, etc.), che la possono incanalare attraverso sistemi di condivisione di contenuti *online* o *social networks*, dai quali con nuovo slancio può riprendere la circolazione verso altri utenti, magari frammentata, aggregata ad altre opere o *performance*, elaborata o altrimenti modificata. E poiché risiede stabilmente nelle memorie digitalizzate di un numero elevato di elaboratori elettronici l'opera o la *performance* può avere continuamente nuova "vita sociale", sfidando l'oblio e riprendendo la sua migrazione ogni volta che venga riscoperta o rilanciata da qualche utente di questa infinita rete di comunicazioni.

In ragione di questa accresciuta "vitalità" dell'opera dell'ingegno e dell'interpretazione artistica aumenta parallelamente il tasso di imprevedibilità della loro fortuna commerciale, con la conseguenza che i contenuti economici del patto originario tra l'autore o l'artista e l'imprenditore culturale che ne sfrutta professionalmente il lavoro rischiano di squilibrarsi in modo ben più grave di quanto potesse accadere in passato⁸.

2. *L'intervento paternalistico del legislatore euro-unitario a protezione dell'autore e dell'artista.*

Nello scenario sin qui descritto si colloca l'ultimo intervento del legislatore euro-unitario, che mediante gli artt. 18-23 della direttiva UE 790/2019 «sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale» ha imposto agli stati membri l'adozione di una serie articolata di misure a protezione dell'autore e dell'artista, con l'obiettivo dichiarato di riequilibrarne la posizione asimmetrica rispetto all'imprenditore culturale nell'ambito del nuovo assetto

⁸ Questo scenario può peraltro patire deroghe qualora l'autore o l'artista riescano a "disintermediare" qualche fase del percorso che conduce l'opera al pubblico (come accade talvolta per le forme di musica *underground* fiorite nell'ultimo decennio). E tuttavia il passaggio ad una circolazione ampia – nel circuito radiofonico, nei servizi di *streaming on demand*, nel *mare magnum* della rete, e così via – richiede tipicamente di regolare i rapporti con i soggetti che ne gestiscono gli snodi principali (quanto meno) mediante contratti di licenza, dai quali riemerge il rischio segnalato nel testo di squilibrio tra le condizioni contrattuali pattuite e la misura dello sfruttamento (e della fortuna) commerciale dell'opera o della *performance* da parte degli "intermediari" professionali.

di mercato determinato dall'avvento dell'economia digitale⁹. Seppure dotato di contenuti spiccatamente innovativi questo intervento presenta elementi rilevanti di continuità rispetto alle tradizionali linee evolutive della disciplina sul diritto d'autore.

A prima vista lo sviluppo storico di questo sistema normativo potrebbe apparire animato da spinte eterogenee, generatrici di dinamiche talvolta contrastanti e di breve respiro. Uno sguardo più attento pare invece rivelare che l'insieme delle tecniche di appropriazione dei risultati della creatività umana tende ad evolvere secondo traiettorie che presentano chiari elementi di linearità, secondo un moto segnato dall'interazione tra un principio ordinatore tendenzialmente immutabile e due variabili indipendenti.

In particolare, il principio ordinatore prevede di contemperare gli interessi tra loro antagonisti degli autori, degli artisti, degli imprenditori culturali e della collettività, a) da un lato permettendo a creativi ed interpreti di appropriarsi nel modo più intenso possibile (e dunque *in primis*: per mezzo di un diritto esclusivo) delle utilità che (in base alle tecnologie disponibili) sia possibile ricavare dalla forma espressiva dell'opera o dalla relativa *performance* artistica; e b) dall'altro lato lasciando a chiunque la *chance* di utilizzare senza bisogno di consenso le idee ed informazioni rappresentate da questa forma espressiva, con possibilità conseguente di esercitare le libertà fondamentali dell'arte e della scienza, di manifestazione del pensiero, di cronaca, d'informazione e così via¹⁰.

L'operatività di questo principio ordinatore garantisce tra gli interessi antagonisti una situazione di equilibrio, costantemente perseguita negli ultimi tre secoli senza distinzioni di tempo e di luogo, seppure poi in concreto si sia tradotta su base locale in regole operative tra loro in parte eterogenee. Questo

⁹ V. espressamente i considerando 3 e soprattutto 72 della direttiva UE 790/2019 del 17 aprile 2019.

¹⁰ La necessaria estraneità dei contenuti ideativi ed informativi rispetto all'oggetto del diritto d'autore, con sua limitazione conseguente alla forma espressiva dell'opera, fu teorizzata fin dagli albori del dibattito filosofico sull'opportunità di istituire una tutela *lato sensu* proprietaria dei risultati della creatività umana. Sul tema v. ad esempio la distinzione proposta da J.G. FICHTE, *Beweis der Unrechtmäßigkeit der Büchernachdrucks*, in *Berlinische Monatsschrift* 1793, 446-452, tra l'aspetto "corporale" (il supporto materiale, di proprietà dell'acquirente del singolo esemplare) e l'aspetto "spirituale" dell'opera, a sua volta separabile in "materia" (le idee che l'autore rappresenta) e "forma" (la connessione di queste idee ed i segni che le palesano), la prima proprietà comune anche del lettore e la seconda «ausschliessendes Eigenthum» dell'autore. Per una sintesi sulla successiva elaborazione dottrinale e giurisprudenziale di questo principio nelle tradizioni di *civil law* e *common law* mi permetto di rinviare al mio *Diritto d'autore europeo*, (nt. 2), 18 ss.

equilibrio è tuttavia rimesso periodicamente in discussione dall'operare di due variabili indipendenti: che obbligano i diversi legislatori a riaggiornare costantemente le regole del gioco per trovare nuovi modi di contemperamento dei diversi interessi in campo.

Anzitutto viene in considerazione una variabile tecnologica, che con andamento lineare vede emergere continuamente nuovi linguaggi o lingue per esprimere idee ed informazioni, nuove forme di utilizzazione, nuove tecnologie per comunicare o condividere le opere protette e le loro interpretazioni. E periodicamente genera crisi parziali di effettività dei diritti esclusivi, per fronteggiare le quali il legislatore deve ogni volta elaborare tecniche efficaci per riservare all'autore, all'artista ed ai loro aventi causa le nuove opere e *performance* o le nuove forme di utilizzazione, senza pregiudicare in modo eccessivo gli interessi contrapposti della collettività.

Con andamento oscillatorio, determinato da spinte di carattere economico, socio-politico o culturale, una variabile che potremmo definire "politico-giuridica" vede d'altro canto crescere o decrescere di volta in volta la sensibilità – ed il livello di protezione – per le pretese individuali degli autori, degli artisti o degli imprenditori culturali piuttosto che per gli interessi della collettività ad accedere più o meno liberamente alle opere e *performance* protette¹¹.

All'andamento ora descritto non risulta estranea nemmeno la direttiva 790/2019: che pure a prima vista può apparire come un fascio di interventi normativi a carattere frammentario ed è certamente priva dell'omogeneità tematica alla base di gran parte delle precedenti direttive comunitarie ed euro-unitarie sui diritti d'autore o connessi. Le misure ivi previste a protezione dell'autore e dell'artista paiono anzitutto in linea con una tendenza politico-giuridica che negli ultimi decenni ha visto l'intervento paternalistico del legislatore euro-unitario a supporto del soggetto debole di un'ampia gamma di rapporti contrattuali¹². Già abbiamo visto tuttavia che nell'ambito qui esami-

¹¹ Per una rappresentazione più puntuale dell'interazione tra il principio ordinatore e le variabili indipendenti evocati nel testo mi permetto di rinviare al mio *Diritto d'autore europeo*, (nt. 2), 64 ss.

¹² Paradigmatica risulta in questa direzione la disciplina generale a tutela del soggetto debole nel rapporto di consumo introdotta dalle direttive 29/2005 sulle pratiche commerciali scorrette e 83/2011 sui diritti del consumatore, mentre numerosi sono gli interventi settoriali a protezione del risparmiatore, dell'utente di *public utilities*, del correntista bancario, dell'assicurato, del turista, e così via. Analoga ispirazione paternalistica hanno infine le recenti direttive 770/2019 sui contratti di fornitura di contenuti o servizi digitali, 771/2019 sui contratti di vendita di beni e 2161/2019 sulla modernizzazione delle norme a protezione dei consumatori, comprese nel cd. "*new deal for consumers*" package, che mira ad adattare le politiche euro-unitarie di tutela del consumatore all'ambiente digitale.

nato lo squilibrio nei rapporti di forza tra autore, artista ed imprenditore culturale è stato principalmente esasperato dal recente sviluppo tecnologico. Cosicché le nuove misure qui commentate paiono il precipitato dell'operare di entrambe le variabili prima ricordate.

L'esito di queste dinamiche è un corpo di prescrizioni per i legislatori nazionali che procede anzitutto dall'enunciazione del principio di remunerazione adeguata e proporzionata degli autori ed artisti, operante qualora – scegliendo di demandare all'impresa culturale lo sfruttamento economico delle loro opere e *performance* – essi le cedano o concedano in licenza i relativi diritti d'autore o connessi (art. 18). Strumentali all'attuazione di questo principio sono poi le regole operative che disciplinano il cd. meccanismo di adeguamento contrattuale per i contratti di durata (art. 20), l'obbligo di trasparenza (art. 19) ed i meccanismi di risoluzione alternativa delle controversie (art. 21). Il quadro complessivo che ne emerge segna il primo intervento sistematico e d'ampio respiro del legislatore euro-unitario nel campo del diritto secondario d'autore, sin qui per tradizione lasciato principalmente alla competenza della regolazione nazionale¹³.

A differenza di altri interventi del legislatore euro-unitario in tema di proprietà intellettuale, caratterizzati dal ricorso a normazione di dettaglio o addirittura alla tecnica dell'armonizzazione completa, le previsioni ora ricordate della direttiva 790/2019 concedono ampia discrezionalità al legislatore nazionale. Questi spazi di manovra rendono ancor più delicata l'attuazione in sede locale di misure con portata potenzialmente dirompente rispetto all'assetto esistente: soprattutto in ordinamenti (come l'italiano) che allo stato attuale non conoscono regole di perequazione a carattere generale, ma soltanto una pluralità frammentata di limitazioni dell'autonomia negoziale, poste a tutela dell'autore o dell'artista quale contraente debole del rapporto con l'uno o l'altro genere di imprenditore culturale¹⁴.

Né si può dimenticare che le modalità di questa attuazione, per quanto ampiamente modulabili su base locale, devono essere comunque coordinate rispetto all'obiettivo generale dell'intervento normativo euro-unitario. E qui vale la pena segnalare che accanto alle tradizionali funzioni assegnate in generale al sistema del diritto d'autore – deputato in vario modo a stimolare il pro-

¹³ Su questo tema v. lo studio commissionato dal Parlamento Europeo e realizzato da L. BENTLY, M. KRETSCHMER, T. DUDENBOSTEL, M. CALATRAVA, A. RADAUER, *Strengthening the Position of Press Publishers and Authors and Performers in the Copyright Directive*, 2017, 43 ss.

¹⁴ Per una ricognizione dell'esistente v. *infra* il paragrafo 8.

gresso culturale mediante l'incentivo della creatività individuale, nonché a generare un mercato efficiente dei prodotti culturali tramite la promozione degli investimenti imprenditoriali nello sfruttamento economico delle opere dell'ingegno – sta emergendo con rilievo sempre maggiore un'ulteriore vocazione specifica del complesso normativo che ormai possiamo chiamare “diritto d'autore europeo”¹⁵: costituita dall'attuazione di un mercato unico digitale, che faccia leva sulle nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione per garantire un livello elevato di libertà di circolazione commerciale degli artefatti culturali nell'intera area euro-unitaria¹⁶.

3. *Gli spazi di manovra per il legislatore nazionale nel nuovo assetto: l'opzione del paternalismo asimmetrico o libertario.*

Le nuove misure a protezione dell'autore e dell'artista sono chiaramente ispirate da un'impostazione paternalistica, in quanto prevedono un intervento dei pubblici poteri a limitazione dell'autonomia negoziale, con l'obiettivo dichiarato di impedire o comunque correggere assetti pregiudizievoli per il con-

¹⁵ Sulla possibilità di ricavare dal disegno complessivo delle direttive euro-unitarie i lineamenti di un sistema del diritto d'autore per l'Unione Europea, con caratteristiche differenziali rispetto ai modelli già noti nelle tradizioni latino-germanica e di *common law*, mi permetto di rinviare al mio *Diritti d'autore e connessi*, in *La proprietà intellettuale*, a cura di L.C. UBERTAZZI, nel *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2011, XII, 246 ss.

¹⁶ Un riferimento a questa pluralità di funzioni emerge in modo univoco dai considerando 2-3 della direttiva 790/2019, ove il tradizionale fondamento della normazione euro-unitaria in materia di diritto d'autore – costituito dall'obiettivo di rimuovere gli ostacoli al buon funzionamento del mercato unico, al fine di stimolare il progresso culturale, la creatività e gli investimenti nel suo sfruttamento economico – è collegato in modo univoco alle opportunità offerte dal nuovo contesto tecnologico dell'economia digitale. Sull'obiettivo dell'attuazione di un *digital single market* per i prodotti culturali attraverso una modernizzazione della disciplina del diritto d'autore v. già peraltro la comunicazione della COMMISSIONE EUROPEA del 6 maggio 2015 intitolata *Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, COM(2015) 192 final, 7 s.; sugli ostacoli al raggiungimento di questo obiettivo derivanti dall'assetto attuale della regolazione dei rapporti contrattuali tra autori, artisti ed impresa culturale v. il *Commission staff working document*, con il quale il 14 settembre 2016 la Commissione Europea ha accompagnato la proposta della futura direttiva 790/2019, intitolato *Impact Assessment on the modernization of EU copyright rules*, SWD(2016) 301 final, 174 ss.; sul tema dell'attuazione del *digital single market* mediante la direttiva 790/2019 v. più in generale G.M. RUOTOLO, *A Season in the Abyss. Il nuovo copyright UE tra libertà di informazione, diritti fondamentali e mercato unico digitale*, ne *Il diritto dell'Unione Europea* 2019, 367 ss.

traente ritenuto più debole. Nell'attuare queste misure il legislatore nazionale si troverà pertanto a fronteggiare i dilemmi classici che pongono gli assetti normativi di stampo paternalistico: dai quali rischiano di discendere ostacoli al buon funzionamento del mercato ed altri costi sociali più intensi dei benefici apportati al soggetto debole che si vuole proteggere.

La possibilità di attuare scelte efficienti riguardo all'attuazione delle misure di perequazione previste dalla direttiva 790/2019 passa a mio avviso dalla comprensione quanto più possibile approfondita delle ragioni di "debolezza" dell'autore e dell'artista quali controparti dell'imprenditore culturale. Al riguardo non mi pare soddisfacente l'idea che questa debolezza dipenda *soltanto* dalle differenze sul piano del potere economico (*rectius*: della disponibilità di risorse patrimoniali) e delle conseguenze che ne derivano sulla forza contrattuale dei contraenti. Piuttosto mi sembra ragionevole ritenere che la posizione tipicamente deteriore di autori ed artisti sia *anche* (e forse soprattutto) il riflesso di limitazioni rilevanti sui piani della dotazione di informazioni cruciali per negoziare con l'impresa culturale e della capacità di adottare scelte razionali per massimizzare la loro utilità, accresciute dalla complessità del nuovo mercato digitale dei prodotti e servizi culturali¹⁷.

Tanto discende anzitutto dal fatto che l'autore e l'artista patiscono tipicamente un *deficit* di conoscenze ed esperienze professionali nonché una marcata asimmetria informativa rispetto all'impresa culturale, se è vero che al momento della stipula del contratto di cessione o licenza essi di norma non sono in grado di conoscere nel dettaglio gli aspetti tecnici ed economici delle attività di sfruttamento e dei mercati di destinazione delle loro opere o *performance*, in quanto sono portatori di competenze ed abilità assai

¹⁷Al paragrafo 1 abbiamo visto che le misure di perequazione previste dalla direttiva 790/2019 nascono ragionevolmente dall'esigenza di governare sopravvenienze repentine nell'ambito dei rapporti contrattuali tra autori, artisti ed impresa culturale, tra le quali soprattutto il successo commerciale dell'opera o della *performance* oltre le previsioni delle parti, in ragione della moltiplicazione delle opportunità di loro sfruttamento offerte dalle nuove tecnologie che presidono al funzionamento del mercato digitale. E tuttavia è ragionevole concludere che ove l'autore e l'artista non patissero rilevanti asimmetrie informative e limitazioni cognitive saprebbero tipicamente disciplinare per via contrattuale questi eventi non prevedibili, assoggettandoli a meccanismi di adeguamento o rinegoziazione in grado di preservare i loro interessi economici, senza necessità di interventi paternalistici da parte del legislatore. Meno credibile mi pare invece l'idea che l'autore e l'artista patiscano un'asimmetria strutturale di potere contrattuale già nella fase iniziale del rapporto con l'impresa culturale, dal momento che il meccanismo del mercato ed il conseguente pluralismo della domanda dei diritti sulle opere e *performance* – in assenza di limitazioni cognitive o informative – potrebbero consentire ai loro titolari originari di negoziare in posizione di equilibrio.

distanti rispetto a quelle di natura propriamente imprenditoriale¹⁸.

Procedendo sulla base delle tecniche analitiche dell'economia comportamentale mi pare allora ragionevole ipotizzare che questa posizione asimmetrica possa esporre l'autore e l'artista a vari tipi di limitazioni e pregiudizi cognitivi, capaci di provocare scelte negoziali non razionalmente orientate a massimizzare l'utilità attesa¹⁹, in uno scenario nel quale la prevedibilità di questi *cognitive biases* stimola ragionevolmente la loro controparte contrattuale a sfruttarli, per ricavarne assetti contrattuali più favorevoli²⁰.

Al riguardo non pare ad esempio improbabile che la scarsa conoscenza dei processi industriali e del mercato dei prodotti e servizi culturali possa indurre l'autore e l'artista chiamati a negoziare cessioni o licenze a patire (e l'impre-

¹⁸ Su questa asimmetria di posizioni, quale causa principale dello squilibrio di potere contrattuale tra autori, artisti ed impresa culturale nonché fattore di fallimento del mercato dei diritti su opere e *performance*, v. qualche riferimento in COMMISSIONE EUROPEA, *Impact Assessment on the modernization*, (nt. 16), 176.

¹⁹ È noto che il modello teorico di *decision making under risk* più tradizionale (cd. "*rational choice theory*") – fondato sul paradigma dell'*homo oeconomicus*, inteso come l'agente sempre orientato al compimento di scelte (razionali: e più precisamente ad assumere decisioni) che massimizzino l'utilità attesa, in quanto in grado di esprimere preferenze invariabili, elaborate in condizioni di informazione piena o comunque sufficiente a prevedere gli esiti del proprio agire, riflettenti in modo accurato il bilancio costi/benefici rispetto alla sua utilità (su questo modello v. per tutti il classico studio di J. VON NEUMANN, O. MORGENTERN, *Theory of games and economic behavior*³, Princeton University Press, Princeton, 1953, 15 ss.) – è stato messo ampiamente in crisi da una serie poderosa di elaborazioni critiche, tra le quali negli ultimi decenni hanno avuto un rilievo particolare gli studi generati dall'intersezione tra psicologia cognitiva ed economia comportamentale (sviluppati a partire dal celebre saggio di A. TVERSKY, D. KAHNEMAN, *Prospect Theory: an Analysis of Decision Under Risk*, in *Econometrica* 1979, 263 ss.): dai quali è emerso un tentativo articolato di elaborare un nuovo paradigma (c.d. *behavioral* o comportamentista), che basandosi anche su analisi di carattere empirico mira a dimostrare la presenza tipica nell'agire umano di limitazioni cognitive (cd. *cognitive biases*) generatrici di comportamenti marcatamente devianti rispetto a scelte razionalmente orientate a massimizzare l'utilità attesa.

²⁰ Sul fatto che l'operatore del mercato con maggiori dotazioni cognitive ed informative, in quanto naturalmente orientato a massimizzare la propria utilità, non possa rinunciare a sfruttare i limiti delle proprie controparti contrattuali per manipolarne (il contesto decisionale, e dunque) le preferenze e le conseguenti scelte commerciali v. J.D. HANSON, D.A. KYSAR, *Taking Behavioralism Seriously: The Problem of Market Manipulation*, in *New York University Law Review*, 1999, 191 ss., che procedendo da alcuni assunti elaborati nell'ambito della *behavioral economics* qualificano *la market manipulation* – intesa come la tendenza di chi ha il controllo del *decision making context* ad influenzare le percezioni del *decision maker*, per sfruttarne a proprio vantaggio i limiti e pregiudizi cognitivi – come un caso di vera e propria *market failure*, dalla quale discende un ostacolo al funzionamento ottimale del libero gioco del mercato, con necessità di correzioni regolatorie di stampo paternalistico.

ditore culturale a provocare ai loro danni) *framing effects*, generabili da modalità di presentazione dei termini della scelta in grado di incidere sul comportamento negoziale del contraente meno consapevole ed informato²¹. Né pare irragionevole ipotizzare che per le medesime ragioni autori ed artisti possano essere esposti al *confirmatory bias*, dal quale si ritiene discendere la tendenza a sopravvalutare le evidenze favorevoli alle (ed a sottovalutare quelle contrastanti con le) proprie tesi o convinzioni personali, e più in generale possano ricorrere alle varie forme di *motivated reasoning*, che inducono tipicamente il *decision maker* ad argomentare *a posteriori* l'esistenza di un fondamento razionale per decisioni assunte sulla scorta di impulsi irrazionali, basate tipicamente sulla prima impressione che egli si forma riguardo ai termini della scelta²². Né ovviamente autori ed artisti possono ritenersi immuni dall'incidenza di fattori istintivi ed emozionali che ne alterino la percezione del rischio²³: se solo consideriamo l'*appeal* esercitabile dall'idea della pubblicazione dell'opera o *performance* e dalla conseguente *chance* di notorietà, che potrà tipicamente indurli a sottovalutare la cura dei termini economici dell'accordo.

Ugualmente non pare fuori luogo immaginare che le scelte negoziali dell'autore e dell'artista possano essere condizionate dall'operare dello *status quo bias*, a causa del quale si ritiene che il *decision maker* – specialmente se in posizione di minore potere economico rispetto alla controparte – tenda ad optare *a priori* per scelte che garantiscano la posizione di partenza, con avversione alle perdite maggiore della propensione ai guadagni, nonché con il rischio

²¹ La teorizzazione del fatto che le preferenze del *decision maker* variano a seconda del modo di rappresentare le scelte a disposizione è uno degli apporti più significativi della riflessione di A. TVERSKY e D. KAHNEMAN, dei quali v. *The Framing Decision and the Psychology of Choice*, in *Science* 1981, 453 ss., ove anche l'illustrazione del celebre *test* sull'*Asian disease*, che mediante quattro formulazioni differenziate del medesimo risultato quantitativo ha indotto i rispondenti a scelte tra loro irrazionalmente differenziate.

²² Per una rassegna degli esiti degli studi di psicologia cognitiva sul *confirmatory bias* e più in generale sul *motivated reasoning* v. J.D. HANSON, D.A. KYSAR, (nt. 20), 116-124. E v. anche le riflessioni di C. JOLLS, C.R. SUNSTEIN, R.H. THALER, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, in *Stanford Law Review* 1998, 1523 ss. sugli effetti simili che essi ritengono generati dal c.d. *hindsight bias*, dal quale discende la tendenza del *decision maker* (a ragionare "con il senno di poi", e dunque) a stimare probabile un evento in ragione del fatto che è già accaduto in passato.

²³ Sul fatto che la nozione stessa di rischio, in quanto elaborata dall'uomo per fronteggiare al meglio cambiamenti dagli esiti ignoti e potenzialmente pregiudizievole, sia condizionata in modo ineliminabile da fattori emozionali v. P. SLOVIC, *Perception of Risk*, in *Science* 1987, 280-285.

conseguente di pregiudicare in modo rilevante le proprie *chances* di profitto²⁴, ad esempio quando vi sia da scegliere tra vecchi e nuovi *partner* imprenditoriali, modelli di *business* o formule negoziali. Né la scarsa esperienza nelle vicende dello sfruttamento economico di opere e *performance* pare poter preservare autori ed artisti dalla tendenza irrazionale a scegliere *a priori* le opzioni che garantiscano benefici immediati o ritardino la sopportazione di possibili conseguenze negative²⁵; ovvero dalla convinzione eccessivamente ottimistica di poter fronteggiare qualsiasi problema cognitivo e compiere correttamente ogni genere di previsione o elaborazione statistica²⁶; oppure dalla tendenza spesso dannosa a rimandare l'assunzione di decisioni potenzialmente foriere di conseguenze vantaggiose, sulla base della convinzione erronea di conservare la possibilità di assumerle in futuro²⁷.

Se queste sono le possibili ragioni della posizione di debolezza nella quale versano autori ed artisti occorre capire come trarne indicazioni per strutturare le misure di perequazione mirate a riequilibrare i rapporti contrattuali con l'impresa culturale. Al riguardo merita di essere ricordato un filone di studi di taglio economico-politico dal quale emerge che in presenza di problemi di *decision making under risk* generati da asimmetrie informative e *cognitive biases* esistono diversi modi di attuare la protezione paternalistica del contraente debole, generatori a loro volta di impatti differenti sulle dinamiche degli interessi individuali e collettivi che ne vengono incisi: con benefici e costi sociali altrettanto differenziati²⁸, nonché esiti eterogenei sul piano degli spazi lasciati alla

²⁴ Sullo *status quo bias* v. D. KAHNEMAN, J.L. KNETSCH, R.H. THALER, *Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion and Status Quo Bias*, in *The Journal of Economic Perspectives*, 1991, 193 ss. Per una rilettura critica delle teorizzazioni sullo *status quo bias* proposte dall'approccio *behavioral* v. peraltro R. POSNER, *Rational Choice, Behavioral Economics and the Law*, in *Stanford Law Review* 1998, 1564-1567, che partendo dai medesimi dati empirici offre una spiegazione alternativa sulla base del paradigma neoclassico e della teoria dei giochi.

²⁵ Su queste deviazioni rispetto al modello comportamentale a razionalità piena v. ad esempio C. JOLLS, C.R. SUNSTEIN, R.H. THALER, (nt. 22), 1479, i quali le classificano tra i problemi di *bounded willpower*.

²⁶ Sulla tendenza umana alla cd. *overconfidence*, alimentata dalla sottostima del pericolo di patire personalmente eventi negativi, dall'assolutizzazione di mere esperienze personali e dall'illusione di poter controllare i fattori di rischio, v. A. TVERSKY, D., KAHNEMAN, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, in *Science*, 1974, 1129; C. JOLLS, C.R., SUNSTEIN, R.H. THALER, (nt. 22), 1524.

²⁷ Sulla cd. *procrastination* v. T. O'DONOGHUE, M. RABIN, *Choice and Procrastination*, in *Quarterly Journal of Economics*, 2001, 121 ss, che ne rilevano il carattere più pronunciato in relazione al crescere dell'importanza delle decisioni da assumere.

²⁸ Sul tema v. C. CAMERER, S. ISSACHAROFF, G. LOEWENSTEIN, T. O'DONOGHUE, M. RABIN,

libertà di autodeterminazione degli attori del mercato, che pure è un valore da preservare quanto più possibile²⁹.

In questa prospettiva gli interventi normativi di ispirazione paternalistica possono essere orientati lungo una linea che procede dalle misure maggiormente cogenti e limitative della libertà negoziale (c.d. *hard paternalism*) per giungere – all'estremo opposto – a forme di regolazione che mirano (non tanto ad imporre, quanto) meramente ad incentivare l'adozione di assetti equilibrati (c.d. *soft paternalism*), passando per tecniche di protezione del contraente debole che si collocano lungo lo spazio mediano tra i due poli ora ricordati. In ragione del suo modo di attuazione ognuna di queste opzioni può generare d'altro canto misure variabili di adempimenti burocratici ed altre prestazioni imposte a carico dell'uno o dell'altro contraente.

In questo scenario mi pare meritevole di particolare considerazione un'impostazione che raccomanda di selezionare la tecnica paternalistica da utilizzare cercando di beneficiare quanto più possibile l'utilità ed il benessere collettivi: secondo criteri di scelta che in ragione delle dinamiche prevedibili tra gli interessi antagonisti preferiscano la soluzione che massimizza la somma algebrica tra i benefici apportati al soggetto debole (nel nostro caso: autori ed artisti in posizione deteriore rispetto alla controparte) ed i costi generati dalla sua implementazione a carico degli altri attori del mercato (imprenditori culturali, autori ed artisti in posizione di equilibrio rispetto alla controparte³⁰)³¹, sulla

Regulation for Conservatives; Behavioral Economics and the Case for "Asymmetric Paternalism", in *University of Pennsylvania Law Review*, 2003, 1211 ss.

²⁹ V. al riguardo le riflessioni di C.R. SUNSTEIN, R.H. THALER, *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*, in *The University of Chicago Law Review*, 2003, 1159 ss.

³⁰ Al riguardo pare evidente che gli autori ed artisti più consapevoli e capaci di gestire in modo efficiente e razionale la contrattazione con l'impresa culturale sono portatori di un interesse ad una regolazione pubblica del rapporto meno incisiva sull'autonomia privata, in quanto l'imposizione alla loro controparte di rigidi limiti negoziali o costosi adempimenti burocratici può limitare le risorse (*rectius*: il margine atteso dallo sfruttamento professionale dell'opera o della *performance*) da redistribuire tra i contraenti.

³¹ V. al riguardo l'approccio – definito con formula felice "paternalismo asimmetrico" – proposto da C. CAMERER, S. ISSACHAROFF, G. LOEWENSTEIN, T. O'DONOGHUE, M. RABIN, (nt. 28), 1211 ss., i quali teorizzano l'inevitabilità di una correzione di stampo paternalistico agli errori di *decision making* evidenziati dagli studi di *behavioral economics* (e dunque: la necessità di un intervento regolatorio a protezione di individui stimati non in grado di assumere decisioni capaci di massimizzare la propria utilità), ma tra le possibili tecniche correttive propongono di preferire quelle ad effetti cd. "asimmetrici", in quanto idonee a procurare ai soggetti affetti da pregiudizi cognitivi benefici maggiori della somma tra gli incrementi dei costi generati dalla loro implementazione a carico degli imprenditori (anche in forma di riduzione dei profitti) e rispettivamente dei contraenti teoricamente deboli che operano tuttavia con raziona-

scorta di un bilanciamento che dovrà contabilizzare anche l'impatto delle diverse misure sulla libertà di autodeterminazione individuale³².

Nelle pagine che seguono l'analisi dei diversi istituti ad ispirazione paternalistica introdotti dalla direttiva 790/2019 prenderà spunto da queste tecniche analitiche per esaminare i vincoli posti dal legislatore euro-unitario e le possibili modalità di sfruttamento degli spazi di discrezionalità lasciati ai legislatori

lità piena. Tra queste tecniche gli autori citati annoverano, secondo una scala decrescente per efficacia "asimmetrica" e crescente per intensità dei costi generati, 1) la previsione di regole di *default* che senza limitare la libertà d'azione dei soggetti più attivi e consapevoli proteggano i contraenti deboli (*biased*, tra i quali specialmente quelli) resi inattivi dallo *status quo bias*; 2) l'imposizione alla parte contrattuale più esperta ed informata di obblighi informativi a beneficio della sua controparte, per contrastare effetti di *framing* mirati ad indurre scelte irrazionali, e stimolare più in generale comportamenti di consumo maggiormente consapevoli; 3) l'attribuzione al contraente debole della possibilità di rimeditare decisioni che potrebbero essere state assunte sotto l'effetto di fattori emozionali, fissando un periodo di tempo limitato (cd. *cooling-off period*) durante il quale poter esercitare un diritto unilaterale di recesso (*ius poenitendi*) oppure (all'opposto) dover sottostare ad un divieto di compiere determinati atti giuridicamente rilevanti; 4) la fissazione di limiti alla possibilità per il contraente debole di assumere decisioni potenzialmente dannose. Resta peraltro da dire che secondo gli autori citati non sempre le misure di *soft paternalism* (quali in particolare le regole di *default* e la *disclosure regulation*) si rivelano le più efficienti, in quanto lasciando maggiore spazio all'autodeterminazione dei singoli richiedono spesso sforzi organizzativi più intensi (e dunque: maggiori costi) per la loro attuazione, cosicché in alcuni casi le dinamiche concrete degli interessi antagonisti possono suggerire la maggiore efficienza di misure di *hard paternalism* (ad esempio, limiti e divieti di attività), assai più pregiudizievoli della libertà negoziale, ma tipicamente generatrici di minori adempimenti burocratici.

³² V. a questo proposito C.R. SUNSTEIN, R.H. THALER, (nt. 29), 1159 ss., i quali propongono un approccio (cd. "paternalismo libertario") che procede dalla presa d'atto dell'inevitabilità degli interventi regolatori di stampo paternalistico per riequilibrare categorie di rapporti stabilmente caratterizzate da significative dotazioni asimmetriche, ma prevede di limitarne quanto più possibile l'impatto sulla libertà di scelta del consumatore (per un taglio più divulgativo ed alcuni approfondimenti v. anche C.R. SUNSTEIN, R.H. THALER, *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press, New Haven 2008, consultato nella traduzione italiana *Nudge. La spinta gentile*, Feltrinelli, Milano, 2009; nonché C.R. SUNSTEIN, *Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism*, Yale University Press, New Haven, 2014, ove gli autori citati sviluppano la proposta di un paternalismo dei mezzi contrapposto al paternalismo dei fini, incentrata sul ricorso a tecniche normative di *nudging*, intese come *soft incentives* per indurre il *decision maker* a comportamenti efficienti senza sacrificarne la libertà di scelta.

Per un approccio che propone di integrare strategie tradizionali di *hard paternalism*, *nudging* e tecniche di *operational empowerment* (basato a sua volta su *tools* normativi mirati ad incrementare le abilità cognitive del soggetto debole, al fine di potenziarne la capacità di sviluppare strategie decisionali adeguate) v. infine F. DI PORTO, N. RANGONE, *Cognitive-based regulation: new challenges for regulators?*, in *Federalismi.it*, n. 20/2013, 11 ss.

nazionali³³, tenendo conto dell'esigenza di raccordare le nuove regole con un tessuto normativo già trapuntato da misure a tutela dell'autore e dell'artista.

4. *Il principio di remunerazione adeguata e proporzionata.*

Un primo intervento articolato ha riguardato il riequilibrio dei rapporti economici tra gli autori, gli artisti e rispettivamente gli imprenditori culturali che utilizzano a vario titolo le loro opere o *performance*, per il caso che i primi scelgano (come avviene tipicamente) di non sfruttare in via diretta gli esiti del loro lavoro creativo o artistico, preferendo cedere i relativi diritti d'autore o connessi ovvero concedere in licenza il loro sfruttamento ad operatori professionali del mercato dei prodotti culturali.

Nella fattispecie ora illustrata l'art. 18, par. 1, direttiva 790/2019 rivolge ai legislatori nazionali l'indicazione di principio in base alla quale agli autori ed artisti che abbiano scelto di demandare all'impresa culturale lo sfruttamento economico delle loro opere o *performance* occorre garantire «il diritto di ricevere una remunerazione adeguata e proporzionata», collocandola in una partizione normativa teleologicamente destinata a «garantire il buon funzionamento del mercato per il diritto d'autore»³⁴.

Evidente è la natura paternalistica di questa previsione, con la quale il legislatore dichiara di voler istituire un regime protetto per i “soggetti deboli” autori ed artisti³⁵, che nel funzionamento del mercato dei prodotti culturali vengono in parte sottratti alle dinamiche generate dalla libera contrattazione, mediante la “garanzia” di una remunerazione che deve essere «adeguata e proporzionata»: a differenza degli altri attori del medesimo mercato – quali gli

³³ Questa chiave di lettura pare giustificata anche dal fatto che i lavori preparatori della direttiva 790/2019 non sembrano essere stati impermeabili rispetto alle tecniche di *cognitive-based regulation* predicate dal paradigma *behavioral* [sulle quali v. F. DI PORTO, N. RANGONE, (nt. 32), 3 ss.], come si ricava dal *regulatory impact assessment* contenuto da COMMISSIONE EUROPEA, *Impact Assessment on the modernization*, (nt. 16), che contiene ampi riferimenti al tema dell'asimmetria di dotazioni informative tra l'autore o l'artista e rispettivamente gli utilizzatori professionali delle loro opere o *performance*.

³⁴ Così testualmente la rubrica del titolo IV della direttiva 790/2019. Sul rilievo sistematico che assume la garanzia per autori ed artisti di ricevere un «compenso adeguato» v. già d'altro canto il considerando 10 direttiva 29/2001, che ne enfatizza il rilievo quale incentivo primario per il loro sforzo artistico-creativo.

³⁵ Per questa indicazione politico-giuridica v. espressamente il considerando 72 della direttiva 790/2019.

imprenditori utilizzatori “diretti” (in quanto acquirenti o licenziatari) dei loro diritti o rispettivamente “secondari” delle loro opere o prestazioni³⁶, il pubblico che acquista i prodotti culturali – che rimangono esposti integralmente all’operare del meccanismo dei prezzi.

La protezione così garantita all’autore ed all’artista introduce simmetricamente una limitazione operativa (in forma di costi da sopportare, anche sul piano organizzativo) per gli imprenditori culturali, siano essi utilizzatori diretti o secondari di opere o *performance*. E genera per tutti una riduzione dell’autonomia negoziale, modulabile tuttavia dagli stati membri a loro discrezione, mediante «meccanismi di vario tipo», che devono tenere conto «del principio della libertà contrattuale e di un giusto equilibrio tra diritti e interessi» (art. 18, par. 2).

Questo spazio di discrezionalità riservato ai legislatori nazionali trova peraltro una giustificazione nell’esperienza pregressa, dalla quale emerge che la “garanzia” della remunerazione adeguata e proporzionata può essere data con modalità diverse. Volendone dare una rappresentazione schematica il catalogo delle misure di perequazione già note o comunque astrattamente disponibili può essere scomposto per convenzione nelle due categorie degli interventi di perequazione *ex ante* e rispettivamente *ex post*.

Hanno natura *ex ante* le misure normative che predeterminano tutti o gran parte degli elementi rilevanti della perequazione prima ancora dell’avvio dello sfruttamento dell’opera o della *performance* artistica, sottraendoli alla libera negoziazione delle parti e lasciando agli aventi diritto il solo compito di riscuotere la remunerazione aggiuntiva, salvo che anch’esso sia gestito in modo collettivo mediante affidamento a *collecting societies*. Rientrano in questa categoria le misure che attribuiscono ad autori ed artisti il diritto irrinunciabile a percepire un’integrazione del corrispettivo per cessione o licenza considerato inadeguato, determinata in base a meccanismi che non richiedano l’attivazione negoziale del soggetto debole del rapporto, sostituita dall’attribuzione della competenza a stabilire il *quantum* del compenso aggiuntivo ad una pubblica autorità oppure alla contrattazione collettiva, secondo uno schema – noto anche alla nostra esperienza, seppure in ambiti ristretti³⁷ – che trova un’appli-

³⁶ Sulla nozione di “utilizzatore secondario” adottata per convenzione in questo saggio al fine di individuare l’imprenditore culturale che utilizza professionalmente opere e *performance* senza avere un rapporto diretto con autori ed artisti v. *amplius* i paragrafi 6 ed 8.

³⁷ Nell’ordinamento euro-unitario un meccanismo perequativo di questo genere è previsto dall’art. 3 par. 2 *ter-2 quinquies* direttiva 116/2006, come modificato dall’art. 1 direttiva 77/2011, in tema di remunerazione supplementare dovuta agli artisti dai produttori fonografici dopo il cinquantesimo anno di pubblicazione del fonogramma. Per l’attuazione di queste previ-

cazione generalizzata nel § 32 dello *Urheberrechtsgesetz* tedesco³⁸.

Queste tecniche di *hard paternalism* attuano in astratto un livello elevato di protezione del soggetto debole dello scambio, ma comprimono al massimo grado la libertà negoziale sua e dei suoi contraenti, gravati stabilmente ed indefettibilmente di un costo aggiuntivo: che ha natura variabile qualora la misura sia calibrata sulla quantità oppure sull'andamento economico dello sfruttamento dell'opera, ad esempio in proporzione ai relativi ricavi o profitti; ed ha invece natura di costo fisso quando il compenso sia determinato in modo forfetario. Non sempre agevole è d'altro canto il bilancio dei costi di transazione gravanti sui soggetti in campo, in quanto l'efficienza generata dalla negoziazione ovvero dalla riscossione accentrata può essere controbilanciata dalla loro gestione burocratica (ove presente) ad opera delle associazioni di categoria o delle *collecting societies*, che può creare una discrepanza tra i pesi complessivamente sopportati dall'utilizzatore ed i benefici che ne rivengono al

sioni nel nostro paese v. l'art. 84 *bis* l.aut. Un meccanismo analogo è previsto dall'art. 5 direttiva 115/2006 in materia di noleggio di fonogrammi o audiovisivi, attuato in Italia dall'art. 18 *bis*, quarto comma, l.aut. Natura *ex ante* ha pure l'articolato meccanismo di perequazione previsto dagli artt. 1 direttiva 84/2001 e 144 ss. l.aut., che riserva all'autore delle opere delle arti figurative il diritto irrinunciabile ad un compenso proporzionato al prezzo di ogni vendita degli originali successiva alla prima cessione (cd. *droit de suite*), dovuto secondo misure percentuali predeterminate *ex lege* e riscosso (nella variante italiana) da società di gestione collettiva. Sull'omogeneità di questa misura – che pure riguarda a rigore la fortuna commerciale dell'esemplare unico dell'opera delle arti figurative – rispetto alle altre misure di perequazione qui esaminate v. *infra* nt. 88.

Pur prive di base euro-unitaria hanno infine natura *ex ante* anche le misure *ex artt.* 46 *bis* ed 84 l.aut., che a fronte dell'utilizzazione diretta o secondaria delle opere cinematografiche o audiovisive riservano ad autori ed artisti il diritto irrinunciabile ad un equo compenso, da determinarsi nel *quantum* sulla base di accordi economici collettivi tra associazioni sindacali, ovvero mediante una procedura arbitrale, pure collettiva, regolata *ex lege*.

³⁸ Seppure con qualche contemperamento significativo a favore dell'autonomia privata la tutela dell'autore prevista dal § 32 dello *Urheberrechtsgesetz* tedesco del 9 settembre 1965 (di seguito: "UrhG") obbedisce ad una logica *ex ante*. In particolare all'autore che conceda a terzi le facoltà di sfruttamento dell'opera (*Nutzungsrechte*) è attribuito il diritto irrinunciabile di pretendere una remunerazione adeguata (*angemessene Vergütung*), da considerarsi tale solo a condizione che essa non sia inferiore alla misura prevista da accordi collettivi (le *gemeinsame Vergütungsregeln* previste dal § 36) ovvero al *minimum* determinato dalle pratiche di mercato (§ 32.2), ormai oggetto di una minuta tipizzazione per via giurisprudenziale, sulla quale v. ampiamente G. SCHRICKER, in *Urheberrecht - Kommentar* diretto da G. SCHRICKER, C.H. Beck, München, 2006, 691 ss.; nonché P. FABBIO, *Il diritto del creativo ad una remunerazione adeguata e proporzionata nella Direttiva Digital Copyright*, in *AIDA*, 2019, 103 s. Questa tutela *ex ante* si combina poi con la perequazione garantita *ex post* dal § 32a UrhG, sul quale v. *infra* nt. 38. In base al § 79 *Abs.* 2a UrhG il regime ora ricordato è infine esteso agli artisti interpreti o esecutori.

singolo autore o artista, anche in ragione della difficoltà di negoziare ovvero ripartire il compenso in modo proporzionato rispetto ai meriti di ognuno degli aventi diritto.

Rientrano invece tra le misure *ex post* gli interventi che lasciano alla negoziazione *inter partes* ed eventualmente al successivo controllo giudiziale il compito di definire una parte rilevante degli elementi della perequazione: secondo varianti che possono ad esempio contemplare la previsione di obblighi legali – derogabili o meno dall'autonomia privata – di rinegoziazione ed adeguamento della parte economica del contratto, in ragione del *quantum* dell'utilizzazione o dell'andamento dello sfruttamento di opere o *performance*³⁹.

³⁹ A questa logica mi pare ispirato l'articolato sistema previsto dal *Code de la propriété intellectuelle* francese (*loi* n. 92-597 dell'1 luglio 1992, di seguito "CPI"), nel quale trovano spazio il principio generale che obbliga il cessionario a garantire all'autore una "*participation proportionnelle*" ai ricavi ("*recettes*") dello sfruttamento dell'opera (art. L. 131-4, alinea 1), priva tuttavia di qualsiasi determinazione quantitativa, nonché la possibilità di pattuire compensi *à forfait* per una serie di casi tassativi (art. L. 131-4, alinea 2), nei quali all'autore è tuttavia attribuito il diritto di ottenere l'adeguamento della remunerazione originariamente stabilita, qualora dimostri di aver subito un pregiudizio pari ad almeno 7/12 (art. L. 131-5). Sul carattere potenzialmente contraddittorio di questo schema remunerativo, che può garantire in concreto una protezione più intensa del contraente debole nel caso di compenso forfetario, mentre non impedisce la possibilità di pattuire validamente misure minime di partecipazione proporzionale ai ricavi dell'impresa culturale, v. A. LUCAS, H.J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, Paris, 2006, 462, 473 secondo i quali tuttavia occorre apprezzarne l'aspetto simbolico, che nell'associare l'autore alla fortuna commerciale dell'opera risulterebbe conforme alla "*tradition personnaliste*" del *droit d'auteur* francese. Nell'esperienza applicativa la garanzia degli interessi dell'autore è stata poi attuata soprattutto con l'elaborazione di principi giurisprudenziali in materia di base di calcolo della *rémunération proportionnelle* [per una casistica dettagliata v. ancora A. LUCAS, H.J. LUCAS, cit., 465 s.].

Natura *ex post* ha anche il meccanismo che in base al § 32a UrhG prevede per l'autore il diritto ad ottenere l'adeguamento del contratto mediante la previsione di una partecipazione aggiuntiva ("*weitere Beteiligung*") in caso di vistosa sproporzione ("*auffällige Missverhältnis*") tra la remunerazione originariamente concordata ed i proventi o altri benefici conseguiti dall'utilizzatore a seguito dello sfruttamento dell'opera.

Un censimento sintetico di previsioni normative che prevedono meccanismi di adeguamento *ex post* dei compensi di autori o artisti nei paesi membri dell'UE si legge nell'*Annex 14D* a COMMISSIONE EUROPEA, *Impact Assessment on the modernization*, (nt. 16), ove emerge che questo genere di misure – definito dal *Commission staff working document*, (nt. 16), 181, come "*best-seller clause*" – è previsto (oltre che in Francia e Repubblica Federale Tedesca) anche in Belgio, Croazia, Finlandia, Olanda, Polonia, Portogallo, Repubblica Ceca, Romania, Slovenia, Spagna, Ungheria.

Tra le misure *ex post* rientra infine l'art. 130 l.aut., che nel prevedere per l'autore la mera garanzia generica di un compenso a partecipazione demanda al successivo controllo giudiziale l'effettività dell'equilibrio pattuito originariamente tra le parti.

A prima vista questa seconda categoria di misure pare attuare una protezione paternalistica meno intensa del soggetto debole dello scambio, in quanto conserva uno spazio più ampio per l'autonomia negoziale: lasciando alle parti il compito di trovare una composizione equilibrata delle loro rispettive pretese ed aspettative, con l'obiettivo di prevenire future liti; e gravando il contraente insoddisfatto (dunque: più facilmente l'autore o l'artista) dell'onere di avviare la verifica giudiziale dell'adeguatezza della propria posizione economica. Anche il governo dei costi di transazione è lasciato alle parti, che possono contenerli mediante una negoziazione di meccanismi di riequilibrio reciprocamente soddisfatti. Oppure possono incrementarli in modo significativo, qualora confliggano stabilmente sulle modalità di definizione della soluzione perequativa.

L'ampia varietà delle tecniche di riequilibrio del rapporto contrattuale (disponibili in astratto, e) sin qui sperimentate nei vari paesi dell'area euro-unitaria suggerisce *prima facie* un'esigenza di flessibilità, determinata anche dal fatto che le diverse modalità di utilizzazione dell'opera o della *performance* obbediscono a logiche eterogenee, esaltate ulteriormente dalle differenze di caratteristiche tra i generi creativi ed artistici: in uno scenario che vede variare di volta in volta le dinamiche degli interessi antagonisti, con asimmetrie diversificate di potere contrattuale, nonché misure ineguali di costi transattivi da fronteggiare.

Questa esigenza di flessibilità è stata ben percepita dal legislatore euro-unitario, che ha scelto la strada dell'armonizzazione minima, limitandosi ad imporre agli stati membri di obbligare l'imprenditore culturale a sottostare inderogabilmente al meccanismo di adeguamento *ex post* previsto dall'art. 20 direttiva 790/2019, assistito strumentalmente dall'operare dell'obbligo di trasparenza *ex art.* 19⁴⁰; e lasciando ai legislatori nazionali ampia discrezionalità nell'attuare il canone generale stabilito previsto dall'art. 18, con possibilità di differenziarne le misure di implementazione per generi di opere o *performance* e forme di loro utilizzazione, adottando a tal fine i già ricordati «meccanismi di vario tipo».

Questa libertà dei mezzi è tuttavia preordinata ad un fine ineludibile, costituito dalla “garanzia” *ex art.* 18 che autori ed artisti ricevano una remunerazione quanto meno «adeguata e proporzionata», secondo un'indicazione specificata più a fondo dal considerando 73. Ivi si ricava in particolare che l'adeguatezza e la proporzionalità devono essere apprezzate in relazione al

⁴⁰ V. al riguardo l'art. 23 par. 1 direttiva 790/2019, che impone agli stati membri di disporre l'inderogabilità delle sole misure nazionali di implementazione degli artt. 19 e 20.

«valore economico effettivo o potenziale dei diritti concessi in licenza o trasferiti», a sua volta determinabile in base ad una serie di elementi espressamente nominati, quali a) la misura del «contributo dell'autore o dell'artista», nonché b) «tutte le altre circostanze del caso», tra cui «le pratiche di mercato o lo sfruttamento effettivo dell'opera».

Quanto alle tecniche della perequazione il considerando 73 conferma l'ampia discrezionalità garantita agli stati membri, in quanto prefigura la possibilità di integrare i meccanismi esistenti con misure di nuova concezione, facendo eventualmente ricorso alla contrattazione collettiva. Ed evoca anche la possibilità di derogare al principio di proporzionalità diretta – dunque, basata su una percentuale dei proventi dello sfruttamento dell'opera o della *performance* – tra «valore economico» dei diritti d'autore o connessi e misura della remunerazione, autorizzando l'adozione di meccanismi forfetari per «casi specifici», sulla scorta di un'indicazione che non impone (seppure consiglia) ai legislatori nazionali di predisporre un catalogo di fattispecie predeterminate nelle quali circoscrivere la possibilità di compensi *una tantum*, le quali costituiranno d'altro canto un ambito naturale ove applicare il meccanismo di adeguamento *ex art. 20 direttiva 790/2019*⁴¹.

Per il resto l'elasticità della formula che rimanda ad “adeguatezza” e “proporzionalità”, sommata all'ampiezza semantica dei termini impiegati dal considerando 73 per specificarne il contenuto, pare legittimare i legislatori nazionali a selezionare gli interventi di perequazione nell'ambito di una gamma amplissima, nella quale potranno rientrare misure calibrate sul risultato generato dall'uso della risorsa protetta (evocato dal riferimento al «valore econo-

⁴¹ In ragione del mancato richiamo dell'art. 18 direttiva 790/2019 tra le prescrizioni che l'art. 23 par. 2 dichiara inderogabili dall'autonomia privata, nonché dell'inclusione delle prescrizioni sui compensi *à forfait* in un considerando privo di portata precettiva, i legislatori nazionali potranno infatti limitarsi a prevedere la correzione delle remunerazioni forfetarie mediante la sola misura di perequazione *ex post* prevista dall'art. 20 [sull'assenza per i legislatori nazionali dell'obbligo di limitare i casi nei quali sia adottabile la remunerazione forfetaria v. già P. FABBIO, (nt. 38), 106].

In ragione dell'elasticità delle prescrizioni *ex art. 18* è comunque fatta salva la possibilità di adottare norme di attuazione più severe, che vietino e sanzionino *ex ante* con la nullità la pattuizione di compensi forfetari adottata al di fuori di un catalogo di fattispecie predeterminato *ex lege*, come prevede ad esempio l'art. L. 131-4 CPI secondo l'interpretazione giurisprudenziale prevalente [sulla quale v. A. LUCAS, H.J. LUCAS, (nt. 39), 466 ss., che danno conto del dibattito acceso sul carattere assoluto o relativo, totale o parziale, della nullità ora ricordata]. In mancanza di tale divieto l'eventuale previsione di un catalogo di fattispecie nelle quali la remunerazione forfetaria sia consentita potrebbe invece avere la funzione di segnalare alle parti il fatto che pattuire un *forfait* al di fuori dei casi ivi previsti espone più facilmente alla possibilità di essere assoggettati all'operare del meccanismo di adeguamento *ex art. 20 direttiva 790/2019*.

mico» dei diritti ceduti o concessi in licenza) oppure sul *quantum* dell'utilizzazione (il c.d. «sfruttamento effettivo dell'opera»), remunerazioni predefinite dai pubblici poteri oppure negoziate per contrattazione collettiva o addirittura individualmente: secondo un disegno che sembra autorizzare tanto il ricorso a meccanismi *ex ante* connotati da *hard paternalism* quanto a misure più *soft*, attivabili *ex post* su iniziativa del soggetto debole.

Per quanto ampia, la discrezionalità così rimessa ai legislatori nazionali non è tuttavia senza confini. Oltre alla limitazione orientata verso il basso, costituita dall'adeguatezza e dalla proporzionalità della remunerazione in rapporto al «contributo dell'autore o dell'artista», essa incontra tre limiti determinati principalmente verso l'alto: dai quali discende la fissazione di una misura massima della «garanzia» a loro beneficio, che ha ragionevolmente natura di parametro di legittimità euro-unitaria degli interventi paternalistici dei legislatori nazionali, nonché delle decisioni giudiziali rese in applicazione dei meccanismi di tutela introdotti in sede di attuazione della direttiva.

Il primo limite discende dal fatto che la «garanzia» della remunerazione adeguata e proporzionata (non è un obiettivo per sé, da conseguire a qualsiasi costo, ma) risulta teleologicamente orientata al «buon funzionamento del mercato»⁴², con indicazione che rimanda al fine – ormai assegnato all'intera normativa euro-unitaria in materia di diritto d'autore – costituito dall'attuazione di un mercato unico digitale, nel quale mediante l'impiego delle nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione sia consentito un livello elevato di libertà di circolazione commerciale degli artefatti culturali. Questo orientamento teleologico pone ragionevolmente una limitazione alla possibilità per i legislatori nazionali di garantire la posizione economica di autori ed artisti, impedendo l'adozione di meccanismi puramente solidaristici di *hard paternalism*, che calibrano ad esempio la remunerazione minima sulla sola misura dell'utilizzazione dell'opera e della *performance*, senza alcun collegamento con l'andamento del loro sfruttamento economico, né attenzione ai costi complessivi (anche burocratici) imposti all'utilizzatore: perché in tal caso la trasformazione *ex lege* del compenso aggiuntivo di autori ed artisti in un costo fisso accollerebbe d'imperio ogni rischio all'impresa culturale, con possibile disincentivazione dei suoi investimenti e conseguente pregiudizio per il dinamismo del mercato dei prodotti culturali.

Questa previsione risulta integrata e rafforzata dal secondo limite, costitui-

⁴² Questa limitazione è evocata già dalla rubrica del titolo IV direttiva 790/2019, che nel riferirsi al «buon funzionamento del mercato» fa certamente riferimento al *digital single market* menzionato nell'intitolazione generale della direttiva.

to dalla prescrizione *ex art. 18 par. 2* direttiva 790/2019 ai legislatori nazionali di tenere «conto del principio della libertà contrattuale». Anche questa indicazione pare raccomandare di evitare forme eccessive di *hard paternalism*, che per proteggere il soggetto debole dello scambio ne sacrificano integralmente la libertà negoziale, privandolo della (o comunque limitandone radicalmente la) possibilità di articolare a propria discrezione l'ordine di preferenza nel soddisfacimento dei suoi interessi. Né qui può sfuggire che forme troppo rigide di “garanzia” della remunerazione aggiuntiva dell'autore e dell'artista potrebbero disincentivare gli investimenti imprenditoriali su opere e *performance*, mentre la libertà di negoziare una ripartizione del rischio ad essi meno favorevole (*rectius*: l'assunzione di porzioni dell'*alea* economica dell'operazione) potrebbe per contro facilitare la *chance* di ottenere la pubblicazione degli esiti del loro lavoro creativo o artistico: che può costituire oggetto di interessi personali di rilievo anche primaziale rispetto a quelli patrimoniali, oltre che rappresentare un volano fondamentale per generare future occasioni di profitto ricavabili dallo sfruttamento delle opere o *performance* successive. Molti imprenditori culturali (quali ad esempio gli editori a stampa, le case discografiche e cinematografiche, etc.) sono soliti d'altro canto investire su una pluralità di autori ed artisti, spesso espressivi di generi e stili tra loro eterogenei, con l'obiettivo di diversificare il rischio ed utilizzare gli alti profitti talvolta generati dal successo di pochi per coprire i costi della pubblicazione del lavoro dei tanti meno apprezzati. In questo scenario meccanismi di remunerazione troppo rigidi possono pertanto disincentivare queste pratiche di sussidi incrociati, inducendo l'impresa culturale a concentrare gli investimenti sul lavoro degli autori ed artisti con maggiori probabilità di successo, a scapito di quelli più “rischiosi”, in quanto poco conosciuti, più innovativi oppure operanti in nicchie meno frequentate dal grande pubblico.

L'operare congiunto di queste limitazioni spiega d'altro canto la già ricordata menzione espressa che il considerando 73 rivolge alla possibilità per le parti di adottare meccanismi di remunerazione forfetaria, i quali escludono per definizione una correlazione diretta ed immediata tra il compenso di autori ed artisti ed i parametri quantitativi dello sfruttamento economico dell'opera o della *performance*. I criteri in esame aprono inoltre il campo alla possibilità di differenziare i regimi della remunerazione adeguata e proporzionata a seconda delle peculiarità del settore merceologico da regolare, consentendo ragionevolmente ai legislatori nazionali spazi di flessibilità per stimolare l'avvio o comunque il dinamismo di segmenti di mercato nei quali si rivelino più intense le esigenze di incentivo degli investimenti imprenditoriali, ovvero risultati maggiormente marcata la propensione di autori ed artisti ad assumere porzioni

di rischio in cambio della *chance* di far accedere opere e *performance* ad un pubblico più ampio.

Il terzo limite è infine costituito dal rinvio *ex art.* 18 par. 2 direttiva 790/2019 alla necessità di mantenere un «giusto equilibrio tra diritti ed interessi», secondo una clausola di chiusura che pare imporre tanto ai legislatori nazionali (in sede di attuazione delle nuove misure) quanto agli organi giudiziari (in sede di *enforcement* delle “garanzie” previste per autori ed artisti) di operare un bilanciamento in concreto tra le pretese *hinc et inde*: per evitare che l’operatività automatica dei nuovi meccanismi di perequazione generi sul piano pratico risultati eccessivamente squilibrati. E questo richiamo al bilanciamento tra gli interessi antagonisti rafforza la raccomandazione di non eccedere con misure di *hard paternalism*, dalle quali possa discendere una miope protezione aprioristica di autori ed artisti, senza alcun collegamento con le esigenze del mercato, degli utilizzatori e del pubblico dei consumatori di prodotti culturali.

5. Il diritto all’adeguamento del contratto.

In questo scenario di ampia devoluzione ai legislatori nazionali i limiti minimi di protezione dell’autore e dell’artista vanno ricavati specialmente dalla disciplina del meccanismo di adeguamento contrattuale *ex art.* 20 direttiva 790/2019, che l’art. 23 par. 1 configura come un *minimum* indefettibile di tutela sottratto all’autonomia negoziale. La dialettica che ne deriva vede pertanto la misura *ex art.* 20 come base ineludibile della tutela dell’autore e dell’artista, alla quale il principio generale *ex art.* 18 autorizza gli stati membri ad aggiungere ulteriori strumenti di perequazione, seppure entro i limiti della garanzia del buon funzionamento del *digital single market*, del rispetto del principio della libertà contrattuale e del giusto equilibrio tra gli interessi antagonisti. Per altro verso l’attuazione del meccanismo di adeguamento contrattuale previsto dall’art. 20 soddisfa già il livello minimo di tutela – *rectius* l’esigenza di garantire una remunerazione adeguata e proporzionata – che in base al paragrafo 1 dell’art. 18 gli stati membri devono garantire all’autore ed all’artista⁴³.

⁴³ Questa ricostruzione dei rapporti tra le previsioni *ex artt.* 18 e 20 direttiva 790/2019 non collima con quella proposta da P. FABBIO, (nt. 38), 88 ss., che procedendo dal parallelismo con i §§ 32-32a UrhG [sulla relazione tra i quali v. G. SCHRICKER, (nt. 38), 704 s.] ne ricava la funzione di integrare gli accordi tra autori, artisti ed impresa culturale all’atto della stipula della cessione o della licenza (art. 18) e rispettivamente in fase di rinegoziazione dei corrispettivi a seguito dell’emergere di una sproporzione sopravvenuta (art. 20). A ben vedere questa con-

A prima vista dal considerando 78 pare potersi ricavare l'indicazione che il meccanismo di perequazione previsto dall'art. 20 sia stato pensato dal legislatore euro-unitario per essere applicato ai contratti di durata, nei quali pertanto (i) a fronte del trasferimento a titolo definitivo dei diritti d'autore o connessi sia stata pattuita una remunerazione (non forfetaria, ma) destinata ad essere erogata in modo continuativo, oppure (ii) sia stata regolata la concessione di una licenza d'uso dell'opera e della *performance*, indipendentemente dalle modalità di remunerazione (*una tantum* oppure periodica)⁴⁴. Mentre sembra emergere *a contrario* che la garanzia prevista dall'art. 20 non deve trovare necessariamente applicazione ai contratti di cessione dei diritti d'autore o connessi ad effetti istantanei, nei quali il corrispettivo sia stato determinato *una tantum*, in via forfetaria.

A motivazione di questa diversità di trattamento il legislatore euro-unitario si limita a rilevare che la durata tipicamente lunga dei contratti in esame offre poche opportunità di rinegoziarli pure quando «il valore economico dei diritti risulti essere notevolmente superiore a quanto inizialmente stimato», con notazione che pare non tenere conto della comunanza di questa particolare sopravvenienza – qual è precisamente la sproporzione tra il compenso pattuito e la reale fortuna commerciale dell'opera o della *performance*, sia essa prevedibile o meno⁴⁵ – anche nel caso di contratti di

trapposizione pare peraltro obliterare la complementarità e la potenzialità sinergica delle due previsioni in esame, al pari della differente portata precettiva della generica dichiarazione di principio *ex art. 18*, (non qualificata espressamente come non) derogabile dall'autonomia privata, a differenza del *minimum* indefettibile di protezione *ex art. 20*. Dai lavori preparatori pare d'altro canto trasparire ben poco riguardo all'intenzione del legislatore nel prevedere il principio generale *ex art. 18*, introdotto per la prima volta (e con *wording* poi parzialmente modificato) nella fase finale del processo legislativo, con gli emendamenti del Parlamento Europeo del 12 settembre 2018 (per una ricostruzione dell'andamento non rettilineo di questi lavori, segnato da un confronto acceso tra gli *stakeholders* su gran parte delle previsioni della futura direttiva, v. S. LAVAGNINI, *La direttiva digital copyright: evoluzione normativa e interessi in campo*, in *AIDA* 2019, 208 ss.). Sull'opportunità di introdurre nell'impianto della direttiva una tutela patrimoniale *ex ante* analoga a quella prevista dal § 32 UrhG v. peraltro le considerazioni di A. LUCAS-SCHLOETTER, *European Copyright Contract Law, A Plea for Harmonisation*, in *IIC* 2017, 897 ss., svolte a commento della proposta originaria della Commissione.

⁴⁴ V. al riguardo il riferimento ai «contratti [...] di lunga durata» che si legge all'inizio del considerando 78.

⁴⁵ Incidentalmente merita rilevare che la prevedibilità dei proventi conseguibili mediante lo sfruttamento dell'opera non pare impedire l'applicabilità del meccanismo di adeguamento *ex art. 20* direttiva 790/2019, come già nell'ordinamento tedesco è stabilito espressamente per l'analoga misura di perequazione dal § 32a UrhG *Abs. 1* [sul quale v. G. SCHRICKER, (nt. 38), 703 s.].

trasferimento dei diritti che prevedano un corrispettivo *una tantum*.

Più ragionevolmente si può forse immaginare che la limitazione in esame intenda offrire alle esperienze nazionali più conservatrici la possibilità di preservare il principio dell'intangibilità del contratto, quanto meno nei casi – certamente delicati, e comunque consentiti *ex art. 18*⁴⁶ – nei quali le parti abbiano scelto espressamente di trasferire i diritti esclusivi sulla scorta di uno schema negoziale ad esecuzione soltanto istantanea, manifestando la volontà comune di non dare vita in alcun modo ad una relazione di durata, che preveda una remunerazione periodica, da determinare in ragione dei proventi generati dallo sfruttamento dell'opera o della *performance*⁴⁷.

In varie esperienze straniere le peculiarità della relazione tra l'autore e l'impresa culturale hanno tuttavia evidenziato ormai da tempo la praticabilità di meccanismi di adeguamento del contratto applicabili anche al caso della cessione della privativa con compenso *à forfait*⁴⁸. E d'altro canto l'ampia discrezionalità garantita dall'art. 18 direttiva 790/2019 pare consentire agli stati membri di estendere l'applicazione del meccanismo di perequazione *ex art. 20* anche ai casi nei quali la sproporzione rispetto ai proventi dell'impresa culturale riguardi un corrispettivo per la cessione dei diritti pattuito *una tantum*⁴⁹.

In questo scenario sarà rimesso pertanto ai legislatori nazionali il compito di valutare se preservare uno spazio ove l'autore e l'artista possano negoziare senza vincoli l'assunzione di un rischio (qual è la rinuncia ad un compenso di-

⁴⁶ Per la possibilità *ex art. 18* direttiva 790/2019 di prevedere compensi forfetari cfr. il considerando 73, sul quale v. *supra* il paragrafo 4.

⁴⁷ Sul fatto che le patologie funzionali legate all'emergere di sopravvenienze impreviste ed i rimedi immaginati per fronteggiarle sono tipici dei contratti di durata, quali vincoli a carattere relazionale ed incompleto, naturalmente vocati a massimizzare l'utilità congiunta dei contraenti in una prospettiva diacronica, v. M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, Giuffrè, Milano, 2007, 251 ss.

⁴⁸ Basterà qui ricordare che il meccanismo di revisione del compenso dell'autore previsto dall'art. L. 131-5 CPI è riservato ai soli casi di *remuneration forfaitaire*. In termini analoghi v. l'art. 47 della *Ley de Propiedad Intelectual* spagnola, real decreto legislativo n. 1 del 12 aprile 1996 (di seguito: "LPI"). E d'altro canto l'accesso al meccanismo di adeguamento contrattuale previsto dal § 32a UrhG è consentito anche al caso della remunerazione pattuita *una tantum*. Sulla piena compatibilità tra contratti ad effetti istantanei e regole che impongano la partecipazione proporzionale dell'autore ai risultati dello sfruttamento dell'opera v. già le notazioni di A. COGO, *I contratti di diritto d'autore*, (nt. 6), 205.

⁴⁹ Meccanismi di questo genere sono già noti d'altro canto alla nostra esperienza giuridica. Al riguardo basterà ad esempio esaminare quelli che disciplinano l'equo compenso *ex artt. 46 bis ed 84 l.aut.*, certamente garantito anche ad autori ed artisti che abbiano ceduto i loro diritti per un corrispettivo forfetario.

rettamente proporzionato ai proventi futuri dello sfruttamento dell'opera o della *performance*) in cambio di una capitalizzazione immediata del loro corrispettivo, che divenendo un costo agevolmente prevedibile per l'impresa culturale potrebbe accrescerne la propensione ad incrementare il novero e la varietà delle opere da pubblicare, con aumento conseguente delle *chances* per creativi e *performers* di veder circolare presso il pubblico gli esiti del loro lavoro. Per le ragioni ora illustrate la scelta di escludere la possibilità di correzioni *ex post* della remunerazione per la cessione dei diritti pattuita in via forfetaria risulterebbe d'altro canto pienamente conforme all'esigenza di rispettare il «principio della libertà contrattuale» espressa dall'art. 18.2 direttiva 790/2019.

Nel contesto sin qui descritto l'art. 20 interviene ad obbligare i legislatori nazionali ad attribuire ad autori ed artisti il diritto di pretendere una «remunerazione ulteriore adeguata ed equa» ad integrazione del corrispettivo originariamente pattuito per cessioni e licenze, ove questo si riveli «sproporzionatamente basso rispetto a tutti i proventi originati in un secondo tempo dallo sfruttamento delle loro opere o esecuzioni», con eccezione vistosa al principio generale di irrilevanza dell'equità dello scambio, che nell'economia di mercato regola per tradizione i rapporti tra contraenti⁵⁰.

L'effetto di questa previsione sulla protezione degli interessi patrimoniali di autori ed artisti è d'altro canto potenziato dall'art. 22 direttiva 790/2019, che nell'attribuire loro un «diritto di revoca» del trasferimento dei diritti esclusivi e della licenza nel caso di mancato sfruttamento dell'opera o della *performance* introduce uno stimolo rilevante al dinamismo (e comunque uno strumento di reazione efficace all'inattività) dell'impresa culturale, con incremento rilevante delle *chances* che dall'altrui utilizzazione economica degli esiti del loro lavoro i beneficiari della tutela possano maturare il diritto ad una remunerazione aggiuntiva (ovvero, alternativamente, che in ragione della mancata utilizzazione possano riacquisirne il controllo).

A prima vista la garanzia della remunerazione «adeguata ed equa» pare ra-

⁵⁰ Sulla tendenza crescente del legislatore euro-unitario a moltiplicare le previsioni che in deroga al principio generale dell'autonomia contrattuale autorizzano il sindacato giudiziale dell'equità dello scambio tra contraenti in posizione asimmetrica v. G. D'AMICO, «*Giustizia contrattuale*» nella prospettiva del civilista, in *Diritti Lavori Mercati* 2017, 253 ss., che ne sottolinea peraltro la vocazione ordo-liberale a preservare le condizioni necessarie per il buon funzionamento del mercato, nonché l'estraneità ad una prospettiva di mera protezione paternalistica del soggetto debole dello scambio. Sull'evoluzione del dibattito sempre aperto in tema di controllo giudiziale della giustizia contrattuale v. R. SACCO, voce *Giustizia contrattuale*, nel *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione civile, Aggiornamento*, VII, Utet, Torino, 2012, 534 ss.; e da ultimo G. D'AMICO, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, in *Europa e diritto privato* 2019, 1 ss.

gionevolmente equivalere alla remunerazione «adeguata e proporzionata» prevista dall'art. 18, tenendo conto che l'attivazione del meccanismo di adeguamento *ex art. 20* è subordinata all'esistenza di una sproporzione per difetto tra compenso originariamente pattuito e proventi effettivamente conseguiti dall'utilizzatore, con indicazione che riconduce (e riduce) l'evocazione dell'equità alla nozione di proporzionalità. A specificazione ulteriore dei criteri ora illustrati il considerando 78 dichiara rilevanti per il giudizio di proporzionalità «tutti i pertinenti proventi del caso, inclusi ove opportuno quelli derivanti dal merchandising»⁵¹, con necessità di «tener conto delle circostanze specifiche di ciascun caso, incluso il contributo dell'autore o dell'artista [...], delle specificità e delle prassi in materia di remunerazione dei diversi settori di contenuti come pure del fatto che il contratto si basi o meno su un contratto collettivo».

Così configurato il *minimum* di tutela previsto dall'art. 20 si palesa come misura *ex post*, lasciata all'iniziativa del soggetto debole ovvero dei suoi «rappresentanti», quali tra gli altri le società di gestione collettiva, sulla base di mandati a negoziare e riscuotere conferiti volontariamente da autori ed artisti. Si tratta in particolare di una forma di perequazione da calibrare in modo proporzionato (non al *quantum* dell'utilizzazione, ma) all'ammontare dei proventi dello sfruttamento economico dell'opera o della *performance*, in un contesto nel quale il riferimento all'adeguatezza completa in forma di endiadi quello alla proporzionalità, nonché il più generale richiamo all'equità: imponendo che l'operare necessario del criterio proporzionale (dunque: la percentuale o comunque il *quantum* di proventi dell'utilizzatore rivendicabile dall'autore o dall'artista) rifletta in concreto il valore economico dei diritti oggetto di ces-

⁵¹ Quanto al riferimento al *merchandising* pare anzitutto da escludere che autori ed artisti possano pretendere una remunerazione per i proventi generati dallo sfruttamento commerciale del loro ritratto, del loro nome o del titolo dell'opera da essi creata ovvero interpretata: in quanto questa attività non pare direttamente collegata all'utilizzazione della risorsa protetta dai diritti d'autore o connessi ed oggetto del relativo contratto di cessione o licenza. Ragionevolmente genera invece un diritto alla remunerazione *ex art. 20* direttiva 790/12019 lo sfruttamento a fini di *merchandising* di porzioni dell'opera o della *performance*, come può accadere per i fotogrammi di quella cinematografica ovvero i brani di quella letteraria o musicale inseriti in *spot* pubblicitari, ovvero riprodotti su arredi, capi d'abbigliamento, e così via. Più in generale rientreranno nella base di calcolo della perequazione i proventi generati dallo sfruttamento dell'opera o della *performance* mediante *business models* – sempre più applicati in *Internet* – che prevedano di sfruttarne la distribuzione gratuita per generare ricavi mediante la vendita di spazi pubblicitari ovvero di prodotti e servizi offerti *online* ai *net surfers* (sul tema v. G. GHIDINI, F. BANTERLE, *A critical overview of the Directive on copyright in the Digital Single Market*, in *Diritto di Internet*, 2019, 452).

sione o licenza, con la dovuta considerazione per le prassi del settore di utilizzazione e per l'incidenza effettiva dell'apporto del soggetto richiedente la remunerazione integrativa.

Il carattere eccezionale del controllo così introdotto riguardo all'equità dello scambio impone d'altro canto di valorizzare quanto più possibile la flessibilità – anche semantica – del riferimento alla proporzionalità, che esclude l'obbligo per i legislatori nazionali di garantire una rigida equivalenza tra le prestazioni *hinc et inde*, consentendo di ricomprendervi tutti i casi nei quali l'una sia quantitativamente minore rispetto all'altra, salvo che quella dell'autore o dell'artista risulti «sproporzionatamente bassa»: e dunque sia così inferiore da impedire di rinvenire una correlazione ragionevole (dunque, una giustificazione argomentabile mediante motivazioni razionali) rispetto all'ammontare dei proventi conseguiti dall'utilizzatore⁵².

Sul piano operativo il rinvio alla nozione di «provento» (*revenue* nel testo inglese, *revenu* nel francese, *einnahme* nel tedesco) risulta abbastanza vago, in quanto riferibile tanto ai profitti quanto – e forse più propriamente, dal punto di vista semantico – ai ricavi generati dallo sfruttamento dell'opera o della *performance*⁵³.

In questo scenario il richiamo ai criteri dell'adeguatezza e della proporzionalità, da collegarsi necessariamente «al contributo dell'autore o dell'artista», sembra peraltro consigliare soluzioni che nel compiere la valutazione ex art. 20 tengano conto non solo dell'ammontare dei ricavi dell'utilizzatore ma anche dei costi da esso sopportati per realizzare e distribuire il prodotto cultura-

⁵² Una determinazione quantitativa di questa sproporzione è stabilita dall'art. L. 131-5 CPI, che con riferimento al meccanismo di adeguamento (*révision*) per i compensi *à forfait* la definisce pari ad un pregiudizio di almeno 7/12, secondo un'indicazione riferita da alcuni al differenziale tra l'ammontare del *forfait* e l'importo che l'autore avrebbe ricevuto nel caso di previsione originaria di una *remuneration proportionnelle* [così A. LUCAS, H.J. LUCAS, (nt. 39), 473 ss., i quali rilevano peraltro la difficoltà di attuare la *révision* nei casi ove il compenso forfetario è imposto dall'impossibilità di determinare una remunerazione proporzionata] e da altri allo scarto tra quanto incassato dall'autore e ciò che avrebbe dovuto ricevere – applicando i medesimi criteri di determinazione del *forfait* utilizzati dalle parti – qualora fossero stati conosciuti *ab origine* i dati riguardo all'effettivo sfruttamento dell'opera (così H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, Paris, 1966, II ed, 629 ss.).

⁵³ La vaghezza di questa nozione è confermata dall'art. 3 lett. h) direttiva 26/2014, nel quale il legislatore euro-unitario ha dimostrato di ritenere necessario dare una definizione specifica dei «proventi dei diritti», che in quel contesto coincidono con (le entrate, e dunque) i ricavi. Non mi pare peraltro che quella definizione possa avere alcun rilievo ai fini dell'interpretazione dell'art. 20 direttiva 790/2019, in quanto i due contesti nei quali la nozione di provento è usata risultano tra loro assai eterogenei.

le, i quali – in quanto investimenti produttivi – costituiscono misura del suo contributo al successo commerciale dell’opera o della *performance*, incidendo in modo simmetrico sul rilievo di quello del creativo o del *performer*.

Tanto suggerisce in particolare che per stabilire se esista un diritto ad ottenere la remunerazione aggiuntiva *ex art. 20* direttiva 790/2019 si proceda 1) a determinare i «proventi» sommando tutti i ricavi direttamente collegabili allo sfruttamento economico del prodotto culturale contenente l’opera o la *performance* e sottraendovi tutti i costi inerenti, costituiti dalle spese (tra le quali la remunerazione originaria o aggiuntiva già corrisposta al richiedente, nonché a qualsiasi altro co-autore o artista compartecipe; i costi fissi e variabili di produzione, distribuzione, promozione, etc.) sostenute per generare quelle entrate; e poi 2) sulla relativa somma algebrica si determini la misura di partecipazione aggiuntiva astrattamente riferibile al singolo contributore, in ragione dell’importanza del suo apporto per il conseguimento di questo risultato economico, da valutarsi comparativamente rispetto agli altri apporti creativi o artistici ed agli investimenti dell’imprenditore culturale, nonché in assoluto con riferimento a fattori quali il contenuto, l’estensione geografica e la durata dei poteri di utilizzazione conferiti alla controparte⁵⁴; infine 3) si accerti l’esistenza di un diritto all’adeguamento del contratto soltanto quando l’importo di questa partecipazione aggiuntiva sia tanto rilevante da rendere oggettivamente sproporzionato il compenso originario, in quanto secondo il senso comune la distanza tra le due grandezze appaia priva di una giustificazione razionale⁵⁵.

⁵⁴ Così ad esempio la cessione dei diritti oppure il conferimento di una licenza esclusiva di lunga durata e senza limitazioni territoriali dovrebbero giustificare misure di compenso più elevate rispetto alla concessione di una licenza non esclusiva, limitata nel tempo e sul piano geografico: in quanto nel primo caso all’utilizzatore è offerta una maggiore *chance* di sfruttamento dell’opera o della *performance*, con possibilità più elevata che il contributo dell’autore o dell’artista incida sul successo commerciale del prodotto che l’incorpora. *A fortiori* ciò dovrebbe valere nel caso di licenze non esclusive che abbiano generato proventi sperequati dei diversi utilizzatori, in quanto sulla loro misura avrà ragionevolmente inciso in modo rilevante la maggiore o minore abilità professionale dell’imprenditore culturale. Ugualmente nella determinazione della perequazione occorrerà tenere conto della quantità e della qualità delle forme di utilizzazione oggetto della cessione o della concessione, con la conseguenza che ad esempio la riproduzione potrà giustificare una remunerazione più elevata rispetto alla traduzione, e così via.

⁵⁵ Il riferimento normativo al valore economico dei diritti oggetto di cessione o licenza ed al contributo dell’autore o dell’artista mi pare imporre di determinare la remunerazione integrativa *ex art. 20* in base a logiche prettamente mercantili, precludendo la possibilità che dal criterio della «adeguatezza» del corrispettivo possa ricavarsi la necessità di garantire una compensazione del lavoro creativo o artistico idonea a consentire un’esistenza libera e dignitosa, secondo le logiche evocate dall’art. 36 Cost. Nulla impedisce peraltro ai legislatori nazionali di

Più sinteticamente la determinazione dei proventi mi pare richieda preliminarmente di effettuare una sorta di “bilancio” dello sfruttamento economico del singolo *intangible*, per calcolare il profitto generato a beneficio dall'utilizzatore, secondo una logica analoga a quanto previsto per la quantificazione degli sgravi fiscali in base alla normativa sul cd. *patent box*⁵⁶. Mentre stabilire se la remunerazione originariamente pattuita sia proporzionata rispetto ai proventi/profitti così definiti, nonché quale sia la misura dell'integrazione spettante ad ogni singolo richiedente, impone un'ampia gamma di valutazioni in concreto, che dovranno essere affinate in fase applicativa anche alla luce di *best practices* ed usi negoziali già esistenti: sulla base dei quali occorrerà sviluppare criteri omogenei per determinare la percentuale minima di quei proventi che deve essere assicurata ad ogni tipologia di autore o artista, in ragione del loro ruolo e delle peculiarità del settore merceologico di destinazione dei rispettivi apporti professionali⁵⁷. Al riguardo utili linee guida potranno essere ricavate, ove possibile, dall'esito della contrattazione collettiva: alla quale l'art. 20 ed il considerando 78 fanno specificamente rinvio come fonte di meccanismi di adeguamento alternativi rispetto a quello che i legislatori nazionali saranno chiamati ad implementare nei rispettivi ordinamenti giuridici⁵⁸.

sfruttare l'ampia libertà garantita dall'art. 18 per introdurre meccanismi solidaristici che risultino improntati ad una tutela più intensa dell'autore o dell'artista, a condizione che non pregiudichino l'equilibrio tra gli interessi coinvolti ed il buon funzionamento del mercato, imponendo costi così elevati da disincentivare gli investimenti imprenditoriali nello sfruttamento delle opere e *performance* protette. Resta peraltro inteso che il parametro *ex art. 36 Cost.* troverà invece applicazione nel caso (ragionevolmente atipico) dell'autore o dell'artista legati all'imprenditore culturale da un rapporto stabile ed esclusivo, secondo le logiche proprie del lavoro a tempo indeterminato (sul fatto che la garanzia *ex art. 36 Cost.* sia riservata ai soli lavoratori subordinati v. da ultimo Cass. 6 novembre 2015 n. 22701).

⁵⁶ V. sul tema gli artt. 9 ed 11 del Decreto interministeriale del Ministero dello Sviluppo economico e del Ministero dell'Economia del 30 luglio 2015, che ha attuato l'art. 1, commi 37-45, l. 23 dicembre 2014, n. 190.

⁵⁷ Un rinvio espresso alle pratiche di mercato è presente nel considerando 73, mentre un riferimento analogo alle prassi in materia di remunerazione dei diversi settori emerge dal considerando 78. Per una presunzione (seppure relativa) di adeguatezza della remunerazione che risulti conforme alle pratiche di settore v. il § 32 UrhG.

⁵⁸ Ad esempio la possibilità della contrattazione collettiva è prevista (ed una prassi al riguardo potrebbe essere stata messa a punto) in sede di definizione dei criteri per quantificare l'equo compenso cd. “cinematografico” *ex artt. 46, 46-bis, quarto comma ed 80, quarto comma l.aut.* Sull'impatto limitato che ha avuto la contrattazione collettiva settoriale nell'applicazione della disciplina della *angemessene Vergütung* tedesca, che pure dal § 32 UrhG riceve il ruolo di *benchmark* per la valutazione dell'adeguatezza della remunerazione, v. P. FABBIO, (nt. 38), 93, 111.

Anche in questo caso l'ampia discrezionalità garantita dall'art. 18 direttiva 790/2018 permetterà peraltro agli stati membri di adottare un meccanismo di adeguamento contrattuale più protettivo di autori ed artisti rispetto a quello sopra proposto, che basi ad esempio il giudizio di (non) proporzionalità sui soli ricavi lordi conseguiti dall'imprenditore culturale per lo sfruttamento dell'opera o della *performance*⁵⁹, omettendo di valorizzare i costi inerenti sostenuti in concreto o stimandoli in astratto: secondo una linea che da un lato tenderà a semplificare gli adempimenti per l'utilizzatore, mentre dall'altro garantirà una protezione più intensa ai beneficiari della remunerazione aggiuntiva⁶⁰, seppure al prezzo di una sua minore aderenza rispetto al loro contributo effettivo alla fortuna commerciale del prodotto culturale.

In questo quadro complessivo la disciplina del meccanismo di adeguamento contrattuale *ex art. 20* pare chiamata a svolgere soprattutto una funzione incentivale di previsioni negoziali con finalità di prevenire possibili contenziosi⁶¹. Precisamente, operando secondo logiche di *soft paternalism*, essa si propone quale regime di *default* che nel garantire una protezione *ex post* stimola il contraente forte ad offrire *ex ante* al più debole per contratto una tutela non dissimile, secondo uno schema che rimette all'autonomia privata la selezione del modo migliore per governare (ed economizzare) i costi di transazione implicati dallo scambio. In questo modo la possibilità dell'insorgere di future vertenze – destinata peraltro a riemergere periodicamente, ogni volta che il *quantum* dei proventi goduti dall'utilizzatore ritorni ad essere squilibrato rispetto ai compensi complessivamente percepiti da autore ed artista – potrà stimolare le parti ad includere *già* nel testo dei contratti di cessione o licenza meccanismi di adeguamento calibrati sugli esiti tipici delle controversie giudiziarie, con l'obiettivo di risparmiare i relativi costi di gestione. Oppure potrà stimolare le parti a rinegoziare in buona fede condizioni originariamente non equilibrate, ogni volta che l'emergere di sopravvenienze impreviste evidenzi la possibilità per l'autore o l'artista di ricorrere alle misure di adeguamento in sede contenziosa.

⁵⁹ Così ad esempio il § 32 UrhG, sul quale v. G. SCHRICKER, (nt. 38), 708.

⁶⁰ Legare l'operatività del meccanismo di adeguamento contrattuale alla misura dei soli ricavi lordi comporta ragionevolmente una ripartizione del rischio dell'utilizzazione economica dell'opera e della *performance* più favorevole all'autore ed all'artista, in quanto questa soluzione potrebbe determinare la maturazione del diritto alla remunerazione aggiuntiva anche qualora l'impresa culturale non avesse conseguito alcun utile dallo sfruttamento dell'opera o della *performance*, ovvero ne avesse realizzati in misura proporzionata al compenso originario dell'autore o dell'artista.

⁶¹ La consapevolezza di questa funzione incentivale emerge chiaramente da COMMISSIONE EUROPEA, *Impact Assessment on the modernization*, (nt. 16), 188 ss.

In questo scenario sarà esaltata d'altro canto l'utilità delle misure informative *ex art. 19*, che secondo le logiche di *soft paternalism* proprie della *disclosure regulation* potranno favorire un riequilibrio delle dotazioni informative a beneficio dell'autore e dell'artista: con l'obiettivo di consentire loro di sorvegliare il buon funzionamento dei meccanismi di perequazione adottati su base volontaria nei contratti di cessione e licenza; ovvero – in mancanza di queste previsioni *ex contractu* – di permettere la verifica del maturarsi delle condizioni per avviare una richiesta di remunerazione adeguata ed equa⁶².

In ultima istanza la vertenza potrà ricevere una composizione in sede contenziosa, con necessità *ex art. 21* direttiva 790/2019 che rispetto a quelli propriamente giudiziali i legislatori nazionali offrano ad autori ed artisti anche meccanismi di risoluzione alternativa delle controversie⁶³ – da strutturare nel rispetto dei principi generali e delle garanzie previsti dagli ordinamenti nazionali in tema di accesso alla tutela giurisdizionale, incompatibile tra l'altro con l'imposizione di arbitrati obbligatori⁶⁴ – che potranno prevedere il coinvolgimento delle associazioni di categoria *hinc et inde*⁶⁵, secondo logiche di *legal empowerment*, che rimandano in qualche modo ad una prospettiva di *hard paternalism*. In queste diverse istanze i decisori saranno peraltro vincolati al rispetto dei tre limiti massimi alla protezione di autori ed artisti costituiti dal buon funzionamento del mercato, dal principio della li-

⁶² Occorre peraltro non enfatizzare eccessivamente l'efficacia di questi obblighi informativi, che risulterà comunque condizionata dalla capacità – limitata da *cognitive biases* – degli autori e degli artisti di ricavare in concreto dal novero dei dati loro comunicati gli elementi necessari per elaborare in modo consapevole strategie negoziali o giudiziali adeguate a massimizzare le loro pretese. E come vedremo *infra* al paragrafo 7 ciò dipenderà principalmente dal tipo di informazioni loro fornite, nonché dalle modalità con le quali esse saranno loro rappresentate dall'impresa culturale.

⁶³ Sul fatto che questi meccanismi possono svolgere utilmente la funzione di contenere i costi della rideterminazione contenziosa della remunerazione di autori ed artisti nonché di stimolarne l'accesso da parte di soggetti altrimenti ritrosi ad avviare formali procedimenti giudiziali v. COMMISSIONE EUROPEA, *Impact Assessment on the modernization*, (nt. 16), 189 ss.

⁶⁴ Sull'illegittimità della previsione di arbitrati obbligatori per contrasto con gli artt. 24 e 102 Cost. v. per tutte Corte cost. 14 luglio 1977, n. 127; Corte cost. 21 aprile 2000, n. 115. In piena coerenza con questo principio l'art. 21 direttiva 790/2019 prescrive d'altro canto che i meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie per l'applicazione delle regole *ex artt. 19-20* possano essere attivati solo «su base volontaria».

⁶⁵ Per una soluzione di questo genere v. il § 36a UrhG. E v. anche il procedimento regolato dall'art. 4 d.lgs. lgt. 20 luglio 1945, n. 440, richiamato dagli artt. 46-*bis* ed 84 l.aut. per determinare l'ammontare dell'equo compenso ivi previsto, del quale è peraltro discussa la natura di arbitrato o arbitraggio, nonché (nel primo caso) la compatibilità con il divieto di arbitrati obbligatori ricordato *supra* alla nt. 63.

bertà contrattuale e dall'esigenza di assicurare un giusto equilibrio tra diritti ed interessi antagonisti.

Resta infine da ricordare che secondo l'indicazione ricavabile dal considerando 78 sono fatte comunque salve – e restano pertanto a disposizione dell'autore o dell'artista, in aggiunta al rimedio *ex art. 20* direttiva 790/2019 – le misure di carattere generale che nell'ambito della disciplina nazionale dei contratti prevedano la gestione delle sopravvenienze nei rapporti di durata: tra le quali ad esempio la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta *ex art. 1467 c.c.*, ovvero la rescissione per lesione *ultra dimidium ex art. 1448 c.c.*

6. *L'area di applicazione oggettiva e soggettiva delle nuove misure di perequazione.*

La direttiva 790/2019 fissa varie regole che definiscono l'area di applicazione soggettiva ed oggettiva dello strumento di perequazione *ex art. 20*, lasciando qualche margine di discrezionalità ai legislatori nazionali anche riguardo a questi temi.

Sul piano dei soggetti le nuove norme offrono anzitutto un'indicazione teleologica, dichiarando di essere applicabili agli autori ed artisti che da contraenti deboli siano esposti al rischio di negoziare condizioni economiche di cessione o licenza squilibrate rispetto ai proventi ricavabili dall'utilizzazione professionale di opere o *performance*⁶⁶. Per figurare tra gli aventi diritto alla remunerazione prevista dall'*art. 20* i pretesi beneficiari – che devono rientrare nelle nozioni di autori ed artisti definite o presupposte dalla disciplina sulla fattispecie costitutiva dei relativi diritti⁶⁷ – devono avere pertanto ceduto i relativi diritti sull'opera o *performance*, ovvero averne concesso una licenza di

⁶⁶ V. l'*art. 20* ed i considerando 72-73, 78.

⁶⁷ In base all'*art. 6* l.aut. sono pertanto autori le persone fisiche che hanno realizzato (o concorso a realizzare) una forma espressiva (o sua porzione) qualificabile come opera dell'ingegno *ex artt. 1-2* l.aut.; mentre con regola speciale l'*art. 44* l.aut. stabilisce che per le opere cinematografiche lo sono in particolare il regista o direttore artistico, il soggettoista, lo sceneggiatore e l'autore della colonna sonora. Sulla base della definizione mutuata dall'*art. 3* lett. a) della convenzione internazionale di Roma del 26 ottobre 1961 sulla protezione degli artisti interpreti o esecutori, dei produttori di fonogrammi e degli organismi di radiodiffusione, come recepita dall'*art. 80*, primo comma, l.aut. [nonché confermata dall'*art. 2* lett. a) del *WIPO Performances and Phonograms Treaty* del 1996], sono invece «artisti interpreti ed artisti esecutori gli attori, i cantanti, i musicisti, i ballerini e le altre persone che rappresentano, cantano, recitano, declamano o eseguono in qualunque modo opere dell'ingegno, siano esse tutelate o di dominio pubblico».

sfruttamento economico⁶⁸. Questa indicazione generale è poi specificata in vario modo.

Anzitutto il considerando 72 dichiara dovuta la perequazione anche qualora autori ed artisti abbiano ceduto i diritti o concesso le licenze ricorrendo all'intermediazione di «proprie società», con indicazione che sterilizza il passaggio di proprietà tra titolare originario e persone giuridiche ad esso strettamente legate. Quale debba essere l'intensità di questo legame è tema lasciato ai legislatori nazionali, anche in ragione delle peculiarità dei rispettivi ordinamenti in materia di diritto societario. Pare tuttavia ragionevole immaginare che per ottenere la perequazione l'autore o l'artista dovranno disporre di una titolarità diretta della partecipazione societaria, senza possibilità di dare rilievo ad intestazioni mediate o addirittura fiduciarie. Per evitare applicazioni abusive o distorte degli strumenti di perequazione sembra d'altro canto opportuno che della previsione in esame siano messi in condizione di beneficiare soltanto gli autori o gli artisti interpreti/esecutori dell'opera ai proventi della quale è riferita la remunerazione aggiuntiva, con esclusione di loro eventuali soci non coinvolti nell'attività creativa o artistica. Ne consegue che le regole in esame potranno trovare principalmente applicazione nel caso di società costituite tra autori e/o artisti, quali ad esempio quelle che rappresentano talvolta la forma organizzativa dei complessi musicali o delle compagnie teatrali. Per il caso di opere con unico autore o interprete la società cessionaria potrà invece ragionevolmente rientrare tra gli aventi diritto alla remunerazione soltanto quando (sia unipersonale, in quanto) il relativo capitale sia integralmente detenuto dal cedente o licenziante dei relativi diritti d'autore o connessi, ovvero quando le quote di altri soggetti abbiano soltanto carattere simbolico⁶⁹.

⁶⁸ Ne discende che le disposizioni della direttiva sul carattere adeguato e proporzionato della remunerazione non trovano applicazione ai compensi previsti dagli schemi asimmetrici in materia di riproduzione privata (tipicamente di musica, audiovisivi ed opere a stampa) per uso personale, che vedono gravare in capo all'imprenditore beneficiario (il produttore o distributore di apparecchi di riproduzione o supporti di memoria, la copisteria) l'obbligo di pagare una remunerazione a fronte di un uso dell'opera e delle *performance* connesse che viene di norma liberalizzato *ex lege*, senza spazio per la concessione di licenze (v. al riguardo l'art. 5.2 lett. b)-c) direttiva 29/2005, nonché gli artt. 68 e 71-*sexies*-71-*octies* l.aut.).

⁶⁹ Il riferimento alle società di autori ed artisti contenuto nel considerando 72 rimanda ragionevolmente al caso nel quale la forma societaria costituisce un'opzione organizzativa che non altera i connotati dell'autore e dell'artista quali contraenti deboli, come accade tipicamente per gli esempi indicati *supra* nel testo. Qualora la perequazione spettasse anche a società partecipate in modo non simbolico da altri soci, che apportassero conferimenti significativi di capitale o lavoro, la tutela verrebbe estesa a vantaggio di enti teleologicamente orientati allo sfruttamento con metodo imprenditoriale ed organizzazione professionale di opere e *performance*,

La disciplina in esame pare applicabile a beneficio di qualsiasi autore o artista, indipendentemente dal tipo di contratto utilizzato per generare la cessione o concedere la licenza – che potranno riguardare tutte o soltanto alcune tra le facoltà di utilizzazione economica dell’opera o della *performance* – compresi in linea di principio quelli regolanti il rapporto di lavoro subordinato⁷⁰. Questa conclusione pare confermata *a contrario* dal considerando 72, che dichiara esclusa l’applicazione degli strumenti di perequazione quando «la controparte contrattuale agisce in qualità di utente finale e non sfrutta l’opera o l’esecuzione in sé, il che potrebbe, ad esempio, verificarsi nel caso di alcuni contratti di lavoro», con indicazione che rimanda ragionevolmente ai casi nei quali l’apporto creativo o artistico sia strumentale ad un’attività del datore di lavoro che non ne preveda lo sfruttamento sistematico nel *mass market*⁷¹. Ugualmente la misura di perequazione *ex art. 20* risulta applicabile al caso della creazione dell’opera o della realizzazione della *performance* su commis-

con la conseguenza che verrebbe meno l’esigenza della loro protezione quale contraenti deboli. Una deroga alla regola descritta nel testo, coerente con l’orientamento teleologico espresso dal considerando 72 della direttiva 790/2019, potrebbe essere tuttavia prevista a beneficio delle società partecipate dagli eredi di autori ed artisti. La società cessionaria o licenziataria che sia partecipata in modo significativo anche da altri soggetti dovrà essere poi ragionevolmente ricompresa tra i potenziali debitori della remunerazione adeguata ed equa, mentre tra i compensi da conteggiare per valutare l’equità e l’adeguatezza del compenso originario dell’autore o dell’artista dovranno essere considerati anche gli eventuali utili da lui percepiti in qualità di socio, in quanto direttamente collegabili allo sfruttamento della sua opera o *performance*. Condivisibile pare infine la notazione di P. FABBIO, (nt. 38), 95, secondo il quale il rinvio del considerando 72 alle società di autori ed artisti non può essere riferito alle *collecting societies*, che per definizione non patiscono la posizione di svantaggio propria del singolo titolare dei diritti.

⁷⁰ Sui problemi derivanti dall’applicazione delle misure perequative ai lavoratori subordinati v. P. FABBIO, (nt. 38), 99 ss., il quale sulla scia dell’esperienza tedesca propone di introdurre una presunzione di adeguatezza del compenso fisso che sia corrisposto in via periodica all’autore ovvero all’artista. Questa conclusione riflette lo schema del meccanismo di adeguamento *ex art. 20* direttiva 790/2019, che pone ragionevolmente in capo all’autore ed all’artista la prova dell’inadeguatezza della remunerazione ricevuta.

Resta peraltro da dire che nel caso degli autori ed artisti operanti nell’ambito di rapporto di subordinazione la sopravvenienza di un successo commerciale imprevedibile dell’opera o della *performance* è ragionevolmente atipica; mentre più in generale risulta difficile immaginare ipotesi di sproporzione originaria e conclamata tra il loro corrispettivo ed i proventi del datore di lavoro, se non nel campo del software, escluso *ex art. 23.2* direttiva 790/2019 dall’operatività degli strumenti di perequazione previsti dalla direttiva.

⁷¹ La perequazione sarà ad esempio esclusa nel caso di opere dell’ingegno quali i pareri professionali o altri testi letterari con funzioni analoghe, le arringhe giudiziali degli avvocati, la recitazione o l’esecuzione dell’opera a fini didattici da parte di insegnanti di accademie o conservatori, e così via.

sione, nell'ambito di un rapporto di lavoro autonomo, ad esempio sulla scorta di contratti d'opera intellettuale⁷².

Nel caso delle licenze resta da capire se la remunerazione *ex art. 20* spetti soltanto quando la concessione sia esclusiva ovvero anche nell'ipotesi di licenza non esclusiva. In mancanza di indicazioni normative in contrario non paiono peraltro sussistere ragioni particolari per operare una differenziazione di regime, tenendo conto del fatto che anche le licenze non esclusive comportano lo sfruttamento dell'opera o della *performance*, a fronte del quale sono generati proventi a beneficio dell'utilizzatore. È pur vero tuttavia che si tratta di fattispecie ragionevolmente atipiche: in quanto da un lato le strategie abituali delle imprese culturali non contemplano lo sfruttamento condiviso di opere e *performance*, che comporterebbe di dover condividere anche i risultati dei loro investimenti promozionali; mentre dall'altro lato la concessione di licenze non esclusive presuppone un'attitudine alla gestione professionale dei diritti d'autore e connessi che l'autore e l'artista tipicamente non hanno⁷³.

La fissazione della soglia minima di incidenza nell'economia dell'opera o della *performance* per giustificare l'insorgere del diritto alla remunerazione *ex art. 20* è lasciata agli stati membri, che dovranno scegliere se e come escluderlo per gli autori ed artisti che hanno reso un apporto non significativo, riservandolo soltanto a quelli capaci – in qualche modo – di un contributo determinante per il successo economico del prodotto culturale. Tanto pare ricavabile dall'art. 19 par. 4 in tema di beneficiari dell'obbligo di *disclosure* delle informazioni sullo sfruttamento di opere e *performance*, il quale autorizza ragionevolmente una selezione da svolgere in astratto per categorie di autori ed artisti, seppure obbliga gli stati membri a consentire agli esclusi la possibilità di dimostrare per via giudiziale di meritare in concreto la protezione minimale, con diritto correlativo ad essere adeguatamente informati.

In questo scenario restano comunque esclusi dal novero dei beneficiari della perequazione gli autori e gli artisti che concedano licenze avvalendosi di organismi di gestione collettiva o entità di gestione indipendente *ex art. 3* lett.

⁷² Sugli effetti traslativi dei diritti d'autore nell'ambito del lavoro autonomo v. peraltro l'art. 4 l. 22 maggio 2017, n. 81.

⁷³ Nell'ipotesi tipica la gestione dei diritti d'autore e connessi mediante licenze non esclusive è infatti demandata dall'autore e dall'artista alle *collecting societies*, sulla scorta di contratti con gli utilizzatori che risultano esclusi dall'applicazione del meccanismo di adeguamento in base all'art. 20.2 direttiva 790/2019.

a) e b) direttiva 26/2014⁷⁴. Ed il rilievo di questa esclusione pare peraltro destinato ad amplificarsi in ragione dell'operare dell'art. 12 direttiva 790/2019, che autorizza gli stati membri ad attribuire – seppure in ambiti ben determinati e circoscritti⁷⁵ – alle licenze collettive un'efficacia “estesa”, in quanto riferita anche ad autori ed artisti che non abbiano attribuito alla *collecting society* alcun potere di rappresentarli.

Nel campo dei debitori della remunerazione *ex art.* 20 vengono anzitutto in considerazione gli acquirenti ed i licenziatari – esclusivi o non esclusivi – dei diritti d'autore e connessi che abbiano stipulato contratti di cessione o licenza direttamente con gli autori ed artisti ricompresi nel novero *supra* definito degli aventi diritto.

Resta da chiedersi se l'operare del meccanismo di perequazione previsto dalla direttiva 790/2019 debba o possa gravare anche in capo agli utilizzatori cd. “secondari”, quali sono precisamente gli imprenditori culturali che realizzano l'utilizzazione economica dell'opera o della *performance* senza avere un rapporto contrattuale diretto con autori o artisti, ma sfruttando l'una e/o l'altra mediante l'intermediazione di un utilizzatore “diretto” o “primario” che concede loro tipicamente licenze o sub-licenze: come accade ad esempio per le emittenti televisive (via etere, cavo, satellite), i gestori dei servizi di *video on demand* via Internet o delle sale di proiezione, i noleggiatori e produttori di *home video*, che negoziano lo sfruttamento delle opere o *performance* cinematografiche ed audiovisive con i produttori – nonché tipicamente cessionari da autori ed artisti – dei relativi diritti.

Il quadro normativo che emerge dalla direttiva evidenzia anzitutto che non esiste alcun divieto per i legislatori nazionali di gravare obblighi di pagare una remunerazione aggiuntiva analoghi a quelli *ex art.* 20 anche sugli utilizzatori secondari, in quanto l'ampiezza del principio generale *ex art.* 18 direttiva 790/2019 consente ragionevolmente di scegliere questa soluzione, adottata pe-

⁷⁴ V. al riguardo l'art. 20 par. 2 direttiva 790/2019. L'esclusione dall'applicazione dell'art. 20 ai contratti di licenza stipulati per autori ed artisti dagli organismi di gestione collettiva *ex art.* 3 lett. a) direttiva 26/2014 è ragionevolmente giustificata dall'art. 16 par. 2 di quest'ultima direttiva, che obbliga le *collecting societies* a concludere accordi che garantiscano ai «titolari dei diritti [...] una remunerazione adeguata». Meno comprensibile è l'esclusione dell'applicazione dell'art. 20 direttiva 790/2019 alle entità di gestione indipendente, che non sono assoggettate al vincolo *ex art.* 16 par. 2 direttiva 26/2014.

⁷⁵ L'art. 12 par. 2 direttiva 790/2019 stabilisce infatti che la possibilità di prevedere licenze collettive estese sia limitata a «settori di utilizzo ben definiti», in presenza di costi transattivi tanto elevati da «rendere improbabile lo svolgimento della necessaria operazione di concessione della licenza». Per una proposta di applicazione generalizzata della disciplina delle *extended collective licenses* v. tuttavia SARTI, *Il licensing collettivo*, in *AIDA* 2019, 175 ss.

raltro dal legislatore italiano nel caso del cd. “equo compenso cinematografico” ex artt. 46 *bis* ed 84 l.aut. e comunque già nota nell’esperienza tedesca⁷⁶.

In questo contesto occorre tuttavia verificare se l’imposizione delle misure di perequazione a carico degli utilizzatori secondari sia considerata dal legislatore euro-unitario come obbligata. Al riguardo viene anzitutto in gioco la previsione ex art. 20 direttiva 790/2019 in base al quale l’adeguamento contrattuale ivi previsto deve gravare non solo sui contraenti diretti dell’autore o dell’artista, ma anche sui loro «aventi causa». A prima vista l’elasticità di questa nozione la rende in effetti riferibile anche al licenziatario o sub-licenziatario dei diritti d’autore o connessi che abbiano stipulato contratti con il loro acquirente o licenziatario esclusivo. E tuttavia la sua notevole ampiezza non consente di escludere *a priori* che essa voglia richiamare *soltanto* il fenomeno della cessione del contratto che realizza lo sfruttamento primario dell’opera o della *performance*.

Sempre sul piano testuale il riferimento esplicito dell’art. 20 alla disciplina di un “meccanismo di adeguamento contrattuale” sembrerebbe suggerire che l’operare della perequazione ivi prevista presupponga l’esistenza di un contratto tra l’avente diritto ed il soggetto obbligato a pagare la remunerazione adeguata ed equa, con indicazione che parrebbe escludere la necessità (ma, come detto, non impedire l’adozione) di questa perequazione nei rapporti tra autore, artista ed utilizzatore secondario delle loro opere o *performance*.

A prima vista questa conclusione parrebbe contrastare con la previsione ex art. 19 par. 2, che attribuisce espressamente ad autori ed artisti il diritto di avere informazioni *anche* riguardo allo sfruttamento delle opere e *performance* da parte dei sub-licenziatari, con obbligazione in capo a quest’ultimi di fornire i dati relativi (ed obbligo correlativo in capo agli utilizzatori primari di indicare la loro identità), qualora ne siano richiesti. Resta tuttavia da capire se la previsione in esame riguardi soltanto un obbligo informativo oppure sottenda anche implicitamente l’esistenza ex art. 20 dell’obbligazione di pagare la remunerazione aggiuntiva ivi prevista. A ben vedere la prima soluzione non pare potersi definitivamente escludere. E potrebbe essere forse suggerita dal tenore del-

⁷⁶ Per l’imposizione dell’obbligo di corrispondere la partecipazione ulteriore (“*weitere Beteiligung*”) anche in capo agli utilizzatori secondari v. il § 32a. *Abs.* 2 UrhG, mentre riguardo alla *angemessene Vergütung* regolata dal § 32 UrhG l’autore vanta unicamente il diritto di ottenere una modifica del rapporto contrattuale con il suo *Vertragspartner* diretto [sul tema v. G. SCHRICKER, (nt. 38), 678]. Per un’analisi critica del tentativo dottrinale e giurisprudenziale di configurare un’azione diretta dell’autore per ottenere la *rémunération proportionnelle* dal sub-licenziatario pur in assenza di un’esplicita previsione normativa v. nell’esperienza francese A. LUCAS-H.J. LUCAS, (nt. 39), 476 s.

l'art. 19 par. 2, che prefigura la richiesta di informazioni all'utilizzatore secondario come eventuale, in quanto praticabile qualora i dati in questione non siano integralmente forniti dall'utilizzatore primario, quasi a suggerire che l'obbligo di *disclosure* dell'uno abbia la funzione di consentire all'autore ed all'artista di controllare l'esattezza delle rendicontazioni dell'altro.

Il fatto che l'art. 19 par. 2 menzioni soltanto i sub-licenziatari e non gli acquirenti successivi dei diritti su opere e *performance* suggerisce infine che questi ultimi debbano essere necessariamente ricompresi tra i debitori della remunerazione ex art. 20, seppure non abbiano una relazione contrattuale diretta con gli autori e gli artisti, secondo la medesima logica che ispira tradizionalmente l'istituto del c.d. diritto di seguito⁷⁷. Diversamente occorrerebbe concludere che una doppia cessione sia idonea a far venir meno qualsiasi obbligazione di remunerazione adeguata e proporzionata, con apertura di spazi smisurati per operazioni opportunistiche e simulazioni frodatriche.

Qualora si ritenga che l'art. 20 non obblighi gli stati membri ad includere gli utilizzatori secondari tra i debitori della remunerazione equa ed adeguata resta inteso che i proventi da essi realizzati per lo sfruttamento dell'opera o della *performance* dovranno essere comunque conteggiati per determinare il *quantum debeatur* ad autori ed artisti, che in questo caso potranno esigerlo in via diretta soltanto dai loro aventi causa. Nei paesi che non si avvalgano della possibilità di gravare la remunerazione anche in capo agli utilizzatori secondari sarà poi l'autonomia privata a selezionare le modalità per garantire le regolazioni adeguate dei loro rapporti economici con i cessionari o licenziatari diretti dei diritti d'autore ed artista.

Ove si ammetta che l'art. 20 direttiva 790/2019 non impone agli stati membri di gravare l'obbligo di remunerazione aggiuntiva ivi previsto anche a carico degli utilizzatori secondari resta tuttavia da chiedersi se sia opportuno prevedere questa soluzione avvalendosi dell'ampia discrezionalità concessa ai legislatori nazionali dall'art. 18. A prima vista l'opzione in esame risulta tra gli interrogativi di maggior rilievo posti dall'attuazione della direttiva, con necessità di ponderazione attenta di costi e benefici.

A favore della prima soluzione potrebbe militare il timore che in mancanza di una misura così congegnata l'effettività della partecipazione di autori ed artisti al successo commerciale di opere e *performance* rischi di rimanere subordinata all'efficienza ed alla trasparenza della negoziazione tra utilizzatori secondari e rispettivamente cessionari o licenziatari diretti dei diritti d'autore o connessi: con la

⁷⁷ Sul diritto di seguito come misura di perequazione a beneficio dell'autore delle opere delle arti figurative v. *amplius* il paragrafo 8.

conseguenza che la poca lungimiranza oppure lo scarso potere negoziale di quest'ultimi possa pregiudicare l'interesse economico di autori ed artisti.

È pur vero tuttavia che l'utilizzatore primario è un imprenditore tipicamente vocato a massimizzare il proprio profitto. Qualora fosse gravato di misure di perequazione calibrate nel *quantum* anche sui proventi degli utilizzatori secondari ai quali abbia consentito lo sfruttamento ulteriore dell'opera egli tenderebbe pertanto a negoziare con loro una misura di corrispettivo che inglobi quanto dovuto *ex art. 20* ad autori ed artisti, *a fortiori* in presenza degli obblighi stringenti di trasparenza previsti dall'art. 19 della direttiva, che in quest'ottica assumerebbero un rilievo ancor più significativo. Generalizzare la previsione di misure perequative a carico degli utilizzatori secondari potrebbe d'altro canto generare il rischio di burocratizzare in modo eccessivo i rapporti a valle della cessione o licenza originaria, con l'insorgere di elevati costi di transazione e la possibilità che la gestione di questi meccanismi di perequazione – tra soggetti che non sono contraenti diretti – consumi una porzione rilevante delle risorse raccolte.

Quanto all'area di applicazione oggettiva il considerando 78 raccomanda (seppure non impone) di riservare l'applicazione del meccanismo perequativo *ex art. 20* ai contratti riguardanti la cessione o la licenza dei «diritti armonizzati a livello dell'Unione» Europea, quali in particolare quelli di riproduzione, distribuzione (compreso il prestito ed il noleggio), comunicazione al pubblico delle opere o *performance*, con possibilità conseguente di escluderne l'operatività per gli accordi riguardanti altri diritti non armonizzati su base euro-unitaria, quale ad esempio quello di realizzare elaborazioni, traduzioni ed altre modifiche della risorsa protetta⁷⁸.

L'art. 23 par. 1 direttiva 790/2019 impone poi agli stati membri di escludere l'applicazione del meccanismo di adeguamento *ex art. 20* ai contratti riguardanti i programmi per elaboratore. Le ragioni di questa esclusione generalizzata non sono facili da comprendere. Sicuramente una parte degli autori del *software* ricade nella condizione prevista dal considerando 72, secondo il quale la necessità di protezione «non sussiste nei casi in cui la controparte contrattuale agisce in qualità di utente finale e non sfrutta l'opera o l'esecuzione in sé, il che potrebbe, ad esempio, verificarsi nel caso di alcuni contratti di lavoro»⁷⁹. Non infrequenti – ed economicamente assai rilevanti – saranno tuttavia

⁷⁸ In questo senso v. già L. BENTLY, M. KRETSCHMER, T. DUDENBOSTEL, M. CALATRAVA, A. RADAUER, (nt. 13), 48.

⁷⁹ Si pensi ad esempio al caso dei programmatori e sviluppatori che realizzino *software* destinati ad essere applicati in via esclusiva come beni strumentali per un'attività d'impresa del

i casi nei quali l'autore *free lance* oppure lavoratore subordinato realizzi un *software* destinato alla distribuzione di massa, con generazione di proventi ampiamente sproporzionati rispetto alla remunerazione percepita dalla *software house*. E qui si pensi ad esempio ai principali sistemi operativi dei nostri PC, al codice dei videogiochi distribuiti presso il *mass market*, oppure ai programmi applicativi (c.d. "app") per gli *smart phone*.

A prima vista la spiegazione della mancata tutela di questi soggetti pare giustificata (non da ragioni di ordine sistematico, ma) da una mera valutazione di carattere politico-giuridico, che potrebbe forse dipendere dal basso contenuto creativo del contributo di ogni singolo programmatore, in quanto i *software* per il *mass market* sono tipicamente frutto del lavoro di *equipe* di notevoli dimensioni, con difficoltà conseguente a quantificare meriti individuali di rilievo significativo, a fronte dell'incidenza notevole che sul complessivo esito creativo esercita di norma l'attività organizzativa della *software house*⁸⁰.

Rimane peraltro da chiedersi quanto questa previsione sia rispettosa del principio di eguaglianza sostanziale *ex art. 3 Cost.*, tenuto conto che la protezione *ex art. 20* sarà invece garantita a figure analoghe ai programmatori del *software*, quali gli autori di banche dati o manuali tecnici. Ugualmente resta da chiedersi se la regola in esame possa essere derogata dagli stati membri in sede di attuazione della direttiva. Al riguardo il *wording* dell'*art. 23 par. 2* pare peraltro perentorio nel dichiarare esclusi dal diritto alla perequazione gli autori del *software*, a ragionevole conferma del fatto che l'uniformità del loro regime di protezione in tutto il territorio unionista sia ritenuta necessaria per evitare la creazione di barriere surrettizie alla libera circolazione dei prodotti informatici nel *digital single market*.

Sempre sul piano oggettivo il considerando 82 direttiva 790/2019 pare consentire di escludere dall'operare del meccanismo di adeguamento *ex art. 20* la concessione di licenze a titolo gratuito secondo lo schema "*open content*", oltre che ogni altro contratto di licenza nell'ambito del quale sia provato che l'assenza di un corrispettivo per l'autore o l'artista riflette una sua scelta libera e consapevole.

datore di lavoro o del committente che non contempra la distribuzione di quel medesimo codice sul mercato informatico.

⁸⁰ Sempre sul piano politico-giuridico resta poi da capire se questa previsione possa essere dipesa dal fatto che i principali *software* per il *mass market* sono distribuiti da imprese statunitensi, che assoggettano tipicamente il rapporto contrattuale con l'autore a *governing law* d'oltreoceano, con esclusione conseguente dell'operatività delle tutele previste dagli ordinamenti dei paesi dell'Unione Europea e prevedibile irrilevanza delle misure di perequazione previste dalla direttiva 790/2019, per le ragioni meglio specificate *infra* nel testo.

Tanto sul piano soggettivo quanto sul piano oggettivo occorre poi stabilire quale sia l'area di applicazione "territoriale" dello strumento di perequazione *ex art. 20*, con riferimento in particolare alla misura del collegamento dell'autore, dell'artista, delle loro opere o *performance* con l'ordinamento italiano ovvero euro-unitario che sia necessaria perché i primi siano ricompresi tra i beneficiari del diritto alla remunerazione aggiuntiva ivi prevista.

Al riguardo, qualora tra l'avente diritto e l'obbligato sussista un rapporto contrattuale, le misure perequative interverranno *ex lege* ad integrarlo, cosicché la loro eventuale operatività dipenderà dalla legge regolatrice del contratto. A questo proposito il considerando 81 raccomanda che in sede di applicazione giudiziale le garanzie previste dagli artt. 19-22 direttiva 790/2019 siano considerate regole del foro ad applicazione necessaria *ex art. 3 par. 4* regolamento Ce 593/2008 (cd. regolamento "Roma I"), cosicché non sia possibile derogarvi convenzionalmente a favore della legge di uno stato non unionista qualora tutti gli elementi pertinenti alla situazione regolata siano ubicati nell'area dell'Unione Europea⁸¹.

Qualora il meccanismo di perequazione *ex art. 20* prevedesse l'obbligo della remunerazione aggiuntiva a carico dell'utilizzatore secondario la mancanza di un rapporto contrattuale diretto con autori ed artisti imporrebbe invece di selezionare i soggetti, le opere e le *performance* proteggibili facendo ricorso alle regole previste dagli artt. 185 ss. l.aut., come integrate dalle previsioni contenute nelle convenzioni internazionali alle quali ha aderito il nostro paese⁸², con la precisazione che il principio di non discriminazione *ex art. 18 FUE*, ribadito anche dall'art. 21.2 della Carta di Nizza, imporrà comunque di garantire la tutela nazionale a beneficio di qualsiasi autore che sia cittadino europeo, indipendentemente dal luogo di prima pubblicazione dell'opera o della *performance*⁸³.

In ragione della sua natura patrimoniale il diritto a percepire una remunerazione adeguata e proporzionata, *in primis* mediante l'adeguamento del contratto secondo le modalità *ex art. 20* della direttiva, potrà essere dichiarato tra-

⁸¹ Al riguardo v. il § 32b UrhG, che impone di applicare le misure di perequazione previste dai §§ 32-32a al caso degli accordi regolanti atti di utilizzazione da compiersi nel territorio di operatività dello *Urheberrechtsgesetz*, ovvero quando la legge tedesca operi come *lex contractus* in mancanza di scelta delle parti.

⁸² Per un esame puntuale di queste regole mi permetto di rinviare al mio *Diritto d'autore europeo*, (nt. 2), 90 ss., 299 ss.

⁸³ In questo senso v. già CGCE 20 ottobre 1993, leggibile nel sito <http://curia.eu>, *Phil Collins*, su cui v. per tutti G. KARNELL, *Wer liebt Phil Collins ?*, in *GRUR Int.*, 1994, 733. Analogamente CGCE 6 giugno 2002, *Ricordi*, *ibidem*; CGCE 30 giugno 2005, *Tod's*, *ibidem*.

smisibile dai legislatori nazionali sia *mortis causa* che per atti *inter vivos*, con l'unica limitazione ex art. 23 par. 1 direttiva 790/2019: che impone agli stati membri di prevedere la nullità delle previsioni contrattuali mirate ad impedire l'effettività degli strumenti di perequazione, quali sarebbero ad esempio le clausole di rinuncia o cessione preventiva dei relativi diritti a beneficio degli utilizzatori professionali dell'opera o della *performance*.

Sul piano della durata della perequazione ex art. 20 mi pare infine rimessa ai legislatori nazionali la scelta se prevedere una tutela estesa soltanto a beneficio di autori ed artisti oppure anche ai loro eredi o aventi causa, come sembra peraltro suggerire l'esigenza del rispetto del principio di eguaglianza sostanziale. Nel primo caso il diritto all'adeguamento del contratto dovrà essere comunque garantito per tutta la vita di autori ed artisti, mentre nel secondo caso si potrà estendere fino alla scadenza dei relativi diritti d'autore o connessi.

7. L'obbligo di trasparenza.

La disciplina della trasparenza stabilita dall'art. 19 direttiva 790/2019 introduce un'ulteriore forma di protezione del contraente debole del rapporto, risultando strumentale soprattutto all'esercizio del diritto di adeguamento del contratto ex art. 20, in quanto impone di garantire all'autore ed all'artista un flusso costante di informazioni indispensabili per valutare se e quando attivare il meccanismo di adeguamento di perequazione ivi previsto⁸⁴.

L'obbligo di *disclosure* ivi previsto ha un contenuto minimo inderogabile⁸⁵, costituito dalle informazioni riguardanti «le modalità di sfruttamento, tutti i proventi generati e la remunerazione dovuta» dall'utilizzatore, con riferimento tanto alle utilizzazioni primarie (*rectius*: realizzate dal contraente diretto dell'autore o dell'artista) quanto secondarie (*rectius*: realizzate dal sublicenziatario), alle quali i legislatori nazionali potranno aggiungere ulteriori «informazioni aggiornate, pertinenti e complete sullo sfruttamento» economico delle opere dell'ingegno e delle *performance* artistiche⁸⁶. L'obbligazione di

⁸⁴ La stretta complementarità tra le misure ex artt. 19 e 20 emerge bene dai lavori preparatori della direttiva 790/2019, che le hanno viste legate fin dalla proposta originaria. Per una valutazione della loro efficacia sinergica v. il COMMISSIONE EUROPEA, *Impact Assessment on the modernization*, (nt. 16), 174 ss., 188 ss.

⁸⁵ Al minimo inderogabile così determinato dovranno uniformarsi anche gli obblighi di *disclosure* eventualmente definiti nell'ambito della negoziazione di accordi di contrattazione collettiva, secondo quanto prevede l'art. 19 par. 5 direttiva 790/2019.

⁸⁶ Tra le informazioni ulteriori da assoggettare all'obbligo di *disclosure* ex art. 19 rientrano

rendiconto così prevista ha periodicità minima annuale, anch'essa inderogabile *in peius* per l'autore e l'artista. E grava su cessionari e licenziatari, nonché sui loro aventi causa.

Ai legislatori nazionali è consentito calibrare (e dunque: prevedere deroghe all'imposizione di) questi obblighi informativi «tenendo conto delle specificità di ciascun settore» (art. 19 par. 1), secondo un'indicazione che permette di differenziare la misura della *disclosure* in ragione delle peculiarità dell'ambito merceologico⁸⁷. Deroghe ulteriori sono poi consentite a discrezione degli stati membri «quando il contributo dell'autore o dell'artista (interprete o esecutore) non è significativo rispetto al complesso dell'opera o esecuzione», in ragione delle peculiarità dell'apporto delle diverse categorie di creativi o artisti, con inversione dell'onere della prova in capo ai pretesi aventi diritto alla remunerazione proporzionata ed adeguata: ai quali l'art. 19 par. 2 impone di dimostrare preliminarmente che le informazioni richieste sono necessarie per far valere una pretesa adeguatamente fondata *ex art* 20 dir. 790/2019⁸⁸.

Le deroghe in esame sono ispirate palesemente ad un'esigenza di ragionevolezza, che impone di evitare l'imposizione burocratica di articolati obblighi informativi quando non vi siano interessi meritevoli di protezione: in ragione dell'irrelevanza tipica dell'apporto di determinate categorie di autori ed interpreti o esecutori nella generazione del successo commerciale dei prodotti culturali contenenti i loro contributi creativi o artistici; ovvero in ragione dell'esiguità dei proventi ricavati dallo sfruttamento economico dell'opera o della *performance*.

Questa *ratio* delle regole derogatorie dell'obbligo di trasparenza è confermata più in generale dal criterio stabilito dall'art. 19 par. 3, secondo il quale esso deve essere non solo «effettivo per garantire un livello elevato di trasparenza in ogni settore», ma anche «proporzionato»: con la conseguenza che

quanto meno quelle sull'identità degli eventuali utilizzatori secondari di opere e *performance* che abbiano stipulato accordi con i contraenti diretti di autori ed artisti.

⁸⁷ Un'ampia gamma di variegati obblighi di trasparenza è già peraltro prevista da numerose previsioni esistenti negli ordinamenti dei paesi dell'area euro-unitaria, censite in modo dettagliato nell'*Annex 14* a COMMISSIONE EUROPEA, *Impact Assessment on the modernization*, (nt. 16). Nell'ordinamento italiano un generico obbligo di rendiconto delle quote vendute è previsto dall'art. 130, primo comma, l.aut. per il caso del contratto di edizione con compenso a partecipazione.

⁸⁸ Una deroga ulteriore è prevista dall'art. 19 par. 6 per il caso dei contratti conclusi da organismi di gestione collettiva ed entità di gestione indipendente previsti dalla direttiva UE 26/2014, qualora siano già assoggettati agli obblighi di *disclosure* previsti dal relativo art. 18, che garantisce un livello di informazione sostanzialmente comparabile a quello previsto dall'art. 19 direttiva 790/2019.

«nei casi debitamente giustificati in cui l'onere amministrativo di cui al paragrafo 1 diventasse sproporzionato rispetto ai proventi generati dallo sfruttamento dell'opera o esecuzione» agli stati membri è consentito stabilire che «l'obbligo è limitato alle tipologie e al livello di informazioni ragionevolmente prevedibili in tali casi», con possibilità conseguente di semplificare per tipo o frequenza i dati da comunicare ad autori ed artisti.

In questo scenario la necessità del carattere effettivo (e non meramente declamatorio) del sistema informativo così disegnato segnala anzitutto che la costruzione dei flussi di dati da orientare verso il soggetto debole deve essere mirata ad accrescere in concreto le sue conoscenze riguardo alle scelte strategiche da assumere. Da ciò deriva ragionevolmente la necessità di prevedere modelli standardizzati di comunicazione, da imporre all'impresa culturale con individuazione obiettiva ed accurata dei dati da fornire: per garantire che le informazioni da condividere con autori ed artisti siano agevolmente fruibili e comprensibili, nonché idonee ad orientarne in modo efficiente le valutazioni strategiche. E questo quadro di prescrizioni deve essere attuato quanto più possibile secondo logiche di *smart disclosure*, sulla base dell'idea che il grado di rilevanza, completezza e fruibilità delle informazioni fornite all'autore ed all'artista inciderà direttamente sull'efficienza della gestione mediante il meccanismo *ex art. 20* direttiva 790/2019 delle eventuali sopravvenienze squilibranti i rapporti *inter partes*⁸⁹.

Resta da ricordare che in base al considerando 77 il carattere inderogabile del *minimum* di trasparenza previsto dall'art. 19 non impedisce ai legislatori nazionali di procrastinare l'imposizione degli obblighi informativi sopra illu-

⁸⁹ In base ai principi della *smart disclosure*, quale strumento di *operational empowerment*, i flussi informativi verso il soggetto debole del rapporto devono essere orientati in modo tale da evitare rischi da sovraccarico, che possano dissuaderlo dall'esaminare i dati a causa della loro complessità o magnitudine. Al tempo stesso è necessario che le informazioni siano selezionate ed organizzate al fine di facilitare scelte efficienti per il destinatario, in quanto adottate con piena consapevolezza dei loro effetti [su queste strategie di *soft paternalism* v. F. DI PORTO, N. RANGONE, (nt. 32), 13 ss., ove anche ampi riferimenti agli studi teorici che ne costituiscono la base].

Ragionevolmente nel caso qui considerato la selezione e la rappresentazione dei dati da offrire ad autori ed artisti dovranno stimolarne l'attivazione per pretendere in via negoziale o contenziosa la remunerazione aggiuntiva *ex art. 20* direttiva 790/2019 ogni volta che la sproporzione tra compenso pattuito e proventi della controparte sia inequivoca. Mentre nel caso opposto dovranno evitare di generare fraintendimenti che possano indurre l'autore o l'artista ad attivarsi senza piena consapevolezza delle conseguenze delle proprie scelte. Tanto suggerisce di prevedere modelli standardizzati di comunicazione che includano qualche indice sintetico dal quale poter ricavare *ictu oculi* la misura dell'eventuale sproporzione, quale potrebbe essere ad esempio la relazione percentuale tra proventi dell'utilizzatore e compenso originario dell'autore o dell'artista.

strati, prevedendo un periodo transitorio durante il quale «adeguare le prassi informative vigenti». Né parrebbe fuori luogo un periodo di rodaggio nell'applicazione di queste nuove regole, che preveda magari una tempistica differenziata per l'applicazione all'intera platea dei destinatari, tra i quali nella fase iniziale (e per così dire sperimentale) potrebbero essere ricompresi soltanto gli autori o artisti che per il ruolo svolto nella realizzazione dell'opera o della *performance* abbiano avuto con certezza la *chance* di incidere sulla sua fortuna commerciale.

8. *I lineamenti di un possibile intervento normativo nel tessuto della legge sul diritto d'autore del 1941.*

Nell'attuare la direttiva 790/2019 il legislatore italiano dovrà decidere come sfruttare gli spazi ampi di discrezionalità che abbiamo visto essergli stati riservati da quello euro-unitario. E dovrà farlo stabilendo fra l'altro se introdurre la sola misura minimale di protezione *ex art. 20* oppure aggiungervi strumenti di perequazione più protettivi degli autori, a carattere generale o soltanto settoriale. Dovrà poi decidere come strutturare queste misure, tra le quali *in primis* il meccanismo di adeguamento *ex art. 20*, stabilendo fra l'altro se e come avvalersi delle eccezioni consentite dal legislatore euro-unitario, quale contenuto dare all'obbligo di trasparenza *ex art. 19*, come disciplinare il regime degli utilizzatori secondari. Ed inoltre dovrà stabilire come intervenire sugli strumenti di perequazione già esistenti nel nostro ordinamento, i quali hanno carattere particolare, in quanto sono calibrati ognuno su alcuni generi di opere o *performance* piuttosto che su alcune modalità di loro utilizzazione. Su quest'ultimo piano il legislatore italiano dovrà d'altro canto considerare che una parte degli strumenti perequativi esistenti trae origine da interventi normativi euro-unitari, rispetto ai quali occorrerà verificare le modalità di coordinamento previste dalla direttiva 790/2019.

Tra i meccanismi di perequazione da considerare a questo fine rientrano in particolare (i) l'attribuzione *ex artt. 5* direttiva 115/2006 e 18-*bis* l.aut. ad autori ed artisti del diritto irrinunciabile ad un'equa remunerazione per il noleggio delle opere e *performance* contenute in supporti sonori o audiovisivi, in caso di cessione del relativo diritto esclusivo; (ii) la previsione *ex artt. 1* direttiva 84/2001 e 144 ss. l.aut. a beneficio dell'autore delle opere delle arti figurative del diritto irrinunciabile ad un compenso proporzionato al prezzo di ogni rivendita dell'esemplare originale successiva alla prima cessione (cd.

droit de suite)⁹⁰; (iii) l'attribuzione ex art. 3 parr. 2-ter e seguenti direttiva 116/2006 (come novellata dalla direttiva 77/2011) agli artisti di un diritto irrinunciabile ad una remunerazione annua supplementare da parte del produttore fonografico per lo sfruttamento delle loro *performance* dopo il 50 anno dalla pubblicazione dei relativi fonogrammi; (iv) l'attribuzione ex art. 15.5 direttiva 790/2019 agli autori delle opere incluse nelle pubblicazioni di carattere giornalistico del diritto a ricevere una quota adeguata dei proventi percepiti dall'editore per il loro uso da parte dei prestatoti dei servizi della società dell'informazione⁹¹. Al di fuori di esigenze di uniformazione a prescrizioni del diritto euro-unitario occorre infine considerare (v) la riserva ex artt. 46 terzo e quarto comma e 46-bis, primo e terzo comma, l.aut.⁹², agli autori di due diverse serie (la prima rinunciabile, l'altra irrinunciabile) di diritti ad equo compenso calibrati sulla misura dello sfruttamento economico dell'opera cinematografica, assai simili per contenuto a quelli attribuiti dall'art. 84 secondo e terzo comma agli artisti che nelle opere cinematografiche o assimilate sostengono una parte di notevole importanza artistica; (vi) nel caso di stipula di un contratto di edizione, archetipo dei contratti di durata nel campo della proprietà

⁹⁰ Si potrebbe contestare l'inquadramento della disciplina del *droit de suite* tra le regole sulla circolazione dei diritti d'autore obiettando che la cessione dell'esemplare unico ivi regolata potrebbe riguardare soltanto il *corpus mechanicum* e non la privativa patrimoniale. Tuttavia questa fattispecie risulta abbastanza infrequente, mentre normalmente la cessione comprende anche il diritto d'autore sull'opera figurativa, cosicché le regole sul diritto di seguito hanno tipicamente l'effetto di limitare l'autonomia negoziale nella disciplina del trasferimento (oltre che dell'esemplare unico, anche) della privativa patrimoniale (per un diverso inquadramento v. tuttavia T. Riis, *Remuneration Rights in EU Copyright Law*, in *IIC* 2020, 447 ss.).

⁹¹ In modo formalistico si potrebbe sostenere che l'art. 15.5 direttiva 790/2019 non opera un'integrazione del rapporto contrattuale tra l'autore/giornalista e l'editore a stampa, ma prevede una ripartizione tra l'uno e l'altro dei proventi derivanti dall'esercizio del diritto connesso della casa editrice sull'utilizzo *online* delle pubblicazioni di carattere giornalistico. Le opere dallo sfruttamento delle quali l'art. 15.5 fa discendere l'obbligo del compenso sono tuttavia inscindibili rispetto alle pubblicazioni a stampa che le contengono, cosicché sul piano sostanziale la previsione in esame introduce un meccanismo perequativo che beneficia l'autore per l'utilizzo *online* delle sue creazioni intellettuali, integrando *ex lege* il *quantum* del compenso pattuito con l'editore.

⁹² È discusso peraltro se i commi terzo e quarto dell'art. 46 siano stati implicitamente abrogati dal d.lgs. 26 maggio 1997 n. 154, che ha introdotto nella legge d'autore l'art. 46-bis, come sostiene ad esempio D. DE ANGELIS, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*⁴, diretto da L.C. Ubertazzi, Cedam, Padova, 2007, *sub* art. 46 l.aut. Resta tuttavia da capire se in mancanza di un'abrogazione espressa ad opera del d.lgs. n. 154/1997 le previsioni ex art. 46 possano ritenersi ancora in vigore come regime speciale per la proiezione pubblica dell'opera.

intellettuale, la previsione *ex art.* 130 l.aut. di una regola inderogabile – fatti salvi taluni casi nominati – che prevede un compenso a partecipazione, determinato in base ad un *naturale negotii* in misura pari ad una percentuale del prezzo di copertina degli esemplari venduti; ed infine (vii) l'imposizione *ex art.* 180, quinto comma, l.aut. a SIAE di riservare agli autori una quota dei proventi dello sfruttamento delle opere amministrare da ripartire tra gli aventi diritto, con previsione che impone implicitamente l'operare di un analogo meccanismo perequativo nel rapporto tra l'autore ed il suo cessionario che intenda devolvere la gestione dei diritti acquisiti alla *collecting society*⁹³.

A mio parere per perseguire una soluzione equilibrata ed efficiente, nonché coerente con i dettami del paternalismo “asimmetrico” o “libertario”, occorre incentrare la perequazione soprattutto sugli obblighi informativi e sul meccanismo di adeguamento contrattuale previsti dagli artt. 19-20 della direttiva, dando loro una struttura che nel proteggere in modo effettivo gli autori ed artisti eviti di gravare l'impresa culturale di costi (anche di transazione) tali da disincentivarne gli investimenti, senza perdere di vista l'obiettivo di garantire a tutti i soggetti in campo qualche spazio significativo per esercitare la loro libertà negoziale.

Già abbiamo visto che la disciplina *ex art.* 20 direttiva 790/2019 sembra consentire (ed anzi pare ragionevolmente suggerire) di costruire il meccanismo di adeguamento in forma di diritto di autori ed artisti a reclamare periodicamente dall'utilizzatore una remunerazione aggiuntiva in forma di percentuale adeguata ed equa dei proventi ottenuti dallo sfruttamento di opere o *performance*, intesi come il differenziale tra i ricavi ed i costi inerenti alla loro utilizzazione professionale. A sua volta l'art. 19 dovrebbe imporre all'impresa culturale la *disclosure* di informazioni sufficienti per autori ed artisti al fine di valutare se e quando attivare (prima amichevolmente, in subordine per via contenziosa) il meccanismo di adeguamento contrattuale *ex art.* 20.

In questo modo, coordinando una versione efficace del meccanismo di perequazione forzosa *ex art.* 20 con regole effettive di *smart disclosure ex art.* 19, pare possibile dare vita ad un regime che possa incentivare scelte negoziali mirate a prevenire futuri contenziosi: mediante l'offerta *ex ante* ad autori ed artisti di condizioni contrattuali – ragionevolmente in forma di percentuali adeguate ed eque di partecipazione ai profitti generati dallo sfruttamento di opere e *performance*⁹⁴, salvi i casi nei quali ciò non sia possibile⁹⁵ – in grado

⁹³ Su questa previsione v. A. COGO, *I contratti di diritto d'autore*, (nt. 6), 58 s.

⁹⁴ La pratica negoziale potrà poi aiutare a sviluppare soluzioni più articolate, nell'ambito delle quali l'assegnazione di una percentuale dei proventi dello sfruttamento di opere *perfor-*

di anticipare esiti quantitativamente omogenei rispetto alla protezione che sarebbe conseguibile *ex post* per via giudiziale, azionando la misura *ex art. 20*.

In questo scenario resta da capire se e come integrare il livello di tutela garantito dagli artt. 19-20 direttiva 790/2019 mediante altre misure di perequazione a carattere generale o particolare. A questo riguardo mi pare preferibile lasciare ai meccanismi ora ricordati il ruolo di strumenti generali di protezione dell'autore e dell'artista, omettendo di aggiungervi misure più protettive con vocazione ad essere applicate *omnibus*⁹⁶, ad eccezione forse – e previa comparazione attenta dei vantaggi e degli svantaggi per le categorie dei soggetti in campo, da consultare sul percorso – della possibilità di estendere il meccanismo di adeguamento previsto dall'art. 20 al caso della cessione dei diritti

mance potrà combinarsi con la garanzia di un *minimum* di remunerazione *à forfait*, che d'altro canto sarà tipicamente pretesa (ed ottenuta) quanto meno dagli autori ed artisti già affermati.

⁹⁵ Una casistica generale di situazioni nelle quali per le parti risulta impossibile determinare *ex ante* un compenso proporzionato è offerta dall'art. L. 131-4 *alinéa 2*, che autorizza il ricorso al *forfait* quando non sia prevedibile la base di calcolo per la *remunération proportionnelle* (ad esempio, nel *broadcasting* di opere audiovisive, nell'uso a fini pubblicitari), ovvero non sia praticabile il controllo dell'esistenza di una proporzionalità effettiva, oppure il calcolo e/o il controllo generino costi sproporzionati, ovvero qualora la natura o le condizioni dello sfruttamento dell'opera rendano impossibile un compenso a percentuale (in ragione del contributo limitato dell'autore oppure del carattere accessorio dell'opera rispetto all'oggetto dello sfruttamento, come accade per gli articoli di giornale, gli arrangiamenti musicali, il *design* dei gioielli). A questi casi generali l'art. L. 131-4 *alinéa 2* equipara anche quello del *software*, nonché altri previsti da varie disposizioni speciali (tra i quali i *forfait* autorizzati dall'art. L.132-6 nell'ambito del *contrat d'édition* e per la stampa periodica). Proprio ai casi ora visti l'ordinamento francese riserva il rimedio del meccanismo di adeguamento contrattuale *ex post* regolato dall'art. L. 131-5.

⁹⁶ A mio modo di vedere l'art. 18 par. 1 della direttiva (certamente autorizza, ma) non obbliga gli stati membri ad introdurre una previsione che stabilisca il diritto dell'autore e dell'artista a pretendere *ex ante* una remunerazione adeguata e proporzionata rispetto al (putativo) valore economico dell'opera o della *performance*, indipendentemente da una verifica *ex post* dell'esistenza di uno squilibrio tra il compenso pattuito ed i proventi effettivamente conseguiti dall'imprenditore culturale. Diversamente mi pare invece ritenere P. FABBIO, (nt. 38), 102 s., sulla scorta di una ricostruzione dei rapporti tra gli artt. 18 e 20 direttiva 790/2019 che procede in parallelo con le previsioni contenute nei §§ 32 e rispettivamente 32a UrhG. L'interpretazione qui preferita (del valore precettivo) dell'art. 18 par. 1 mi pare peraltro suggerita dal fatto che l'art. 23 direttiva 790/2019 non lo contempla tra le previsioni insuscettibili di derogare pattizia, qualificandolo implicitamente come una mera indicazione di principio. La linea ermeneutica qui proposta mi sembra d'altro canto la più conforme alle indicazioni di carattere politico-giuridico previste dal par. 2 del medesimo art. 18 (sulle quali v. *supra* il paragrafo 4), ragionevolmente incompatibili con l'idea che dal par. 1 discenda l'obbligo di adottare misure perequative che intervengano a correggere gli esiti dell'autonomia privata e del meccanismo del mercato per gravare l'impresa culturale di costi fissi, in quanto non relazionati ai ricavi percepiti dallo sfruttamento dell'opera o della *performance*.

d'autore o connessi con compenso *à forfait*, secondo uno schema analogo a quelli previsti dall'art. L. 131-5 CPI francese e dal § 32a UrhG tedesco.

L'assetto complessivo che discende da questa linea di attuazione delle misure perequative della direttiva 790/2019 mi pare obbedire ad uno schema efficace di *soft paternalism*: che da un lato prevede – in via di *default*, per il caso di mancato accordo tra le parti – regole capaci di proteggere *ex post* il contraente debole; mentre dall'altro lascia all'autonomia privata la possibilità di selezionare di volta in volta l'assetto più equilibrato, anche più protettivo di autori ed artisti, per massimizzare il soddisfacimento degli interessi coinvolti e governare *ex ante* i costi di transazione.

È pur vero d'altro canto che i legislatori nazionali sono autorizzati dall'art. 18 a derogare in via generale alla tutela minimale prevista dalla direttiva, anche tramite l'adozione di meccanismi perequativi *ex ante*: che prevedano ad esempio l'imposizione agli utilizzatori dell'obbligo di pagare ad autori ed artisti compensi predeterminati *ab externo*, magari raccolti direttamente da società di gestione collettiva; ovvero mediante misure che impongano di assegnare ad autori ed artisti una remunerazione aggiuntiva più elevata della ripartizione dei proventi prevista dall'art. 20, in quanto legata ad esempio alla misura effettiva dell'utilizzazione di opere e *performance*, oppure all'ammontare dei soli ricavi generati dal loro sfruttamento economico, senza conteggiare i costi inerenti.

In questo scenario pare tuttavia preferibile che misure più protettive del *minimum ex art. 20* siano adottate soltanto per determinati ambiti settoriali, ove – magari per garantire il rispetto (e comunque, mai in violazione) del principio di eguaglianza sostanziale – si ritenga necessario introdurre regole di ripartizione solidaristica dei proventi dello sfruttamento delle opere dell'ingegno e delle *performance* artistiche. Un'applicazione più generalizzata di queste misure mi pare invece non opportuna, in quanto potrebbe provocare un effetto di disincentivo degli investimenti dell'imprenditore culturale, con conseguenti effetti negativi anche per gli autori e gli artisti⁹⁷. Più in generale, questa applicazione generalizzata pare sconsigliata dalla natura eccezionale degli strumenti perequativi in esame, che introducendo deroghe – ancor più marcate di quelle *ex art. 20* – al principio di irrilevanza dell'equità dello scam-

⁹⁷ Già abbiamo visto infatti al paragrafo 4 che calibrare ad esempio la remunerazione aggiuntiva sull'ammontare dei ricavi generati dall'opera o dalla *performance* – magari in forma di percentuale stimata mediamente equa, in ragione dei prevedibili profitti dell'utilizzatore – avrebbe l'effetto di imporre all'impresa culturale un costo fisso, che potrebbe disincentivarne gli investimenti nella promozione del lavoro degli autori o degli artisti, in via assoluta ovvero oltre una determinata soglia quantitativa.

bio dovrebbero invece costituire l'*extrema ratio*, alla quale ricorrere soltanto quando la sperequazione sia certa, ineludibile e quantitativamente assai rilevante. Solo a queste condizioni pare d'altro canto rispettata l'indicazione offerta dall'art. 18 paragrafo 2 direttiva 790/2019, in base al quale le misure nazionali di attuazione dell'obbligo di remunerazione adeguata e proporzionata devono essere quanto più possibile rispettose del «principio della libertà contrattuale».

Da questa impostazione deriva per corollario la necessità di provare ad “assorbire” quanto più possibile nel meccanismo generale di adeguamento *ex art.* 20 le misure di perequazione già esistenti, con l'eccezione di quelle che prevedano un *plus* di protezione giustificato da esigenze particolari⁹⁸.

Scorrendo il catalogo delle misure perequative di fonte euro-unitaria già esistenti mi pare che un'autonomia piena dovrà anzitutto mantenere la normativa sul diritto di seguito per le opere delle arti figurative, che ha natura di *lex specialis* per questo genere di creazioni: e ciò in ragione delle profonde diversità strutturali che questa disciplina presenta rispetto al meccanismo di adeguamento contrattuale *ex art.* 20. Salvo che non decida di riservare in via generale l'amministrazione della remunerazione *ex art.* 20 a società di gestione collettiva il legislatore italiano dovrà poi preservare la previsione *ex art.* 84 *bis*, che attuando l'art. 3 par. 2-*ter* e seguenti direttiva 116/2006 (come novellata dalla direttiva 77/2011) ha attribuito agli artisti un diritto irrinunciabile ad una remunerazione annua supplementare a carico del produttore fonografico per lo sfruttamento delle loro *performance* dopo il 50 anno dalla pubblicazione dei relativi fonogrammi, con riserva di gestione a beneficio delle *collecting societies*⁹⁹.

⁹⁸ Scarso rilievo pratico pare avere l'indicazione assai generica *ex art.* 1 par. 2, ove si legge che la direttiva 790/2019 «non modifica e non pregiudica le norme stabilite dalle direttive attualmente in vigore nel settore», tra le quali sono menzionate in modo espresso – seppure con indicazione palesemente esemplificativa – le direttive 96/9/CE, 2000/31/CE, 2001/29/CE, 2006/115/CE, 2009/24/CE, 2012/28/UE e 2014/26/UE.

⁹⁹ Nel caso qui considerato la misura della perequazione è regolata direttamente dall'art. 3 direttiva 116/2006, con riserva all'artista di una remunerazione aggiuntiva pari al 20% dei ricavi da riproduzione, distribuzione e messa a disposizione del fonogramma contenente la *performance*, senza detrazione delle spese sostenute dal produttore discografico. Ed in mancanza di una previsione espressa in contrario nella direttiva 790/2019 questa misura quantitativa non pare modificabile dai legislatori nazionali. Resta peraltro da rilevare che un ammontare così elevato, per giunta indipendente dai costi inerenti allo sfruttamento della *performance*, trova giustificazione nel fatto che dopo cinquant'anni dalla pubblicazione del prodotto discografico gran parte dei costi fissi a carico della casa discografica è stata di norma ammortizzata, cosicché rimane tipicamente una quota significativa di profitto da spartire con l'artista. Più in gene-

A prima vista non pare invece impossibile raccordare l'operare del meccanismo di perequazione regolato dall'art. 20 con la previsione *ex art. 15.5* direttiva 790/2019, che attribuisce all'autore il diritto a ricevere una quota adeguata dei proventi percepiti dall'editore per l'utilizzazione *online* delle opere incluse nelle pubblicazioni di carattere giornalistico, seppure in questo caso occorrerà ragionevolmente una previsione espressa che imponga di ripartire i relativi importi – formalmente pur sempre derivanti dall'esercizio di un diritto (non d'autore, ma) connesso – tra la casa editrice ed il giornalista¹⁰⁰.

In ragione della loro affinità strutturale, tra le misure che potrebbero essere assorbite e sostituite dal meccanismo *ex art. 20* potrebbero rientrare a prima vista la regola *ex art. 180*, quinto comma, l.aut., nonché le previsioni *ex artt. 5* direttiva 115/2006 e *18-bis* l.aut. Un discorso analogo parrebbe poi valere per i diritti "autoctoni" ad equo compenso previsti per l'autore dagli artt. 46 commi, terzo-quarto e *46-bis*, commi primo-terzo, per l'artista dall'art. 84, commi secondo-terzo, l.aut. È pur vero tuttavia che le disposizioni ora ricordate si applicano anche in caso di cessione dei diritti d'autore ed artista a fronte di corri-

rale la misura perequativa in esame rappresenta un meccanismo per la condivisione forzata dei benefici che la direttiva 77/2011 ha generato al produttore discografico mediante l'estensione della durata dei suoi diritti connessi (al pari di quelli, tipicamente da lui acquistati, sulle *performance* artistiche contenute nei suoi fonogrammi) da 50 a 70 anni. Tanto suggerisce che questa misura di perequazione presenta caratteri di notevole peculiarità, che la rendono insuscettibile di costituire un modello o comunque un punto di riferimento in sede di applicazione delle misure perequative da adottare in attuazione degli artt. 18 ss. direttiva 790/2019. La particolarità della *ratio* di questa misura, che la rende in qualche modo eterogenea rispetto a quelle *ex artt. 18* ss., può spiegare d'altro canto la mancanza di un rinvio alla direttiva 116/2006 (come novellata dalla direttiva 77/2011) tra le fonti comunitarie preservate espressamente dall'art. 1.2 direttiva 790/2019.

¹⁰⁰ Introdotta questa previsione espressa basterebbe poi stabilire che il diritto dell'autore/giornalista è regolato dal meccanismo di adeguamento adottato in via generale per attuare l'art. 20 direttiva 790/2019. Né mi pare che la soluzione qui proposta sia impedita dal fatto che la remunerazione prevista dall'art. 15.5 sia dichiarata dover essere solo «adeguata» ma non anche «equa», in ragione della già segnalata interrelazione tra le due nozioni ora ricordate. In questo caso, poiché l'utilizzazione delle opere giornalistiche regolata dall'art. 15 direttiva 790/2019 presuppone a monte la cessione dei relativi diritti (o la concessione di una licenza d'uso) all'editore, parrebbe comunque ragionevole conteggiare i proventi generati dall'esercizio del diritto connesso ai fini del calcolo della remunerazione aggiuntiva che la casa editrice dovrà garantire al giornalista. Per contro, in assenza di un coordinamento con la misura *ex art. 20* direttiva 790/2019, la previsione di uno strumento di perequazione a carattere speciale per le opere giornalistiche richiederebbe di escludere i proventi *ex art. 15* dall'operare del meccanismo generale di adeguamento contrattuale, che potrebbe operare nel (solo) caso della (ri)utilizzazione dell'opera in contesti diversi da quello giornalistico (ad esempio: per farne una raccolta editoriale, per trarne un film, un'opera televisiva o altro audiovisivo, etc.).

spettivi *una tantum*, cosicché la sopravvivenza delle regole ora ricordate potrebbe essere giustificata qualora il legislatore italiano decidesse di non estendere il meccanismo di perequazione *ex art. 20* direttiva 790/2019 al di fuori dell'ambito dei contratti di durata¹⁰¹.

Resta peraltro da dire che ove mai l'autonomia di queste previsioni fosse preservata un'evidente esigenza di rispetto del principio di eguaglianza ne imporrebbe una revisione accurata. A ben vedere il nuovo contesto normativo stabilito dagli artt. 18 e 20 direttiva 790/2019 pare infatti ostare al mantenimento di previsioni normative – quali sono quelle *ex artt. 18-bis, 46-bis* ed 84 l.aut. – che attuano forme di redistribuzione di risorse a beneficio degli autori e degli artisti senza alcun legame con l'accertamento puntuale di situazioni di iniqua sproporzione nel riparto dei benefici ricavati (o quanto meno ricavabili) dallo sfruttamento economico dell'opera o della *performance*. Più in generale, regole di tal genere paiono contrastare *prima facie* con i limiti stabiliti dall'art. 18 in tema di garanzia del buon funzionamento del mercato dei prodotti culturali, nonché di giusto equilibrio tra diritti ed interessi antagonisti.

Tra le previsioni assorbibili dalla disciplina generale di attuazione dell'art. 20 direttiva 790/2019 (e dunque meritevoli di abrogazione), o quanto meno necessitanti di una vigorosa opera di coordinamento con il futuro meccanismo di adeguamento contrattuale, potrebbe infine rientrare l'intero regime stabilito dall'art. 130 l.aut. sul corrispettivo dell'autore nell'ambito del contratto di edizione, del quale occorrerà valutare tra l'altro se mantenere (e come corredare di sanzioni) il divieto di remunerazione forfetaria al di fuori del catalogo di

¹⁰¹ Sulle modalità del coordinamento tra le misure citate nel testo e la previsione generale *ex art. 20* direttiva 790/2019 è destinata ad incidere (tra l'altro, anche) la scelta se imporre o meno in via diretta agli utilizzatori secondari (quali sono di norma i noleggiatori, nonché gli imprenditori menzionati *ex artt. 46-bis* ed 84 l.aut.) l'obbligo di pagare all'autore o all'artista la remunerazione adeguata ed equa. In particolare, optando per la prima soluzione il legislatore italiano potrebbe ragionevolmente valutare se abrogare *tout court* le previsioni in esame, che già prevedono di gravare direttamente i compensi ivi stabiliti sugli utilizzatori secondari. Tuttavia vedremo *infra* nel testo che il regime della remunerazione per le utilizzazioni secondarie potrebbe essere utilmente differenziato da settore a settore, senza alcuna previsione a carattere generale: cosicché in questo scenario le regole *ex artt. 18-bis, 46-bis* ed 84 l.aut. potrebbero essere conservate, qualora ad esempio si ritenesse utile valorizzarne qualche specificità (quale ad esempio il meccanismo di determinazione del compenso mediante contrattazione collettiva in base alla procedura *ex art. 16* r.d. 18 maggio 1942, n. 1369). In quest'ultimo caso occorrerebbe peraltro estendere la disciplina ora ricordata al caso (non della cessione dei diritti, ma) della concessione della licenza d'uso di opere e *performance*, che attualmente non risulta contemplato dall'art. 18-*bis* l.aut. (né a monte dall'art. 5 direttiva 115/2006) né tanto meno dagli artt. 46-*bis* ed 84 l.aut., seppure rientri tra le fattispecie per le quali è obbligatorio introdurre la misura di perequazione *ex art. 20* direttiva 790/2019.

fattispecie nelle quali è attualmente consentito prevedere un compenso *una tantum*, a sua volta eventualmente meritevole di aggiornamento¹⁰².

Dal quadro sin qui delineato emerge la possibilità (ed anche l'opportunità) di costruire un regime di perequazione tendenzialmente allineato al *minimum* di tutela *ex art. 20*, fatte salve le deroghe di fonte euro-unitaria. In astratto permane tuttavia lo spazio per adottare regimi speciali che prevedano ulteriori misure derogatorie *in melius*, la possibilità delle quali è suggerita già dai lineamenti generali del sistema del diritto d'autore, fondato non a caso sul principio di autonomia delle facoltà di utilizzazione dell'opera dell'ingegno: che riflette (fra l'altro, anche) la diversità delle dinamiche del potere contrattuale dell'autore o dell'artista e rispettivamente dell'imprenditore nei vari settori dell'industria culturale¹⁰³. Per risultare conformi al principio di eguaglianza sostanziale le deroghe *in melius* così stabilite dovranno avere tuttavia un fondamento oggettivo e durevole, cosicché sia preservato il «giusto equilibrio tra diritti ed interessi» al quale l'art. 18 par. 2 impone di ispirare le misure nazionali di attuazione della direttiva¹⁰⁴. Più in generale, una tutela più intensa del soggetto debole sarà giustificata ove emerga tipicamente uno squilibrio di intensità tale da rendere inefficiente la perequazione *ex post* prevista dall'art. 20.

Tra queste deroghe *in melius* potrebbe ad esempio figurare il divieto di remunerazione forfetaria per il trasferimento dei diritti negli ambiti di mercato ove sia emersa una capacità diffusa degli imprenditori culturali di ottenerne la cessione da autori ed artisti per compensi tipicamente sproporzionati¹⁰⁵, se-

¹⁰² Al riguardo occorre ricordare che il catalogo delle eccezioni *ex art. 130* l.aut. riflette ragionevolmente esigenze eterogenee, quali per alcuni casi la difficoltà – quanto meno agli occhi del legislatore del 1941 – di prevedere un meccanismo di rendicontazione e remunerazione a percentuale (ad esempio: per le opere delle arti figurative), ovvero per altri casi il prevalere tipico dell'interesse dell'autore alla pubblicazione rispetto a quello a percepire una remunerazione proporzionata ai proventi dello sfruttamento dell'opera. (ad esempio: per le opere scientifiche). Per la previsione di un articolato divieto selettivo di remunerazione *à forfait*, basato su eccezioni definite mediante criteri di ampio respiro, v. l'art. L. 131-4 CPI.

¹⁰³ Sul rilievo del principio *ex art. 19*, primo comma, l.aut. nell'economia della gestione delle diverse facoltà componenti il diritto patrimoniale d'autore v. più in generale D. SARTI, *Diritti esclusivi e circolazione dei beni*, Giuffrè, Milano, 1996, 394 ss.

¹⁰⁴ Su conflitti e tecniche di bilanciamento tra interessi antagonisti nel campo della proprietà intellettuale v. A. OTTOLIA, *The Public Interest and Intellectual Property Models*, Giappichelli, Torino, 2010, 123 ss.

¹⁰⁵ Già abbiamo visto al paragrafo 5 che la cessione dei diritti esclusivi a fronte di un compenso *à forfait* rimane ragionevolmente esclusa dall'area di applicazione naturale del *minimum* di protezione garantito dall'art. 20 direttiva 790/2019. Qualora pertanto il legislatore italiano decidesse di non estendere l'operatività di questa misura oltre il *minimum ex art. 20* questo ge-

condo uno schema opposto rispetto a quello consigliato dal considerando 73, che raccomanda invece l'adozione di un divieto generale di remunerazione forfetaria mitigato da un catalogo di eccezioni¹⁰⁶.

L'operare del principio di eguaglianza, unito all'esigenza di preservare il «buon funzionamento» del mercato unico (anche digitale) dei prodotti culturali, potrà giustificare d'altro canto il ricorso alle deroghe *in peius* che la direttiva 790/2019 consente ai legislatori nazionali, tra le quali *in primis* la possibilità di prevedere che per alcune categorie di opere o determinate forme di utilizzazione la remunerazione aggiuntiva *ex art. 20* sia determinata a *forfait*. Sulla scorta della raccomandazione contenuta nel considerando 82 pare inoltre opportuno prevedere espressamente la libertà per l'autore e l'artista di cedere i diritti o concedere l'uso di opere e *performance* a titolo gratuito, salva la possibilità di attivare i rimedi ordinari di diritto privato (*in primis*, quelli previsti per i vizi della volontà) qualora questa pattuizione non rifletta una loro scelta libera e consapevole¹⁰⁷. Nel caso che la gratuità della cessione o della concessione dipendano dalla volontà di compiere un atto di liberalità pare peraltro ragionevole consentire all'autore ed all'artista di esentare il beneficiario dall'a-

nera di contratti costituirebbe un'area del mercato non presidiata da misure di perequazione, nell'ambito della quale un divieto selettivo di remunerazione forfetaria potrebbe utilmente prevenire il rischio di abusi, specialmente in presenza di uno squilibrio tra le parti strutturale e ricorrente.

¹⁰⁶ *Prima facie* l'adozione di un divieto generalizzato di remunerazione forfetaria obbedisce ad una logica rigorosa di *hard paternalism*, che per proteggere il soggetto debole dello scambio sacrifica integralmente la libertà negoziale delle parti. Al fine di mitigare il rischio di abusi, nonché di incentivare l'autonomia privata a scegliere schemi di remunerazione che prevedano una remunerazione proporzionata di autori ed artisti, potrebbe rivelarsi utile la misura prevista dal § 40a UrhG, che nel caso delle licenze esclusive con compenso a *forfait* dispone la riespansione automatica del diritto dell'autore di sfruttare l'opera dopo il decorso di un termine decennale, con facoltà per la controparte di proseguirne l'uso non esclusivo per il rimanente tempo pattuito.

¹⁰⁷ L'esigenza di garantire ad autori ed artisti la possibilità di compiere validamente atti di liberalità è attestata tra l'altro dalla previsione di regole di tal genere tanto nell'esperienza francese (v. l'art. L. 122-7-1 CPI) quanto nell'esperienza tedesca (cfr. il § 32.3 UrhG). Ove non sia esplicitato lo spirito di liberalità la mancanza di un compenso per la cessione dei diritti o la concessione della licenza non è vietata per sé, né genera necessariamente problemi sul piano della causa del contratto ovvero della meritevolezza degli interessi perseguiti. E tuttavia espone con più facilità all'operare del meccanismo di adeguamento *ex art. 20* direttiva 790/2019. Ne consegue la piena validità delle previsioni di gratuità della cessione o della concessione, alle quali le parti continueranno tipicamente a ricorrere nei casi ove difettino le *chances* per l'editore di conseguire un profitto ovvero sussistano interessi prevalenti dell'autore o dell'artista ad ottenere la pubblicazione dell'opera o della *performance*, che talvolta lo inducono addirittura a sostenerne *in toto* o *pro parte* le spese editoriali [per questi schemi negoziali v. il mio *Il contratto di edizione*, (nt. 5), 818].

dempimento degli obblighi informativi *ex art. 19* direttiva 790/2019¹⁰⁸.

Sul piano dell'area di applicazione soggettiva del meccanismo di perequazione *ex art. 20* pare opportuno individuare in modo quanto più possibile puntuale una soglia minima ed al tempo stesso rilevante di contributo creativo o artistico per accedere al diritto alla remunerazione aggiuntiva, al fine di evitare che l'operare di logiche eccessivamente solidaristiche renda iniquo il criterio di perequazione – tanto per gli aventi diritto che hanno offerto i contributi più rilevanti quanto per i loro utilizzatori professionali – alterando il «giusto equilibrio tra diritti ed interessi» ed il «buon funzionamento» del mercato unico dei prodotti culturali predicati dal legislatore euro-unitario come linee guida del proprio intervento normativo. *A fortiori* questa soluzione pare imposta dal fatto che ogni ampliamento della platea degli aventi diritto – con progressione almeno geometrica ogni volta che si abbassi la soglia per accedervi – moltiplica i costi transattivi, quanto meno quelli di gestione burocratica del meccanismo perequativo.

In concreto per gli autori il problema si porrà soltanto nel caso delle opere soggettivamente complesse, che nascono dalla fusione o rispettivamente dall'accostamento tra più contributi creativi. E riguarderà soprattutto i generi particolarmente compositi, quali ad esempio le opere multimediali, che fondono insieme un'ampia varietà di apporti tra loro eterogenei per natura e rilevanza. Per gli artisti sarà possibile ricavare insegnamenti significativi dall'esperienza maturata nell'applicazione dell'*art. 84*, secondo comma, *l.aut.*, che riserva il diritto ad equo compenso ivi previsto a coloro che nell'opera cinematografica sostengono una parte di notevole importanza artistica, anche se di artista comprimario¹⁰⁹. La prassi applicativa aiuterà poi nel tempo a definire criteri equilibrati per ripartire la remunerazione aggiuntiva tra i titolari dei diversi apporti contenuti nell'opera o nella *performance* a carattere plurisoggettivo.

Sul piano dei soggetti obbligati al pagamento della remunerazione aggiuntiva *ex art. 20* resta da capire se gravarne la debenza in via diretta anche in ca-

¹⁰⁸ Per uno spunto in questo senso v. il considerando 74 della direttiva 790/2019.

¹⁰⁹ A questo fine potranno assumere rilievo le definizioni di “artista primario” ed “artista comprimario” nei settori musicale ed audiovisivo previste dall'*art. 1* D.P.C.M. 17 gennaio 2014, che identificano figure certamente meritevoli di ricevere la remunerazione aggiuntiva, seppure secondo misure diversamente graduabili.

Altrettanto rilevante ai fini dell'identificazione delle categorie di artisti meritevoli della tutela *ex art. 20* direttiva 790/2019 pare essere l'*art. 82 l.aut.*, che riserva la tutela morale ad alcune categorie limitate di soggetti, quali in particolare 1) coloro che sostengono nell'opera o composizione drammatica, letteraria o musicale, una parte di notevole importanza artistica, anche se di artista esecutore comprimario; 2) i direttori dell'orchestra o del coro; 3) i complessi orchestrali o corali, a condizione che la parte orchestrale o corale abbia valore artistico di per sé stante e non di semplice accompagnamento.

po agli utilizzatori secondari (e così tipicamente ai sub-licenziatari dell'opera o della *performance*), che pure non hanno una relazione contrattuale diretta con autori ed artisti, i quali in tal caso potranno avvalersi dei servizi di negoziazione collettiva e raccolta centralizzata offerti dalle *collecting societies*. Ovvero se sia preferibile limitarsi a conteggiare i proventi degli utilizzatori secondari tra quelli per i quali l'acquirente dei diritti esclusivi o il licenziatario diretto di opere e *performance* debba pagare la remunerazione adeguata ed equa, rimettendo all'autonomia negoziale – e dunque al rapporto contrattuale che lega questi soggetti – il compito di selezionare le modalità più efficienti per regolarne i reciproci rapporti.

La scelta tra le opzioni ora illustrate deve essere guidata ancora una volta dall'obiettivo del «buon funzionamento» del mercato unico, dal quale discende l'opzione per un regime capace di evitare la burocratizzazione eccessiva del meccanismo di adeguamento contrattuale, che comporterebbe la moltiplicazione dei costi (anche di transazione) per gli utilizzatori secondari, il disincentivo dei loro investimenti e la riduzione dei proventi da condividere con autori ed artisti.

In concreto potrebbe tuttavia rivelarsi impossibile individuare un'unica soluzione capace di garantire efficienza per tutti ed ognuno i variegati ambiti ove esiste l'esigenza di assicurare la remunerazione equa ed adeguata, poiché dal diverso atteggiarsi del potere contrattuale – tra cessionari o licenziatari e rispettivamente autori ed artisti, tra i primi e gli utilizzatori secondari – potrebbero emergere da settore a settore esiti applicativi di segno eterogeneo, con alternanza di assetti equilibrati, eccessi di burocratizzazione, carenze di effettività della tutela. Tanto potrebbe suggerire la possibilità di un assetto a geometria variabile, nel quale la scelta tra le modalità di trattamento degli utilizzatori secondari sia calibrata sulle peculiarità tipiche dei rapporti di forza tra le diverse coppie di contraenti in campo.

In questo modo negli ambiti ove il cessionario dei diritti d'autore o d'artista abbia tipicamente una relazione stabile con l'utilizzatore secondario, connotata dalla disponibilità di un grado significativo di potere contrattuale, potrebbe essere ragionevole gravare formalmente il primo dell'obbligo della remunerazione equa ed adeguata per lo sfruttamento dell'opera o della *performance* da parte di quest'ultimo, incentivandolo a pattuire con la controparte le modalità più efficienti di contabilizzazione dei proventi dell'utilizzazione secondaria e di pagamento del *quantum debeatur* all'autore ed all'artista¹¹⁰.

I settori che vedono la presenza di utilizzatori secondari con significativo

¹¹⁰ Questo potrebbe essere ad esempio il caso dei rapporti tra produttori o distributori cinematografici e gestori delle sale di proiezione.

potere contrattuale¹¹¹, al pari di quelli caratterizzati da frammentazione elevata e localizzazione capillare sul territorio delle attività di sfruttamento¹¹², paiono essere invece il campo d'elezione per la gestione collettiva della remunerazione, idonea a beneficiare (non solo autori e artisti, ma) anche gli operatori professionali: che godrebbero i vantaggi tipicamente derivanti dall'unificazione (o quanto meno dalla riduzione) dei tavoli negoziali da presidiare, con possibilità conseguente di mitigare i costi di transazione. Queste forme di *hard paternalism* necessitano tuttavia di essere adeguatamente sorvegliate sul piano del diritto *antitrust*, per evitare che concentrazioni eccessive di mandati siano strumentalizzate al fine di (ottenere e) sfruttare abusivamente un potere di mercato non solo nei confronti di concorrenti ed utilizzatori secondari, ma anche – con singolare eterogenesi dei fini – verso autori ed artisti¹¹³.

Nel caso di più cessioni dei diritti esclusivi, ai fini dell'individuazione univoca del debitore della remunerazione aggiuntiva, pare poi opportuno introdurre una regola *ad hoc* che (secondo lo schema noto del *droit de suite*) leghi l'obbligazione di pagamento alla posizione di titolarità dei diritti d'autore e connessi, con previsione di un meccanismo di accollo tra acquirente originario e successivi aventi causa derogabile soltanto con il consenso del creditore¹¹⁴.

Modellare il contenuto dell'obbligo di trasparenza risulterà uno dei passaggi più delicati dell'attuazione della direttiva 790/2019, in quanto imposizioni eccessive aggraverebbero inutilmente i costi di transazione degli imprenditori culturali, raffreddandone la propensione ad investire nelle opere e nelle *performance*, mentre flussi informativi inadeguati minerebbero l'effettività della perequazione a danno dell'autore e dell'artista. In questo scenario sarà fondamentale costruire l'obbligo di trasparenza in stretta aderenza alle logiche della *smart disclosure*, con l'obiettivo di calibrare il flusso informativo sulle esigenze effettive di autori ed artisti, imponendo agli obbligati di offrire loro tutti e soltanto i dati indispensabili o comunque effettivamente utili per compiere una scelta consapevole riguardo all'esercizio del diritto alla remunerazione equa ed adeguata.

¹¹¹ Si pensi ad esempio ai rapporti tra produttori cinematografici e rispettivamente emittenti radiotelevisive, distributori via cavo ovvero altri prestatori di servizi di comunicazione a distanza delle opere audiovisive e delle relative *performance* artistiche.

¹¹² Questo potrebbe essere il caso, ragionevolmente recessivo, dei rapporti contrattuali tra i produttori e rispettivamente i noleggiatori delle opere audiovisive.

¹¹³ Al riguardo si veda ad esempio il provvedimento di AGCM 25 settembre 2018, n. 27359 (reperibile in <http://www.agcm.it>), confermato da TAR Lazio, 26 settembre 2019, n. 11330 (leggibile a sua volta nel sito <http://www.giustizia-amministrativa.it>).

¹¹⁴ Per una soluzione di questo genere v. l'art. 49 della LPI spagnola.

Per conseguenza la *disclosure* dovrà riguardare tutte le informazioni necessarie per calcolare i proventi di ogni opera o *performance*, quali *in primis* i ricavi per il suo sfruttamento economico ed i costi inerenti¹¹⁵, con specificazione delle diverse modalità di utilizzazione alle quali la risorsa protetta è stata sottoposta, nonché del computo dell'eventuale remunerazione spettante all'autore o all'artista, se già quantificabile in base a regole stabilite per legge o contratto. Oltre a questi dati pare utile aggiungere anche un obbligo di *disclosure* delle informazioni rilevanti riguardo a tutti gli atti di ulteriore cessione o sub-licenza dell'opera o della *performance*¹¹⁶, tra l'altro con l'obiettivo di semplificare l'individuazione dei soggetti tenuti al pagamento della remunerazione aggiuntiva¹¹⁷.

Per massimizzare l'efficienza della *disclosure* sarà opportuno prevedere *ex lege* un elenco quanto più possibile standardizzato e dettagliato dei dati da fornire, evitando formulazioni eccessivamente generiche. Si potrà sfruttare d'altro canto la facoltà lasciata ai legislatori nazionali *ex art. 19 par. 3* della direttiva, che consente di proporzionare i dati da fornire rispetto ai proventi, stabilendo soglie quantitative sotto le quali il quadro informativo potrà essere drasticamente ridimensionato. Tanto potrebbe avvenire prevedendo ad esempio che al di sotto di una misura determinata di ricavi la necessità di comunicare un vero e proprio "bilancio" dello sfruttamento economico dell'*intangible* (con indicazione dettagliata di entrate ed uscite) sia sostituita dall'obbligo di rendere noto il mero dato del fatturato lordo, per consentire all'interessato di verificare l'irrelevanza delle *chances* di ottenere una remunerazione aggiuntiva¹¹⁸.

Varie tra le informazioni da condividere con l'autore o l'artista potrebbero

¹¹⁵ Per un obbligo di rendiconto esteso anche ai costi inerenti allo sfruttamento imprenditoriale dell'opera audiovisiva v. gli artt. L. 251.1 e L. 251.9 del *Code du cinéma et de l'image animée* francese (*ordonnance* n. 2009-901 del 24 luglio 2009).

¹¹⁶ In questo senso v. per le opere audiovisive l'art. L. 132-28 del CPI francese.

¹¹⁷ Resta da capire se sia opportuno garantire all'autore o all'artista il diritto alla *disclosure* completa della documentazione contrattuale delle cessioni o licenze operate dal suo dante causa. Esigenze di garanzia della riservatezza paiono suggerire l'opportunità di escludere obblighi rigidi al riguardo, lasciando che siano le parti a negoziare l'accesso a questa documentazione, magari previa stipula di *non disclosure agreements*. Resta ovviamente inteso che in caso di rifiuti di accesso che facciano ipotizzare comportamenti opportunistici del soggetto obbligato a pagare la remunerazione *ex art. 20* l'esibizione dei relativi documenti potrà essere conseguita in sede contenziosa.

¹¹⁸ Sull'esigenza che le informazioni oggetto dell'obbligo di *disclosure* *ex art. 19* abbiano carattere dettagliato v. le considerazioni di R. ROMANO, *L'obbligo di trasparenza nella direttiva UE 2019/790 sul diritto d'autore e i diritti connessi nel mercato unico digitale*, in *AIDA* 2019, 118 ss.

avere peraltro carattere riservato, cosicché sarà opportuno stabilire per essi il divieto di usarle o divulgarle per fini diversi dall'esercizio del diritto *ex art.* 20, ovvero la facoltà per l'imprenditore culturale di subordinarne la *disclosure* all'assunzione *ex adverso* di obbligazioni che ne limitino l'utilizzazione o la comunicazione ulteriore¹¹⁹.

Anche la disciplina di attuazione dell'art. 19 è peraltro destinata a svolgere principalmente una funzione di incentivo all'autonomia negoziale per l'adozione spontanea di forme di regolazione efficiente dei rapporti tra autori, artisti e loro cessionari o licenziatari. Ed infatti pure il contenuto della *disclosure* potrà essere disciplinato in via diretta per contratto fra le parti, cosicché le previsioni di fonte legale avranno soprattutto il ruolo di regole di *default*, destinate a fungere da base di partenza per la negoziazione tra privati, salvo trovare applicazione in sede contenziosa nei casi di sua inefficienza.

Resta poi da capire se sia opportuno stabilire un termine di prescrizione specifico – e così tra l'altro, un termine unitario – per l'esercizio dei diversi diritti posti a tutela dell'autore dalle norme che daranno attuazione agli artt. 19 e 20 direttiva 790/2019, al fine di evitare eventuali incertezze interpretative, ovvero per impedire che un lasso temporale assai lungo (qual è quello decennale ordinario) possa generare per l'impresa culturale sopravvenienze passive a grande distanza di tempo dall'emersione della fortuna commerciale dell'opera o della *performance*, impedendole una programmazione efficiente della copertura dei propri costi.

Sul piano pratico tra le conseguenze prevedibili dell'attuazione della direttiva 790/2019 rientra infine l'incremento di complessità dei rapporti contrattuali – non solo tra l'impresa culturale, gli autori e gli artisti, ma anche tra acquirenti o licenziatari esclusivi ed utilizzatori secondari di opere e *performance* – che l'autonomia privata dovrà governare, con conseguente necessità di stipulare testi negoziali più ricchi ed articolati rispetto al passato.

9. Un nuovo regime per l'impresa culturale nel digital single market.

Se esaminate nel loro insieme le misure di perequazione sin qui illustrate suggeriscono che il nostro ordinamento si trova alla vigilia di un vero e proprio cambio di paradigma nei rapporti tra l'autore, l'artista e l'impresa culturale.

Per lungo tempo ha prevalso infatti nel nostro paese un assetto di stampo moderatamente "evoluzionistico", che quasi ovunque – e salvo significative

¹¹⁹ Per uno spunto in tal senso v. il considerando 76 della direttiva 790/2019.

eccezioni a carattere settoriale – vedeva i soggetti in campo confrontarsi secondo le regole del mercato, contrattando la cessione dei diritti esclusivi e la concessione di licenze in base al mero operare del meccanismo dei prezzi. Imponendo di attribuire in via generale all'autore ed all'artista una partecipazione adeguata e proporzionata ai proventi dello sfruttamento economico delle loro opere e *performance* la direttiva 790/2019 segna anche in Italia una svolta verso un assetto regolatorio di stampo marcatamente paternalistico¹²⁰, seppure con gli opportuni contemperamenti sopra illustrati.

In particolare, preso atto della divisione del lavoro ormai tipicamente intervenuta tra l'autore dell'opera, il suo interprete o esecutore e l'imprenditore culturale – secondo uno schema che vede quest'ultimo organizzare in modo professionale gli esiti creativi ed artistici dei primi – il legislatore euro-unitario ha introdotto fra loro una sorta di cointeressenza forzosa impropria, con la partecipazione necessaria del “contraente debole” ai profitti dello sfruttamento economico degli artefatti culturali e senza l'obbligo di sopportarne il relativo rischio d'impresa.

Oltre a proteggere in modo più intenso gli interessi patrimoniali degli autori e degli artisti il modello di regolazione così introdotto mira ragionevolmente ad incentivare la circolazione mercantile (e dunque la cessione o concessione mediante licenza) dei diritti esclusivi su opere e *performance*, confermandone la vocazione tradizionale di private nascenti in capo ai creativi, agli interpreti o esecutori ma finalizzate – a seguito di vicende traslative tipicamente occorrenti – a beneficiare anche l'impresa culturale che opera in via professionale lo sfruttamento economico degli esiti del loro lavoro.

Se analizzata in coordinamento con ulteriori lineamenti che emergono dalla direttiva 790/2019 la disciplina *ex artt.* 18-21 – quale statuto generale dei rapporti con i “fornitori” della “materia prima” creativa ed artistica – pare disegnare l'embrione di un nuovo regime per l'impresa culturale nel *digital single market*, che rispetto al passato tende a rafforzarne la “responsabilità sociale” come motore di una politica vocata ad incentivare quanto più possibile (lo

¹²⁰ La delicatezza di questi interventi paternalistici, palesemente derogatori rispetto alle regole del libero mercato, giustifica peraltro l'ampia discrezionalità – già più volte rilevata – che il legislatore euro-unitario ha lasciato agli stati membri in sede di attuazione nazionale delle misure sin qui esaminate, al fine di consentirne un'armonizzazione adeguata con i principi di fondo delle loro diverse tradizioni normative. Né occorre sottolineare che questi spazi di discrezionalità potranno generare differenze di regime significative, con rischi rilevanti di concorrenza regolatoria e problemi di coordinamento nel caso di utilizzazioni a carattere transfrontaliero, nonché più in generale con la possibilità che un'eccessiva frammentazione delle diverse discipline nazionali pregiudichi il funzionamento efficiente del *digital single market* dei prodotti culturali.

sfruttamento economico, e di qui) la pubblicazione nonché in generale la disseminazione degli esiti della creatività umana.

In quest'ottica mi pare possa essere infatti riletto anche l'intervento normativo in tema di diritto di revoca *ex art. 22* direttiva 790/2019, che codifica la prevalenza dell'interesse dell'autore alla pubblicazione dei risultati del suo lavoro creativo rispetto a quello dell'imprenditore culturale a massimizzare il proprio profitto, imponendo a quest'ultimo un ruolo di intermediario necessitato nella circolazione delle creazioni intellettuali presso la collettività¹²¹, in uno scenario nel quale l'obbligo di divulgare l'opera rafforza tra l'altro le *chances* di adeguatezza ed equità della remunerazione di autori ed artisti, nonché l'incentivo conseguente alla loro creatività¹²². E d'altro canto una funzione di stimolo dell'ordinata circolazione delle opere e *performance* nel *digital single market* mi pare svolta pure dalla disciplina *ex art. 17* direttiva 790/2019, che disegna un nuovo – e più gravoso – regime di responsabilità (o *rectius*, di gestione del rischio da violazione della proprietà intellettuale) per i prestatori dei servizi di condivisione *online* dei contenuti protetti, i quali sono tra i *player* fondamentali dell'economia post-industriale e costituiscono ormai il modello paradigmatico dell'impresa culturale digitale, in quanto capaci di distribuire in tempo reale qualsiasi genere di artefatti culturali ad ogni angolo del globo¹²³.

¹²¹ Sul diritto di revoca *ex art. 22* direttiva 790/2019 v. M. GRANIERI, *Right of revocation of authors and performers in the European online copyright directive*, in *AIDA* 2019, 128 ss., che ne teorizza la natura di diritto “quasi morale”, vocato a proteggere interessi (non solo patrimoniali, ma) anche personali dell'autore alla circolazione dei risultati del proprio lavoro creativo.

¹²² In caso di mancato sfruttamento assegnare all'autore ed all'artista un diritto di revoca del trasferimento dei relativi diritti o della concessione della licenza esclusiva significa rendere riutilizzabili gli investimenti – altrimenti idiosincratichi – di tempo, lavoro e denaro impiegati per generare l'opera o la *performance*, favorendo l'insorgere di nuove *chances* per la loro circolazione mercantile e la conseguente disseminazione presso la collettività. Reciprocamente questa previsione comporta di rendere idiosincratichi gli investimenti dell'acquirente o del licenziatario esclusivo, che già per questa ragione saranno incentivati a valorizzare le risorse così acquisite, incrementando per conseguenza le *chances* dell'autore e dell'artista di godere di una remunerazione adeguata per gli esiti del loro lavoro.

¹²³ Sulla disciplina *ex art. 17* direttiva 790/2019 v. G.M. RUOTOLO, (nt. 16), 367 ss.; A. COGO, *Online content-sharing platforms as users of copyrighted contents*, in *AIDA* 2019, 68 ss.

