



StudioLegalePojaghi
ASSOCIAZIONE PROFESSIONALE



LUGLIO 2010

Utilizzazione di fonogrammi in studi dentistici

Avv. Alberto Pojaghi

Corte d'Appello di Torino – Ordinanza 10 febbraio 2010¹

1. Il contesto normativo nazionale sulle utilizzazioni secondarie

In armonia alla norma che prevede, per l'autore, il diritto di pubblica esecuzione e radiodiffusione del disco quale facoltà diversa da quella di messa in commercio,² è previsto, anche a favore del produttore fonografico, un *separato compenso* (ma in questo caso solo un diritto retributivo e non, come per l'autore, un diritto esclusivo e quindi anche di interdizione), per l'utilizzazione *a scopo di lucro* del fonogramma a mezzo della cinematografia e della diffusione radiofonica, televisiva e satellitare nonché tramite la

¹ Le fonti di diritto internazionale comunitario e nazionale contemplano l'esistenza di un diritto dei produttori fonografici di conseguire un compenso per l'utilizzazione, effettuata mediante comunicazione al pubblico dei fonogrammi di loro realizzazione, compenso che ove la comunicazione avvenga attraverso l'impiego della diffusione radiofonica o televisiva non è né escluso né assorbito da quello corrisposto dal soggetto esercente dette attività.

L'utilizzazione infatti in un contesto pubblico, vuoi perché effettuata in un esercizio pubblico vuoi perché fruibile da una molteplicità di persone mediante un accesso potenziale differenziato produce un'attività aggiuntiva che come tale deve essere compensata a parte. Poiché la disciplina nazionale non fornisce così come quella comunitaria una risposta immediata alla questione se nella nozione di comunicazione al pubblico di fonogrammi rientri anche la diffusione all'interno di studi professionali privati (come quelli dentistici), nei quali l'accesso dei clienti avviene di regola in maniera programmata selettiva e senza alcun obbligo a contrarre da parte del professionista, e la diffusione radiofonica o televisiva è fruita dal cliente indipendentemente da un atto di sua volizione.

Si rende necessario ai sensi dell'art. 234 Trattato CEE, proporre questione pregiudiziale interpretativa circa l'applicabilità dell'ordinamento comunitario della Convenzione di Roma sui diritti connessi del 26 ottobre 1961, l'accordo Trips e al trattato Uipo, se dette fonti di diritto internazionale sono immediatamente precettive nei rapporti privati e se le rispettive nozioni di comunicazione al pubblico contenute in tali testi coincidono con quelle comunitarie di cui alle direttive CEE, in caso negativo quale fonte debba prevalere. In fine se la diffusione gratuita di fonogrammi effettuata all'interno di studi professionali costituisca comunicazione al pubblico e se tale attività di diffusione dia diritto alla percezione di un compenso in favore dei produttori fonografici.

² Artt. 15, 16 e 61 l.d.a..

pubblica esecuzione (art. 73 l.d.a.), queste costituenti le cosiddette *utilizzazioni secondarie* rispetto a quelle primarie contemplate dal precedente art. 72.³

Tale compenso era in precedenza previsto solo a favore del produttore fonografico ma, dopo il recepimento in Italia della Convenzione di Roma⁴ e la conseguente modifica del citato art. 73 e dell'art. 23 del relativo regolamento,⁵ si è stabilito l'obbligo del produttore di *ripartire con gli artisti* interpreti od esecutori il compenso medesimo. I benefici economici sono quindi suddivisi tra le due categorie, ma l'*esercizio* del diritto e la legittimazione all'incasso del compenso relativo è in capo al solo produttore fonografico.

Nella medesima occasione di modifica delle dette norme si sono adottate anche *disposizioni ministeriali* attuative,⁶ che hanno fissato l'ammontare globale di tale compenso in una percentuale *pro rata*,⁷ fissata nel 2% degli incassi lordi per la generalità delle dette utilizzazioni e nell'1,50% per la radio-telediffusione quale servizio pubblico.

La *misura* del detto compenso e le *quote* di ripartizione fra produttore e artisti possono essere *riviste*, secondo le considerate disposizioni, con decreto del Ministero per i beni e le attività culturali, su proposta del Comitato consultivo permanente per il diritto d'autore.

Il compenso è dovuto anche in caso di utilizzazione a *scopo non di lucro* (art. 73-bis), con norma introdotta a seguito di armonizzazione comunitaria,⁸ mentre la disciplina precedente aveva creato contrasti tra gli operatori in ordine alla identificazione della sussistenza dello scopo di lucro.

2. La giurisprudenza italiana sulla pubblica esecuzione nelle utilizzazioni secondarie

Per quanto più specificamente concerne la *pubblica esecuzione*, sulla relativa nozione si sono avute ultimamente pronunce favorevoli all'applicazione della norma nei confronti di esercizi commerciali

³ relativo ai diritti di riproduzione, distribuzione, noleggio, prestito e utilizzo in *internet*.

⁴ il cui art. 12 prevede che “quando un fonogramma pubblicato a fini di commercio, ovvero la riproduzione di tale fonogramma, è utilizzato direttamente per la radio diffusione o per una qualunque comunicazione al pubblico, un compenso equo ed unico sarà versato dall'utilizzatore agli artisti interpreti, esecutori e produttori, o ai produttori dei fonogrammi ovvero a entrambi (omissis)”

⁵ di cui al Rd. 18.5.1942 n. 1369 con Dpr. 14/5/1974 n. 490.

⁶ Dpcm. 1/9/1975 e 15/7/1976.

⁷ cioè proporzionale alla durata della registrazione rispetto alla durata complessiva dell'utilizzazione generatrice del compenso.

quali i *bar* (Trib. Milano 28.1-23.2.2010 n. 2289/10), mentre si sono registrati contrasti interpretativi per quanto concerne i medici dentisti, ove il Trib. Torino con sentenza 14-20.3.2008 n. 2224/08 (che costituisce il giudizio *a quo* dell'ordinanza qui annotata) ha ritenuto che l'utilizzazione della registrazione in uno studio dentistico non debba considerarsi effettuata a scopo di lucro, come richiesto dall'art. 73, neppure indirettamente, atteso il medico dentista ascolta la musica, mentre lavora, soltanto per diletto e il paziente è indifferente al fatto che nello studio venga trasmessa della musica, né è indotto a scegliere un dentista piuttosto che un altro in base al fatto che nello studio si ascolti della musica. Ha ritenuto del pari inapplicabile alla specie anche l'art. 73-*bis*, rilevando che il presupposto comune di entrambe le due norme è l'utilizzazione in luogo pubblico o aperte al pubblico, mentre lo studio dentistico ha carattere di luogo privato, in quanto i pazienti non costituiscono un pubblico indifferenziato ma sono singolarmente individuati e hanno diritto ad accedere allo studio solo previo appuntamento o comunque su consenso del medico. Il termine "pubblico" suppone invece un luogo "accessibile e aperto a tutti, non circoscritto a determinate persone" o comunque relativo ad un ambito collettivo, come un ospedale, un bar, un supermercato, un ristorante, una sala da ballo, una festa di beneficenza, una azienda sanitaria locale, ma non si addice a uno studio privato quale uno studio medico.

In senso conforme si è anche espresso Trib. Milano 12-18.2.2009 n. 2177/09, che ha escluso la finalità di lucro nell'utilizzo della musica nello studio medico ove, a differenza che nell'albergo, non vi è addebito di costo ai pazienti e la finalità è di mero diletto e non di intrattenimento, precisando che la nozione di luogo pubblico suppone la presenza di un numero indeterminato e consistente di ascoltatori, il che non ha luogo nello studio medico.

3. *L'ordinanza de qua*

Con l'ordinanza in commento la Corte torinese, in accoglimento di conforme richiesta dell'appellante, ha rimesso la causa alla Corte di Giustizia CE su diverse questioni pregiudiziali interpretative. Più specificamente, dopo una dettagliata analisi delle fonti normative nazionali, internazionali e comunitarie,

⁸Direttiva n. 92/100/CEE del 14 settembre 1991 concernente il diritto di noleggio, il diritto di prestito e taluni diritti connessi al diritto di autore in materia di proprietà intellettuale.

e della giurisprudenza nazionale e comunitaria, la Corte osserva che le menzionate fonti normative contemplano tutte l'esistenza di un diritto dei produttori fonografici a conseguire un compenso per l'utilizzazione dei fonogrammi di loro realizzazione, effettuata mediante comunicazione al pubblico, cioè con l'impiego della diffusione radiofonica o televisiva, in un esercizio pubblico, perché tale utilizzazione, in quanto fruibile da una molteplicità di persone mediante un accesso potenziale e indifferenziato, produce un'utilità aggiuntiva che come tale deve essere compensata a parte.

La Corte torinese osserva inoltre che la disciplina nazionale appare del tutto in linea con quella comunitaria, ma che entrambe le discipline non forniscono una risposta immediata alla questione se nella nozione di comunicazione al pubblico di fonogrammi rientri anche la diffusione all'interno di studi professionali privati, come quelli dentistici, nei quali l'accesso dei pazienti avviene, di regola, in maniera programmata, selettiva e senza alcun obbligo del professionista di effettuare tale diffusione, mentre questa è fruita dal paziente indipendentemente dalla sua volontà.

La stessa Corte osserva anche che la Corte di Giustizia delle Comunità europee, che si era pronunciata sull'art.3. n.1 della Direttiva 2001/29/CE⁹, ha posto delle fondamentali linee guida di interpretazione quanto a irrilevanza della tecnica di trasmissione del segnale, necessità di una nozione uniforme in ambito comunitario del concetto di comunicazione al pubblico e identità di quest'ultima nozione ai fini della tutela sia del diritto d'autore sia dei diritti connessi, ma non ha chiarito se la nozione di "pubblico", ai fini in esame, possa essere estesa sino a includervi la clientela degli studi in cui si esercita un'attività economica di tipo libero-professionale.

Da qui il giudice dell'appello ha ravvisato la necessità di proporre alla Corte di Giustizia CE, ai sensi dell'art.234 del Trattato CE, le seguenti questioni pregiudiziali interpretative:

- a) se la Convenzione di Roma sui diritti connessi del 26 ottobre 1961, l'Accordo TRIPs e il Trattato WIPO-WPPT siano immediatamente applicabili nell'ordinamento comunitario;
- b) se le predette fonti di diritto internazionale uniforme siano, altresì, immediatamente precettive nei rapporti privati;

⁹ sentenza 7 dicembre 2006 nella causa C-306/05 Sociedad general de Autore y Editores de Espana c/ Rafael Hoteles.

c) se le rispettive nozioni di “comunicazione al pubblico” contenute nei citati testi di diritto convenzionale coincidano con quelle comunitarie di cui alle Direttive 100/92/CE e 2001/29/CE, e in caso negativo quale fonte debba prevalere;

d) se la diffusione gratuita di fonogrammi effettuata all'interno di studi odontoiatrici privati esercenti attività economica di tipo libero-professionale, a beneficio della relativa clientela e da questa fruita indipendentemente da un proprio atto di volontà, costituisca “comunicazione al pubblico” e, più specificamente, “messa a disposizione del pubblico” ai fini dell'applicazione dell'art.3, n.2 lett. b) della Direttiva 2001/29/CE;¹⁰

con conseguente sospensione del giudizio sino alla pronuncia da parte della Corte regolatrice comunitaria.

¹⁰ “Articolo 3 - Diritto di comunicazione di opere al pubblico, compreso il diritto di mettere a disposizione del pubblico altri materiali protetti

2. Gli Stati membri riconoscono ai soggetti sotto elencati il diritto esclusivo di autorizzare o vietare la messa a disposizione del pubblico, su filo o senza filo, in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente:

- a) gli artisti interpreti o esecutori, per quanto riguarda le fissazioni delle loro prestazioni artistiche;
- b) ai produttori di fonogrammi, per quanto riguarda le loro riproduzioni fonografiche;
- c) ai produttori delle prime fissazioni di una pellicola, per quanto riguarda l'originale e le copie delle loro pellicole;
- d) agli organismi di diffusione radiotelevisiva, per quanto riguarda le fissazioni delle loro trasmissioni, siano esse effettuate su filo o via etere, comprese le trasmissioni via cavo o via satellite.

3. I diritti di cui ai paragrafi 1 e 2 non si esauriscono con alcun atto di comunicazione al pubblico o con la loro messa a disposizione del pubblico, come indicato nel presente articolo.”