

Matricola n. 0000660053

**ALMA MATER STUDIORUM
UNIVERSITA' DI BOLOGNA**

SCUOLA DI GIURISPRUDENZA

**CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN
GIURISPRUDENZA**

**THE WORLD OF PUBLICITY
RIGHTS AND ENDORSEMENT
AGREEMENTS**

**Tesi di laurea in DIRITTO SPORTIVO
con correlazione in DIRITTO COMMERCIALE**

Relatore

Prof. Margherita Pittalis

Correlatore

Prof. Sergio Gilotta

Presentata da

Giovanni Solazzi

**Sessione III
Anno Accademico 2016/2017**

Indice

Introduzione.....	4
I I Publicity Rights negli Stati Uniti D’America	
1.1 Definizione: cosa sono i Publicity Rights	8
1.2 La nascita e la storia del Right of Publicity in America.....	9
1.3 La regolamentazione della materia: la violazione dei Publicity Right..	15
- 1.3.1. Federal Law: The Lanham Act	
- 1.3.2. State Law	
- 1.3.3 First Amendment e altre difese	
1.4 I publicity rights postumi: la loro trasferibilità per successione.....	55
1.5 I publicity rights oggi: campi specifici e casi controversi degli ultimi anni.....	57
- 1.5.1. Broadcasting	
- 1.5.2 Nomi, Statistiche e Fantasy Sports	
- 1.5.3. Videogames	
II I Diritti d’immagine in Europa	
2.1 I Trattati Europei: La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e l’European data Protection Act.....	69
2.2 Regno Unito: il Paese più conservatore.....	72
2.3 Germania: il diritto generale della personalità.....	76
2.4 Francia: un lungo percorso verso un riconoscimento completo.....	79
2.5 Spagna: un diritto d’immagine autonomo.....	83
2.6 Paesi Bassi: il diritto al ritratto e al nome.....	84
2.7 Italia: Seguendo le norme americane.....	88
2.8 Il modello virtuoso del Baliato di Guernsey.....	95
2.9 Conclusione: verso una futura armonizzazione.....	98

III Gli Endorsement Agreements: contratti milionari

3.1 Definizione: cosa sono i contratti di licenza.....	100
3.2 La licenza nel marketing delle celebrità.....	102
3.3 Definizione e analisi: cosa sono gli endorsement agreements.....	104
3.4 La storia degli endorsement: dalle origini fino ai giorni nostri.....	109
3.5 “The Legendary Sneakers Business”: Il Leggendaro business delle scarpe da ginnastica.....	112
3.6 Nuove frontiere: Brand Association e Social Media.....	118
3.7 Le restrizioni al mercato degli endorsement sportivi.....	124
- 3.7.1 USA: Le regole NCAA	
- 3.7.2 Australia, Italia e Brasile	
- 3.7.3. Il Comitato Internazionale Olimpico e la sua Rule 40	

IV “The art of Negotiating and Drafting Endorsement Agreements”: L’arte di negoziare e redigere i contratti di endorsement

4.1 Intro: il contratto come opera d’arte.....	139
4.2 The Art of Negotiating: l’Arte della Negoziazione.....	141
- 4.2.1 Raccolta informazioni	
- 4.2.2 Formulazione di una strategia	
- 4.2.3 The Negotiation Dance	
4.3 Le peculiarità dei product endorsement agreements.....	153
4.4 La redazione dei contratti: le clausole fondamentali.....	156

Conclusioni	164
--------------------------	------------

Bibliografia.....	168
--------------------------	------------

Introduzione

L'obiettivo di questa tesi è quello di servire da portale per permettere ai lettori di addentrarsi alla scoperta del mondo dei "*Publicity Rights and Endorsement Agreements*". Infatti, nonostante abbia tradotto la tesi in inlingua italiana, ho deciso di lasciare il titolo originale in inglese. La ragione principale è che nella nostra lingua non esistono i corrispettivi esatti delle due parole. Per ragioni di comodità talvolta mi ferirò ai *Publicity Rights* come "Diritti d'immagine" e agli *Endorsement Agreements* come "contratti di sponsorizzazione", ma in realtà come spiegherò più avanti nel corso della tesi, nessuna delle due traduzioni appare propriamente corretta visto che due termini italiani sono piuttosto limitativi.

Che siano atleti famosi, musicisti, o star hollywoodiane, tutti noi siamo affascinati dalle celebrità e questa curiosità e interesse spesso si tramutano in un'abilità da parte delle "*stars*" di condizionare le nostre scelte. Questo è il pensiero alla base del famoso "*celebrities marketing*" e degli *endorsement agreements*. Come dimostrato da Anita Elberse, Professoressa all'Harvard Business School, le società che si affidano ad una persona famosa per sponsorizzare un proprio prodotto, o l'intero brand, vedono sia aumentare le proprie vendite che crescere il valore delle proprie azioni¹. Anche per questa ragione, se le società vogliono utilizzare l'immagine di una celebrità devono pagarla fino all'ultimo centesimo (o forse milione). Nike, per esempio, nel 2016 si è resa disposta a pagare una cifra che si stima essere superiore al miliardo di dollari per assicurarsi a vita l'immagine di LeBron James e per far sì che nessun'altra azienda sportiva potesse farlo.²

¹ A. Elberse, J. Verleun "The Economic Value of Celebrity Endorsements", *Journal of Advertising Research*, June 2012

² Mark Anthony Green "Meet Maverick Carter, the Man Behind LeBron's Billion-Dollar Nike Deal, 17 Maggio 2016

Chi è più giovane potrebbe chiedersi: “ma è sempre stato così?”, la risposta è semplice: “No, non lo è stato”. In passato le immagini degli atleti venivano considerate pubbliche. Alcune delle più grandi star della storia dello sport come Joe diMaggio e Babe Ruth, non hanno mai usufruito dei loro diritti d’immagine.

Ma allora dove nascono i *publicity rights*? Come vengono concessi e regolati? Quali sono le limitazioni al loro sfruttamento? E come si negoziano e stipulano gli *endorsement agreements*?

Queste sono solo alcune delle domande a cui la tesi vuole dare risposta. Cercherò di accompagnarvi in questo viaggio all’interno di un nuovo mondo, partendo inevitabilmente dagli Stati Uniti, territorio natale del “*Right of Publicity*”, per poi analizzare la materia sotto un’ottica internazionale.

A voler essere precisi il padre dei “*Publicity Rights*”, il diritto alla privacy, è nato proprio qui ad Harvard School of Law, dentro questa bellissima biblioteca dove in questo momento sto scrivendo la tesi.

Partendo dal diritto alla privacy, le Corti sia nei Paesi di Common Law che in quelli di Civil Law hanno diversamente creato, regolato e sviluppato la disciplina dei diritti d’immagine. Per questo motivo, ho deciso di accompagnare la trattazione con un elevato numero di casi passati che permettono di comprendere a pieno la materia.

Il primo capitolo è dedicato al *Right of Publicity* in America. Partendo dalla sua definizione, racconterò la storia della sua nascita e sviluppo nonché la sua regolamentazione dentro il territorio statunitense. A questo punto mi soffermerò ad analizzare quali sono i principi e le leggi dietro l’accettazione da parte di una Corte di una rivendicazione dei *publicity rights*, sia a livello statale che federale.

Nel secondo capitolo riattraverserò l’Oceano Atlantico per tornare nel Vecchio Continente e vedere come sono regolati i diritti d’immagine in

Gran Bretagna, Germania, Francia, Spagna, Olanda e ovviamente Italia. Infine, parlerò della particolare disciplina prevista dal Baliato di Guernsey, una dipendenza della Corona Britannica con governo autonomo. Una breve conclusione su una possibile futura armonizzazione della disciplina in territorio Europeo concluderà questa prima parte della tesi.

La seconda parte della tesi e il terzo capitolo iniziano trattando il *licensing agreement*, l'accordo attraverso il quale le celebrità concedono l'utilizzo dei propri diritti d'immagine. I due primi paragrafi hanno una funzione da ponte tra i Publicity Rights e il vero oggetto di questa seconda parte di tesi: gli *Edorsement Agreements*. Dopo un'analisi di questi tipi di contratti, racconterò la storia della loro nascita, prima di parlare in particolare “*del leggendario mercato delle scarpe da ginnastica*” e del futuro della pubblicità nell'era dei social media.

Concluderò il capitolo trattando le restrizioni al mercato degli endorsement di atleti negli Stati Uniti e in giro per il mondo, finendo per analizzare la discussa RULE 40 del Comitato Olimpico Internazionale.

Infine, nel quarto e ultimo capitolo parlerò di quella che il Professor Carfagna definisce “*The Art of Negotiating and Drafting in the Wonderful World of Sports*”. Se l'arte, in senso lato, comprende ogni capacità di agire o di produrre basata su un particolare complesso di regole e di esperienze conoscitive e tecniche, non ci sono dubbi nel considerare un avvocato un vero e proprio artista, e il contratto, la sua opera d'arte.

Questo lungo processo che porta un avvocato alla creazione della sua opera finale consta principalmente di due fasi: la negoziazione e la redazione del contratto. Mi presterò quindi ad esaminare ciascuna di queste due attività con riferimento ad un tipo particolare di endorsement, i *product endorsement agreements*, perché presentano alcune interessanti peculiarità.

Nonostante la varietà di materiale reperito, gran parte di questo studio è

stato reso possibile dal supporto del Professor Carfagna, che ringrazio per avermi dato accesso alle sue pubblicazioni e ai suoi corsi all'Harvard Law School che ho avuto la fortuna di seguire. Prima di lasciare il suo lavoro per dedicarsi all'insegnamento a tempo pieno, in qualità di general Counsel di IMG la più grande agency del mondo, Peter Carfagna dirigeva un dipartimento legale che produceva più di centocinquantamila contratti all'anno in oltre venti Stati nel mondo. Per il Professor Carfagna provo una riconoscenza infinita.

A terminare la tesi e a completare il viaggio ci sarà una breve conclusione nella quale riassumerò la materia e getterò le basi per alcune considerazioni future. Bisogna tenere a mente che questo "Mondo dei *Publicity Rights* e degli *Endorsement Agreements*" ha avuto origine di recente, si è sviluppato considerevolmente negli ultimi anni e continuerà a farlo in modo esponenziale in futuro, assumendo forme nuove e seguendo il passo dello sviluppo tecnologico.

Infine, vorrei ringraziare la mia relatrice all'Università di Bologna, la Professoressa Margherita Pittalis, e il co-relatore il Professor Sergio Gilotta, per il supporto continuo e l'aiuto fondamentale in questo periodo di ricerca. Un ringraziamento speciale va anche al mio mentore e amico Paco D'Onofrio.

Prima Parte

1. IL RIGHT OF PUBLICITY AMERICANO

1.1 Definizione: cosa sono i Publicity Rights. 1.2 La nascita e la storia dei “Right of Publicity” in America. 1.3 Regolamentazione della materia: la violazione dei Publicity Rights. 1.4 Il Right of Publicity oggi: campi specifici e casi controversi degli ultimi anni.

1.1 Definizione: cosa sono i Publicity Rights

I Publicity Rights sono i diritti di un individuo di controllare l’uso a scopo commerciale del proprio nome, immagine, sembianze o altri aspetti inequivocabili della propria identità. Tali diritti sono comunemente riconosciuti come una forma di protezione contro l’appropriazione indebita dell’identità di un individuo per scopi commerciali. Tuttavia, il panorama del “*Right of Publicity*” continua ad avere contorni incerti. Questioni su che cosa si intenda esattamente per “identità” di un individuo e su quali tipi di usi siano considerati “commerciali”, continuano ad assillare le Corti.

Ma nel territorio americano, dove questo tipo di diritto è nato e si è sviluppato, questioni ancora più difficili sorgono quando bisogna bilanciare il diritto d’immagine dell’atleta con il diritto alla libertà d’espressione artistica tutelato dal famoso First Amendment.

Il First Amendment, adottato il 15 Dicembre 1791, è una delle dieci modifiche che costituiscono il *Bill of Rights* e impedisce al Congresso “*di creare una qualsiasi legge che stabilisca una religione di Stato o che proibisca la libertà di religione, o vieti il diritto di parola, di stampa, di riunirsi in maniera pacifica o di presentare una mozione al Governo per chiedere il rimedio di un torto subito*”³.

³ Il First Amendment afferma: “*congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of*

In questi casi le Corti devono determinare se il prodotto commercializzato sfrutta in modo predominante (“*predominantly exploits*”) l’immagine di un atleta, o se presenta abbastanza contenuto espressivo da giustificare la protezione del First Amendment⁴.

Il *Right of Publicity* riconosce quindi l’interesse dell’individuo a commercializzare la propria immagine e a trarre un guadagno attraverso la pubblicità di prodotti e servizi. Ma proprio perché la proprietà intellettuale restringe la libertà di espressione, i diritti d’immagine e il First Amendment coesistono in continua tensione. Di conseguenza, alcuni usi commerciali dell’immagine di un atleta possono essere ritenuti “*free expression*” (libertà di espressione) piuttosto che violazione dei *publicity rights*. Spetta dunque alla legge e alle Corti decidere dove tracciare la linea. Infatti il *Right of Publicity* rientra nel campo della “*state law*” (leggi statali): ognuno dei 50 Stati può disciplinare più o meno differentemente la materia.

Iniziando proprio con la storia e lo sviluppo dei *Publicity Rights*, questo capitolo ha come obiettivo quello di analizzare le leggi che regolano la materia negli Stati Uniti.

Nell’ultimo paragrafo mi soffermerò su alcuni casi particolari di violazione, o presunta violazione dei diritti d’immagine degli atleti, facendo riferimento a broadcasting, fantasy sports e Esports, il futuro dei *Publicity Rights*.

1.2.La nascita e la storia dei Publicity Rights in America

Nel suo libro “*Representing the Professional Athlete*” il Professor Carfagna racconta la storia della nascita dei “*Publicity rights*” in America. Il “*Right of publicity*” nasce dal “*Right of Privacy*”, articolato per la prima volta da

the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.”

⁴ Peter A. Carfagna, “Representing the Professional Athlete”, (2013) p. 108

Samuel Warren e Louis Brandeis in uno storico articolo per l'Harvard Law Review datato 15 Dicembre 1890.⁵

Alcuni decenni dopo, William Prosser, Dean of the College of Law a UC Berkeley, identificò 4 distinte invasioni del diritto alla privacy:

1. Intrusione nella solitudine fisica (*intrusion upon physical solitude*);
2. Rivelazione pubblica di fatti privati (*public disclosure of private fact*);
3. Falsa descrizione agli occhi della gente (*depiction in a false list in the public*);
4. Appropriazione di nome o immagine (*appropriation of name or likeness*)⁶.

I primi casi riguardarono proprio il diritto alla privacy, permettendo alle persone di bloccare l'uso dei loro nomi e immagine senza il loro consenso.

Nonostante ciò, per quanto riguardava le celebrità ed atleti famosi persisteva un grande dubbio se il diritto di privacy potesse essere applicato, visto che l'opinione dominante riteneva che queste avessero in qualche modo implicitamente accettato di diventare "figure pubbliche" e rinunciare alla propria privacy.

- In *O'Brien v. Pabst Sales*⁷, l'ex quarterback All-American David O'Brien denunciò Pabst, azienda produttrice di birra, per l'uso della sua immagine vicino ad un bicchiere di birra nel calendario annuale di football. La Corte archiviò il caso in quanto O'Brien non aveva più nessuna ragionevole aspettativa di privacy e, in aggiunta, l'uso della sua immagine nel calendario non conteneva nessuna esplicita sponsorizzazione di Pabst (come se associare un'immagine con un prodotto non fosse già una sufficiente sponsorizzazione!).

⁵ Samuel Warren, Louis Brandeis "The Right to Privacy", Harvard Law Review, 15 Dicembre 1890

⁶ William Prosser, Privacy, 48 Cal. L. Rev. 383, 389 (1960)

⁷ 124 F.2d 167 (5th Cir. 1941)

Se analizziamo la decisione della corte da una prospettiva odierna troviamo numerose incongruenze, ma per molti anni i più grandi atleti, incluso Joe DiMaggio, Joe Louis e Babe Ruth, non usufruirono di nessun *Right of Publicity* nell'arco delle loro carriere.

Tutto questo cambiò con un caso:

- *In Harlan Laboratories, Inc v. Topps Chewing Gum, Inc*⁸ la Corte riconobbe per la prima volta, basandosi sulla legge statale, un assegnabile diritto di “valore pubblico della propria fotografia” (*publicity value of his photography*). La Corte vietò a Topps di vendere figurine di baseball con la foto dei giocatori visto che questi avevano già rilasciato una licenza esclusiva per quel tipo di uso a dei competitors di Topps. La Corte dichiarò: “*è di comune conoscenza che molte persone preminenti (specialmente attori e giocatori), lontani da avere i propri sentimenti feriti attraverso la pubblica esposizione della loro immagine, si sentirebbero tuttavia privati di qualcosa se non gli venisse più concessa la possibilità di ricevere denaro per pubblicità autorizzate, rendendo popolare il proprio volto, mostrandolo in giornali, magazines, bus, treni e metropolitane. Questo right of publicity normalmente non avrebbe un valore economico (per gli atleti) a meno che non venga reso oggetto di un rilascio esclusivo che impedisca di utilizzare le loro immagini*⁹.”

In poche parole, vediamo che il quarto torto identificato da Prosser era diverso dagli altri tre perché proteggeva importanti diritti di proprietà ed

⁸ 202 F.2d 866, 868

⁹ “*It is common knowledge that many prominent persons (especially actors and ball-players), far from having their feelings bruised through public exposure of their likeness, would feel sorely deprived if they no longer received money for authorizing advertisements, popularizing their countenances, displayed in newspapers, magazines, buses, trains and subways. This right of publicity would usually yield them no money unless it could be made*”

economici¹⁰. Ciò viene enfatizzato anche dal *Restatement (Third) of Unfair Competition*, che definisce un invasore dei diritti di d'immagine come: “*Colui che si appropria del valore commerciale dell'identità di una persona usando senza consenso il suo nome, immagine o altri indizi dell'identità con l'obiettivo di commercializzarli*”¹¹”.

L'unico caso inerente i *Publicity rights* arrivato ad essere considerato dalla Corte Suprema si ebbe a riguardo di un performer che non era neanche una vera e propria celebrità:

- In *Zacchini v. Scripps-Howard Broadcasting*¹² la Corte sostenne che un performer avesse il diritto di pubblicizzare il suo show (*human cannonball*) e che tale diritto fosse stato violato da un notiziario che aveva trasmesso l'intera esibizione (durata appena 15 secondi).

La Corte Suprema, basandosi proprio sulle idee del Professor Prosser, descrisse che il proposito dei diritti d'immagine “*essendo abbastanza analogo agli obiettivi dei brevetti e dei diritti d'autore, si incentra sull'obiettivo di raccogliere i frutti delle proprie imprese, avendo poco a che fare con la protezione di sentimenti o reputazione*”¹³. Ma a seguire si ebbe quello che è probabilmente il più difficile e insolito passaggio in *Zacchini* “*In aggiunta, la trasmissione dell'intera esibizione del richiedente, a differenza dell'uso non autorizzato del nome altrui per uno scopo commerciale o dell'uso incidentale di un nome o di una immagine da parte della*

the subject of an exclusive grant which barred any other advertiser from using their pictures”. 202 F.2d 866, 868

¹⁰ Carfagna “Representing the Professional Athlete” (2013) p. 110

¹¹ Restatement (Third) of Unfair Competition: “*One who appropriates the commercial value of a person's identity by using without consent the person's name, likeness, or other indicia of identity for purpose of trade*”.

¹² 433 U.S. 562 (1977)

¹³ “*closely analogous to the goals of patent and copyright law, focusing on the right of the individual to reap the reward of his endeavours and having little to do with protecting feelings or reputation*”. 433 U.S. 562 (1977)

*stampa, punta dritto al cuore dell'abilità del richiedente di guadagnare da vivere come intrattenitore*¹⁴.

Anche se non lo fa in modo così esplicito, sembra che la Corte abbia dato vita ad un “*balance test*” (test di bilanciamento) tale per cui i diritti d'immagine sono più forti quando l'appropriazione “mira dritto al cuore” dell'abilità della persona di guadagnarsi da vivere¹⁵. Così, di conseguenza, verrebbe da pensare che il *Right of Publicity* è più debole quando l'appropriazione non tocca negativamente gli interessi economici di una persona¹⁶.

Alcuni casi hanno posto enfasi sul fatto che l'identità della celebrità o dell'atleta sia stata effettivamente sfruttata a fini commerciali, non limitandosi al nome ma estendendosi alla sua immagine. Per esempio:

- *Carson v. Here's Johnny Portable Toilets, Inc*¹⁷: la corte sostenne che l'uso della frase “*Here's Johnny*” - “*The World's Foremost Comedian*¹⁸” - violasse i diritti d'immagine del comico Johnny Carson, anche se il suo nome non fosse mai stato speso, perché era chiaro che il pubblico ricollegasse quelle frasi alla sua identità.
- *Ali v. Playgirls*¹⁹: come nel caso sopraelencato la corte sostenne che il disegno di un uomo in un ring di boxe con la frase “*The*

¹⁴ “*Moreover, the broadcast of petitioner's entire performance, unlike the unauthorised use of another's name for purpose of trade or the incidental use of a name or picture by the press, goes to the heart of petitioner's ability to earn a living as an entertainer.* 433 U.S. 562 (1977)

¹⁵ Carfagna, “Representing the Professional Athlete”, 2013 p. 111

¹⁶ Ai giorni d'oggi sicuramente gli atleti che firmano accordi pubblicitari possono “sopravvivere” anche senza di questi. Questa decisione della Corte Suprema, come vedremo, porterà alla nascita della difesa “gli atleti guadagnano già abbastanza” (Cap. 1, Par. 3 C.).

¹⁷ 698 F.2d 831 (6th Circ. 1983)

¹⁸ “*Comedian*”: nello slang americano significa qualcuno che dice battute e fa scherzi nei momenti meno opportuni

¹⁹ 447 F. Supp 723 (S.D.N.Y. 1978)

*Greatest*²⁰” fosse sufficiente a violare i diritti d’immagine di Muhammad Ali.

- *Hirsch v. S.C. Johnson & Son, Inc*²¹: un’altra corte sostenne che l’uso del nome “*Crazylegs*”, usato per una crema depilatoria da donna, violasse i *publicity rights* del famoso giocatore di football Elroy Hirsch, soprannominato appunto “*Crazylegs*”.
- *Doe v. TCI Cablevision*²²: venne riscontrato che i diritti d’immagine del giocatore di hockey Tony Twist fossero stati violati dall’uso della sua immagine per la creazione di un personaggio di un cartone animato ideato da Todd McFarlane.

Tuttavia la relativa scarsità di casi in questo campo, le diverse interpretazioni delle varie giurisdizioni e il fatto che l’unico caso considerato dalla Corte Suprema sia datato 1977, rendono molto difficile articolare e comprendere l’attuale legislazione.

Sperando che nuovi casi vengano in futuro considerati e analizzati dalla Corte Suprema e che questa ci guidi nel dare luce alla materia, le corti hanno sviluppato un “*patchwork*” (mosaico) di testi e norme per esaminare la materia caso per caso, con l’obiettivo di proteggere sia la libertà di espressione che l’identità di ciascuna celebrità.

Non ci rimane che addentrarci nella materia analizzando le accuse e le difese in caso di violazione dei diritti d’immagine nel territorio Americano.

1.3 La regolamentazione della materia: la violazione dei *publicity rights*

I *Publicity Rights* sono disciplinati dalla *state law* (legge statale), anche se in alcuni casi possono ricevere protezione anche da leggi federali.

²⁰ “*The Greatest*” infatti, era e tuttora è il soprannome con cui viene riconosciuto il pugile statunitense.

²¹ 280 N.W.2d 129 (Wis. 1979)

Per quanto riguarda le leggi statali, il grado di protezione varia chiaramente da Stato a Stato. Alcuni Stati come la California²³ hanno promulgato espliciti statuti ammettendo apertamente il *Right of Publicity*. Altri Stati riconoscono solamente un diritto comune all'uso della propria immagine. Infine, ci sono Stati che riconoscono entrambi e altri nessuno dei due.

Come risultato di tutto ciò, il querelante e il difensore devono conoscere la specifica protezione offerta dal loro Stato e come questa si differenzia da altre giurisdizioni²⁴.

In aggiunta alle leggi statali, l'istante potrebbe presentare un reclamo di violazione dei suoi *publicity rights* a livello federale sotto il § 43(a) del *Lanham Act*. Il *Lanham Act* offre protezione federale contro l'uso di false identificazioni e false rappresentazioni nella pubblicità e nella vendita di beni o servizi.

Partirò proprio dall'analisi delle accuse di violazione a livello federale, per poi parlare delle legislazioni statali.

1.3.1. Federal Law: The Lanham Act

Come menzionato sopra, le celebrità possono presentare una querela per violazione dei diritti d'immagine sotto la sezione 43(a) del *Lanham Act*, 15 U.S.C. § 1125(a), che proibisce l'uso di false descrizioni d'origine, false identificazioni e false rappresentazioni nella pubblicizzazione e vendita di beni e servizi. I consumatori possono venire indotti a credere falsamente che una determinata celebrità stia sponsorizzando un prodotto.

In realtà, come spiega il Professor Nard, Director del Spangenberg Center for Law, Technology & the Arts e Senior Lecturer alla World Intellectual Property Organization Academy at the University of Torino, Italy:

²² 110 S.W.3d 363, 2003

²³ California's right of publicity statute, Civil Code Section 3344, promulgato nel 1971

²⁴ Carfagna "Representing the Professional Athlete", (2013) p. 119

- *“Il Right of Publicity ha un campo di estensione più ampio dei trademarks (marchi commerciali), dei quali si occupa il Lanham Act. Per questa ragione, i diritti d’immagine possono essere regolati in parte dal Lanham Act, e come specificato dalle corti, quando una querela di falsa sponsorizzazione (false endorsement) è presentata sotto la sezione 43(a), il marchio in questione è l’identità del querelante. Una corte ha specificato²⁵: “un’accusa di falso endorsement basata sull’uso non autorizzato dell’identità di una celebrità è un tipo di accusa di falsa associazione che riguarda l’abuso di un trademark, i.e., un simbolo o un mezzo come una somiglianza visiva, imitazione vocale, o altri caratteristiche unicamente distintive, che possono confondere i consumatori che il querelante abbia sponsorizzato o approvato il prodotto”.*

Professor Nard, durante la sua intervista con il Professor Peter Carfagna per il corso online offerto da Case Western University su Coursera²⁶, spiega perfettamente come si applica la “trademark law” ai “publicity rights”:

- *“Il Lanham Act, lo statuto dei marchi commerciali, certamente presenta norme che prevengono altri da usare il tuo nome, immagine e sembianze per suggerire che stai sponsorizzando, o che sei falsamente affiliato con un particolare bene o prodotto”²⁷.*

Per poi proseguire:

²⁵ *Waits v. Frito-Lay, Inc.*, 1978 F.2d 1093, 1100 (9th Cir. 1992) “A false endorsement claim based on the unauthorised use of a celebrity’s identity is a type of false associate claim, for it alleges the misuse of a trademark, i.e., a symbol or device such as a visual likeness, vocal imitation, or other uniquely distinguishing characteristics, which is likely to confuse consumers as to the plaintiff’s sponsorship or approval of the product.”

²⁶ <https://www.coursera.org/learn/sports-agent/lecture/a6haD/craig-nard-legal-evolution-of-publicity-rights>

²⁷ “The Lanham Act, the trademark statute, certainly has statutes that allow one to prevent others from using your name, image, and likeness to suggest you are endorsing, or you’re falsely affiliated with a particular good or product.”

- *“I marchi registrati e il loro statuto devono proteggere il consumatore da una probabilità di confusione. E così, se un consumatore guarda ad un particolare bene o prodotto ed è confuso in termini di affiliazione o sponsorizzazione dello stesso, il Lanham Act, lo statuto dei marchi, dovrebbe permettere al proprietario di quel marchio di prevenire quell’utilizzo e quella affiliazione. È di questo che si occupa maggiormente la legge sui marchi. E quello a cui giunge tale legge, in termini delle accuse di falsa affiliazione e sponsorizzazione, è molto simile al diritto d’immagine. E se è vero che i due hanno molte cose in comune, tuttavia tale difesa non sempre funziona e, per esempio, non ha avuto molta importanza davanti alla corte nel caso Tiger Woods²⁸, quando Nike aveva già registrato lo swing di Tiger Woods prima che Mr. Rush lo copiasse nel suo dipinto²⁹.”*

Infine, Professor Nard conclude:

- *“La legge in tema dei marchi ha quindi molto da ridire al riguardo, ma credo che il “Right of Publicity”, così come definito dagli Stati, abbia un campo di applicazione a dire il vero più ampio della legge federale³⁰.”*

Nel caso di accuse di “*false endorsement*” sotto il Lanham Act, il problema centrale è la probabilità di confusione che i consumatori credano che la celebrità sponsorizzi il prodotto. Come presentato dal Professor Carfagna, le

²⁸ ETW Corp. v. Jireh Publishing, Inc. 332 F. 3d 915 (6th Cir. 2003)

²⁹ *“A trademark and a trademark statute gets to protecting the consumer from a likelihood of confusion. And so, if a consumer looks at a particular product or good and he’s confused in terms of affiliation or endorsement, the Lanham Act, the trademark statute, would allow the owner of that mark to prevent that exploitation and affiliation. And so that’s what trademark law is largely about. And what trademark law gets at, in terms of its affiliation and false endorsement claims, is very similar to the right of publicity. Right. The two have, have much in common. That argument, however, not always works and it didn’t have a lot of resonance with the court in the Tiger Woods case for example, where Nike had bought the Tiger’s swing before Mr. Rush copied it in his paints.”*

corti hanno sviluppato 8 fattori per determinare se un tale tipo di possibilità di confusione esista o meno³¹.

1. *Forza del marchio dell'attore*: ovviamente, se un atleta ha un marchio fortemente riconoscibile, nel senso che i consumatori connettono il marchio o l'identità della celebrità a determinati beni o servizi, è molto più probabile che il consumatore si senta confuso riguardo alla provenienza o alla sponsorizzazione dei prodotti della società accusata. Alcuni giocatori del calibro di Michael Jordan, Tiger Woods o Cristiano Ronaldo hanno brand talmente forti che è quasi certo che il consumatore si confonda qualora la loro immagine venga associata ad un prodotto senza permesso.
2. *Correlazione tra i beni*: quando la parte accusata e il querelante usano l'immagine della celebrità in maniera simile, c'è sicuramente una maggior probabilità che il consumatore si confonda riguardo alla provenienza del prodotto chiedendosi se l'attore lo abbia sponsorizzato o meno.
3. *Somiglianza dei marchi*: se l'impressione complessiva creata dal marchio del ricorrente o l'uso generale della sua identità sono simili o richiamano fortemente i marchi usati dalla parte accusata, per quanto riguarda l'apparenza, il suono o il significato, allora vi è una maggior probabilità di confusione per il consumatore.
4. *Evidenza di una confusione concreta*: anche se non strettamente necessario ai fini della causa, qualora un querelante riesca a dimostrare che ci sia una concreta confusione da parte dei consumatori, il suo caso verrà notevolmente fortificato. Per questa ragione, la parte querelante spesso distribuisce sondaggi al pubblico chiedendo alle persone se queste associno l'attore con quel determinato prodotto o se ritengano che lo abbia sponsorizzato.

³⁰ “so the trademark law has a lot to say about it, but I think the right of publicity, as the states have defined, it is actually broader than the trademark law, the federal law”

³¹ Peter Carfagna, “Representing the Professional athlete” (2013) pp. 128-129-130

Molti contenziosi si sono risolti grazie a dei veri e propri “*market surveys*” (sondaggi di mercato). A questo riguardo, bisogna tuttavia precisare che non sempre i sondaggi si sono rivelati decisivi: un esempio è il caso di Tiger Woods³².

5. *I canali marketing utilizzati*: se i beni o i servizi della celebrità querelante e della società accusata sono commercializzati e venduti negli stessi negozi, o se sono pubblicizzati attraverso gli stessi mezzi di informazione, c'è una chance più grande di confusione per i consumatori.
6. *Il livello presumibile di cura nei consumatori*: se i consumatori a cui si mira sono più sofisticati e prudenti nei loro acquisti, c'è una minor chance che la corte riterrà che tale confusione esista. È opportuno però notare che tale livello di sofisticatezza è spesso assente nel mondo dello sport.
7. *La consapevolezza della parte accusata di selezionare un determinato marchio*: se il querelante può dimostrare che la parte accusata abbia consapevolmente utilizzato il suo marchio o identità, sarà allora più probabile che la corte ritenga che il difensore abbia fatto ciò proprio con la volontà di trarre un vantaggio indebito dalla reputazione della celebrità. Nonostante la dimostrazione di questa impressione non sia del tutto necessaria perché l'accusa prevalga, tuttavia suggerisce un'intenzione di provocare confusione da parte del convenuto.
8. *Probabilità di espansione della linea prodotti*: se il prodotto dell'attore e del convenuto differiscono, la corte deve considerare quanto è probabile che il querelante inizi a vendere prodotti per i quali l'accusato sta usando il suo marchio: più alta è tale possibilità, maggiore è la probabilità di confusione.

³² *ETW Corp. v. Jireh Publishing Inc.*, 332 F.3d 915 (6th Cir. 2003)

Detto questo, le corti hanno enfatizzato come questi fattori non creino una formula matematica precisa, e che la parte che intende rivendicare l'uso indebito della propria immagine non deve provarli tutti per avere successo nel proprio scopo. Piuttosto, servono come aiuto per determinare la probabilità che i consumatori siano ingannati o confusi circa la sponsorizzazione di un bene o servizio da parte dell'atleta.

Per comprendere a pieno tutto ciò, si rivela utile dare un'occhiata ad alcuni famosi casi passati:

- *Waits v. Frito lay*³³: il famoso cantante Tom Waits denunciò Frito-Lay Inc., per aver presentato il loro spot commerciale via radio con una voce che imitava il suo cratteristico timbro vocale rauco.
- 7. *La consapevolezza della parte accusata di selezionare un determinato marchio*: la corte distrettuale ha rilevato, e il 9th Circuit confermato, che Frito-Lay aveva intenzionalmente indirizzato il suo spot commerciale ad un audience che si sovrapponeva con l'audience di Tom Waits.
- 4. *Evidenza di una confusione concreta*: in aggiunta, Waits ha presentato con successo l'evidenza di una confusione concreta da parte dei consumatori, presentando testimoni che credevano che fosse Tom Waits a cantare le parole della pubblicità. Come risultato di ciò, la corte aveva rilevato che si era di fronte ad una sufficiente evidenza che i consumatori fossero stati ingannati dallo spot commerciale a credere che Tom Waits pubblicizzasse il prodotto Frito-Lay.
- *Allen v. men's World Outlet (S.D.N.Y. 1988)*³⁴: La parte accusata, Men's World Outlet, aveva usato le sembianze di Woody Allen per

³³ *Waits v. Frito lay* 978 F.2d 1093 (9th Cir. 1992)

³⁴ 679 F.Supp. 360 (S.D.N.Y. 1988)

una pubblicità dentro il loro store che venne pubblicata nel settimanale americano Newsweek. Woody Allen fece causa sotto il Lanham Act per falsa sponsorizzazione e falsa associazione.

- *1. Forza del marchio dell'attore:* Woody Allen è senza dubbio uno degli attori e registi più famosi nel panorama mondiale e la sua particolare figura estetica gli dona un connotato unico, che permette al pubblico di riconoscere immediatamente il personaggio.
 - *4. Evidenza di una confusione concreta:* proprio in virtù del fatto che il marchio di Woody Allen è molto forte, applicando il test sulla probabilità di confusione, la corte ha rilevato che la pubblicità venisse immediatamente collegata all'attore, creando confusione tra i due marchi.
 - *6. Il presumibile livello di sofisticatezza dei consumatori:* venne inoltre rilevato che Newsweek, in quanto magazine di interesse generale, non aveva necessariamente lettori così sofisticati in campo cinematografico. Ciò aumentò decisamente la probabilità di confusione.
- *Wendt v. Host Int'l, Inc. (9th Circ. 1997)*³⁵: due figure robotiche con le sembianze di due famosi membri del cast di "Cheers", quello che era una volta un celebre programma televisivo, vennero poste fuori da un bar di un aeroporto costruito secondo il famoso set dello show televisivo. In risposta, i due attori fecero causa sotto il Lanham Act. Il Ninth Circuit rovesciò la decisione della corte distrettuale di rilasciare un giudizio sommario per la parte imputata, argomentando l'applicabilità di tutti gli otto fattori di probabilità del "*confusion test*":
- 1. Perché gli attori erano membri di un famoso show televisivo, avevano tutti un marchio forte;

- 2. I beni degli attori (la loro fama in quanto attori) sono correlati ai prodotti del bar (drinks, cibo, etc.) in modo tale che la fonte della fama di entrambe sia la serie televisiva Cheers;
- 3. I robot somigliano decisamente agli attori;
- 4. Gli attori hanno presentato una evidenza di confusione tra i consumatori;
- 5. I clienti che il bar vuole attirare sono persone che hanno visto la serie Cheers;
- 6. I clienti del bar probabilmente si chiederanno se gli attori abbiano sponsorizzato il bar o meno;
- 7. È evidente che la parte querelata abbia voluto disegnare le figure dei robot per imitare gli attori;
- 8. Una delle attrici aveva già considerato di stipulare in futuro un accordo di sponsorizzazione in larga scala per un'azienda produttrice di birra³⁶.

Ma probabilmente il caso più discusso è:

- *ETW Corp v. Jireh Publishing, Inc.* (6th Circuit, 2003)³⁷. Nel 1998, l'artista Rick Rush creò un dipinto intitolato “*The Master of Augusta*”, disegnato per commemorare la vittoria di Tiger Woods nel celebre Master di golf. Il dipinto raffigura Tiger Woods in 3 pose differenti: alla sua sinistra c'era il suo caddy e nello sfondo le sembianze di altri storici vincitori del Master. In aggiunta ad una richiesta di risarcimento per violazione dei publicity rights, i difensori di Tiger Woods denunciarono anche una violazione del Lanham Act per uso non autorizzato della sua figura e per implicare falsamente che Tiger sponsorizzasse il dipinto.

³⁵ 125 F.3d 806 (9th Cir. 1997)

³⁶ Carfagna “Representing the Professional Athlete”, (2013) p. 131

³⁷ 332 F.3d 915 (6th Cir. 2003)

In risposta a queste richieste, la corte stabilì che come legge generale, l'immagine di una persona o le sue sembianze non possono essere considerati un marchio registrato. In risposta al secondo reclamo, la corte ha notato come *“nei casi di false endorsement sotto il Lanham Act che presentano un'espressione artistica, il test di probabilità non dà sufficiente peso all'interesse pubblico nella libertà di espressione”*³⁸.

Come risultato di ciò, la corte ha affermato che nei casi riguardanti il Lanham Act il test di probabilità di confusione dovrebbe essere applicato solo quando l'interesse pubblico nell'evitare confusione supera l'interesse nella libertà di espressione. Questa è probabilmente la linea di demarcazione tra i due diritti.

Diversamente, volendo criticare la decisione della corte, si potrebbe affermare che se da un lato è vero che è necessario bilanciare la possibilità di confusione e la protezione della libertà artistica, l'analisi dovrebbe comunque considerare gli otto fattori sopra citati, cosa che probabilmente non è avvenuta in questo caso. Un esempio di ciò è il fatto che gli avvocati di Tiger Woods dimostrarono che il 62% delle persone sottoposte ad un sondaggio pensava che Tiger avesse sponsorizzato in qualche modo il dipinto³⁹.

Il Professor Nard ha discusso del caso nella sua intervista con il Professor Carfagna, pubblicata nel corso online offerto su Coursera *“Representing the Professional Athlete”*, organizzato da Case Western University⁴⁰. Vorrei riportare una breve parte dell'intervista:

³⁸ *“Lanham Act false endorsement cases involving artistic expression, the likelihood of confusion test does not give sufficient weight to the public interest in free expression”*

³⁹ Carfagna *“Representing the Professional Athlete”* (2013) p. 132

⁴⁰ <https://www.coursera.org/learn/sports-agent/lecture/a6haD/craig-nard-legal-evolution-of-publicity-rights>

- Professor Carfagna: *“Quanto è importante, in questi tipi di casi, il sondaggio sulla confusione dei consumatori? In altre parole, in questo caso specifico, abbiamo un 62% dei consumatori che affermano di credere che Tiger si sia associato al prodotto, perché’ era il suo swing distintivo”*⁴¹.
- Peter Nard: *“In generale ha un’importanza cruciale. Il sondaggio sull’evidenza di confusione è una delle prove più cruciali che si possano presentare. Pensala in questo modo: se siamo veramente preoccupati di prevenire la confusione dei consumatori, o le probabilità di una eventuale confusione, necessariamente devi chiedere al consumatore, “sei confuso? C’è probabilità che ciò ti crei confusione?” Così, solitamente nei contenziosi sui marchi commerciali bisognerebbe chiedere a statistici Phd di mettere insieme questi sofisticati questionari, chiedendo ai consumatori se siano confusi o meno e una serie di domande. E se tu hai un tasso del 62% di risposte che ti dice che c’è una grossa possibilità di confusione, questa diventa una prova molto forte. E come abbiamo appena visto, gli avvocati di Tiger Woods l’hanno portata alla luce. E diciamolo pure, come puoi esprimere un verdetto a favore di Mr. Rush quando hai il 62% dei consumatori che pensa che Tiger Woods fosse in qualche modo affiliato al prodotto?”*⁴²

⁴¹ *“How important, in these types of cases, it’s the consumer survey evidence of confusion or affiliation. In other words, in this case, there was a 62% consumer survey saying, Yeah, I thought Tiger would have been, was in fact, affiliated with this product. Because it was his signature swing”.*

⁴² *“It’s absolutely crucial. Survey evidence and trademark litigation is really one of the most crucial pieces of evidence there is. So think about it: If we’re really concerned about preventing consumer confusion, or likelihood of consumer confusion, you have to ask the consumer, are you confused? Are you likely to be confused? And so typically in trademark litigation, you would have PhD Statisticians putting together these sophisticated questionnaires of consumers, are you likely to be confused and a series of questions. And if you have 62% response rate that they’re likely to be confused. That is very strong evidence indeed and in fact as you know, the descent in the Tiger Woods case brought this up. And says, how you can rule on this in a particular way in favor of Mr. Rush, the artist, when 62% of the consumers, think that Tiger Woods is some how affiliated or endorsing this painting.”*

- Prof. Carfagna: *“E probabilmente nella maggior parte dei casi un giudice lascerebbe decidere la giuria perché questa è composta dalle persone comuni. Sono proprio loro che dovrebbero decidere se si sentono confuse dall’affiliazione o dalla sponsorizzazione”*⁴³.
- Professor Nard: *“Vero, tipicamente la giuria rispecchia le persone che sono destinatarie del sondaggio. Qui però, in modo interessante, il giudice ha deciso attraverso quello che chiamiamo un giudizio sommario. Egli ha stabilito che spettava a lui decidere il caso perché’ aveva già abbastanza prove e, secondo lui, non c’erano altri punti concreti da discutere. Ha scelto di non lasciar decidere alla giuria e, per questo motivo, la sua decisione è stata abbastanza singolare per come la penso io”*⁴⁴.

Successivamente, il Professor Nard ha spiegato:

- *“Dobbiamo ricordarci cosa cerchiamo di fare in questi casi. Da un lato abbiamo i diritti d’immagine, il diritto di proprietà, e lo stiamo ponderando con l’interesse della società nella libertà di espressione. È questo quello che le corti stanno cercando di bilanciare la totalità del tempo e non c’è molta certezza in questo campo”*⁴⁵.

Poi, ritornando sul caso Tiger Woods, ha aggiunto:

- *“Nel caso di Tiger Woods, l’uso trasformativo era in gioco. L’artista aveva un vero e proprio diritto alla libertà di espressione protetto dal First Amendment, e ciò principalmente perché la corte ha ritenuto che ci fosse un significativo valore artistico nel dipinto.*

⁴³ *“And perhaps in, in most cases a judge would let a jury decide that because they are. They are the common persons. They should decide whether they are in fact were confused themselves by affiliation or the endorsement”.*

⁴⁴ *“Typically the jury does reflect the people who are surveyed. Here though, interestingly the judge decided what we call summary judgement in the law, decided I'm going to decide this. I have enough evidence before me. There are no other really material, factual issues to be decided. I'm not going to let this get to the jury. And on that ground it was quite remarkable, it seems to me”.*

⁴⁵*“We have to remember what we're trying to do in these types of cases. We have on the one hand the right of publicity, the property right, and we're weighing that against society's interest in free expression. And this is what the courts are trying to balance all the time and there's not a lot of certainty in this field.”*

Il nocciolo della questione è che quello che Mr. Rush ha fatto in qualità di artista, è stato trasformare l'opera. Non era una mera riproduzione di Tiger Woods, ma piuttosto ha disegnato Tiger in diverse pose, con alcuni golfisti del passato nello sfondo. Inoltre, c'era l'Augusta Leadership Board, la clubhouse. Insomma, c'erano una serie di caratteristiche in quel dipinto che hanno fatto sì che la corte ritenesse che si fosse davanti ad una rappresentazione "trasformativa" (non mera riproduzione) di Tiger Woods. E questo, va unito sia al fatto che secondo la corte il dipinto aveva un notevole valore artistico, sia all'opinione della stessa che le figure degli sportivi particolarmente famosi come Tiger diventino nel tempo parte della nostra società ed espressione collettiva. Lo sai, viene visto un interesse della società in queste raffigurazioni, e di conseguenza artisti come Mr. Rush devono essere lasciati liberi di esprimere tale interesse."⁴⁶

Infine, Professor Nard ha concluso:

- *"Ora dobbiamo chiederci, ma quindi esiste un diritto protetto dal First Amendment di essere liberi di creare una litografia di atleti famosi come Tiger Woods? Questo caso ci insegna che chiaramente esiste"⁴⁷.*

1.3.2. State Law

⁴⁶ *"In the Tiger Woods case, the transformative use was at play...The artist had a full blown first amendment, free expression right in that painting. And it's largely because the court thought there was significant artistic value in that painting. The core though that what the artists did, Mr. Rush, is to transform the work. It wasn't a literal depiction of Tiger Woods. Rather he had Tiger in various poses, but he also had other famous golfers in the background. He had the Augusta Leadership Board, the clubhouse. There were a number of features in that painting where the court thought led to a transformative depiction of Tiger Woods. And that, coupled with the fact that it had significant artistic relevance according to the court, and that sports figures over time, particularly famous ones like Tiger Woods, become part of our societal or collective expression. You know, they're that society has an interest in this depiction and therefore artists like Mr. Rush who'd be able to express those interests accordingly."*

⁴⁷ *"Now, there's gotta be a first amendment right to be able to create a lithograph poster of a famous athlete like Tiger Woods? This case taught us that clearly there is"*

Rimanendo in territorio Americano, è opportuno spostarci nel campo variegato della “State Law”, cioè le leggi che cambiano da Stato a Stato senza fornire una protezione uniforme a livello federale.

Nonostante ciò, la maggior parte delle leggi statali generalmente nomina tre elementi la cui presenza è necessaria per poter rivendicare i propri diritti d’immagine:

- a) Che la parte accusata abbia usato l’identità del querelante;
- b) Senza consenso;
- c) Per scopi commerciali.
- d) A questi tre elementi si aggiungono anche altre considerazioni di interessi da parte delle corti.

Andiamo ad analizzarli uno alla volta.

a) Identità

§ 46. Appropriation Of The Commercial Value Of A Person’s Identity - The Right Of Publicity: “One who appropriates the commercial value of a person’s identity by using without consent the person’s name, likeness, or other indicia of identity for purposes of trade is subject to liability for the relief appropriate under the rules stated in [§ § 48 and 49](#).” Restatement (Third) of Unfair Competition.

La prima cosa che le corti considerano e che gli avvocati devono dimostrare con successo in una rivendicazione dei diritti d’immagine del proprio cliente, è che la parte accusata abbia usato l’identità del querelante.

Il concetto d’identità è una questione di fatto che dipende dalla natura e dall’entità delle caratteristiche identificanti utilizzate dal presunto trasgressore, come:

- a) la sua volontà di appropriarsi ingiustamente dell’immagine di una star;
- b) il livello di fama della celebrità;

- c) l'evidenza di una concreta identificazione fatta da terze persone attraverso sondaggi o prove che indicano tale percezione da parte del pubblico⁴⁸.

Le corti hanno spiegato che il problema centrale ruota intorno al fatto se il consumatore colleghi o meno il querelante con la pubblicità dell'accusato.

Ma per identità si intende solo nome, immagine e somiglianza o si può riconoscere anche qualcos'altro? Ora che i diritti d'immagine si sono sviluppati, possiamo considerare identità anche una caratteristica personale o un soprannome? Il Professor Carfagna ha posto esattamente questa domanda al Professor Nard, che ha gettato luce sulla materia affermando⁴⁹:

- *“Bene, certamente il nome e le sembianze, ma anche la voce per esempio. Penso che più ti avvicini all'identità di quella persona come percepita dai consumatori, allora più rischi di andare a sbattere contro i diritti d'immagine di quella celebrità. Quindi, se un consumatore guardando ad una pubblicità pensa “oh questa pubblicità mi ricorda le caratteristiche distintive di quell'atleta o celebrità”, allora sì che ti stai scontrando con i suoi diritti d'immagine”⁵⁰.*

Più un atleta o una celebrità vengono affiliati o associati con una particolare caratteristica, che sia la loro identità, immagine, somiglianza, voce o movenza, più è facile imbattersi in una violazione dei “*publicity rights*” per chi fa uso di queste senza una licenza.

⁴⁸ Come possiamo vedere, molti di questi fattori sono gli stessi che abbiamo già analizzato nelle accuse presentate sotto il Lanham Act.

⁴⁹ <https://www.coursera.org/learn/sports-agent/lecture/a6haD/craig-nard-legal-evolution-of-publicity-rights>

⁵⁰ *“So, certainly image and likeness, but also one's voice. I think that the closer you, sort of trend to that person's identity as understood by the consumer, then you bump up against that right of publicity. So if a consumer could look at this exploitation and say “oh this advertisement say reminds me that distinctive feature of that athlete or entertainer, then you're sort of bumping up against that right of publicity.”*

A questo proposito, il Professor Nard ha aggiunto⁵¹:

- *Per esempio se un giocatore è famoso per una determinata parola⁵², teoreticamente può possederla come parte dei suoi diritti d'immagine...ma non so se, o meglio spero non ci spingeremo mai così lontano davanti alle corti...dopo tutto però, dobbiamo pensare che Abdul Jabaar possiede la parola "skyhook"⁵³, Elvin Hayes il "fadeway"⁵⁴ e potremmo andare avanti e nominare numerosi esempi di altri atleti. Questo è il pericolo. Quando riconosci qualcosa che colleghi ad un particolare atleta, diventa questa cosa una nuova proprietà nei suoi diritti d'immagine? Dobbiamo sempre porci questa domanda"⁵⁵.*

Che piaccia o meno, la verità è che questo sviluppo dei diritti d'immagine è un'ottima opportunità per commercializzare i giocatori e una grande fonte di denaro per atleti e agenti. Ma dov'è la linea? E come la tracciamo? Mano a mano che andremo avanti in questo capitolo cercherò di spiegarvi dove tracciare il confine.

Prima di parlare del secondo punto (la mancanza di consenso), diamo un'occhiata alla presenza del fattore identità in alcuni dei casi nominati ad inizio capitolo nella storia dei "Publicity Rights".

⁵¹ <https://www.coursera.org/learn/sports-agent/lecture/a6haD/craig-nard-legal-evolution-of-publicity-rights>

⁵² Il riferimento è a Peyton Manning e la sua "Omaha", famosa parola usata dal quarterback e alcune delle sue chiamate.

⁵³ "Skyhook": il gancio al cielo che ha reso famoso il cestista americano.

⁵⁴ Altra celebre mossa di basket, resa famosa da Elvin Hayes.

⁵⁵ *"This again, if this is what he's known for, theoretically could own a word as part of his publicity rights... "But I don't know if we'll ever...I hope we don't get that far in the courts... After all Abdul-Jabbar owns "Skyhook", Elvin Hayes "The Fadeaway". You could go back and forth and, and list a number of examples of athletes. That's the danger. When you recognize something that you relate to a particular athlete, does this something become a new property right in one's publicity? We always have to face the question".*

- *Carson v. Here's Johnny Portable Toilets Inc*⁵⁶: l'indagine sull'identità in questo caso riguardava solamente l'accertamento del fatto che i consumatori collegassero la pubblicità al conduttore televisivo e comico Jonny Carson, nonostante il nome (o meglio il cognome) di questi non fosse stato speso dall'azienda.
- *Doe v. TCI Cablevision*⁵⁷: la domanda era se i consumatori connettessero il personaggio del fumetto "Anthony" Tony Twist Twistelli con il giocatore Tony Twist, che presentava caratteristiche fisiche simili al carattere disegnato nel comic⁵⁸.
- In *Ali v. Playgirl*⁵⁹: la questione riguardava se i consumatori collegassero il leggendario pugile con l'immagine di un uomo di colore seduto in uno sgabello nell'angolo di un ring con scritto "The Greatest".

Tutti questi casi si rivelarono inequivocabili. Le corti infatti decisero che tutte e tre le pubblicità facevano uso dell'identità del querelante in modo sufficiente da creare agli occhi dei consumatori una connessione tra la pubblicità della parte accusata e la celebrità.

In altri casi, ad esempio *Hooker v. Columbia Pictures Industries Inc*⁶⁰, le corti notarono che se l'uso di alcune caratteristiche del querelante non sono sufficienti ad identificarlo, allora non ci può essere rimedio.

La verità è che in generale le aziende che fanno uso di identità di celebrità solitamente lo fanno con l'intenzione di attirare attenzione sui loro prodotti. Se i consumatori non sono capaci di identificare la persona famosa nella pubblicità, allora lo scopo della pubblicità stesso è in gran parte perso⁶¹. La maggior parte delle volte, quindi, le compagnie sono pienamente coscienti

⁵⁶ 698 F.2d 831 (6th Cir. 1983)

⁵⁷ 110 S.W. 3d 363 (MO. 2003)

⁵⁸ Alla fine le due parti trovarono un accordo di risarcimento per una cifra intorno ai 5 milioni di dollari.

⁵⁹ 447 F.Supp 723 (S.D.N.Y. 1978)

⁶⁰ 551 F.Supp. 1060 (N.D.III.1982)

⁶¹ Carfagna "Representing the Professional Athlete", 2013 – p. 122

del fatto che stanno operando al di là dei confini della legge, ma nonostante ciò decidono di violare i diritti d'immagine di una determinata celebrità. Le corti riescono a riconoscere tutto ciò con discreta facilità. Di conseguenza, se è vero che alcuni casi in passato hanno posto qualche difficoltà, l'uso standard di nomi e sembianze soddisferà quasi sempre il requisito dell'identità.

b) Consenso

Il secondo elemento che un querelante deve provare è la mancanza di consenso. Nessuna persona potrebbe sfruttare il valore commerciale di un individuo senza il suo consenso ad utilizzare il suo nome o immagine.

Tale elemento può essere rilasciato in numerosi modi:

- Dichiarazione espressa sotto forma di un contratto, solitamente un accordo di licenza⁶².
- Può essere però anche implicito, venendo suggerito da una condotta che può essere ragionevolmente intesa come consenso manifesto (a meno che uno Stato in particolare non richieda la forma scritta).

Nella maggior parte dei casi la presenza del consenso non è oggetto di lunghe discussioni innanzi alla corte, visto che la sua mancanza di non è difficile da provare⁶³.

c) Scopi commerciali

§ 47. Use For Purposes Of Trade

The name, likeness, and other indicia of a person's identity are used "for purposes of trade" under the rule stated in [§ 46](#) if they are used in advertising the user's goods or services, or are placed on merchandise marketed by the user, or are used in connection with services rendered by the user. However, use "for purposes of trade" does not ordinarily include the use of a person's identity in news reporting, commentary, entertainment,

⁶² Vedi Capitolo III Paragrafo 1

⁶³ Carfagna "Representing the Professional Athlete", 2013 – p. 123

works of fiction or nonfiction, or in advertising that is incidental to such uses". – *Restatement (Third) of Unfair Competition*.

Il terzo elemento che il querelante deve dimostrare è che la sua identità sia stata usata per scopi commerciali. In generale, il mero uso dell'identità della celebrità in una sponsorizzazione o promozione di un prodotto soddisfa questo requisito. Non è richiesto né che la pubblicità implichi che l'atleta sponsorizzi il prodotto, né che la stessa sia falsa, ingannevole o fuorviante. Come spiegato ancora una volta dal Professor Nard in maniera impeccabile⁶⁴:

- *"Potremmo vedere i diritti d'immagine come un campo più ampio, più inclusivo rispetto ai marchi registrati. Si può far uso dell'immagine di un atleta o di un intrattenitore in un modo che non suggerisca una sponsorizzazione ma nonostante ciò rappresenti uno sfruttamento commerciale di tale immagine e sembianze"*.

Lo Statuto sui *Publicity Rights* in California si spinge oltre affermando: *"non si richiede più che l'utilizzo non autorizzato occorra in una pubblicità di un prodotto o una sponsorizzazione o altri tipi di sollecitazioni all'acquisto"*⁶⁵.

Le corti hanno solitamente interpretato questo scopo commerciale come ogni uso dell'identità del querelante diretto ad attirare i consumatori verso il prodotto della parte accusata.

Nonostante ciò, non tutti gli usi dell'identità del querelante sono considerati commerciali. Per esempio, usi come: presentazione di notizie, editoriali, parodie, biografie e storie romanzate sulla vita reale delle persone, sono

⁶⁴ <https://www.coursera.org/learn/sports-agent/lecture/a6haD/craig-nard-legal-evolution-of-publicity-rights>

⁶⁵ California's amended publicity rights statute, § 3344 (emendato nel 1984) *"no longer requires that the unauthorised use occur in a product advertisement or endorsement or other such solicitation of purchase"*.

state ritenuti non commerciali. In queste istanze, le corti spesso bilanciano la natura commerciale della pubblicità con il contenuto espressivo e la derivante protezione offerta dal First Amendment⁶⁶.

Come spiega il Professor Carfagna, negli ultimi anni una parte della dottrina ha cercato di promuovere una visione “*spectrum-based*” dell’analisi degli scopi commerciali:

- Nell’estremità “altamente commercializzata” ci sono gli usi che implicano associazione o sponsorizzazione tra l’immagine del querelante e il prodotto della difesa. Questo uso certamente rientra tra lo scopo commerciale.
- Nell’estremità “non commerciale” ci sono gli usi espressivi che non hanno uno scopo puramente commerciale. Questi tipi di usi richiedono che le corti bilancino la natura commerciale con la natura espressiva della pubblicità.
- Infine, dove ricade l’uso lungo questo spettro dipenderà dal particolare fatto e contesto di ciascun caso⁶⁷.

Per comprendere a fondo quanto presentato, è opportuno dare un’occhiata ad alcuni casi famosi di violazione dei diritti d’immagine per scopi commerciali:

- *In Abdul-Jabber v. Gen. Motors Corp (GMC)*⁶⁸, la parte accusata aveva usato il nome di nascita di Kareem Abdul Jabaar, Lewis Alcindor, per pubblicizzare un prodotto. In questo caso la corte ha dichiarato: “*visto che l’uso da parte di GMC dell’identità del querelante ha in grande parte attratto l’attenzione degli spettatori televisivi, GMC ha ricevuto un vantaggio commerciale*”⁶⁹

⁶⁶ Carfagna “Representing the professional athlete”, 2013 p. 124

⁶⁷ Carfagna “Representing the Professional Athlete”, 2013

⁶⁸ 85 F.3d 407, 415 (9th Cir. 1996)

⁶⁹ “*to the extent GMC’s use of the plaintiff’s with name attracted television viewers’ attention, GMC gained a commercial advantage*”.

- In modo simile, in *Eastwood v. Superior Court of Los Angeles County*⁷⁰, un giornale aveva pubblicato una falsa storia riguardante un triangolo amoroso che coinvolgeva il famoso attore Clint Eastwood. Notando che l'uso del nome e dell'immagine dell'attore aveva uno scopo commerciale, la corte ha spiegato che: *“il primo passo verso la vendita di un prodotto o un servizio è attirare l'attenzione dei consumatori”*⁷¹.
- In *Hoffman v. Capitol Cities / ABC Inc*⁷² una rivista aveva alterato digitalmente una foto di Dustin Hoffman nel ruolo da lui interpretato nel celebre film Tootsie. Nonostante l'appropriazione dell'identità dell'attore, la corte in questo caso ha rilevato che l'uso combinava *“fashion photography”*, umorismo e contenuto espressivo. Per queste ragioni, alla fine tale uso non venne ritenuto una pubblicità tradizionale designata solamente per scopi commerciali. Su questo caso torneremo più avanti quando parleremo della *“libertà di parodia”*⁷³.

d) Altre considerazioni di interessi da parte delle corti.

In aggiunta ai requisiti previsti dagli Statuti, le corti osservano anche altre cinque considerazioni generali che giustificano la rivendicazione dei diritti d'immagine di un atleta⁷⁴:

- 1) Protezione degli interessi individuali di dignità e autonomia;
- 2) Assicurare all'atleta lo sfruttamento del valore commerciale della propria fama;
- 3) Prevenire l'arricchimento ingiustificato di altri che cercano di appropriarsi del valore commerciale o della fama dell'atleta;
- 4) Prevenire l'uso dannoso o eccessivo che potrebbe indebolire il valore dell'identità di una persona;

⁷⁰ 149 Cal App3d 409 (CT. App. 1983)

⁷¹ *“the first step toward selling a product or service is to attract the consumers' attention”* - 149 Cal App3d 409 (CT. App. 1983).

⁷² 255 F. 3d 1180 (9th Cir. 2001)

⁷³ Capitolo I Par 3.C.f) “Parodia e Uso Transformativo”

⁷⁴ Carfagna, “Representing the Professional Athlete” 2013.

5) Assicurare protezione contro falsi suggerimenti e sponsorizzazioni;

1. Protezione degli interessi di un individuo nella dignità e autonomia.

La prima considerazione riconosce l'interesse dell'atleta nella dignità e autonomia. Entrambi questi elementi si collegano ad un aspetto più fondamentale dei diritti d'immagine: il loro controllo.

Le corti hanno ripetutamente riconosciuto che i diritti d'immagine riguardano essenzialmente l'abilità dell'atleta di controllare la commercializzazione del loro nome. Proprio a questo proposito, in *Doe v. TCI Cablevision*, la corte ha dichiarato che *“i diritti d'immagine sono i diritti di ogni essere umano di controllare l'uso commerciale della propria identità”*⁷⁵

2. Assicurare all'atleta lo sfruttamento valore commerciale della propria immagine.

La seconda considerazione riguarda la necessità di proteggere l'interesse dell'atleta ad assicurarsi il valore commerciale della propria fama, specialmente nel mondo del marketing di oggi, che può essere incredibilmente redditizio per i giocatori. Per questa ragione, generalmente le corti riconoscono il bisogno di proteggere il diritto degli atleti di capitalizzare della loro fama.

Nonostante ciò, molti tribunali sono ancora esitanti nel riconoscere questo fronte come base valida per sostenere i diritti d'immagine, facendo ancora riferimento al famoso caso *Zacchini*, dove la Corte Suprema aveva rilevato che la registrazione dell'intera esibizione dell'intrattenitore *“mirava al cuore delle sue abilità di guadagnare da vivere come intrattenitore”*⁷⁶.

⁷⁵ 110 S.W. 3d 363 (MO. 2003) *“the right of publicity is the inherent right of every human being to control the commercial use of his or her identity”*.

⁷⁶ 433 U.S. 562 (1977) *“would go to the heart of his ability to earn a living as an entertainer”*

Infatti, se da un lato è vero che i diritti d'immagine sono redditizi, sicuramente non mirano al “cuore” della capacità di guadagnarsi da vivere degli atleti, che spesso ricevono già stipendi considerevoli.

3. *Prevenire l'arricchimento ingiustificato di altri che cercano di appropriarsi del valore commerciale o della fama dell'atleta.*

La terza analisi riguarda la prevenzione di un ingiusto arricchimento della parte accusata. Solitamente, la risposta più diffusa di chi si deve difendere da tale accusa è che non esiste nessun ingiusto arricchimento, perché il nome e le sembianze degli atleti famosi sono parte di quello che viene definito “dominio pubblico”. Tuttavia, i querelanti devono essere rapidi nel rispondere che i nomi e le identità dei giocatori hanno valore esattamente perché sono parte del pubblico dominio.

Per esempio in un caso già nominato:

- *Uhlander v. Henricksen*⁷⁷, la parte accusata ha creato un gioco da tavolo usando i nomi dei giocatori e alcune statistiche senza il loro permesso. La corte ha specificatamente rigettato l'argomento del “*pubblico dominio*” notando che “*i nomi dei giocatori e le statistiche assumono valore solo perché vengono resi pubblici e fatti circolare*”.

Essenzialmente, il fatto di sostenere che il pubblico dominio di tali informazioni impedisca di denunciare un'appropriazione ingiusta del nome o delle sembianze di un atleta, negherebbe ogni causa di azione. Permettendo l'uso non autorizzato in ogni circostanza, si distruggerebbe la stessa idea alla base dei *publicity rights*.

⁷⁷ 316 F. Supp. 1277 (D.Minn. 1970)

4. *Prevenire l'uso dannoso od eccessivo che potrebbe indebolire il valore dell'identità di un atleta.*

Il quarto interesse è collegato al bisogno di proteggere i giocatori dagli usi che diminuiscono il valore della loro identità. Questo fronte può rivelarsi particolarmente difficoltoso per il querelante quando l'uso della sua immagine finisce per aumentare il valore commerciale dell'identità stessa.

Per capire meglio ciò, basti guardare ad un esempio:

- In *C.B.C. Distrib & Mktg, Inc v Major League Baseball Advanced Media, L.P.*⁷⁸, la società accusata ha discusso in modo persuasivo che i “fantasy sports”⁷⁹ non diminuiscono, ma in realtà rafforzano la commercializzazione dei giocatori. Riprenderò questo argomento quando parlerò del fantasy football nell'ultimo paragrafo di questo capitolo⁸⁰.

Come osserva il Professor Carfagna in modo intelligente nel suo manuale “*Representing the Professional Athlete*”, il querelante può rispondere argomentando che tali decisioni di mercato devono essere lasciate alle parti, che hanno molta più capacità di comprendere le complessità del marketing sportivo rispetto alle corti. Inoltre la parte querelante deve enfatizzare che molti atleti cercano di creare un'immagine particolare con l'obiettivo di rafforzare la loro reputazione e dare impulso alle loro opportunità di sponsorizzazione. Spetta quindi a loro decidere quali figurine firmare, in quali spot pubblicitari apparire, quali prodotti sponsorizzare, in quali video games comparire e tutte le altre decisioni di marketing rimanenti. Come risultato di ciò, dovrebbero anche essere in grado di controllare come il loro nome e come la loro immagine viene utilizzata in pubblico.

⁷⁸ 505 F. 3d 818 (8th Cir. 2007)

⁷⁹ Tra cui rientra il famoso fantacalcio in Italia.

⁸⁰ Vedi 1.5.2 Nomi, Statistiche e Fantasy Sports (p. 60)

5. *Assicurare protezione contro falsi suggerimenti e sponsorizzazioni.*

L'ultima considerazione riguarda la protezione dei giocatori da aziende che falsamente suggeriscono o implicano che l'atleta stia sponsorizzando un loro prodotto o servizio.

Come vedremo meglio nel secondo capitolo della tesi, gli accordi di sponsorizzazione degli atleti sono diventati una considerevole fonte di denaro per molti di loro, specialmente per le superstar. Per proteggere questi contratti di valore, il querelante deve enfatizzare la natura commerciale dell'uso del nome di un atleta per promuovere un determinato prodotto.

- Il caso più famoso è sicuramente *Michael Jordan v. Jewel Food Stores, Inc*⁸¹. Il Professor Carfagna ha discusso di questo caso con il Professor Nard, nell'intervista per il loro corso offerto dalla Case Western University. Il Professor Nard ha così spiegato il ragionamento della corte⁸²:
- *“In questo caso abbiamo una catena di supermercati (Jewel) che ha utilizzato le scarpe di Michael Jordan, con il numero 23, in quella che è palesemente una cospicua operazione commerciale. Se vogliamo paragonare l'uso dell'immagine di Michael Jordan, al caso di Tiger Woods per esempio, dove Mr. Rush aveva dato vita ad un uso trasformativo, artistico, di un atleta che è parte della nostra coscienza nazionale, nel caso della catena Jewel sembra esser presente solo uno spudorato sfruttamento economico della figura dell'atleta. Ed è proprio questo che la corte e il 7th Circuit hanno dichiarato nel caso di Michael Jordan, cioè che la trovata pubblicitaria era solamente un uso, neanche troppo velato, dell'immagine di Jordan con l'obiettivo di dar vita ad un'operazione*

⁸¹ 743 F.3d 509 (2014)

⁸² <https://www.coursera.org/learn/sports-agent/lecture/a6haD/craig-nard-legal-evolution-of-publicity-rights>

commerciale. È proprio quest'operazione commerciale che era stata ritenuta assente nel caso di Tiger Woods."⁸³

Avendo analizzato tutti gli elementi su cui far forza per rivendicare i diritti d'immagine del proprio cliente, che sia un atleta o una celebrità, non mi rimane che spostarmi ad analizzare i punti di difesa da tali accuse, ognuno dei quali deve essere controbattuto prontamente dall'avvocato che difende la celebrità.

1.3.3. First Amendment e altre difese

I. First Amendment

Come dichiarato dal Professor Nard: *"il First Amendment è una creatura potente. Lo è veramente, è qualcosa molto significativo per questo paese e dico ai miei studenti che ogni volta che c'è un dubbio, il First Amendment è destinato a vincere"*⁸⁴.

Il First Amendment è generalmente utilizzato per proteggere tutte le forme di espressione, tradizionali e nuove. Il *Restatement (Third) of Unfair Competition*, in un commento alla sua definizione di *"Right of Publicity"*, dichiara che il diritto *"così come riconosciuto dallo statuto e dal common law è fondamentalmente ristretto dall'interesse pubblico e costituzionale nella libertà di espressione"*⁸⁵.

⁸³ *"In this particular case Peter, what we have is a supermarket jewel using the shoes of Michael Jordan, the number 23 in what is a more conspicuous commercial transaction. So if we can compare that use of Michael Jordan's likeness his image, to the case of Tiger Woods for example, where Mr. Rush depicting Tiger won at Atlanta Master, what we could distinguish the fact that Mr. Rush engaged in a transformative, artistic enterprise representing a sports figure that is sort of part of our national conscience. On the jewel cast with Michael Jordan, it just seemed to be more of a blatant economic commercial exploitation. And this is what the court and the seven circuits said in the Michael Jordan case, that this is a thinly veiled use of Mr. Jordan's image and likeness really to drive a commercial transaction. And it is that conspicuous economic transaction what was least in the opinion of a majority in the sixth circuit Tiger Woods case that was absent"...*

⁸⁴ <https://www.coursera.org/learn/sports-agent/lecture/a6haD/craig-nard-legal-evolution-of-publicity-rights>: *"the First Amendment is a powerful beast. It is, it is something that is Historically very significant to this country, and I tell my students that whenever in doubt, the First Amendment will win out"*.

⁸⁵ Restatement (Third) of Unfair Competition § 47, Comment c

Come abbiamo già visto, la legge promuove un bilanciamento, una necessità di tracciare una linea tra i diritti d'immagine e la libertà di espressione in certe istanze. Di conseguenza, le corti generalmente tentano di pesare i due interessi in concorrenza tra loro e determinare quale sembra prevalere in quel caso particolare⁸⁶.

Sfortunatamente, la Corte Suprema non ha ancora fornito un metodo specifico per svolgere tale compito. Alcune volte incorporare idee da campi simili ma ben regolati (come copyright e trademark law) si è rivelato essere una cosa utile. Allo stesso tempo, però, ha creato confusione perché queste regole non sempre si traducono alla perfezione nel campo dei diritti d'immagine. Tutto ciò ha portato ad una varietà di dottrine adottate da giudici differenti all'interno del territorio americano. La portata delle limitazioni dei diritti d'immagine da parte del First Amendment, e la loro non omogenea applicazione da parte delle corti, fa sì che tali trasgressori “cercheranno sempre di percorrere la strada della libertà di espressione. Seguendo proprio l'elenco presentato dal Professor Carfagna nel suo manuale *“Representing the professional Athlete”*⁸⁷, vorrei analizzare alcune delle difese più usate che ricadono all'interno del First Amendment.

a. Merchandise vs Media

Anche se raramente applicato ora, una delle prime distinzioni apparse più volte nella storia dei diritti d'immagine è quella “*merchandise vs media*”. Sotto questo test rileva il mezzo utilizzato, non il messaggio. Così per esempio, mentre merchandise come magliette e tazze da caffè non godono della protezione del First Amendment, altri mezzi come dipinti e giochi possono trionfare sui diritti d'immagine. Chiaramente lo sviluppo dei nuovi media negli ultimi decenni ha reso tale test completamente desueto.

⁸⁶ Carfagna “Representing the Professional Athlete” (2013) p. 133. (2013)

⁸⁷ Carfagna “Representing the Professional Athlete” (2013) p. 133 – 141 (2013)

b. Uso commerciale (Commercial Speech)

La Corte Suprema ha chiarificato che il First Amendment guarda oltre il mezzo d'espressione, estendendo così la sua portata a dipinti, giochi da tavolo, sculture, musica e altri mezzi di espressione "non tradizionali". Detto questo, la Costituzione non salvaguardia ogni forma di espressione. Per esempio in alcuni casi il First Amendment non protegge espressioni false o fuorvianti e gli usi commerciali ricevono solo una protezione limitata.

Ma cosa si intende per espressione commerciale? La Corte Suprema l'ha definita come: *"un'espressione collegata solamente all'interesse commerciale di chi parla e del suo uditorio"*⁸⁸. Le pubblicità, ad esempio, generalmente rappresentano la forma più pura di espressione commerciale. Sulla base di quanto dichiarato nel famoso caso *Gionfriddo v. Major League Baseball*, le pubblicità violano i diritti d'immagine quando *"l'identità del querelante è usata, senza consenso, per promuovere un prodotto a lui estraneo"*⁸⁹. Ovviamente, maggiore è l'associazione tra il prodotto oggetto dell'espressione commerciale e l'identità della celebrità appropriata, minore è la protezione costituzionale riservata. Dimostrando che una particolare espressione non riceve piena protezione del First Amendment, la parte querelante può vincere sulla difesa basata sulla libertà di espressione o per lo meno indebolirla fortemente⁹⁰.

c. "Fair use" (uso equo)

Dato che la Corte Suprema nel caso *Zacchini* discusse la portata del First Amendment sia riguardando ai diritti d'immagine che ai diritti d'autore,

⁸⁸ *Central Hudson Gas & Elec. Corp. v. public Serv. Comm'n*, 447 U.S. 557, 561 (1980) *"expression related solely to the economic interests of the speaker and its audience"*

⁸⁹ 94 Cal. App. 4th 400,413 (Ct. App. 2001) *"the plaintiff's identity is used, without consent, to promote an unrelated product"*.

⁹⁰ Carfagna "Representing the Professional Athlete" pp. 135-135 (2013)

molte corti hanno preso in prestito norme in tema di copyright quando si sono trovate davanti un caso riguardante i *publicity rights* di un atleta.

L'incorporazione della dottrina del "*Fair use*" è diventata particolarmente popolare. Tale dottrina richiede il bilanciamento di quattro fattori per determinare se un uso è "*fair*" (equo) e quindi non si è davanti ad una violazione di copyright:

1. Lo scopo e il carattere dell'uso (e.g. siamo davanti ad un uso permissibile a scopo educativo di un materiale altrimenti coperto dai diritti d'autore.);
2. La natura dell'oggetto coperto dai diritti d'autore che si è utilizzato;
3. L'ammontare e la rilevanza della porzione usata se posta in relazione con l'oggetto coperto dal copyright considerato interamente;
4. L'effetto di tale uso nel mercato dell'oggetto coperto dai diritti d'autore.

Con applicazione ai diritti d'immagine, il secondo e terzo fattore non sembrano tradursi bene, in quanto entrambi difficilmente possono applicarsi all'identità di una persona (che in questo caso sarebbe l'oggetto del copyright). Detto questo, nel bene e nel male, le corti hanno trovato i due fattori rimanenti particolarmente d'aiuto nel campo incerto dei diritti d'immagine. Molte corti, quando si sono trovate di fronte un test di bilanciamento tra il First Amendment e i *publicity rights*, hanno esaminato prevalentemente:

- 1) Lo scopo dell'uso dell'appropriazione;
- 2) L'effetto di tale uso nel mercato dell'immagine della celebrità.

d. Notizie e divulgazione di fatti

La divulgazione di notizie e fatti storici è diventata una delle difese del First Amendment più accettate. Le corti concordano ampiamente nel ritenere che il pubblico abbia un forte interesse nella diffusione di informazioni e che questo interesse in determinati casi possa battere i diritti d'immagine.

Anche se la Corte Suprema nel caso *Zacchini* ha specificato che la stampa non può registrare l'intera performance di un intrattenitore senza il suo consenso, ha anche notato che i diritti d'immagine dell'intrattenitore non possono prevenire qualcuno da riportare fatti degni di notizia riguardanti l'esibizione.

Per esempio, il Second Circuit ha permesso ad un magazine commerciale di farsi pubblicità nel lato di un autobus sfruttando il nome dell'allora sindaco di New York Rudy Giuliani⁹¹.

Questo ci mostra come anche i notiziari for-profit possano sottrarsi alla responsabilità derivante da una violazione dei diritti d'immagine qualora si appropriino di un nome o di un'identità in connessione con una specifica storia, o con il loro reportage generale.

Detto ciò, determinare se lo scopo di qualcuno sia quello di divulgare informazione o meno può diventare oggetto di contesa.

- Nello spesso citato caso *Gionfriddo*⁹², la corte ha determinato che la MLB aveva agito per incrementare l'educazione e divulgare informazioni sul baseball, parte importante della cultura del Paese.

Divulgare fatti storici non è però sempre sufficiente per ottenere la protezione del First Amendment.

- In due importanti casi passati, *Palmer v. Schonhorn Enterprise, Inc*⁹³ e *Uhlander v. Henricksen*⁹⁴, la corte ha ritenuto una violazione dei diritti d'immagine la vendita di giochi da tavolo che riportavano informazioni biografiche degli atleti e statistiche sulle loro performance.

⁹¹ *New York Magazine, a Division of primedia magazines, Inc v. Metropolitan Transp. Auth.*, 136 F.3d 123 (2d Cir. 1998)

⁹² Cal. App. 4th 400,413 (Ct. App. 2001)

⁹³ 96 N.J. Super 72, 232 A.2d 458 (Ch. Div. 1967)

⁹⁴ 316 F.Supp. 1277

Ma allora quale la differenza tra questi due casi e quello di *Gionfriddo*? Come spiega il Professor Carfagna, l'MLB ha usato delle informazioni e dei video "once-licensed" (precedentemente autorizzate) per creare e promuovere il baseball professionistico, mentre la parte accusata in *Palmer e Uhlander* appare meno simpatetica perché si è appropriata delle identità degli atleti per vendere un prodotto. Vale la pena notare che con molta probabilità la corte nel caso *Gionfriddo* non avrebbe trattato un imprenditore qualsiasi in modo così favorevole. Generalmente, un'impresa deve dimostrare che fornire informazione è il suo scopo primario per qualificarsi per la protezione offerta dal First Amendment per la divulgazione di fatti e notizie⁹⁵.

e. Il dominio pubblico non è una difesa di successo!

La parte accusata, sia in *Palmer* che in *Uhlander*, non ha rivendicato protezione per la diffusione di fatti, ma ha cercato di sottrarsi alla responsabilità argomentando che le informazioni appropriate erano già nel dominio pubblico e quindi libere di essere utilizzate. Con decisioni di grande rilevanza, entrambe le corti hanno stabilito che la divulgazione volontaria di informazioni attraverso i mezzi di informazione non estingue i diritti d'immagine dell'atleta; aggiungendo che l'informazione, anche se entrata a far parte del dominio pubblico, rimane soggetta ai diritti d'immagine.

In *Uhlander*, per esempio, la corte ha rilevato che un nome ha "un valore dal punto di vista commerciale e può essere utilizzato per trarre benefici economici solamente perché il pubblico lo riconosce e attribuisce

⁹⁵ Carfagna "Representing the Professional Athlete" (2013) p. 136
316 F. Supp 1277 at 1283

credibilità e caratteristiche di determinate abilità o conseguimenti di qualsiasi tipo a quella personalità”⁹⁶.

Di conseguenza, il dominio pubblico seppur simile sotto alcuni aspetti al “*fair use*”, non sovrasta i diritti d’immagine

f. Parodia e uso trasformativo

Parodia

Uno dei punti più significativi e una delle difese più di successo riguarda sicuramente la parodia e l’uso trasformativo in generale.

Gli Stati Uniti hanno sempre salvaguardato con forza il diritto al commentario sociale, ragione per cui la pratica della parodia ha sempre ottenuto piena protezione del First Amendment.

Come dichiarato dal Professor Nard nella sua intervista con il Professor Carfagna⁹⁷:

- *“Nella storia dei diritti d’autore e della proprietà intellettuale, per lo meno in questo Paese, la parodia assume un vero e proprio status sacrosanto, come qualcosa che vogliamo incoraggiare perché, pensateci un attimo, la parodia ci permette di vedere le cose con un occhio critico che altrimenti non avremmo, e come società vogliamo incoraggiare tutto ciò.”*⁹⁸

Infatti, nonostante il tema della parodia sia venuto fuori solamente in pochi casi riguardanti i *publicity rights* di una celebrità, la sua protezione in altri

⁹⁶ *“is commercially valuable as an endorsement of a product or for use for financial gain only because the public recognises it and attributes good will and feats of skill or accomplishments of one sort or another to that personality”*- 316 F.Supp. 1277

⁹⁷ <https://www.coursera.org/learn/sports-agent/lecture/a6haD/craig-nard-legal-evolution-of-publicity-rights>

⁹⁸ *“in the history of copyright law and intellectual property and indeed literature, at least in this country, parody has a very, very sort of sacrosanct status that this is something we want to encourage because, think about it., parody allows us to view things in a critical way perhaps we wouldn't otherwise see and as society, we want to encourage”*

ambiti dove si richiede il bilanciamento con il First Amendment è ben stabilita. Il caso scolastico quando si parla di parodia e diritti d'immagine è:

- *Cartoons L.C. v. Major league Baseball Player Association*⁹⁹: accusata in questo caso è una società che produceva carte da baseball nelle quali comparivano caricature facilmente riconoscibili, piuttosto che i veri nomi e le immagini dei giocatori. La parte accusata in questo caso si era appropriata chiaramente dell'identità dei giocatori, ma aveva fornito un'aggiunta spiritosa e probabilmente intelligente attraverso la trasformazione di ciascun atleta. Dopo aver definito la parodia di Cartoons come un "*bene vitale nel mercato delle idee*"¹⁰⁰, la corte ha esaminato il suo effetto nella violazione dei diritti d'immagine, dichiarando:
 - a) Che a differenza di altri tipi di appropriazione, la parodia non sembra fornire alle celebrità nessun guadagno addizionale perché raramente, se mai dovesse succedere, una celebrità darebbe il suo permesso ad una sua parodia. Così, le corti hanno notato che la parodia raramente funziona come sostituto di un lavoro originale e quindi non affligge economicamente altri mercati.
 - b) Il mercato delle parodie è talmente piccolo che non rappresenta una perdita d'incentivo per l'atleta a commercializzare la propria immagine.
 - c) Infine, e forse il punto più importante, la corte ha rilevato con preoccupazione che chiedere il permesso alle celebrità per l'utilizzo delle loro immagini nelle parodie significherebbe trasformare tale potere in un'intollerabile soppressione della critica. Storicamente, come abbiamo visto, la legge ha ritenuto sacrosanto il diritto degli individui a prendere in giro figure pubbliche. La potenziale limitazione di parola causata da chiedere all'MLBPA (*Major league*

⁹⁹ 95 F.3d 959n (10th Cir. 1996)

¹⁰⁰ "*vital commodity in the marketplace of ideas*"

Baseball players Association) di censurare la critica nei suoi confronti venne definita dalla corte: “*chiaramente indesiderabile*”¹⁰¹. In conclusione, la corte ha riassunto il suo lavoro di bilanciamento spiegando che “*poco di guadagnato e molto di perso deriverebbe dal proteggere i diritti d’immagine dei giocatori in questo caso*”.¹⁰²

Anche su questo caso il Professor Nard ha spiegato il suo punto di vista da esperto, sempre importante per capire i ragionamenti dietro le decisioni delle corti¹⁰³:

- “*Una parodia è una trasformazione di una figura, Barry Bonds in questo caso*¹⁰⁴, *che viene fatto sembrare qualcos’altro diverso da Barry Bonds, ma che tutti sanno essere Barry Bonds. E così, siccome stiamo parlando di una caricatura, una parodia, la creazione ha goduto della piena protezione del First Amendment attraverso l’uso trasformativo. Questa è la differenza principale con il caso dei “Three Stooges”*¹⁰⁵, *dove abbiamo i “Three Stooges” e c’è solo un’immagine virtuale, non c’è nessun uso trasformativo*¹⁰⁶.

Per poi aggiungere:

“Quindi, per parlare di parodia devi rappresentare abbastanza dell’originale da rievocarlo, in modo da raggiungere il tuo obiettivo. Bene, fin quando non sei troppo letterale, finche non dai vita ad una raffigurazione letterale della materia, stai tendendo

¹⁰¹ 95 F.3d 972 (10th Cir. 1996) “*clearly undesirable*”.

¹⁰² “*little was gained and much lost from protecting the athlete’s publicity right in this instance*”.

¹⁰³ <https://www.coursera.org/learn/sports-agent/lecture/a6haD/craig-nard-legal-evolution-of-publicity-rights>

¹⁰⁴ La denuncia fu presentata dal giocatore Barry Bonds

¹⁰⁵ Comedy III Productions, Inc v. Gary Saderup, Inc., 25 Cal. 4th 387 (2001)

¹⁰⁶ “*A parody, is a transformation of a character, Barry Bonds in this case, that you made to look like something other than Barry Bonds, but everybody would know it was Barry Bonds. And so because it was a caricature, a parody, it enjoyed the full extent of First Amendment protection. Deep transformative use. This is the key distinction with the Three*

verso un uso equo. Ma se sei più letterale, se sembra che la tua opera non sia trasformativa ma potremmo dire più sostitutiva, in tal caso aumentano le probabilità di una violazione¹⁰⁷”.

Il Professor Carfagna ha chiesto l’opinione del Professor Nard anche per un altro caso famoso che riguardava un “uso trasformativo” chiamato in causa da parte della difesa¹⁰⁸.

- Professor Carfagna: *“Ma invece per quanto riguarda Dustin Hoffman e il famoso caso Tootsie¹⁰⁹, lì abbiamo veramente una ricostruzione digitale di Tootsie, il celebre ruolo interpretato dall’attore ai tempi. E anche questo fu trovato essere una parodia. Possiamo considerare quel ritocco digitale sufficientemente trasformativo?”*¹¹⁰
- Professor Nard: *“Giusto, qui abbiamo un caso molto difficile. Lo sai, si vedono molti di questi casi nei diritti d’autore, particolarmente attraverso la tecnologia digitale, grazie alla quale si usa un software innovativo e si ha una nuova immagine...ma solamente premendo un pulsante! Basta quel ritocco digitale a renderlo trasformativo? Penso che questa sia una domanda molto*

Stoges case, where you've got The Three Stooges and it's just a virtual likeness. There's no transformative”

¹⁰⁷ *“So to be a parody, you have depict enough of the original to sort of conjure it up so you make your point. Well, as long as you're not a literal, as long as you don't engage in a literal depiction of your subject, you trend more towards the parity. But the more literal you are, it looks more like it's not transformative, it's more superseding, we could say, and therefore, more likely an infringement”.*

¹⁰⁸ <https://www.coursera.org/learn/sports-agent/lecture/a6haD/craig-nard-legal-evolution-of-publicity-rights>

¹⁰⁹ *Dustin Hoffman v. Capital Cities/ABC, Inc. 255 F.3d 1180 (9th Cir. 2001)*

¹¹⁰ *How about that, Dustin Hoffman in the famous Tootsie case, where it was a, really a digital reconstruction of, of Tootsie, the famous role he played way back when. And that was found to be parody. Was that sufficiently transformative to do a digital retouching?*

difficile. Tutto dipende da dov'è la linea e da cosa si intenda per uso trasformativo.¹¹¹”

*“Così la corte nel caso *Cardtoons* ha menzionato che lontano da essere un mero copiatore, la parte accusata aveva aggiunto una componente creativa significativa all'immagine dell'atleta creando una nuova opera. Questo elemento creativo ha coniato “l'uso trasformativo” all'interno del “fair use”, diventando la prima difesa del first Amendment dalle accuse di violazione dei diritti d'immagine¹¹²”.*

Uso Trasformativo

Articolato dalla Corte Suprema della California nel caso *Comedy III Productions Inc. V. Gary Saderup Inc*¹¹³ e adottato dal Sixth Circuit in *ETW Corp v. Jireh Publishing Inc.*¹¹⁴, la dottrina dell'uso trasformativo concede protezione sotto il First Amendment ad espressioni che aggiungono una notevole creatività ad un'appropriazione di identità. La Corte Suprema Californiana ha riassunto il test affermando: *“dipende se l'identità della celebrità è uno dei materiali grezzi dai quali un lavoro originale viene*

¹¹¹ *“Right. This is a very difficult case. You know, we see these cases in copyright law, particularly with digital technology, where certainly the software and everything involved is innovative...But with the push of a button. Is that enough to be transformative just to make it digital? And I think that's a very challenging question. It's the matter of okay, here's the line and how do you justify where that transformative use is”.*

¹¹² *“So the *Cardtoons* court mentioned that far from being a lazy copier, the defendant had added a significant creative component to the athlete's identities and thus created a new work rather than simply obtaining an unjust enrichment. This creative element coined the “Transformative use” in fair use, becoming its own First Amendment defence to publicity rights claims”.*

¹¹³ 25 Cal. 4th 387 (2001)

¹¹⁴ 332 F. 3d 915 (6th Cir. 2003)

sintetizzato, o se la raffigurazione o l'imitazione della celebrità è la somma e la sostanza del lavoro in questione"¹¹⁵.

Per ricevere protezione quindi, una parte deve trasformare il prodotto raffigurante l'identità della celebrità in modo così rilevante, da rendere la nuova espressione una sua proprietà. Il fattore della creatività entra così a far parte del bilanciamento tra diritti d'immagine e libertà di espressione, posizionandosi proprio a favore quest'ultima.

Per comprendere questo, possiamo ancora una volta richiamare il caso *Tiger Woods*. Nonostante l'immagine di Tiger occupasse la gran parte del disegno, il Sixth Circuit ha rifiutato di riscontrare una violazione dei diritti d'immagine del golfista perché credeva che il lavoro di Rush "*consistesse in un insieme di immagini in aggiunta a quella di Tiger Woods, combinate per descrivere, in modo artistico, un evento parte della storia dello sport e trasmettere un messaggio dell'importanza della vittoria di Tiger Woods in quella competizione*"¹¹⁶. Come ben sappiamo, la corte ha concluso che il contenuto sufficientemente creativo e informativo del lavoro di Rush assumeva una maggior importanza rispetto ai diritti d'immagine di Tiger Woods.

Nonostante la sua applicazione nella sfera dei diritti d'immagine sia abbastanza recente, l'uso trasformativo del test ha iniziato a guadagnare popolarità in varie giurisdizioni. E se da un lato è vero che tale bilanciamento facilita la decisione, dall'altro tale tentativo di misurare la creatività di un'opera probabilmente rende la legge più confusionale, facendole perdere chiarezza e lasciando molto spazio a giudizi soggettivi¹¹⁷.

7. Le celebrità guadagnano già abbastanza

¹¹⁵ 25 Cal. 4th at 406 "*whether the celebrity likeness is of the "Raw materials" from which an original work is synthesised, or whether the depiction or imitation of the celebrity is the very sum and substance of the work in question.*"

¹¹⁶ 332 F. 3d 915 (6th Cir. 2003) "*Rush's work consist of a collage of images in addition to Wood's image which are combined to describe, in artistic form, a historic event in sports history and to convey a message about the significance of Wood's achievement in that Event*".

Molte celebrità che hanno un'identità della quale vale la pena appropriarsi, in realtà hanno già un discreto successo finanziario. Di conseguenza, le corti si sentiranno spesso meno simpatetiche verso le celebrità piuttosto che verso un imprenditore che ha lavorato duramente per sviluppare la propria azienda. Così, nel bilanciare il First Amendment contro il *Right of Publicity*, si dovrà considerare l'abilità della celebrità di guadagnare da vivere in altri modi. L'origine di questa difesa risale probabilmente al caso *Zacchini*¹¹⁸

Tuttavia, come spiega il Professor Carfagna, considerando gli effetti che la violazione potrebbe avere nell'abilità della celebrità di guadagnarsi da vivere, le corti incorporano un argomento non economico ai diritti d'immagine, che sono puramente economici¹¹⁹.

È molto importante chiarire ciò, perché seguendo questo filone logico non avremmo nessun endorsement agreement. Infatti, questi tipi di contratti esistono solamente perché mirano a sfruttare l'immagine di una celebrità famosa e quindi spesso già piuttosto ricca. Una volta che si è deciso di riconoscere e tutelare i diritti d'immagine, non si può più usare questa difesa.

Anche il Professor Nard si trova d'accordo con me su questo, specificando¹²⁰:

- *“Sapete che i giudici hanno usato questa difesa in passato per suggerire qualcosa come: “bene gli atleti e gli intrattenitori guadagnano già abbastanza denaro. Perché hanno bisogno di più soldi?” Non so se questo è l'argomento più convincente da fare... O si riconosce il diritto di proprietà per quello che è, o non lo si*

¹¹⁷ Carfagna “Representing the Professional Athlete” p. 139 (2013)

¹¹⁸ 433 U.S. 562 (1977)

¹¹⁹ Carfagna “Representing the Professional Athlete” 2013

¹²⁰ <https://www.coursera.org/learn/sports-agent/lecture/a6haD/craig-nard-legal-evolution-of-publicity-rights>

riconosce. Affermare che un atleta guadagna già abbastanza, sembra invalidare questo interesse alla proprietà”¹²¹.

Ma prendendo ancora il caso Tiger Woods come esempio, il Sixth Circuit ha minimizzato gli effetti delle allegazioni perché Tiger poteva comunque guadagnare una grande quantità di denaro senza sfruttare i suoi diritti d'immagine nel campo della litografia. In aggiunta, la corte non ha ritenuto che il disegno di Rick Rush avesse ridotto il valore commerciale dell'immagine di Woods.

Proprio perché i *publicity rights* nascono per permettere alle figure pubbliche di ricavare un valore dalla propria immagine, sembra strano che le corti permettano una loro violazione quando le celebrità “guadagnano in altro modo”. Nonostante ciò, questa linea di pensiero continua ad essere usata abbastanza di frequente nelle analisi condotte dalle corti¹²².

II. Altre Difese

Infine, come spiegato dal Professor Carfagna¹²³, alcune volte vengono introdotte anche delle difese che non fanno leva sul First Amendment ma trovano il loro fondamento altrove.

a. “Copyright Preemption” (prelazione dei diritti d'autore)

Il Copyright Act potrebbe contrastare una rivendicazione dei diritti d'immagine nei casi in cui una parte presenta una querela che potrebbe essere portata sotto la legge federale in tema di copyright.

Più precisamente, fino a quando le accuse del querelante riguardanti una violazione dei *publicity rights* si distinguono da quelle protette dai diritti d'autore, possono evitare la prelazione. Per esempio, un giocatore di

¹²¹ “You know, judges have used this rationale in the past to suggest well, athletes, entertainers make enough money already. Why do they need more? I don't know if that's the most convincing argument to make. Either you recognize the property right for what it is, or, or you don't. To suggest that an athlete makes enough money already, seems to undercut this property interest.”

¹²² Carfagna “Representing the professional Athlete” (2013) p. 140

¹²³ Carfagna “Representing the Professional Athlete” (2003) p. 141

baseball che vorrebbe acquisire i diritti della propria performance nella trasmissione di una partita da parte di una tv, è proibito da presentare una denuncia di violazione dei diritti d'immagine perché la trasmissione è stata fissata in una forma tangibile ed è così soggetta alla regolamentazione della legge sui diritti d'autore.

b. First Sale Doctrine (Dottrina della prima vendita).

Prendendo spunto da un'altra dottrina della legge sui diritti d'autore, la "First Sale Doctrine" previene un possessore di diritti di proprietà intellettuale dalla possibilità di dover rilasciare il permesso per il rilascio delle copie e vantare diritti per la distribuzione delle stesse. In un certo senso, la prima vendita di un prodotto che rappresenta l'identità appropriata di una celebrità esaurisce i diritti d'immagine della stessa per quella particolare copia del prodotto.

- Per esempio, *Vintage Sports Plaque* ha con successo invocato la "First sale doctrine" per difendere il proprio business riguardante l'acquisto, confezionamento e vendita di figurine¹²⁴. Il fatto di ritenere questa attività una violazione, come notato dalla corte, avrebbe avuto un disastroso effetto nell'industria della rivendita di beni.

1.4 I diritti d'immagine postumi e la loro trasferibilità per successione.

Dato che i diritti d'immagine sono stati definiti come "diritti inerenti ad ogni essere umano", la protezione dell'identità di una persona famosa si

¹²⁴ *Allison v. Vintage Sports Plaques*, 136 F. 3d 1443 (11th Cir. 1998)

estenderebbe solamente durante l'arco della sua vita¹²⁵. Tuttavia, non è chiaro cosa succede quando la celebrità passa a miglior vita. Infatti, il problema dei diritti post-mortem non è stato risolto ed è tuttora argomento di discussione in dottrina¹²⁶. È ovvio che la visione dei *publicity rights* come diritto di proprietà piuttosto che mero diritto alla privacy, incide fortemente sulla questione dell'assegnazione e trasmissione degli stessi.

Coloro che considerano i diritti d'immagine come un semplice sviluppo del diritto alla privacy, sostengono il carattere personale e quindi la loro appartenenza solamente alla persona interessata, che fa sì che i *publicity rights* si estinguano una volta che questa muore. Il diritto alla privacy non può essere né assegnato né trasmesso in eredità e lo stesso dovrebbe valere per i diritti d'immagine. Tuttavia il diritto alla privacy e i diritti d'immagine proteggono interessi differenti. Il primo cerca di proteggere la dignità delle persone, rendendolo fortemente personale. Il secondo, invece, riguarda piuttosto il valore commerciale dell'identità di una persona, il quale non è così strettamente personale. Se consideriamo l'immagine di una celebrità come un valore da questa creato, allora dovrebbe essere permesso alla famiglia della persona famosa di poter trarre profitto anche dopo la sua morte. Tutto ciò coincide con la teoria dell'incentivo economico, che ritiene che le persone siano disposte a compiere maggiori sforzi e investire più soldi nello sviluppo della loro identità se si aspettano che questa funga da assetto di valore anche per i propri discendenti.

La dottrina prevalente negli Stati Uniti vede il diritto d'immagine come un vero e proprio diritto di proprietà, in particolare un tipo di proprietà intellettuale¹²⁷. Per questo motivo, si ritiene che debba essere assegnabile e trasmissibile agli eredi come ogni altro tipo di proprietà. Come abbiamo

¹²⁵ Traci S. Jackson, *How far is too far? The extension of the Right of Publicity to a form of Intellectual Property comparable to trademark/Copyright*, 6 Tul. J. Tech. & Intell. Prop. 181, 184 (2004).

¹²⁶ Vicky Gerl Neumeyer, *The Right of Publicity and its descendibility*, 7 U. Miami Ent. & Sports L. Rev. 287, 289-300 (1990).

¹²⁷ Jan Klink, *50 Years of Publicity rights in the United States and the never ending hassle with Intellectual Property and Personality rights in Europe*, 4 I.P.Q. 363, 385 (2003).

visto, questa visione è stata suggerita dalla Corte Suprema nel caso *Zacchini* ed ha aperto la strada alle varie analogie con la disciplina dei diritti d'autore. Seguendo questo filone logico, non si riesce a comprendere come si possa impedire ai discendenti di una celebrità di trarre un vantaggio economico dall'immagine del defunto.

Un'altra questione è stata sollevata sul fatto che l'identità debba essere effettivamente sfruttata o meno per permettere ai discendenti di poter esercitare un'azione legale. Alcune corti hanno riconosciuto questa ipotesi come una via di mezzo tra il non permettere nessuna protezione post-mortem e il garantire piena protezione ai discendenti della celebrità. Ancora una volta, la diversa classificazione dei diritti d'immagine porta ad una o ad un'altra risposta. Se i diritti d'immagine sono ritenuti diritti di proprietà a tutti gli effetti, allora non ci dovrebbe essere nessun requisito. Volendo riproporre il paragone con i diritti d'autore, il *copyright* fa parte di un lavoro non appena questo viene creato e non c'è nessun bisogno di un suo sfruttamento economico per far sì che questo diritto sia valido anche in capo ai discendenti.

Così in alcuni giurisdizioni, dimostrare che una celebrità sia morta è sufficiente a difendersi da un'accusa di violazione dei diritti d'immagine. Alcuni Stati riservano i diritti d'immagine postmortem per 50 anni, 100 anni, o anche perpetuamente. Di conseguenza, è importante controllare in quale stato aveva residenza la celebrità deceduta, perché questo fornirà una componente critica in ogni disputa inerente i diritti d'immagine negli Stati Uniti.

1.5 I diritti d'immagine oggi: campi specifici e casi controversi degli ultimi anni

1.5.1 Broadcasting

È finalmente appurato che i giocatori non possiedono nessun diritto di proprietà alla trasmissione delle loro prestazioni sportive¹²⁸.

- *In Baltimore Orioles v. MLBPA*¹²⁹ il Seventh Circuit ha affermato che i giocatori non detengono i *publicity rights* delle loro partite, i quali spettano ai club, perché le trasmissioni sono create come “*Works for hire*”, cioè lavori su commissione. La corte ha affermato che “*i giocatori hanno cercato di ottenere ex post quello che non hanno negoziato ex ante*” e “*non possono usare i diritti d’immagine per avvalersi di ciò*”.

Tali lavori sono considerate eccezioni alla regola generale che il lavoratore è il proprietario dei frutti del proprio lavoro perché in un lavoro su commissione la proprietà viene concessa al datore di lavoro.

In seguito, la legge sui diritti d’autore ha impedito ogni possibile denuncia di violazione dei diritti d’immagine basata su leggi statali (*copyright preemption*)¹³⁰. La legge statale può fornire protezione solo a situazioni non regolate a livello federale.

Il caso più famoso di denuncia riguardante la trasmissione di immagini televisive è sicuramente:

- *Dryer v. National Football League*¹³¹. Nel 2009 6 giocatori NFL ritirati, tra cui il famoso Fred Dryer, denunciarono l’NFL nel Distretto dello stato Minnesota argomentando che la Lega aveva violato i diritti d’immagine dei giocatori. I querelanti dichiararono che l’NFL, operando primariamente attraverso la sua NFL Film Arms, aveva usato i nomi e le immagini di centinaia di atleti per sponsorizzare e vendere video con lo scopo di promuovere il brand,

¹²⁸ Peter Carfagna “Sports and the Law: examining the legal evolution of America’s Three Major Leagues” (2017) p. 207

¹²⁹ 805 F.2d 663 (7th Cir. 1986)

¹³⁰ Vd. Cap I Par. 1.3.3 II a) p. 54

¹³¹ 814 F.3d 938 (2016)

mentre i giocatori nel video non sono stati remunerati per l'utilizzo delle loro identità. Così facendo, l'NFL aveva a loro avviso finito per arricchirsi ingiustamente a scapito dei giocatori.

Dopo numerose manovre da una parte e dall'altra, la Lega ha raggiunto un accordo da 50 milioni con i giocatori ritirati, che la Corte ha approvato definitivamente il 1 Novembre 2013.

Nonostante l'accordo, circa 2000 dei 25000 giocatori della class action "*opted out*" (si sono chiamati fuori) dall'accordo, protestando per l'assenza di un pagamento diretto ai giocatori. Infatti dei 50 milioni, 42 andavano ad un fondo comune per aiutare i giocatori ritirati, e 8 per coprire i costi (e anche creare una nuova startup per assicurare ai giocatori ritirati dei ricavi dall'uso della loro identità¹³²). Tre dei principali partecipanti della Class Action, tra cui proprio Dryer, decisero di continuare le loro rivendicazioni individualmente.

Nell'ottobre 2014 il giudice Magnuson, che durante il processo era sembrato più volte prendere la posizione dei giocatori forzando l'NFL all'accordo, dopo aver negato la mozione che chiedeva un giudizio immediato in base agli atti, ha invece deciso di accettare la mozione per giudizio sommario proposta dall'NFL, contraddicendo molte sue prese di posizione passate. Il giudice Magnuson notò che:

- I. I film dell'NFL non erano un'espressione commerciale;
- II. La protezione del First Amendment sovrastava l'interesse dei giocatori ai diritti d'immagine;
- III. La "difesa incentrata sulla rilevanza delle notizie", che è tutelata a livello federale, impediva una denuncia in base alle leggi statali sui diritti d'immagine;
- IV. Il Copyright Act impediva querele fondate su leggi statali;

¹³² Carfagna "Sports and the Law: examining the legal evolution of America's Three major leagues" (2017) p. 382

V. L'uso delle immagini dei giocatori non era falso o fuorviante secondo il Lanham Act.

Infine, giudice Magnuson dichiarò che i film dell'NFL erano principalmente intesi per l'uso da parte dei consumatori piuttosto che spot pagati inseriti in qualche programma televisivo. A riprova di ciò era il fatto che altri canali avevano comprato i diritti per trasmettere la produzione e soprattutto che alcune aziende avevano pagato per avere delle pubblicità all'interno della trasmissione del video. Come può uno sport pubblicitario avere delle sue pubblicità al suo interno? Secondo Dolores DiBella, Vice President Legal Affairs della NFL, potrebbe essere proprio questa la ragione principale che ha portato il giudice Magnuson a cambiare la propria posizione dopo 4 anni. L'Eight Circuit confermò la decisione della corte distrettuale in appello.

1.5.2 Nomi, Statistiche e Fantasy Sports

Inizialmente, i giocatori detenevano i diritti d'immagine dei loro nomi e statistiche, quando questi diritti erano usati per promuovere la vendita di un prodotto commerciale. Ciò, infatti, era stato sufficientemente reso chiaro nella decisione della corte distrettuale del Minnesota nel già analizzato caso *Uhlaender v. Henricksen*.

Successivamente però, le corti hanno ristretto lo scopo dei diritti d'immagine per quanto riguarda nomi e statistiche.

- *In National Basketball Ass'n v. Motorola, Inc*, il Second Circuit ha riconosciuto una stretta protezione alle "hot news", permettendo la trasmissione da parte di Motorola di risultati e informazioni delle partite NBA in tempo reale. La corte ha affermato che tali statistiche non potevano essere soggette alla disciplina dei diritti d'autore e che Motorola le stava pertanto legalmente trasmettendo.

Ha assunto grande rilevanza il fatto che Motorola stesse operando attraverso una compagnia di reporters che guardano le partite e le traducono in data; non si trattava quindi di informazioni già tabulate dalla NBA. La Corte ha stabilito che le denunce per appropriazione indebita di news sono limitate a situazioni in cui:

- I. La parte querelante abbia sostenuto un costo per generare o raccogliere le informazioni che sono state appropriate da terzi;
- II. L'informazione è "time-sensitive" (sensibile al fattore tempo/di particolare urgenza);
- III. L'uso dell'informazione della parte accusata rappresenta uno "free-riding" (sfruttamento opportunistico) degli sforzi dell'accusatore;
- IV. La parte accusata si trova in una competizione diretta con un prodotto o servizio offerto dall'accusatore.
- V. L'abilità di altre parti di sfruttare in modo opportunistico gli sforzi del querelante o di altri ridurrebbe l'incentivo a produrre il prodotto o servizio, la cui esistenza o qualità sarebbe sostanzialmente limitata.

Infine, dopo appena 5 anni, nel famoso caso già analizzato *Gionfriddo v. Major league Baseball*¹³³, la corte, dopo aver rigettato il caso, ha dichiarato: "l'interesse pubblico alla libera divulgazione di informazioni riguardanti la storia del baseball sovrasta nettamente qualsiasi interessi alla proprietà in gioco"¹³⁴.

Inoltre, come abbiamo già visto, se vi è dietro un lavoro sufficientemente trasformativo (come nel caso *Motorola*), questo potrebbe ottenere protezione sotto il First Amendment.

Negli ultimi anni però si è diffuso un nuovo fenomeno: i "Fantasy Sports"¹³⁵. In particolar modo a partire dal 2008, il mercato dei *fantasy*

¹³³ 94 Cal. App. 4th 400,413 (C.t.App.2001)

¹³⁴ "94 Cal.App.4th 400, 114 Cal.Rptr.2d 307 (2001) "public interest favoring free dissemination of information regarding baseball's history far outweighs any proprietary interests at stake"

¹³⁵ Un esempio è anche il Fantacalcio in Italia

sports si è esteso in un'industria da milioni di dollari. Nel 2016, è stato stimato che più di 57 milioni di persone in America hanno preso parte a fantasy sports leagues e più di 26 miliardi di dollari sono stati spesi solo negli Stati Uniti e in Canada.

- L'Eight Circuit, nel famoso caso *C.B.C. Distribution and Marketing, Inc. V. MLBPA*¹³⁶, ha affermato che nei fantasy sports il First Amendment sovrasta i diritti d'immagine. Facendo leva sul caso *Gionfriddo*, la corte è stata persuasa dall'argomentazione che la divulgazione delle statistiche dei giocatori ricade nell'interesse pubblico. In aggiunta, la Corte ha rilevato che i giocatori non subiscono un disincentivo economico a giocare a baseball perché sono già “ricompensati, e profumatamente, per la loro partecipazione nelle partite e possono guadagnare ulteriori somme rilevanti da endorsements e contratti di sponsorizzazione”¹³⁷.
- In un noto caso *Gridiron. Com Inc v. National Football League Player's Ass'n Inc*¹³⁸, il Southern District of Florida aveva condannato Gridiron.com per aver raccolto le immagini di più di 150 giocatori organizzando e gestendo nel proprio sito un fantasy football game. Il nodo centrale della questione è che il sito aveva venduto spazi pubblicitari ad altre aziende che erano “desiderose di pagare ingenti somme pur di essere collegate ad un determinato giocatore professionista”¹³⁹.

La validità di questa decisione è stata messa in dubbio sia dalla decisione della corte in *C.B.C*, che da un altro caso di notevole rilevanza:

¹³⁶ *C.B.C. Distribution and Marketing, Inc v. Major League Baseball Advanced Media, L.P.* 505 F.3d 818 (8th Cir. 2007)

¹³⁷ “Baseball players are rewarded, and handsomely, for their participation in games and can earn additional large sums from endorsements and sponsorship agreements”.

¹³⁸ 106 F. Supp.2d 1309

¹³⁹ Carfagna, “Sports and the Law: examining the legal evolution of America's Three Major Leagues” (2017)

- *CBS Interactive Inc v. NFLPA (National Football league players Association)*. CBS si è lamentata che la NFLP avesse illegalmente monopolizzato il mercato del Fantasy Football, richiedendo a CBS di comprare una licenza per le statistiche dei giocatori NFL. La Corte con un giudizio sommario ha dato ragione a CBS.

Le informazioni e statistiche delle partite sono quindi quasi sempre considerate di dominio pubblico e il First Amendment batte i diritti d'immagine degli atleti.

1.5.3 Videogames

I videogames sono il recente passato, il presente, e il futuro dei diritti d'immagine. In attesa di vedere come si evolverà il rapporto tra *publicity rights* e *E-games*, soprattutto dopo la decisione del comitato olimpico di riconoscerli come sport¹⁴⁰, vorrei soffermarmi su quattro casi di grande rilevanza che gettano luce sull'argomento.

Tutti e quattro riguardano uno dei giochi più venduti in America, NFL MADDEN, che con oltre 100 milioni di copie vendute genera da solo un fatturato superiore ai 4 miliardi.

- Il primo è *Adderley v. NFL*¹⁴¹. L'ex giocatore dei Packers e Cowboys Herb Adderley ha presentato una denuncia in nome di 2062 giocatori ritirati, lamentando che l'unione giocatori avesse intenzionalmente tagliato fuori i giocatori ritirati dall'affare con EA Sports, con l'obiettivo di pagare maggiormente i diritti d'autore ai giocatori ancora in attività. EA aveva usato l'immagine dei giocatori ritirati nel famoso videogame Madden NFL.

¹⁴⁰ <http://shoryuken.com/2017/11/06/international-olympic-committee-rules-that-esports-are-in-fact-sports/>

¹⁴¹ *Adderley v. NFL* No. C 07-00943 WHA CLASS ACTION. (N.D. Cal. Nov. 23, 2009)

La prova più evidente contro la NFLPA (*National Football League Player Association*) proveniva da una lettera spedita dalla NFLPA alla EA dove il sindacato suggeriva ad EA di “*scramble*” (distorcere) le immagini dei giocatori ritirati per non pagargli i diritti d’immagine.

Dopo un lungo ed estenuante processo, la corte ha premiato i giocatori ritirati con 7 milioni in danni attuali per rottura del dovere fiduciario e 21 milioni per danni punitivi, prima di approvare il 29 Novembre 2009 un accordo tra le due parti per una cifra di 26 milioni di dollari.

- Il secondo caso, *Brown v. Electronic Arts, Inc*¹⁴², riguarda uno dei giocatori di football più forti della storia: Jim Brown. In modo simile a quanto abbiamo visto con *Adderley*, i giocatori ritirati non erano parte di nessun accordo di licenza e non ricevevano pagamenti per i diritti d’autore dal popolarissimo gioco. Proprio per evitare di pagare tali atleti, la EA aveva ommesso i loro nomi e distorto le loro immagini con piccoli cambiamenti ad alcune caratteristiche come numeri e aspetto fisico. Per esempio, nel gioco Brown indossava il numero 47 invece del suo storico 32. Nonostante ciò, tutti potevano ricollegare gli alter ego virtuali ai giocatori reali.

Così nel 2009 Brown denunciò EA nella Corte Distrettuale del Distretto Centrale della California. Il 23 Settembre dello stesso anno il Giudice Florence-Marie Cooper approvò la mozione per rigettare il caso presentata da EA. Infatti, attuando il bilanciamento (“*Roger Test*”) tra l’interesse pubblico ad evitare confusione protetto dal Lanham Act e la libertà di espressione protetta dal First Amendment, la Corte rilevò che il Lanham Act non poteva prevalere in questo caso.

¹⁴² 724 F.3d 1235, 1240 (9th Cir. 2013)

Nel 2010 Brown presentò appello davanti al Ninth Circuit che all'unanimità approvò la decisione della Corte distrettuale. Lo stesso Ninth Circuit però precisò che la sua analisi si applicava solamente alle rivendicazioni di Brown sotto il Lanham Act, lasciando spazio al giocatore e al suo legale, Mr. Katz, per cercare rimedio sotto la legge Californiana.

Nel giugno 2016 Jim Brown e EA Sports hanno trovato un accordo per la corresponsione di 600.000\$ per l'uso non autorizzato dell'immagine della leggenda del Football nel gioco Madden, dopo aver presentato denuncia per violazione del *Right of Publicity* sotto la legge californiana.

- A dire il vero, un caso molto simile si ha avuto a riguardo anche di quello che possiamo dire è il “Jim Brown” del calcio: Diego Armando Maradona, per un uso non autorizzato della sua immagine da parte di Konami nel gioco di calcio Pro Evolution Soccer¹⁴³. Le due parti hanno però trovato subito un accordo.
- Il terzo caso si tratta di *Davis vs Elec. Arts, Inc* e riguarda sempre giocatori del passato. Nel 2010, Michael E. Davis, Vince Ferragamo and Bill Joe Dupree hanno dato vita ad una class-action per 6000 giocatori ritirati nei confronti di Electronic Arts, azienda sviluppatrice e produttrice del videogame. Ancora una volta nel bilanciare *publicity rights* e First Amendment la corte ha deciso di dare ragione ai querelanti, deliberando a favore dei diritti d'immagine.

Decisivo per la decisione della Corte fu un altro caso passato, leggermente diverso da quelli finora analizzati.

¹⁴³ <https://www.polygon.com/2017/3/31/15139550/pes-2017-diego-maradona-legal-action>

- In *Keller v. Elec. Arts Inc*¹⁴⁴, un ex giocatore NCAA, Samuel Keller, presentò una denuncia contro Electronic Arts per una violazione dei suoi diritti d'immagine sotto il Californian Civil Code e Californian Common Law, dopo che EA aveva usato la sua immagine e le sue informazioni nel videogame EA's NCAA Football. La corte d'appello del 9th Circuit, applicando il Transformative Use Test, ha ritenuto che l'uso dell'immagine di Keller nel videogame non era protetta dal First Amendment visto che:
 - I. rappresentava il giocatore nello stesso luogo in cui aveva ottenuto la sua popolarità;
 - II. il “*Roger Test*” non poteva essere applicato in questo caso;
 - III. che il videogame non pubblicava e/o riportava nessuna informazione.

Sia EA, che l’NCAA a sua volta denunciata, hanno poi deciso di trovare un accordo, rispettivamente per 40 e 20 milioni di dollari.
- Un'altra azione legale contemporanea a Keller, venne presentata nel 2009 dall'ex giocatore di basket a UCLA Ed *O'Bannon* contro l’NCAA, sempre per la cessione dei diritti d'immagine degli atleti a EA sports. O'Bannon però intraprese una strada differente: invece di basare la sua pretesa su una violazione dei diritti d'immagine, lamentò una violazione dello Sherman Antitrust Act e del contratto entrambe basate sull’NCAA Player Entry Form, il modulo che viene firmato da tutti gli atleti NCAA. Questo Form 08-3a permette all’NCAA di “*promuovere i campionati NCAA o altri eventi, attività o programmi NCAA*”, ma secondo quanto riportato da O'Bannon, non di vendere i diritti d'immagine dei giocatori¹⁴⁵. Inoltre, l'ex giocatore decise di fare un passo avanti quanto chiese di allargare la causa per includere una class action. Per questo motivo, tante speranze di cambiamento del sistema NCAA vennero riposte nel

¹⁴⁴ 724 F.3d 1268 (9th Cir. 2013).

¹⁴⁵ Peter Carfagna “Representing the Professional Athlete”, p. 150-151 (2013)

caso, tanto che Michael McCann, professore, giornalista e uno dei più grandi esperti di diritto sportivo in America, in un celebre articolo affermò a suo tempo che il “*la prospettiva che O’Bannon v. NCAA possa veramente ridisegnare il sistema dei “college sports” è reale*”¹⁴⁶.

Purtroppo qualche anno dopo McCann si è dovuto ricredere. Nonostante il Ninth Circuit abbia dato ragione ad O’Bannon nel 2015, il caso non sembra aver portato alcun grosso beneficio ai giocatori NCAA. La Corte Suprema si è infatti rifiutata di revisionare il caso, lasciando la situazione in un limbo e affossando le aspettative di chi, come McCann, sperava in un giudizio che potesse aprire le porte alle compensazioni degli student-athletes per la cessione dei loro diritti d’immagine¹⁴⁷.

Questi sono solo alcuni esempi di casi famosi in merito al rapporto tra diritti d’immagine e videogames. Sicuramente in futuro nuovi casi emergeranno al riguardo. Il mondo dei videogames sta continuando a crescere e sarà interessante vedere come regolare i diritti d’immagine in casi in cui ci sono migliaia di persone che pagano per vedere delle future celebrità giocare ad un videogame che riproduce le performances di altre celebrità, e con una lega che usufruisce dei diritti di un’altra lega. Insomma, questo campo sarà sicuramente ancora più complesso e affascinante in futuro.

Ora non rimane che prendere un aereo e volare dall’altra parte dell’Oceano Atlantico, per tornare nel “Vecchio Continente” e analizzare lo sviluppo dei diritti d’immagine in Europa.

¹⁴⁶ Michael McCann, “O’Bannon expands NCAA lawsuit”, Sports Illustrated, 1 Settembre 2012 <https://www.si.com/more-sports/2012/09/01/obannon-ncaa-lawsuit>

¹⁴⁷ Michael McCann, “In denying O’Bannon case, Supreme Court leaves future of amateurism in limbo”, Sports Illustrated, 3 Ottobre 2016 <https://www.si.com/college-basketball/2016/10/03/ed-obannon-ncaa-lawsuit-supreme-court>

CAPITOLO II: I DIRITTI D'IMMAGINE IN EUROPA.

2.1 I Trattati Europei: La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e l'European data Protection Act. 2.2 Regno Unito: lo Stato più conservatore. 2.3 Germania: il diritto generale della personalità. 2.4. Francia: un lungo percorso verso un riconoscimento completo. 2.5 Spagna: un diritto d'immagine autonomo. 2.6 Paesi Bassi: il diritto al ritratto e al nome. 2.7 Italia: Seguendo le orme americane. 2.8 Il modello virtuoso del Baliao di Guernsey. 2.9 Conclusione: verso una futura armonizzazione.

Anche in Europa non esiste un unico approccio alla disciplina dei diritti d'immagine. I paesi dell'UE hanno mostrato diverse attitudini e vige incertezza soprattutto considerando che la materia è nuova e in via di sviluppo.

In generale, quasi la totalità dei Paesi in Europa riconosce un diritto della personalità che presenta similitudini con il *Right of Publicity*. La maggior parte di questi lo prevede quasi esclusivamente con l'intento di proteggere le persone da eventuali intrusioni nella loro vita privata, regolando un diritto alla privacy personale e non assegnabile o trasmissibile per successione. Altri Paesi, invece, riconoscono anche il bisogno di proteggere il valore commerciale dell'immagine di una persona.

Per comprendere a pieno la situazione Europea in tema di diritti d'immagine è opportuno dare un'occhiata agli approcci Stato per Stato. Comparare i sistemi legali dei vari Paesi potrebbe risultare utile anche per vedere se ci sono aspetti comuni che possano portare ad una definizione futura dei diritti d'immagine unica in ambito Europeo. Infatti, nonostante le diversità, si possono notare alcune regole comuni alla maggior parte degli Stati Europei. Partendo da un'analisi dei Trattati e delle Direttive Europee in materia, mi sposterò poi a trattare la regolazione dei diritti d'immagine nel Regno Unito, in Francia, Germania, Spagna e Olanda, per soffermarmi infine sulla

situazione nel territorio italiano. Prima di concludere il capitolo, presenterò anche la regolamentazione dei diritti d'immagine di una piccola Corona Britannica chiamata Baliato del Guernsey, perché presenta caratteri innovativi e può essere presa come modello in futuro, in un ulteriore passo in avanti verso la protezione di un unico *Right of Publicity* europeo.

2.1 I trattati Europei: Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e l'European data Protection Act

L'analisi dei casi presentati di fronte la Corte Europea dei diritti umani non mostra nessun precedente dove i diritti d'immagine sono stati direttamente menzionati.

Il diritto di una celebrità all'uso della propria immagine è protetto dal diritto di privacy in accordo con l'articolo 8 della *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (1950).

In teoria tale diritto di privacy come previsto dal Trattato si dovrebbe applicare solo alle relazioni tra gli individui e gli Stati. Tuttavia, tale dovere da parte di uno Stato di tutelare la privacy dei propri abitanti è stato spesso interpretato con "effetto orizzontale", permettendo di invocarlo anche a protezione della riservatezza nelle questioni tra privati. Come vedremo più tardi, tale estensione è stata fortemente criticata nel regno Unito¹⁴⁸.

- Nel caso *Von Hannover v. Germany*¹⁴⁹ alcune foto della figlia del Principe Ranieri II di Monaco e di suo marito sono state pubblicate in una rivista tedesca senza il consenso della famiglia reale, che ha considerato il rifiuto della corte tedesca di concedere un'ordinanza restrittiva contro qualsiasi altra pubblicazione delle foto come una

¹⁴⁸ Lauren B. Cardonsky, *Towards a meaningful right of privacy in the United Kingdom*, 20 B.U. Int'l L.J. 393, 404 (2002).

violazione del loro diritto al rispetto della vita privata. In questo caso la Corte Europe dei diritti Umani ha sviluppato un criterio idoneo per bilanciare il diritto al rispetto della vita privata e il diritto alla libertà d'espressione, come abbiamo visto più volte parlando delle analisi delle corti in America. Siccome le foto in questione contribuivano ad un dibattito di interesse generale (che riguardava la malattia del Principe Ranieri e l'attitudine della sua famiglia nei confronti della sua situazione di salute) la Corte non ha rilevato nessuna violazione dell'articolo 8 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

All'interno delle norme dell'UE troviamo anche una direttiva del 1995 conosciuta come "*European data Protection Act*"¹⁵⁰. Il Data Protection Act richiede che tutti i Paesi membri rafforzino le leggi volte a "*proteggere i diritti fondamentali e le libertà delle persone fisiche, in particolare il loro diritto alla privacy con riferimento al trattamento dei dati personali*"¹⁵¹.

Il proposito dietro alla direttiva è quello di proteggere le persone dalla raccolta e distribuzione di informazioni private a loro riguardo senza il loro consenso, eseguita da "*soggetti commerciali, governo o privati*"¹⁵²

I dati personali che possono essere protetti includono "*ogni informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile*"¹⁵³. Ogni volta che una persona può essere direttamente o indirettamente identificata, attraverso l'apparenza fisica o altri fattori che a questa riferiscono, viene ritenuto una persona identificabile. A causa di questa ampia definizione, è

¹⁴⁹ Von Hannover v Germany [2004] (Application no. 59320/00)

¹⁵⁰ Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995

¹⁵¹ Art. 1 - Directive 95/46/EC

¹⁵² Marie Clear "Falling into the gap: The European Union's Data Protection Act and its impact on U.S. law and commerce", 18 J. Marshall J. Computer & Info. L. 981, 985 (2000).

¹⁵³ Art 2a Directive 95/46/EC

ragionevole ritenere che anche l'immagine di una persona che viene trasmessa elettronicamente costituisce “*personal data*”¹⁵⁴.

Ci sono tuttavia limitazioni che comprimono fortemente il raggio d'azione di tale diritto. L'Articolo 3 afferma che la regola non si applica al trattamento di dati non automatico o a quello eseguito da una persona fisica¹⁵⁵. È la raccolta e il trattamento dei dati su cui si focalizza la direttiva, non il successivo uso degli stessi. Quindi, adottando diversi mezzi di raccolta e uso delle informazioni, l'intrusione di una società nella privacy di una persona e l'appropriazione dei dati personali di questa potrebbe cadere al di fuori della protezione di tale diritto. In aggiunta a tali limitazioni, c'è anche un'eccezione per la raccolta e il trattamento dei dati a scopo giornalistico¹⁵⁶

Questo ricorda fortemente il bilanciamento tra diritto alla privacy (e diritti d'immagine) con la libertà d'espressione (e di informazione), più volte citato nell'analisi della regolamentazione dei *publicity rights* nel territorio americano.

A causa di queste ingenti restrizioni, la stessa norma finisce per focalizzarsi quasi esclusivamente nel fornire una seppur minima protezione della privacy di un individuo, piuttosto che nel riconoscere un interesse alla proprietà di determinati dati e al loro valore commerciale quando riguardano persona di una certa notorietà.

È arrivato il momento di viaggiare Stato per Stato per andare a vedere la regolazione dei diritti d'immagine in diversi Paesi Europei.

2.2 Regno Unito: lo Stato più conservatore

¹⁵⁴ Peter M. Bryniczka, *Irvine v. Talksport Ltd.: Snatching victory from the jaws of defeat—English law now offers better protection of celebrities' rights*, 11 *Sports Law. J.* 171, 193 (2004).

¹⁵⁵ Article 3.1-3.2. Directive 95/46/EC

Il Regno Unito ha per tradizione offerto sempre una grande protezione alla libertà d'espressione e ciò si è tramutato nel rifiuto di sviluppare una cornice legale a protezione dei diritti d'immagine.

Con l'introduzione dell'*European Act* che garantisce un diritto alla privacy per tutti gli individui dell'Unione Europea, negli ultimi anni è risultato impossibile per le corti britanniche negare il riconoscimento di un diritto alla riservatezza dei cittadini. Il dibattito su quali mezzi utilizzare per realizzare tale obiettivo è fortemente discusso e la forte preoccupazione per la libertà d'espressione continua ad essere d'ostacolo ad un pieno diritto di privacy¹⁵⁷. Non solo, ma con l'uscita della Gran Bretagna dall'Unione Europea la situazione sarà destinata a cambiare di nuovo, probabilmente controcorrente con il resto d'Europa.

Attualmente il diritto d'immagine può esser protetto sviluppando e allargando il campo d'azione di illeciti civili già esistenti come diffamazione, falsa sponsorizzazione, infrazione della proprietà intellettuale, calunnia a mezzo stampa ecc¹⁵⁸.

Un'altra ipotesi è quella di rivendicare una violazione dei diritti di proprietà intellettuale, ma in questo caso l'istante deve provare che il suo diritto incontra i requisiti di protezione previsti in materia, compito spesso arduo¹⁵⁹.

Gli ultimi casi analizzati dalle corti inglesi sono ora protetti allargando i confini di due illeciti: 1) *breach of confidentiality*: cioè una violazione dell'accordo di riservatezza e 2) "*passing off*", ossia una sorta di concorrenza sleale per confusione.

1) L'illecito di violazione dell'accordo di riservatezza è stato rivendicato in un caso famoso:

¹⁵⁶ James R. Maxeiner, Symposium: Data protection law and the european union's directive: the challenge for the United State, , 80 Iowa L. Rev. 619, 633 (1995).

¹⁵⁷ Jörg Fedtke et al., Concerns and ideas about the developing English law of privacy (and how knowledge of foreign law might be of help), 52 Am. J. Comp. L. 133, 152-153 (2004)

¹⁵⁸ A. Helling, *Protection of "persona" in the EU and in the US: a comparative analysis* (LLM thesis and essays) University of Georgia Law (2005) p. 32

- nel caso (o meglio serie di casi) *Douglas v. Hello!*¹⁶⁰, la coppia Hollywoodiana Michael Douglas e Catherine Zeta Jones aveva ceduto il diritto esclusivo di pubblicare le foto dei loro matrimonio a OK! Magazine. Nonostante le misure anti paparazzi usate nella cerimonia, il magazine rivale Hello! è riuscito a procurarsi alcune foto e a pubblicarle. Sia Douglas che Ok! Magazine denunciarono quindi Hello! per violazione dell'accordo di riservatezza. La corte, ragionevolmente, si pronunciò a favore dell'accusa, affermando che i Douglas avevano organizzato la cerimonia in modo da ottenere un'obbligazione di riservatezza e controllo delle informazioni¹⁶¹.

Bisogna notare che in questo caso, però, è stato più che altro protetto l'aspetto personale e dignitario dei diritti d'immagine. Inoltre, tradizionalmente una rivendicazione fondata sulla violazione di un rapporto confidenziale richiederebbe appunto la preesistenza di un accordo confidenziale, come nel caso sopra riportato. In alcuni casi però, tale illecito è stato allargato in modo da farci rientrare anche informazioni confidenziali non raccolte all'interno di un accordo. Tuttavia, non tutte le informazioni private sono confidenziali, alcune volte possono essere anche di dominio pubblico, e come vengano trattate in quei casi rimane incerto.

Indipendentemente da quanto si possano allargare i confini di questo illecito, difficilmente potrà racchiudere molti casi di violazione di privacy e men che meno casi di violazione di diritti d'immagine.

2) Un altro concetto a protezione del diritto commerciale a controllare l'uso dell'immagine di una persona è il cosiddetto “*passing off*” (concorrenza sleale per confusione). L'illecito di “*passing off*” è volto a proteggere valori

¹⁵⁹ Hayley Stallard, *The Right of Publicity in the United Kingdom*, 18 Loy. L.A. Ent. L.J. 565, 566 (1998)

¹⁶⁰ *Douglas v Hello! Ltd* [2005] EWCA Civ 595

simili a quelli protetti dal *Right of Publicity*, visto che l'obiettivo in questi casi è quello di proteggere il valore economico dell'identità appropriata.

- Come si evince dal caso *Reckitt & Coleman Products v. Borden*¹⁶², per avere successo in una rivendicazione fondata sul *passing off*, l'istante deve provare:
 - a) la rappresentazione ingannevole da parte dell'accusato;
 - b) la reputazione del ricorrente agli occhi del pubblico;
 - c) i danni a lui causati da tale rappresentazione. Questo approccio classico non si applica universalmente a tutti i casi di violazione dei diritti d'immagine.
- Nel caso *Lyngstad v. Anabas*, il famoso gruppo musicale Abba non ebbe successo nel rivendicare il fatto che i loro diritti fossero stati infranti quando il loro nome e la loro immagine vennero usati in alcuni cimeli. La corte rilevò che gli Abba non avevano organizzato nessuna attività commerciale di questo tipo nel Regno Unito e che non erano quindi idonei ad ottenere protezione. Infatti, come ribadito anche nel caso *McCulloch v. May*¹⁶³, spettava all'istante il compito di provare la confusione dei consumatori e questa si poteva ritenere verificata solo se entrambe le parti operavano nello stesso mercato.
- Quasi 30 anni dopo, questa linea di pensiero venne ribaltata nel caso *Irvine - Talksport, Ltd (2003)*¹⁶⁴. In questo caso l'immagine di un famoso pilota di Formula 1 venne usata in del materiale pubblicitario per una stazione radio. La corte stabilì che per poter applicare la dottrina del "*false endorsement*" (falsa sponsorizzazione) non era necessario che le parti operassero in un campo comune, deliberando così a favore dell'istante, enfatizzando che il proposito del torto di *passing off* era di "*difendere il diritto esclusivo alla reputazione del rivendicante e nel proteggerlo da un danno, anche se non*

¹⁶¹ Cantero I. et al. "Exploiting Publicity Rights in the EU". Zurich. (2010) p. 5-6.

¹⁶² *Reckitt & Coleman v. Borden*, [1990] R.P.C. 341

¹⁶³ *McCulloch v. May*, [1947] 65 RPC 58.

immediato”. Inoltre in questo caso il giudice Laddie si spinse oltre quando affermò l’importanza di permettere una causa di azione per un uso non autorizzato della reputazione di una persona in qualunque campo o attività, facendo presente come nella società di oggi sia molto comune che una persona famosa abbia interesse nello sfruttare il valore della propria persona anche al di fuori del proprio campo di attività. Alla fine il pilota ottenne un risarcimento pari all’ammontare che avrebbe ricevuto qualora avesse stipulato un contratto di sponsorizzazione¹⁶⁵.

Come menzionato sopra, l’illecito di *passing off* presenta alcuni dei tratti che abbiamo visto a proposito del *Right of Publicity* americano, nonostante sia principalmente inteso a protezione del *Right of Privacy*. La differenza più grande con il *Right of Publicity* è che il *passing off* può essere utilizzato solo nei casi in cui sia presente l’elemento base della rappresentazione ingannevole, limitando notevolmente il suo campo di applicazione¹⁶⁶.

2.3 Germania: il diritto generale della personalità

Un approccio differente si è originato in Germania. Dopo la Seconda Guerra Mondiale, la Corte Suprema Federale Tedesca ha sviluppato la nozione di diritto generale della personalità (“*allgemeines Persönlichkeitsrecht*”), basato sull’Art 1 e 2 della Costituzione tedesca e sezione 823 del Codice Civile tedesco.

¹⁶⁴ Irvine v. Talksport Ltd., 2002 WL 237124, [2002]

¹⁶⁵ Peter M. Bryniczka, Irvine v. Talksport Ltd.: Snatching victory from the jaws of defeat—English law now offers better protection of celebrities’ rights, 11 Sports Law. J. 171, 193 (2004)

- il punto di partenza per questo sviluppo si ebbe nel 1954 con la famosa decisione *Schacht*¹⁶⁷. In questo caso un avvocato aveva scritto una lettera all'editore di un giornale chiedendo la correzione di un articolo che collegava un suo cliente al regime nazista. La lettera venne poi pubblicata nello stesso giornale senza il consenso dell'avvocato. La sua pubblicazione non era né diffamatoria né violava nessun copyright, ma l'istante basò la propria accusa su di un diritto alla personalità. Prima di questo caso, un tale diritto non era mai stato riconosciuto, ma la Corte Federale Tedesca lo creò affermando che *“il diritto generale alla personalità deve essere riconosciuto come un diritto fondamentale garantito nella Costituzione”*.

Lo scopo di questo diritto non venne poi definito dal tribunale, rimanendo molto ampio e venendo successivamente identificato dalle Corti caso per caso¹⁶⁸. Tuttavia, due aspetti di questo generale diritto della personalità sono protetti da disposizioni separate: il diritto all'uso della propria immagine e del proprio nome¹⁶⁹. I diritti d'immagine non sono riconosciuti come un diritto a parte in Germania, ma nella giurisprudenza delle corti l'ampio raggio dell'identità di una persona viene protetto includendo sembianze, voce, firma e altre caratteristiche distintive della persona¹⁷⁰. Dato che il diritto d'immagine viene considerato un diritto personale, non è trasferibile, annullabile o trasmissibile per successione nel territorio tedesco. Detto ciò, una persona potrebbe consentire l'uso di alcuni aspetti della propria identità dietro corrispettivo, permettendo la sua commercializzazione.

¹⁶⁶ A. Helling, *Protection of “persona” in the EU and in the US: a comparative analysis* (LLM thesis and essays) University of Georgia Law (2005) p. 32

¹⁶⁷ BGH 25 May 1954, BGHZ 13, 334 (Schacht)

¹⁶⁸ Cantero, I., et al. *“Exploiting Publicity Rights in the EU”* Zurich. p. 10 (2010).

¹⁶⁹ Section 22 of the Kunsturhebergesetz (KUG)

¹⁷⁰ Welser, M. Germany, Right of Publicity in 21 jurisdictions worldwide (2014)

- il primo caso in cui anche un valore monetario venne riconosciuto all'interno dei diritti della personalità fu il caso del "*Gentleman Rider*"¹⁷¹. In questo caso un fantino amatore presentò una richiesta di risarcimento danni per l'umiliazione sofferta quando una sua foto era stata usata in una pubblicità di un afrodisiaco per aumentare la potenza sessuale. La corte non trovò nessun particolare danno ma concesse comunque un risarcimento al richiedente basando la sua decisione su di un fittizio contratto di licenza per l'uso della sua immagine. La ratio di questa interpretazione consisteva nel fatto che violando i diritti della personalità di un individuo si producono danni immateriali che possono essere ricompensati tramite un risarcimento danni¹⁷².

La protezione degli aspetti commerciali di tale diritto della personalità è stata comunque limitata, visto che le Corti tedesche hanno sempre protetto ampiamente gli interessi del pubblico. Anche in Germania ci sono situazioni in cui i diritti della personalità devono lasciare spazio in favore di altri interessi, cercando di attuare un giusto bilanciamento. I principi che possono prevalere sui diritti d'immagine sono i diritti alla libertà di parola, informazione, stampa ecc¹⁷³, ai quali è stata data spesso priorità rispetto all'interesse di un individuo privato, anche quando tale violazione sembrava essere motivata più da un interesse commerciale che da un dovere di informazione.

- Un caso in cui è facilmente visibile tale attitudine delle Corti riguardò il famoso calciatore tedesco Franz Beckenbauer¹⁷⁴. A fine anni '70 la sua immagine venne usata in un calendario e venduta al

¹⁷¹ BGHZ 26, 349 (1958) (Herrenreiter).

¹⁷² Eric H. Reiter, Personality and patrimony: Comparative perspectives on the right to one's image, 76 Tul. L. Rev. 673, 673 (2002)

¹⁷³ Susanne Bergmann, *Publicity rights in the U.S. and in Germany: A comparative analysis*, 19 Loy. L.A. Ent. L.J. 479, 480 (1999).

pubblico con il puro scopo di trarre un profitto. Il giocatore tentò di fermare la distribuzione del calendario e venne paradossalmente denunciato dal distributore. Nonostante l'evidente scopo commerciale, la Corte ritenne che *“l'uso dell'immagine era stata utilizzata in connessione all'informazione fornita dal calendario, piuttosto che per mere ragioni commerciali”*.

- A tali conclusioni si arrivò anche in un altro caso del 1988 che riguardava una leggenda del tennis come Boris Becker, che denunciò senza successo il distributore di un libro sul tennis che aveva la sua foto nella copertina.

Secondo quanto riportato dallo studioso Bergmann, anche il diritto tedesco si sta muovendo sempre di più verso l'approccio americano, iniziando a riconoscere l'interesse commerciale che una persona potrebbe avere nell'uso della propria immagine, e la possibilità di consentire ad altri il tale utilizzo attraverso licenze¹⁷⁵.

- Nel 1999 la figlia di Marlene Dietrich chiese un risarcimento danni per l'uso illegale dell'immagine di sua madre nella pubblicità di un musical sulla sua vita. La corte deliberò in favore dell'istante, concedendo una protezione post-mortem dei diritti d'immagine¹⁷⁶. Così facendo, la Corte ha riconosciuto un valore patrimoniale dell'immagine dell'attrice che non è strettamente personale ma molto simile ad un diritto di proprietà e può quindi essere ereditato dagli eredi di una celebrità¹⁷⁷. Detto ciò, il tempo di protezione è limitato a 10 anni, durante i quali l'immagine di un individuo o altre

¹⁷⁴ BGH NJW 1979, S. 2204 (Beckenbauer)

¹⁷⁵ Susanne Bergmann, *Publicity rights in the U.S. and in Germany: A comparative analysis*, 19 Loy. L.A. Ent. L.J. 479, 480 (1999) p.44

¹⁷⁶ Helling Anna E., *“Protection of “persona” in the EU and in the US: a comparative analysis”* (LLM thesis and essays) University of Georgia Law (2005) p. 53

¹⁷⁷ Susanne Bergmann, *Publicity rights in the U.S. and in Germany: A comparative analysis*, 19 Loy. L.A. Ent. L.J. 479, 480 (1999)

caratteristiche di quella persona non possono essere usate per propositi commerciali senza il permesso degli eredi¹⁷⁸.

2.4 Francia: un lungo percorso verso un riconoscimento completo

Nonostante la Francia sia un paese di civil law, la nozione di diritto alla privacy venne inizialmente riconosciuta dai Tribunali in diversi casi. Una successiva nozione di diritto d'immagine si è poi sviluppata nel sistema legale francese arrivando a comprendere il diritto all'immagine, alla privacy, alle relazioni familiari e all'intimità¹⁷⁹.

- Il primo caso si ebbe alla fine del 19 secolo quando un artista disegnò la famosa attrice Rachel nel suo letto di morte, vendendo la raffigurazione nonostante le accuse della famiglia, che cercò protezione rivolgendosi alla Corte. Quest'ultima deliberò che nessuno poteva riprodurre e vendere l'immagine di una persona deceduta senza l'esplicito consenso della famiglia¹⁸⁰. Abbiamo davanti uno dei primi casi a livello mondiale di protezione dei diritti d'immagine di una persona, seppur anche in questa circostanza l'interesse maggiore era tutelare l'intimità e la privacy della famiglia dell'attrice, mentre l'aspetto economico era decisamente in secondo piano.
- Ma il vero sviluppo nella giurisprudenza casistica francese si ebbe negli anni 50, e nel 1954 un caso di grandissima importanza venne deciso dalle corti francesi. Il caso *Marlene Dietrich*¹⁸¹ diede

¹⁷⁸ Welser, M. Germany, Right of Publicity in 21 jurisdictions worldwide (2014) p. 50

¹⁷⁹ Cantero, I., et al. *Exploiting Publicity Rights in the EU*. Zurich. p. 7 (2010)

¹⁸⁰ E. Logeais, J. Schroeder, *The french right of image: an amiguous concept protecting the human persona*, Loyola Marymount University and Loyola Law School (1998) p. 514

¹⁸¹ Judgment of Mar. 16, 1955, Cour d'appel de Paris, 1955 D.S.Jur. 295 (Fr.). (The Dietrich affair)

all'attrice uno dei risarcimenti più grandi mai assegnati in un caso di privacy, portando alla luce anche importanti cambiamenti. L'attrice e cantante tedesca denunciò l'editore francese di una serie di articoli basati apparentemente sulla sua vita. La corte deliberò a favore dell'istante, stabilendo che *“le memorie di ogni individuo riguardano la sua vita privata e sono parte di una proprietà morale; nessuno può pubblicarle, anche in assenza di cattive intenzioni, senza il consenso espresso ed un'inequivocabile autorizzazione della persona la cui vita è narrata”*. Questa dichiarazione afferma con chiarezza che la storia della vita di una persona appartiene solo all'individuo stesso e non può essere pubblicata senza il suo consenso. Inoltre la corte ha avvicinato il diritto alla privacy ad un diritto di proprietà.

Dopo lo sviluppo di un *“droit de la personnalité”* all'interno della giurisprudenza casistica per più di un secolo, la legislazione lo ha infine riconosciuto e introdotto nel 1970 nel Code civil, all'art 9. Anche in Francia tale diritto va chiaramente bilanciato con altri interessi pubblici, che funzionano da eccezioni all'applicazione di tale diritto. Queste eccezioni sono principalmente tre: 1) fotografie scattate in luoghi pubblici, 2) usi inerenti alla libertà di espressione e di nuove informazioni e 3) parodia¹⁸². Il diritto alla propria immagine è ora quasi un diritto autonomo, avendo le proprie radici nel diritto alla privacy, anche se non è mai stato riconosciuto da leggi statali. La dottrina legale francese differenzia il diritto della propria immagine, che fa sì che un individuo possa prevenire l'utilizzo della propria immagine da parte di terzi, e un diritto sulla propria immagine, che permette ad una persona di sfruttare commercialmente la propria immagine¹⁸³.

¹⁸² Elisabeth Logeais, Jean-Baptiste Schroeder, The French right of image: An ambiguous concept protecting the human persona, 18 Loy. L.A. Ent. L.J. 526 (1998).

¹⁸³ Elisabeth Logeais, Jean-Baptiste Schroeder, The French right of image: An ambiguous concept protecting the human persona , 18 Loy. L.A. Ent. L.J. 517 (1998).

Questo approccio dualistico crea una separazione dell'aspetto personale e di quello commerciale, rendendo impossibile introdurre il concetto di diritto d'immagine completo e unico in Francia. È importante notare che i due diritti d'immagine non si limitano a proteggere solo l'immagine intesa come raffigurazione della persona, ma si estendono ad ogni aspetto della personalità¹⁸⁴.

- Un'altra decisione storica dei tribunali francesi riguardò il caso *Papillon*, dove la questione era incentrata sulla pubblicazione della storia della vita di un criminale che si faceva chiamare Papillon¹⁸⁵. Dato che i documenti usati per scrivere la storia erano pubblici, il Tribunale rilevò che non potevano comportare una violazione del diritto alla privacy, ma che invece la pubblicazione dell'immagine del criminale nella copertina del libro era una violazione dei suoi diritti d'immagine¹⁸⁶.
- Un altro caso che mostra la stessa tendenza delle Corti riguardò Alain Delon¹⁸⁷. L'attore francese aveva denunciato un tabloid che aveva pubblicato alcune foto e una storia su di lui. La Cour de Cassation ribaltò la decisione della prima corte, affermando che questa si era focalizzata solo sui danni morali, senza considerare il pregiudizio economico che aveva sofferto l'attore sotto forma di danno alla sua carriera.

Mentre il diritto allo sfruttamento economico dell'immagine di una persona è stato quindi espressamente riconosciuto dalla giurisprudenza francese, la situazione a riguardo della sua trasmissibilità agli eredi non è così chiara.

¹⁸⁴ A. Helling, *Protection of "persona" in the EU and in the US: a comparative analysis* (LLM thesis and essays), University of Georgia Law (2005) p. 42.

¹⁸⁵ T.G.I. Paris, ord. ref., Feb. 27, 1970, JCP 1970, II, 16293, note Lindon [the *Papillon* case]

¹⁸⁶ A. Helling, *Protection of "persona" in the EU and in the US: a comparative analysis* (LLM thesis and essays), University of Georgia Law (2005) p. 43.

Nei primi casi le corti francesi specificarono come i diritti d'immagine fossero un diritto personale e quindi terminassero con la morte della persona¹⁸⁸.

- La prima decisione delle corti di riconoscere i diritti d'immagine post-mortem avvenne nel caso *Raimu*, dove la vedova del famoso attore francese tentò di impedire ad una compagnia pubblicitaria di usare l'immagine di suo marito. La corte deliberò a favore della ricorrente, affermando che l'aspetto patrimoniale del diritto d'immagine è trasmissibile per successione¹⁸⁹.

È evidente come oltre l'origine comune, questo nuovo diritto d'immagine in Francia abbia numerosi aspetti in comune con il *Right of Publicity* americano.

2.5 Spagna: un diritto d'immagine autonomo

In Spagna i diritti d'immagine sono visti come autonomi diritti personali, indipendenti dal diritto all'onore e dal diritto alla privacy¹⁹⁰. I diritti d'immagine sono esposti nella Costituzione spagnola e nella Ley Orgánica del 5 Maggio 1982. In accordo con l'articolo 7 di quest'ultima, l'uso di un nome, voce o foto di una persona con lo scopo di pubblicizzare, di svolgere attività commerciali o altre attività simili è illegale in Spagna¹⁹¹.

¹⁸⁷ Cass. 1e civ., Nov. 17, 1987, Bull. Civ. I, No. 301, 216, note M. Delon. (Delon v. Ici Paris)

¹⁸⁸ E. Logeais, J. Schroeder, The French right of image: An ambiguous concept protecting the human persona , 18 Loy. L.A. Ent. L.J. (1998). P. 535

¹⁸⁹ E. Logeais, J. Schroeder, The French right of image: An ambiguous concept protecting the human persona , 18 Loy. L.A. Ent. L.J. (1998). p. 537

¹⁹⁰ Cantero, I., et al. "*Exploiting Publicity Rights in the EU*". Zurich. (2010) p. 13

¹⁹¹ S. Barnett "The right to one's own image: publicity and privacy rights in the United States and Spain" *American Journal of Comparative Law*, 47 (1999) p. 565

- Una causa famoso avente ad oggetto l'uso del nome di una celebrità si ebbe a riguardo dell'attore *Gades*. In questo caso una oubblicità dell'attrice spagnola Laura del Sol menzionava Antonio Gades come co-protagonista del suo ultimo film. La Corte Suprema Spagnola deliberò che questo materiale consisteva in uso illegale del nome di Mr. Gades che quindi andava retribuito¹⁹².

La trasmissione agli eredi del diritto alla propria immagine è permessa in Spagna. Secondo la Ley Orgánica, il diritto potrebbe essere rivendicato dai membri della famiglia che erano vivi al momento della morte del loro de cuius. In caso di assenza di eredi legali, il Ministro della Giustizia è legittimato a far valere i diritti d'immagine di una persona per 80 anni dopo la morte della celebrità¹⁹³.

2.6 Paesi Bassi: il diritto al ritratto e al nome

In Olanda non c'è nessun diritto alla privacy riconosciuto dalla legge. Sono presenti, tuttavia, regole che proteggono l'identità di una persona nel *Dutch Copyright Act (Auteurswet, 1912)*. Inoltre alcune leggi applicabili a diversi casi in materia potrebbero essere trovate nella legge sui Trademark (*Benelux Convention on Trade Marks, 704 L.N.T.S. 342.*)

Quando si parla di interesse all'uso della propria immagine, è quello che l'*Auteurswet* protegge come diritto al ritratto (Articoli 19-20-21) e al nome di una persona che assume una particolare importanza. L'art 21 protegge la privacy di un individuo che non ha consentito al fatto che la propria immagine venisse presa e usata da terzi. I fattori che potrebbero causare che un uso venga considerato illegale sono privacy, pericolo, disonore ecc., tutti fattori di origine giurisprudenziale sulla base dei quali una persona potrebbe

¹⁹² S. Barnett "The right to one's own image: publicity and privacy rights in the United States and Spain" *American Journal of Comparative Law*, 47 (1999) p. 575

¹⁹³ Savare, M. Image is everything. *Intellectual Property Magazine*, March (2013) p. 54

concludere che il valore commerciale sia stato o meno uno dei fattori a fondamento della decisione della corte¹⁹⁴.

Sebbene non ci sia nessun specifico “*Right of Publicity*” previsto nella legge olandese, alcuni esempi mostrano come la necessità di protezione degli interessi commerciali in alcuni aspetti della persona abbia ricevuto protezione dalle Corti olandesi. Inoltre, visto che i giudici nei Paesi Bassi hanno ampio potere di interpretazione delle leggi con l’obiettivo di arrivare a decisioni “giuste ed eque”, possiamo aspettarci in futuro l’introduzione di un concetto simile al Right of Publicity americano¹⁹⁵. Per lo meno questa sembra essere la strada intrapresa.

Nonostante ciò, alcune volte le norme appena menzionate potrebbero rivelarsi non applicabili.

- Un esempio di ciò lo troviamo nel caso *Ja zuster/ nee zuster*¹⁹⁶, dove una famosa celebrità della TV era stata imitata e venduta come bambolina in un portachiavi. La corte rilevò che nonostante la celebrità fosse associata a tale oggetto dal pubblico, il suo uso non era illegale. Con una fedele lettura della norma, la Corte affermò che la bambola costituisce una raffigurazione dell’attrice ma non un ritratto (che è ciò che la norma mira a proteggere), visto che “*una persona non può parlare di ritratto se la faccia rappresentata non combacia con le caratteristiche del volto della persona raffigurata*”¹⁹⁷.
- Questa decisione, alquanto letterale e discutibile, risale però a più di 40 anni fa; l’opinione delle Corti è poi cambiata nel corso del tempo. In un caso successivo, la Corte Suprema ritenne che “*per ritratto non è necessario che la persona che guarda conosca la persona*

¹⁹⁴ Fritz Oppenoorth, Facets of Dutch Portrait Law, 28 Copyrightworld 38, 39 (1993)

¹⁹⁵ Fritz Oppenoorth, Facets of Dutch Portrait Law, 28 Copyrightworld 37 (1993)

¹⁹⁶ HR 16 januari 1970, NJ 1970, 220 (*Ja zuster/nee zuster*)

¹⁹⁷ Ian S. Blackshaw, Robert C. R. Siekmann, Sports Image Rights in Europe, 14 (2005)

*raffigurata, né che sia capace di ottenere una chiara rappresentazione della raffigurazione del volto*¹⁹⁸.

Altre caratteristiche al di fuori del volto hanno ricevuto attenzione da parte della giurisprudenza olandese, ma non sono mai state considerate sufficienti da sole per rendere una persona identificabile e quindi protetta dalla norma sui ritratti.

- Un esempio si ebbe a proposito di un caso riguardante una fotografia del pattinatore *Yep Kramer* che venne usata senza autorizzazione in una pubblicità di una caldaia¹⁹⁹. La corte distrettuale ritenne che non solo le caratteristiche del viso, ma anche la postura caratteristica del pattinatore lo resero identificabile dal pubblico. Sembrerebbe quindi che qualsiasi immagine di una celebrità ricada nella definizione di ritratto, ma non aspetti simili od oggetti ricollegabili, che non sono ancora stati fatti rientrare all'interno della cornice a protezione del ritratto di una persona²⁰⁰.

La legge olandese non protegge solo interessi di privacy, ma cerca anche di proteggere il valore commerciale dell'identità di una persona. Tutto ciò risulta chiaro dai requisiti richiesti per una violazione del diritto al ritratto. Per proteggere l'uso del ritratto di una persona, l'istante deve mostrare alla corte una "*ragione legittima*", cioè un interesse ragionevole²⁰¹ che può essere:

- a) un interesse alla privacy, come menzionato sopra, regolato dall'Articolo 8 dell'ECHR;

¹⁹⁸ HR 30 oktober 1987, NJ 1988, 277 (Naturiste)

¹⁹⁹ Sub District Court Harderwijk, 19 May, 1991, p. 1001, No. 3507

²⁰⁰ Ian S. Blackshaw, Robert C. R. Siekmann, Sports Image Rights in Europe, 25f (2005)

²⁰¹ Fritz Oppenoorth, Facets of Dutch Portrait Law, 28 Copyrightworld 43 (1993),

b) un interesse commerciale, supportato dall'idea che il successo merita protezione da uno suo sfruttamento da parte di terzi²⁰².

- Il primo caso inerente un interesse commerciale si ebbe a riguardo del cantante Teddy Scholten²⁰³. La corte rilevò come a quel tempo il famoso cantante potesse esser desideroso di sfruttare il proprio ritratto a scopi commerciali, per esempio attraverso contratti di licenza. Tale interesse venne considerato ragionevole e legittimante una causa di azione.

- Ma si dovette aspettare fino al 1979 con il caso *'t Schaep met de vijf Pooten*, per avere una decisione in cui la Corte Suprema risolse un caso riguardante l'interesse commerciale in un ritratto gettando due criteri alla base della decisione²⁰⁴:

1) Prima di tutto ci doveva essere “una popolarità acquisita nell'esercizio della propria professione”;

2) era necessario “uno sfruttamento economico di quella popolarità” (da parte dell'operatore non autorizzato).

Con il tempo, il primo requisito è stato sorpassato e ora le persone che sono famose per altre ragioni sembrano avere allo stesso modo una chance di protezione²⁰⁵.

Per quanto riguarda l'uso del nome di una persona, la situazione è la stessa a proposito del ritratto, inoltre qualunque cosa non venga protetta dalla legge sul Copyright potrebbe essere regolata da altre leggi come quella sul Trademark, che spesso funziona a completamento dei vuoti legislativi²⁰⁶.

Il problema però, è che sia l'aspetto commerciale che quello “personale” ricadono all'interno dello stesso principio e tale stretta connessione frena lo

²⁰² Ian S. Blackshaw, Robert C. R. Siekmann, *Sports Image Rights in Europe*, 17 (2005)

²⁰³ Hof Den Haag, 13 april 1960, NJ 1961, 160 (Teddy Scholten).

²⁰⁴ HR, 19 January 1979, NJ 1979, 383.

²⁰⁵ Ian S. Blackshaw, Robert C. R. Siekmann, *Sports Image Rights in Europe*, 20 (2005)

²⁰⁶ HR, 19 January 1979, NJ 1979, 383. 241 *Supra* note 232 at 21

sviluppo dei primi. Tutto ciò rende difficile anche ammettere una trasferibilità per successione dei diritti commerciali inerenti il diritto al ritratto.

In conclusione sia il valore monetario dell'identità di una persona, sia il bisogno di protezione di tale valore, sono riconosciuti in Olanda anche se non esiste ancora nessun esplicito *Right of Publicity*. La legge attuale può non coprire tutti gli aspetti dell'identità di un individuo ma sembrerebbe esserci uno sviluppo verso tale direzione. Per potersi verificare, però, sembrerebbe opportuno separare la parte commerciale e quella personale sotto due diversi principi di diritto²⁰⁷.

2.7 Italia: seguendo le orme americane

In Italia il riconoscimento dei diritti d'immagine sembra esser stato fortemente influenzato dai progressi esteri, soprattutto quelli avvenuti in territorio americano. A grande dimostrazione di ciò, è anche il fatto che la parola *privacy* è stata importata nel dizionario italiano, è come sappiamo il diritto alla *privacy* è il padre dei diritti d'immagine. Anche la disciplina dei diritti d'immagine è in evoluzione in Italia, seppure come accennato nell'Introduzione non esiste un termine equivalente a *Publicity rights* ma solo una traduzione di "*Image rights*"²⁰⁸.

Come sappiamo, la principale fonte legislativa in Italia è la Costituzione del 1948, a cui si aggiungono cinque distinti Codici che completano il corpo legislativo. Secondo gli Articoli 6 (*Diritto al nome*) e 10 (*Abuso dell'immagine altrui*) del Codice Civile Italiano e gli Articoli 96-97 della legge sui Copyright (*Legge, 22/04/1941 n° 633, G.U. 16/07/1941*), un vasto

²⁰⁷ A. Helling, Protection of "persona" in the EU and in the US: a comparative analysis, University of Georgia (2005)

²⁰⁸ Silvio Martuccelli, Symposium: International Rights of Publicity, The Right of Publicity under Italian Civil Law, 18 Loy. L.A. Ent. L.J. 543, 545 (1998).

numero di diritti della personalità sono protetti, tra cui il diritto all'uso del proprio nome, della propria immagine e pseudonimo. Al di là dei diritti tipici, che trovano diretta protezione nel corpo legislativo, ai giudici italiani è concessa la possibilità di ragionare per analogia e andare a proteggere anche nuovi interessi che presentano tratti in comune con norme già esistenti (*analogia legis*) o principi generali di diritto (*analogia iuris*).

Così attraverso questa attività di analogia, i Tribunali hanno iniziato a proteggere nuovi diritti ritenuti degni di protezione, tra i quali rientra un concetto di “diritti d'immagine” molto simile al *Right of Publicity* americano, che si estende al di là della mera immagine e che protegge gli interessi economici all'uso dell'identità della celebrità.

- Questo diritto venne per la prima volta riconosciuto nel caso *Dalla v. Autovox* (1984)²⁰⁹. Lucio Dalla, famoso cantante italiano, denunciò una società che produceva equipaggiamenti audio per appropriazione indebita della sua persona. Nella pubblicità sotto accusa, la compagnia aveva incluso i due suoi elementi più identificativi: un cappello di lana e un paio di piccoli occhiali tondi. Dalla non fondò l'accusa su di una violazione del suo diritto al nome o su di un abuso della sua immagine, perché né il suo nome né la sua immagine vennero riportati nella pubblicità. Invece, in modo intelligente, gli avvocati del cantante lamentarono che utilizzando il cappello e gli occhiali nella pubblicità la compagnia si era appropriata indebitamente del valore commerciale dell'identità personale del cantante²¹⁰. La società non si era appropriata direttamente dell'immagine di Dalla, ma aveva usato altri indizi che collegavano immediatamente all'immagine del cantante. Usando il proprio potere di analogia, il tribunale ritenne l'Abuso di immagine disciplinato

²⁰⁹ Pret. Di Roma, 18 apr. 1984, Foro It. 1984, I, 2030, Giur. It. 1985, I, 2, 453

²¹⁰ Silvio Martuccelli, An up-and-coming Right – The Right of Publicity: Its birth in Italy and its consideration in the United States, 4 Ent. L. Rev. 109, 112 (1993)

dall'Art. 10 c.c. e Art. 96-97 della Legge sul diritto d'autore applicabile a questo caso. La Corte riconobbe per la prima volta un vero *Right of Publicity*, cioè un diritto d'immagine che va al di là del nome e dell'immagine stessa. Il Pretore, dopo aver rilevato che Dalla aveva subito una lesione della propria immagine-reputazione, calcolò il danno sulla base del quantum di mercato a cui Dalla avrebbe potuto vendere la propria immagine, meccanismo seguito anche da altri Corti in Europa²¹¹. Tale scelta è a mio avviso pienamente condivisibile, visto che l'immagine di una celebrità è una risorsa scarsa, e la scarsità in economica è una delle caratteristiche che determina il prezzo del bene.

Coerentemente a questa impostazione, il Tribunale di Roma in un altro caso ha chiarito che il calcolo del danno in questi casi va fatto con riferimento "*al c.d. prezzo del consenso ovvero sia all'utile economico, che il soggetto avrebbe potuto ricavare se avesse prestato il proprio consenso alla pubblicazione*"²¹². Tutto ciò, indipendentemente dalla presenza di un lucro cessante consistente nella riduzione della possibilità di sfruttamento economico che il soggetto aveva (nella specie si trattava di un politico che non aveva alcuna interesse nello sfruttamento commerciale della propria immagine), ed anche se nella specie non vi è un concreto arricchimento conseguito dall'utilizzazione di un personaggio noto per la pubblicizzazione dei prodotti di una società. Insomma, l'attore non deve provare né la propria diminuita capacità a vendere la propria immagine, né il concreto arricchimento della controparte, ma deve semplicemente allegare il fatto di non essere stato pagato²¹³.

Appare quindi corretta la valutazione del giudice di equiparare il torto ad un contratto costruito dal giudice stesso in luogo delle parti.

²¹¹ Irvine v. Talksport Ltd., 2002 WL 237124, [2002]

²¹² 20 luglio 1991, Dir. inf. e inf., 1992, 88

²¹³ <http://www.jus.unitn.it/cardozo/review/Torts/Monateri-1995/7.html>

Partendo dalla decisione del caso Dalla, i Tribunali hanno continuato a sostenere l'idea di una protezione del valore commerciale dell'identità di una persona, attraverso un'estensione del diritto di immagine.

- Per esempio, la Corte ha esteso la protezione contro l'uso non autorizzato dell'immagine e della firma di un cantante (*Baglioni v. Eretel Srl and Disco Spring*)²¹⁴ e contro l'uso delle sembianze di una persona famosa (*Vitti v. Doimo SpA*)²¹⁵.

Inoltre troviamo numerosi casi riguardanti atleti, in particolare calciatori.

- Nel caso *Weah v. Soc. for Service and EPI*²¹⁶, l'allora giocatore del Milan, attuale neo Presidente della Liberia, chiese un'ingiunzione temporanea contro l'uso abusivo della sua immagine e del suo nome all'interno di un calendario calcistico destinato ai tifosi della squadra rossonera. Mentre la parte accusata tentò di difendersi affermando che la fama del giocatore giustificava tale uso, la Corte replicò che un'eccezione che permetta un uso non autorizzato dell'immagine di una celebrità poteva essere ammessa solo se strettamente necessaria per "*propositi informativi, mentre era indifferente se questo avveniva anche nella ricerca di un guadagno*". Tuttavia, nel caso di un calendario i benefit informativi sono secondari al proposito di vendere per trarre un profitto e commercializzare l'oggetto. Di conseguenza, un decreto ingiuntivo venne emesso dal Tribunale che ritenne che scopo principale del calendario non fosse quello di comunicare notizie o informazioni di pubblico interesse²¹⁷.

²¹⁴ *Baglioni v. Eretel Srl and Disco Spring* (1986), 1228

²¹⁵ *Vitti v. Doimo SpA*, Pret. di Roma, 6 July 1987

²¹⁶ *Weah v. Soc. For Service and EPI*, Court of Milan, 27th July 1999

²¹⁷ Luca Ferrari, Stella Riberti "Comparing how image rights laws apply to sport in the US, UK and Europe" *LawInSport*, 22 December 2015

- Un altro caso degno di nota riguardò il calciatore Gianni Rivera²¹⁸, in una sorta di riproposizione italiana del caso *Dryer*²¹⁹ dove il Tribunale di Milano accolse in parte l'istanza presentata dal famoso calciatore. Il ricorrente lamentò l'uso commerciale della propria immagine per la vendita di alcuni oggetti di merchandising da parte del più venduto quotidiano sportivo italiano, la Gazzetta dello Sport. Questi oggetti di merchandising consistevano:
 - A) In video che riproducevano partite nazionali e internazionali giocate dal Milan e interviste rilasciate dai giocatori. A questo riguardo il Tribunale non diede ragione all'istante, ritenendo il consenso alla pubblicazione implicito nel contratto di lavoro del giocatore, attraverso il quale egli si impegnava a giocare per il club e quindi implicitamente accettava il fatto di essere ripreso durante le sue prestazioni lavorative e di prestarsi alle interviste. Inoltre il fine meramente documentario del video giustificava l'uso dell'immagine del ricorrente ricadendo nell'eccezione prevista dall'Art 97 della Copyright Law, vale a dire il diritto all'informazione²²⁰.
 - B) Il Tribunale di Milano ritenne però che la stessa conclusione non era applicabile riguardo ad alcune fotografie pubblicate nella copertina delle brochure della Gazzetta nominate "*Campionato ti Amo*" (raffiguranti il giocatore in un contesto diverso dalla sua attività professionale) e a delle medaglie che mostravano un individuo simile al ricorrente alzare trofei vinti dalla sua squadra. A questo proposito, il Tribunale di Milano sostenne che lo scopo di lucro aveva maggior peso di quello pubblicitario, quindi l'esenzione prevista dall'art 97 non poteva trovare applicazione.

²¹⁸ Court of Milan decision No. 1699 of 9 February 2015, Court proceeding No. 12416/2012

²¹⁹ *Dryer et. al v. National Football League*

²²⁰ Luca Ferrari, Stella Riberti "Comparing how image rights laws apply to sport in the US, UK and Europe" LawInSport, 22 December 2015

Infine, negli ultimi anni abbiamo avuto una specie di riproposizione del caso Dalla dopo 20 anni.

- Gli eredi di Audrey Hepburn²²¹ denunciarono la società italiana Caleffi spa, lamentando l'uso non autorizzato in una pubblicità di elementi che evocavano l'immagine dell'attrice che guardava alla finestra di Tiffany (come nella famosa scena del film *Breakfast at Tiffany's*). Il Tribunale di Milano ritenne che la pubblicità consisteva in una violazione dei diritti d'immagine dell'attrice, nonostante né l'immagine diretta né la persona fisica di Audrey Hepburn fossero state riportate. Tubino nero, acconciatura elegante, collana di perle, grandi occhiali da sole e la contemplazione della vetrina di Tiffany vennero ritenuti elementi sufficienti per ricollegare, agli occhi del pubblico, la pubblicità all'attrice, icona di stile resa celebre proprio da quel film. In modo simile a quanto avevamo visto a proposito di *Woody Allen*²²², la fama dell'attrice e la potenza del suo marchio hanno senza dubbio influenzato fortemente il Tribunale spingendolo verso una tale decisione.

Come confermato anche in America nel caso *Dryer*, al di fuori delle ipotesi di informazione e libertà d'espressione, il consenso della persona raffigurata è una condizione necessaria.

Da queste decisioni si possono ricavare alcune conclusioni sui requisiti per poter presentare una tale azione:

- 1) deve essere esperita da una persona pubblica e non da un individuo anonimo qualunque;
- 2) la parte accusata deve essersi appropriata di alcune caratteristiche identificanti della celebrità, motivata da ragioni di profitto;

²²¹ Luca Dotti and Sean Hepburn Ferrer (heirs of Audrey Hepburn) v Caleffi Spa. Court of Milan - 21 January 2015 (766/2015)

²²² 679 F.Supp. 360 (S.D.N.Y. 1988)

- 3) deve aver causato un danno immediato per la persona la cui immagine è stata sfruttata.

Quando si parla di trasferibilità e trasmissione per successione di tali diritti, sembrerebbe esserci un vuoto normativo nella legge Italiana. In dottrina si è argomentato che le caratteristiche protette dal *Right of Publicity italiano* come riconosciuto dalle Corti, sono diverse da quelle di un mero diritto della persona, visto che proteggono principalmente interessi commerciali. Pertanto, l'opinione dottrinale prevalente è a favore della loro trasferibilità. Per quanto riguarda la trasmissione agli eredi, come riportato dal Professor Martuccelli, sembrerebbero esserci tre opinioni differenti. La prima si oppone completamente alla loro trasmissione per successione. Una seconda ritiene che debbano sopravvivere alla morte del titolare e che seguano la durata dei copyright (solitamente 70 anni, dipende però dal caso). Infine, la terza opinione sottolinea come tale diritto può essere trasmesso per successione solo se il proprietario stesso aveva sfruttato commercialmente il valore della propria immagine quando era in vita²²³.

Nonostante non sia ancora chiaro quale di queste opinioni prevalga tra le corti, lo sviluppo dei diritti d'immagine in Italia è stato fortemente influenzato dallo sviluppo del *Right of Publicity* in America. In aggiunta a quanto già discusso, questo *Right of Publicity* creato dalla giurisprudenza italiana presenta similitudini con quello americano anche sotto altri aspetti. Al di là di esser stato creato attraverso un'estensione ad opera dei giudici del diritto alla privacy (cosa che come abbiamo visto è comune alla maggior parte degli Stati Europei), c'è anche un ragionamento legale parallelo e simile alla base del loro riconoscimento. Questi diritti d'immagine infatti sono tesi a concedere alle persone il diritto di essere lasciate in pace (“*to be left alone*”) e a proteggere la dignità e l'autonomia degli individui, ma allo stesso tempo prevengono anche ingiusti arricchimenti e confusione tra i

²²³ Silvio Martuccelli, Symposium: International Rights of Publicity, The Right of Publicity under Italian Civil Law, 18 Loy. L.A. Ent. L.J. 562 (1998).

consumatori - due delle principali ragioni dietro al riconoscimento del *Right of Publicity* americano²²⁴. Infine, anche in Italia i diritti d'immagine trovano il loro limite nella libertà di espressione. Come possiamo notare questi sono tutti argomenti già analizzati nel Capitolo 1 a proposito del *Right of Publicity* americano.

2.8 Il modello virtuoso del Baliato di Guernsey

Il Baliato di Guernsey è una isola che è amministrativamente una dipendenza della Corona Britannica nel Canale della Manica, di fronte alle coste nordoccidentali della Francia. Tuttavia, non è parte nè Regno Unito e nè dell'Unione Europea ed è dotata di governo autonomo.

Nel 2012 un Ordinanza intitolata “*The Image Rights (Bailiwick of Guernsey) Ordinance*” è diventata legge, introducendo un nuovo livello di protezione per i diritti d'immagine.

L'Ordinanza prevede una definizione di “personalità registrata” definita “*personnage*”, che raggruppa:

- una persona fisica;
- una persona giuridica, due o più persone fisiche o giuridiche che sono unite o sono pubblicamente percepite come collegate e che insieme hanno un'unica personalità (*joint personality*);
- Un carattere fittizio di una persona umana o non umana (*fictional character*), la cui personalità è registrata sotto l'ordinanza.

La personalità non è protetta di per sé; l'Ordinanza protegge l'immagine (*'image'*) associata con quella personalità (*Guernsey Image Rights, London, 2013*). Questa immagine viene definita ampiamente dall'ordinanza e dovrebbe indicare il nome del *personagge* o qualunque altra caratteristica per cui una *personagge* viene riconosciuta come:

²²⁴ Silvio Martuccelli, Symposium: International Rights of Publicity, The Right of Publicity under Italian Civil Law, 18 Loy. L.A. Ent. L.J. 555 (1998).

- voce, firma, sembianze fisica, apparenza, profilo, caratteristiche, volto, espressioni verbali o facciali, gesti, modi di essere e ogni altro tratto distintivo caratteristico;
- Qualsiasi fotografia, illustrazione, immagine, foto, video, o altra rappresentazione di un *personnage* non in compagnia di nessun'altra persona, a meno che quest'ultima non sia identificata o fatta oggetto di attenzione solamente in relazione all'uso dell'immagine del *personnage*.

L'Ordinanza prevede sia diritti di proprietà che diritti morali per i proprietari della personalità registrata.

Per quanto riguarda i diritti di proprietà, l'Art 52 considera una personalità registrata un tipo di nuda proprietà su beni mobili personali (*nue propriété*) della quale è vestita la persona registrata come proprietario della personalità registrata. I diritti d'immagine di una personalità registrata sono a loro volta considerati una nuda proprietà su beni mobili personali (*nue propriété*) dei quali è vestito il proprietario dei diritti d'immagine. Tali diritti di proprietà sono trasmissibili attraverso assegnazioni, disposizioni testamentarie, od operazioni legali come succede per gli altri diritti di proprietà su beni mobili personali. I diritti d'immagine della persona registrata possono essere anche concessi attraverso una licenza. Una personalità deve essere registrata per un periodo di 10 anni che decorre dal momento della registrazione e può essere rinnovato per un periodo ulteriore di 10 anni. Un'immagine deve essere registrata per un periodo di tre anni a decorrere dalla registrazione e può essere rinnovata per altri 3 anni.

I diritti morali sono applicati solo ad una persona fisica. In accordo con gli Art 65, 68 dell'Ordinanza, una *personnage* la cui personalità è stata registrata ha il diritto di essere identificata ogni qualvolta una persona utilizza un'immagine protetta associata con la personalità registrata, rendendo tale immagine disponibile al pubblico e violando i diritti morali della persona fisica associata alla *personnage*. A differenza dei diritti di proprietà, i diritti morali non sono assegnabili; essi continuano ad esistere

fino a quando la personalità rimane registrata e potrebbero essere esercitati dal rappresentante personale della *personnage*. Nonostante ciò, tali diritti potrebbero essere trasmessi agli eredi dopo la morte della persona titolare di tale diritto.

Mourant Ozannes, studio legale offshore specializzato nelle leggi delle Isole Vergini Britanniche, del Guernsey, del Jersey e delle isole Cayman, definisce i seguenti vantaggi della disciplina dei diritti d'immagine nel Baliato di Guernsey:

- spiegazione e regolazione a livello legislativo di tale diritti;
- Possibilità di rendere pubbliche le informazioni sui diritti di immagine di una personalità registrata, evitando confusione e permettendo a questa di trasferirli facilmente tramite licenza;
- Definizione dei diritti di proprietà assegnabili;
- La violazione dei diritti d'immagine non è ristretta a specifiche classi di beni o servizi (come nei casi di trademark);
- L'opportunità di gestire i propri diritti d'immagine all'estero²²⁵.

Per il momento il registro dei Diritti d'immagine è disponibile online. L'ordinanza prevede anche le procedure e i limiti per la registrazione dei diritti d'immagine, nonché le procedure in caso di loro violazione e alcune disposizioni amministrative supplementari.

Questo primo innovativo sistema di protezione legislativa dei diritti d'immagine riconosce tali diritti come piena proprietà intellettuale. Il Sistema del Baliato di Guernsey sarà sicuramente studiato in futuro e può essere preso a modello dai diversi Stati per future modifiche delle loro regolamentazioni dei diritti d'immagine.

2.9 Conclusione: verso una futura armonizzazione

²²⁵ Innovative new image rights legislation in Guernsey, Mourant Ozannes. 2011

Come abbiamo avuto modo di vedere, la regolamentazione dei diritti d'immagine in Europa presenta alcune caratteristiche comuni e altre differenti da Stato a Stato.

L'origine derivativa dal diritto alla privacy accomuna tutti gli Stati, ma da tale nascita il percorso ha poi preso strade diverse a seconda della Nazione. Tra i vari Stati Europei, l'Italia è uno di quelli che si è spinto oltre, avvicinandosi al concetto di *Right of Publicity* di stampo americano.

Ma se vogliamo ambire ad una disciplina comune per tutti gli Stati dell'Unione Europe, il primo passo da fare è proprio quello di isolare questo nuovo diritto, di separarlo dal diritto "madre" alla privacy. La scissione tra l'aspetto patrimoniale e quello personale è un passo assolutamente necessario.

Da qui poi sarebbe opportuno estendere i diritti d'immagine ad altre caratteristiche, non solo a nome, immagine o ritratto. Chiaramente, Stati non propensi a riconoscere un pieno diritto patrimoniale allo sfruttamento della propria immagine potrebbero trovarsi in disaccordo, ma il percorso intrapreso dall'Italia è quello che reputo più adeguato. Infatti, una volta che si riconosce tale diritto, non si può limitarlo all'immagine e al nome, perché si finirebbe per non proteggerlo affatto e per lasciare, a chi ha intenzione di violarlo, grandi spazi per aggirare le norme.

Una volta che si separa il profilo patrimoniale e lo si estende ad altre caratteristiche dell'identità di una persona, il terzo passo è renderlo un diritto positivo ovunque. Così come il proprietario di una casa può venderla a terzi, anche il proprietario di un diritto allo sfruttamento della propria immagine dovrebbe essere libero di cederlo o assegnarlo a terzi in via temporanea o definitiva, con lo scopo di trarre un profitto. Infatti, finché non viene concessa la possibilità di trarre liberamente guadagno dalla propria immagine, ma solamente quella di prevenire altri dal farlo in modo illegittimo, tale diritto rimarrà solamente negativo e non avrà alcuna possibilità di sviluppo.

Infine, come conseguenza logica il quarto e ultimo passo sarebbe quello di renderlo trasmissibile per successione in ogni Stato Europeo.

Uno degli Stati meno propensi ad accettare un concetto di *Right of Publicity* è senza dubbio il Regno Unito, ma la sua uscita dall'Unione Europea potrebbe rendere l'armonizzazione di tale diritto più semplice.

Il segreto per realizzare tutto ciò potrebbe avvenire da un completo riconoscimento di un Publicity Rights come proprietà intellettuale, concetto che riprenderò nella conclusione della tesi.

La strada verso un'armonizzazione e una creazione di un concetto unico di diritti d'immagine come diritto patrimoniale e commerciale è ancora lunga, ma sicuramente la maggior parte degli Stati Europei si sta muovendo nella giusta direzione.

Seconda Parte

CAPITOLO III “GLI ENDORSEMENT AGREEMENTS: CONTRATTI MILIONARI”

3.1 Definizione: i contratti di licenza. 3.2 La licenza nel marketing degli atleti. 3.3 Definizione: gli endorsement agreements. 3.4 La storia degli endorsements: dalle origini fino ai giorni nostri. 3.5. “The Legendary Sneaker’s Business: Il Leggendaro business delle scarpe da ginnastica”. 3.6. Nuove frontiere: Brand Association e Social Media. 3.7. Le restrizioni del mercato degli endorsement degli atleti.

A questo punto, è giunto il momento di scoprire il secondo “emisfero” di questo mondo oggetto della tesi: gli *endorsement agreements*, ossia i contratti che permettono alle celebrità di trarre il massimo profitto dall’uso propria immagine. Prima però, è opportuno menzionare i contratti di licenza che funzionano da ponte tra questi due emisferi.

3.1 Definizione: i contratti di licenza

Il *licensing* è una transazione nella quale il titolare di una proprietà intellettuale concede ad un’altra parte il diritto ad usare tale proprietà, tipicamente in cambio di un corrispettivo.

In assenza della concessione di tale diritto o licenza, l’uso di quella proprietà intellettuale sarà considerata una violazione dei diritti di proprietà del titolare.

Questa “*Intellectual property*” può assumere diverse forme, per esempio: brani musicali, letterali, opere d’arte, dipinti, invenzioni, scoperte nomi, logo, design, marchi registrati, segreti commerciali, diritti d’autori ma anche *i publicity rights*²²⁶. Ci sono diversi tipi di licensing, praticamente ciascuno di questi dipende in gran parte dalla proprietà coinvolta.

Ci sono alcuni termini e parole che sono comunemente usati in tutte le transazioni di licenze, indipendentemente dal tipo di proprietà intellettuale coinvolta:

- “licenziante” (*Licensor*): è il titolare della proprietà intellettuale;

²²⁶ per lo meno negli Stati Uniti e in molti Paesi dove come visto I *Publicity rights* vengono accostati a proprietà intellettuali.

- “licenziatario” (*licensee*): la parte alla quale è stato concesso dal licenziante il permesso di usare la proprietà intellettuale;
- “proprietà licenziata” (*licensed property*): è la proprietà intellettuale che viene licenziata;
- “prodotti licenziati” (*licensed product*): sono i beni sui quali il licenziatario ottiene la concessione del diritto di usare la proprietà intellettuale;
- servizio licenziato (*licensed service*): nei casi dove la proprietà intellettuale viene licenziata per un uso in connessione con un servizio (e.g. pubblicità).

Non è insolito o atipico aggiungere allegati nel contratto per definire in modo più completo la proprietà o il prodotto licenziati.

Ci sono varie forme di concessione di licenza. In alcuni casi, il licenziatario è l'unico soggetto che può utilizzare la proprietà licenziata per quel determinato prodotto o servizio. In questi casi, la licenza viene definita “licenza esclusiva” (*exclusive license*).

Quando invece il Licenziante non intende escludere l'utilizzo del prodotto o del servizio licenziato ad altri soggetti al di fuori del licenziatario, la licenza viene definita “Licenza non esclusiva” (*Non-Exclusive License*), indipendentemente dal fatto che il Licenziante rilasci o meno il diritto ad altri; egli si riserva semplicemente il diritto di poterlo fare.

3.2. La licenza all'uso dell'immagine di una celebrità

Nella redditizia industria dello sport e dell'intrattenimento, atleti, attori, cantanti sono diventati abili nell'utilizzare a proprio vantaggio il successo raggiunto nei propri campi, per firmare ricchi contratti sponsorizzando

prodotti commerciali o interi brand attraverso *endorsement*, *merchandising* o *sponsorships*²²⁷.

Questi tre termini, seppur simili tra loro, presentano differenze alle quali raramente si presta attenzione nel linguaggio parlato. In realtà è opportuno chiarire le diverse sfumature, soprattutto considerando che nel linguaggio italiano non abbiamo una vera traduzione di “*endorsement*” e utilizziamo il termine sponsorizzazione per fare riferimento sia a *sponsorships* che ad *endorsement* (e talvolta anche a *merchandising*).

- 1) “*Sponsorships*” (la vera sponsorizzazione) è visto come il supporto aziendale di un evento, per il beneficio mutuale dello sponsor e della parte sponsorizzata. Infatti, questi accordi promuovono l’immagine dei prodotti dello sponsor e aiutano finanziariamente la parte che organizza l’evento sponsorizzato.
- 2) Il termine “*Sponsorships*” deve essere subito differenziato da “*merchandising*”. Non c’è nessuna attività di licenza coinvolta nella *sponsorships*, mentre la base del *merchandising* è proprio la licenza dei diritti di proprietà intellettuale, necessari per evitare potenziali querele.
- 3) “*Endorsement*” infine, è la promozione di un prodotto o servizio di una società attraverso la raccomandazione personale di un individuo che è sufficientemente conosciuto e rispettato e che può influenzare l’andamento d’acquisto del pubblico²²⁸. La celebrità che si presta all’*endorsement* sponsorizza quindi il prodotto o il servizio per cui viene pagata. In questo modo anche la sua immagine pubblica viene sponsorizzata e collegata ad un determinato prodotto, e ciò comporta varie implicazioni di cui parlerò nei prossimi paragrafi. Sotto un determinato punto di vista possiamo vedere questo tipo di contratti come un “*merchandising*” della celebrità dell’atleta.²²⁹

²²⁷ Carfagna “Representing the Professional Athlete” 2013 p. 107

²²⁸ Raman Mittal, *Licensing Intellectual Property: Law & Management* (2011)

²²⁹ Raman Mittal, *Licensing Intellectual Property: Law & Management* p. 393 (2011)

Nel corso del suo sondaggio annuale sull'industria delle licenze, la LIMA (*International Licensing Industry Merchandisers' Association*) ha identificato le seguenti categorie di prodotti per cui le celebrità hanno licenziato l'utilizzo della propria immagine a scopi pubblicitari o di merchandising²³⁰:

- Abbigliamento
- Accessori (cappellini, gioielli, orologi ecc.)
- Cibo/bevande/liquori
- Scarpe
- Arredamento di interni
- Gadget e regali
- Salute e bellezza
- Articoli per la casa
- Musica – video
- Prodotti per l'infanzia
- Editoria
- Prodotti Sportivi
- Prodotti cartacei –materiale scolastico
- Giocattoli – giochi
- Software - Videogames

Come si nota dalla lista, sostanzialmente le celebrità cedono i diritti all'utilizzo della propria immagine per sponsorizzare ogni tipo di prodotto in commercio.

Secondo alcune ricerche, il 14%-19% delle pubblicità in onda negli Stati Uniti presentano persone famose che pubblicizzano prodotti o brand, e la percentuale è quasi il doppio in altri Paesi²³¹.

²³⁰ <https://www.licensing.org/news/lima-annual-global-survey-of-licensing-industry-now-available/>

²³¹ J. Creswell “Nothing Sells Like Celebrity”, *New York Times*, June 22, 2008

Chiarita l'attività di *licensing* e le varie differenze, l'oggetto di questa seconda parte della tesi saranno proprio gli endorsement agreements.

3.3. Definizione e analisi: cosa sono gli endorsement agreements

Quando si leggono le cifre che atleti, attori e musicisti ottegono per sponsorizzare un prodotto, la domanda sorge spontanea: “gli endorsement funzionano veramente?”.

Tuttavia, considerando non solo che le società stanno continuando ad affidarsi con regolarità a celebrità per sponsorizzare i propri brand, ma che il mercato degli endorsement è in continua crescita, anche la risposta dovrebbe essere altrettanto automatica: “*Si funzionano, eccome se funzionano. Niente vende bene come una celebrità*”²³².

Nonostante spesso tutto ciò sfugga alla nostra percezione, gli endorsement delle celebrità influenzano le nostre scelte e numerose ricerche di marketing hanno analizzato e provato la loro efficacia nel corso degli anni.

Senza dubbio viviamo in un mondo dove le persone sono affascinate dalla vita delle star. Che si adorino o che si odino, queste sono fonti di ispirazione per milioni di persone e quindi fortemente influenti e commercializzabili²³³.

Usare celebrità di fama internazionale come rappresentanti dei propri brand può stimolare il coinvolgimento dei consumatori, migliorare la credibilità del brand e spesso si rivela essere una scelta azzeccata.

Come riportato dalla Professoressa Kineta Hung, Head of the Department of Communications Studies at Hong Kong Baptist University, gli endorsement delle celebrità hanno spesso grande efficacia perché i consumatori aspirano a sfuggire dalla quotidianità vivendo nel mondo delle loro celebrità

²³² J. Creswell “Nothing Sells Like Celebrity”, *New York Times*, June 22, 2008

²³³ Practical Law, “Drafting With the Stars: Celebrity Endorsement Agreements”, 31 October 2016

preferite. Comprando ciò che quest'ultime sponsorizzano, quindi, le persone possono sentirsi connesse alle loro star²³⁴.

Studi psicologici hanno rivelato come tutto questo trovi applicazione anche con riferimento ad un determinato sport, o ad un genere musicale per esempio. Infatti, più i consumatori si identificano con uno sport o un ramo dell'intrattenimento, più saranno propensi a comprare prodotti associati con i suoi atleti o star più famose. Non solo quindi l'associazione tra prodotto atleta, ma anche quella tra prodotto e sport, è alla base del lucrativo mercato degli endorsements.

Anita Elberse, Professoressa all'Harvard Business School, e Jeroen Verleun, Investment Manager External Management a PGGM Investments, hanno condotto una ricerca estremamente interessante sul tema, dimostrando come gli endorsement delle celebrità aumentano sia le vendite che il valore delle azioni di una società, soprattutto quando gli atleti vincono²³⁵.

Da un punto di vista legale, un accordo di sponsorizzazione (*i.e. endorsement agreement*) è un contratto che concede ad un determinato brand il diritto ad utilizzare (*i.e. license*) il nome, l'immagine o le sembianze di un atleta in connessione con la pubblicità di un prodotto o di un servizio del brand stesso.

Conosciuto nel mondo dell'intrattenimento come "*Celebrity agreement*", gli "*endorsers*" (coloro che sponsorizzano il prodotto) sono atleti, celebrità e persone ritenute famose in determinati ambiti. In cambio della raccomandazione personale di un certo prodotto o dell'intero brand (*brand association*), l'*endorser* riceve un premio monetario.

Altre obbligazioni tipiche del contratto possono riguardare attività come: indossare determinati capi d'abbigliamento, partecipare a conferenze stampa ed eventi di marketing, comparire nelle pubblicità.

²³⁴ Hung, K. "Why Celebrity Sells: A Dual Entertainment Path Model of Brand Endorsement", *Journal of Advertising* (2014)

Disposizioni ulteriori, comuni soprattutto per gli atleti, sono previste per il raggiungimento da parte dell'endorser di determinati obiettivi concordati anticipatamente dalle parti, come ad esempio: l'aumento di posizioni in classifica, premi e vittorie. Il raggiungimento di tali successi aumenta le credenziali dell'atleta e quindi, successivamente, il suo potenziale valore come rappresentante di un determinato brand²³⁶.

Infatti, le compagnie scelgono questo tipo di marketing perchè ritengono che l'immagine di una celebrità possa aumentare le vendite, le azioni, e in generale il prestigio del marchio, in misura sufficiente da giustificare i costi che gli *endorsements* comportano. Come dimostrato dalla Professoressa Elberse, spesso tale scelta si rivela azzeccata, soprattutto se l'atleta vince o percepito da tutti come un vincente²³⁷.

Chiaramente, l'ammontare da pagare è oggetto di negoziazione, ma normalmente dipende da diversi fattori, come:

- La fama della celebrità.
- L'immagine pubblica di affidabilità e serietà dell'atleta.
- L'immagine estetica dell'atleta.
- Il grado di desiderio di emulazione che la celebrità provoca nei suoi fans.
- La misura nell'incremento delle vendite del/i prodotto/i che la compagnia si aspetta dalla sua connessione con la celebrità.
- Il numero di prodotti disponibili nel mercato che sono in concorrenza con quello che verrà sponsorizzato dall'atleta.
- Il numero di atleti/celebrità che possiedono caratteristiche simili alla persona scelta²³⁸.

²³⁵ A. Elberse, J. Verleun "The Economic Value of Celebrity Endorsements" – Journal of Advertising research (2012).

²³⁶ Practical Law Commercial Transactions, "Celebrity Endorsement Agreement" - USA (National/Federal)

²³⁷ A. Elberse, J. Verleun "The Economic Value of Celebrity Endorsements" – Journal of Advertising research (2012).

²³⁸ Celebrity Endorsement Agreement, by Practical Law Commercial Transactions, Maintained • USA (National/Federal) <https://www.thomsonreuters.com/en.html>

Passando ad una classificazione degli *endorsement agreements*, questi si dividono in:

- a) *“Traditional Endorsements”*: prevedono che la celebrità promuova alcuni prodotti specifici sfruttando la propria fama e l’abilità di influenzare le decisioni dei compratori. Un facile esempio nel mercato italiano è la sponsorizzazione da parte di Alessandro Del Piero dell’acqua Uliveto.
- b) *“Brand Association”*: una celebrità e una società firmano un accordo perché la prima sponsorizzi l’intero brand, o in caso di grandi multinazionali, un intero settore di questo. Classico esempio è stato Tiger Woods per Nike; il golfista era simbolo del settore golf, se non addirittura dell’intero brand americano.
- c) *“Co-branding”*: due brand distinti, di cui uno posseduto da un atleta, si uniscono per creare un nuovo brand, come nel caso della gamma di drink sportivi intitolata “Gatorade Tiger”, lanciata da Gatorade e il famoso golfista Tiger Woods.
- d) *“Licensing”*: un atleta presta il suo nome e la sua immagine per creare un nuovo prodotto o una nuova linea all’interno di una società. L’esempio più famoso è certamente quello di Michael Jordan, che con Nike ha dato via alla leggendaria linea d’abbigliamento e di scarpe “Air Jordan”.
- e) *“Joint Ventures/equity agreements”*: in questo ultimo caso l’atleta entra a far parte di una nuova joint venture con una determinata società e ne condivide i profitti. Nel 2007, per esempio, Sakin Tendulkar, famosissimo giocatore di cricket, è entrato in una joint venture con Future Group e Manipal Group per lanciare nuovi prodotti sanitari sotto il nome di “S. Drive” e “Sach”.²³⁹

²³⁹ The Anatomy of an Endorsement Agreement – by Posted by SLPC · September 25, 2013 By Roshan Gopalakrishna <https://lawnk.wordpress.com/2013/09/25/the-anatomy-of-an-endorsement-agreement/>

Per un lungo periodo di tempo, i Traditional Endorsements e il *licensing* sono stati visti come la più efficace mossa di mercato da parte delle società. Normalmente, una figura conosciuta appariva in televisione per fare da promozione ad un determinato prodotto o servizio di una società. Questa era una strategia *win-win*, soprattutto nel mondo dello sport. Infatti da un lato l'atleta poteva rimanere concentrato sulla propria prestazione sportiva, dovendo trovare solamente qualche ora per girare lo spot in cambio di una cospicua somma di denaro. Dall'altro lato, come abbiamo visto, la società vedeva spesso aumentare le proprie vendite e il valore del proprio brand.

Il successo di tale strategia si deve al golfista Arnold Palmer e al suo agente McCormack. Infatti, alla storica rivalità dentro i prati da golf iniziata negli anni '60 tra Palmer e Nicklaus, se ne aggiungeva un'altra anche al di fuori del green, dove Palmer preferiva dedicarsi a traditional endorsements e licensing saggiamente consigliato dal più grande agente della storia dello sport Marck McCormack, mentre Nicklaus aveva uno spirito più imprenditoriale che gli ha fruttato spesso più perdite che guadagni.

Ora invece le cose sembrano essere cambiate: negli ultimi due decenni abbiamo assistito ad un'evoluzione dai normali "*celebrity endorsements*" a quella che è una vera "*brand association*", dove le società cercano celebrità che possano associare all'intero brand e diffondere la conoscibilità del marchio, piuttosto che limitarsi a promuovere un prodotto o un servizio.

Dal canto loro, gli atleti spesso iniziano a desiderare qualcosa di più qualche semplice e facile assegno. Come detto da Maverick Carter, agente di LeBron James in visita all'Harvard Business School: "*We want more. We want partnership*" (Vogliamo di più, vogliamo essere soci). Parlerò più tardi di questa evoluzione e di come il mercato degli endorsements abbia assunto una sfumatura ulteriore nell'Era dei social network²⁴⁰.

²⁴⁰ Cap. III Par. 5

Prima però, mi sembra interessante e affascinante ripercorrere la storia degli endorsement agreements.

3.4. La storia degli endorsements degli atleti: dalle origini del mito fino ai giorni nostri.

Il sito *Opendorse* presenta una bellissima storia degli endorsement agreements degli atleti, partendo addirittura dall'antica Grecia²⁴¹. Infatti, al tempo della "Magna Grecia" non vi erano ancora contratti milionari ma gli atleti venivano onorati con statue, canzoni, poemi e dipinti. Nonostante siano passati più di 2000 anni, ci sono almeno 3 atleti greci la cui fama è arrivata fino ai giorni d'oggi e che sicuramente avrebbero potuto firmare i più grandi endorsements dell'epoca:

1. *Teogene di Taso*: fu un pugile e lottatore di pancrazio, campione olimpico nel 480 a.C. e nel 476 a.C. Durante la sua carriera, durata 22 anni, vinse più di 1300 incontri senza mai essere battuto.
2. *Leonida di Rodi*: fu un corridore passato alla storia come il più grande vincitore di medaglie individuali olimpiche, ben 12, prima che Michael Phelps lo sorpassasse nella precedente edizione.

Ma se pensiamo che il contratto da 1 miliardo appena firmato da LeBron James con Nike lo renda l'atleta più pagato di sempre, ci sbagliamo di grosso.

Infatti, secondo uno studio effettuato recentemente dal professor Peter Struck della University of Pennsylvania e pubblicato sulla rivista di storia *Lapham's Quarterly*²⁴², effettuato sulla base di un'iscrizione su marmo

²⁴¹ Opendorse, The History of Athlete Endorsements: Part Two, 25 Novembre 2013
<http://opendorse.com/blog/the-history-of-athlete-endorsements-part-two/>

²⁴² Peter T. Struck, "Greatest of All Time: Lifestyles of the rich and famous Roman athletes" *Lapham's Quarterly*, 2 Agosto 2010

rinvenuta in un monumento funebre eretto a Roma da 146 ammirati colleghi, il primato per lo sportivo più pagato al mondo appartiene a Gaio Apuleio Diocle.

3. *Gaio Apuleio Diocle*: fu un auriga romano-lusitano vissuto nel II secolo d.C., ritenuto il più grande auriga della storia di Roma. Egli, secondo quanto riportato nella lapide, avrebbe vinto ben 35,863,120 sesterzi in premi gara, cifra che se portata ai giorni d'oggi equivale a circa 15 miliardi di dollari!

Ma se ci spostiamo in tempi più recenti, Honus Wagner è stato probabilmente il primo atleta a ricevere un pagamento in denaro per sponsorizzare un prodotto e a siglare un endorsement con una compagnia di prodotti sportivi, la Luoisville Slugger.

Wagner non si è limitato a ciò, ha anche sponsorizzato diversi prodotti: gomme da masticare, polvere da sparo, soft drinks, rasoi Gillette e, ironia della sorte, sigari.

La più longeva sponsorizzazione della storia, invece, è stata firmata nel 1922 dal golfista Gene Sarazen, che divenne il primo membro del Wilson Advisory Staff. Il suo contratto con Wilson è durato per ben 75 anni. Un viaggio aereo ispirò Sarazen a progettare una mazza che sarebbe “*scivolata sopra la sabbia*”. Sarazen provò per la prima volta la sua nuova mazza nel British open del 1932, vincendolo e dando vita ad un boom del mercato. Solo in quell'anno vennero vendute più di 50.000 mazze.

Quell'operazione commerciale divenne la più longeva di sempre, aprendo la strada a contratti a vita come quello firmato da David Beckham con Adidas e recentemente da Lebron James e Cristiano Ronaldo con Nike.

Può sorprendere però che la prima sponsorizzazione da un milione di dollari non fu firmata da un giocatore di calcio, football, basketball o baseball, ma fu siglata da un giocatore di bowling professionista.

Nel 1964 Ebonite, azienda produttrice di palle da bowling, decise di capitalizzare sulla fama del 6 volte campione del mondo Don Carter e della sua popolarità nel mondo del bowling, facendogli firmare il primo contratto da un milione di dollari. L'affare lanciò la conosciutissima "Don Carter Gyro-Balanced ball", che dominò il mercato delle palle da bowling²⁴³. Possiamo vedere come gli endorsement di star sportive sin da subito si rivelarono esser un'efficace tecnica di marketing.

Negli ultimi 20-30 anni del XX secolo però, la creazione della televisione, la sua presenza nella maggior parte delle case americane e la rivoluzione digitale, hanno cambiato radicalmente il mondo dell'intrattenimento e dello sport. Milioni e milioni di persone hanno iniziato ad avere accesso agli eventi sportivi da ogni parte del globo, incrementando in misura esponenziale il numero degli spettatori e trasformando lo sport in un business da miliardi di dollari. Chiaramente, tutto questo ha finito per condizionare fortemente anche il campo degli endorsement, che ha iniziato a crescere a dismisura.

Tiger Woods divenne il primo atleta a guadagnare la cifra di 1 miliardo di dollari dopo la vittoria della FedEx Cup nel 2009²⁴⁴.

In questi ultimi anni, infine, anche grazie allo sviluppo dei social media, abbiamo iniziato ad osservare i primi "contratti a vita". Il primo esempio fu l'accordo tra Adidas e David Beckham, seguito da LeBron James e Cristiano Ronaldo, che hanno firmato a vita con Nike rispettivamente nel Maggio e nel Novembre del 2016.

I dati di questi contratti non sono stati rilasciati, ma da indiscrezioni sembra che quello firmato da LeBron James possa superare il miliardo di dollari²⁴⁵ e quello di Ronaldo non dovrebbe discostarsi di molto da quella cifra²⁴⁶.

²⁴³ Opendorse, The History of Athlete Endorsements: Part One (2013) <http://opendorse.com/blog/athlete-endorsement-history/>

²⁴⁴ Kurt Badenhausen "Sports' First Billion-Dollar Man" Forbes, 29 Settembre 2009

²⁴⁵ Nina Mandell "LeBron's mega deal with Nike is worth more than \$1 billion, says Maverick Carter" USA Today, 17 Maggio 2016 <http://ftw.usatoday.com/2016/05/lebron-james-lifetime-deal-nike-a-billion-holy-moly>

3.5. “The Legendary Sneakers Business”: Il Leggendario business delle scarpe da ginnastica

Tra tutti i diversi prodotti sportivi, il mercato delle scarpe oltre ad aver sempre attirato la mia attenzione, è senza dubbio quello che ha raggiunto il successo più grande.

Solamente negli Stati Uniti, il più grande mercato al mondo di *sneakers*, la vendita delle scarpe prodotte da Adidas, Nike e Under Armour è salita vertiginosamente nel 2013, arrivando a fruttare a queste 3 multinazionali oltre 25 miliardi dollari, con una crescita del 47% rispetto al 2009. E dopo un altro anno record per le vendite, gli analisti non vedo nessun segnale di crisi per il mercato. Come dichiarato dagli analisti di JP Morgan: “*non c’è neanche un singolo segno indicatore di un rallentamento del mercato*”²⁴⁷.

Il business delle scarpe da ginnastica si è rivelato un eccellente “*money-maker*” per i brand di abbigliamento sportivo. La produzione delle scarpe ha costi di produzione bassissimi ma i re del mercato non sembrano essere minimamente interessati ad abbassare i prezzi, visto che dominano un mercato oligopolistico e non temono la competizione di altri prodotti a più basso costo²⁴⁸.

Per esempio, solo la vendita di scarpe a marchio Jordan ha fruttato nelle casse di Nike più di 2 miliardi nel 2013. Se per esempio Nike decidesse di abbassare il prezzo medio di un paio di *Air Jordan* dai 160 dollari attuali a 120 dollari, non avrebbe un incremento di vendite rilevante ma soltanto una netta diminuzione di profitto. Nike sa che chi vuole comprare un paio di Jordan spesso lo fa indipendentemente dal prezzo, motivo per cui ha potuto

²⁴⁶ <http://money.cnn.com/2016/11/09/news/companies/cristiano-ronaldo-nike-lifetime-contract/index.html>

²⁴⁷ Drew Harwell “Sneaker wars: How basketball shoes became a billion-dollar business” The Washington Post, 17 Marzo 2015

²⁴⁸ Drew Harwell “Sneaker wars: How basketball shoes became a billion-dollar business” The Washington Post, 17 Marzo 2015

costantemente aumentare i prezzi nel corso degli anni mentre la domanda e l'offerta continuavano a salire²⁴⁹.

Le scarpe da ginnastica sono diventate simbolo *fashion* tra le nuove generazioni: da un lato i giovani le indossano quotidianamente, dall'altro sono anche oggetto di collezione, tanto che c'è chi è disposto a spendere decina di migliaia di dollari o a passare notti fuori dai negozi pur di accaparrarsi un paio di Jordan "*special edition*".

I "millennials" sono così i soggetti trainanti di questo mercato. In America, i giovani dai 18 ai 34 anni hanno speso più di 21 miliardi nel mercato delle scarpe l'anno scorso, un incremento del 6% rispetto all'anno passato, e tre volte superiore rispetto alla crescita annuale dell'intero mercato delle scarpe americano nello stesso periodo.

Non solo, ma l'acquisto da parte dei millennials di scarpe che costano più di 100 dollari è aumentato del 12% solo nell'ultimo anno.

In tutto questo l'associazione tra scarpe e un determinato atleta è fondamentale, i fan vogliono essere i giocatori associate con le scarpe che indossano. Per questo motivo, Nike ad esempio differenzia i prodotti tra i propri atleti, offrendo diversi modelli di scarpe associati alle varie superstar sponsorizzate: Jordan (Michael Jordan), Kobe A.D. (Kobe Bryant), KDX (Kevin Durant), Lebron-Lebron Soldier (Lebron James). Anche i competitors di Nike hanno deciso di rinominare i propri modelli con i nomi delle superstar sponsorizzate: Curry4, Curry UA (Underamour) – Harden V.1, Harden LS (Adidas).

Nessuno infatti dubita che il successo che Nike è riuscita ad ottenere grazie a Michael Jordan non lo avrebbe potuto raggiungere con nessun altro giocatore di basket, o forse atleta, nel pianeta. La leggenda di Jordan è inarrivabile, unica, globale, e Nike intelligentemente ha deciso di trarre vantaggio da tutto ciò.

²⁴⁹ le prime Air Jordan I nel 1985 vennero vendute per 65\$, nonostante l'inflazione la cifra è nettamente inferiore al prezzo di mercato attuale.

E allora ecco spiegato il motivo degli oltre 300 milioni investiti per Durant, o il miliardo a vita offerto a LeBron; quando hai star del genere e vuoi dominare il mercato non puoi lasciartele sfuggire. Il prezzo per i diritti d'immagine dell'atleta può esser visto come il "costo" più alto che una società sopporta nella produzione del prodotto. E guardando alla grandezza del leggendario *sneakers business*, anche tali cifre vengono fortemente ridimensionate.

A conclusione di questo capitolo vorrei riportare alcuni esempi che hanno fatto la storia di questo mercato e la storia dello sport in generale²⁵⁰:

All Stars

Il 14 Giugno 1923 Converse Rubber Shoe Company e Chuck Taylor si accordarono per firmare il primo contratto di sponsorizzazione di un paio di *sneakers*. La firma di Taylor rimane ancora indelebile nel design di quelle iconiche scarpe dopo quasi 90 anni. Infatti, da quel 14 Giugno, un numero infinito di atleti, musicisti e attori ha indossato un paio di "All-Stars". È stimato che il 60% degli americani abbia posseduto almeno un paio di "Chucks" nella loro vita. Questo tipo di scarpe continua ad essere rinnovato, venduto e indossato di generazione in generazione.

Air Jordan

Micheal Jordan si è sempre dichiarato un grande fan del marchio Adidas sin da quando era ragazzino. Una volta finito il college voleva firmare un endorsement con il brand tedesco, che però non gli fece nessuna offerta. Così, dopo un'opera di convincimento non da poco da parte del CEO e creatore di Nike, Phil Knight, MJ decise di siglare un contratto con il brand americano.

²⁵⁰ Opendorse, The History of Athlete Endorsements: Part Two, 25 Novembre 2013
<http://opendorse.com/blog/the-history-of-athlete-endorsements-part-two/>

Nel 1985 la Jordan I venne presentata e distribuita nel mercato in rosso e nero, per abbinarsi con la maglietta dei Chicago Bulls. Questo nuovo colore di scarpe venne vietato dall'allora NBA Commissioner David Stern, perché non rispettava le regole di uniformità della Lega (le scarpe non avevano abbastanza bianco). Nonostante ciò, Michael Jordan decise di continuare ad indossare le scarpe durante le sue partite, venendo quindi multato dopo ogni gara. Nike, nel frattempo, continuò a pagare ogni multa per MJ, rinominando le scarpe "*Banned*" (Vietate) e creando una geniale strategia di mercato intorno a tale divieto.

Che dire, tale strategia si rivelò oltremodo vincente. Solamente quell'anno vennero venduti più di 130 milioni di paia di Jordan I e Michael Jordan, da lì a pochi anni, iniziò ad essere riconosciuto e ricordato come il più grande giocatore di basket (se non atleta) della storia.

Nel 1996 MJ e Nike crearono il brand Jordan come division di Nike. Nel 2012, il brand controllava il 58% del mercato di scarpe da basket americano. Le scarpe Jordan iniziarono ad essere considerate d'élite non solo all'interno del parquet da gioco ma anche all'esterno, diventando "*fashionable*" e di moda anche nella quotidianità.

La sponsorizzazione di Jordan ha portato Nike al top del mercato delle scarpe da ginnastica e ispirato un numero infinito di atleti, Brands e designer. Grande plauso per questo successo si deve dare anche a Mark Parker, CEO di Nike.

Sappiamo che da quel lontano 1993, Nike ha versato nelle casse di Michael Jordan più di 500 milioni di dollari, anche se l'atleta si è ritirato nel 2003. Si ritiene che tra Nike e MJ ci sia una sorta di contratto a vita.

Stan Smith

L'Adidas "*Stan Smith*" è universalmente considerata la più iconica scarpa da tennis di sempre. Ma a dire il vero, nel 1964 Adidas chiamò inizialmente la scarpa con il nome del tennista star dell'epoca Robert Haillet.

In quegli anni i design delle scarpe venivano passati da atleta ad atleta²⁵¹, così quando Haillet si ritirò, Adidas scelse l'allora numero uno al mondo, l'americano Stan Smith, come nuovo endorser della scarpa. Questa mossa spalancò il mercato americano ad Adidas. Nel 1971, il modello venne ufficialmente rinominato col nome di Smith, mantenendo il suo nome e la sua fama fino ai giorni d'oggi.

Vans

Alla fine degli anni '60, la Van Doren Rubber Company venne creata in Anaheim, Orange County, mentre lo skateboard iniziava a crescere rapidamente in California. Gli skaters iniziarono ad indossare scarpe "Vans" perché il fondo non scivoloso permetteva un miglior grip della tavola. Nel 1975 Vans instaurò una collaborazione con i leggendari skateboarder Tony Alva e Stacy Peralta, per progettare le nuove Vans Era. Grazie al design di quelle scarpe, entro la fine degli anni '70 Vans aveva stabilito più di 70 negozi in California, iniziando a vendere le sue scarpe in tutto il mondo. Le Vans Era crearono l'industria delle "scarpe da skate", ispirando milioni di skateboarders e brand in tutto il mondo. Proprio come successe con le Jordan, queste iniziarono a diventare trend e di moda anche tra i non skateboarders, venendo utilizzate nella quotidianità soprattutto dai teenagers. Le Vans Era sono tuttora le scarpe più famose nella comunità dello Skate.

Come abbiamo appena visto, la maggior parte dei brand di scarpe più popolari al mondo devono il loro successo ad atleti che hanno sponsorizzato determinati modelli.

Le compagnie continuano a muoversi in questa direzione; anche oggi è possibile trovare numerosi esempi²⁵².

²⁵¹ A differenza di quanto accade oggi, come visto sopra a proposito di Nike.

²⁵² Come già elencato, basta dare un'occhiata al mercato delle scarpe da basket di oggi.

3.6 Il futuro degli endorsement: brand association e social media

Come menzionato precedentemente²⁵³, negli ultimi anni abbiamo visto un'evoluzione degli endorsement verso delle vere “*brand associations*”: atleti professionisti o celebrità vengono associate ad un determinato brand o ad un intero reparto e non solo ad un prodotto. Questo ha dato vita alla nascita dei cosiddetti “*Brand Ambassadors*”. Sicuramente Nike è stata maestra in questo, associando le più grandi superstar di ciascun sport al proprio brand, mirando a raggiungere quasi la totalità degli amanti dello sport nel mondo²⁵⁴.

Chiaramente, l'atleta o la celebrità scelta come immagine deve mostrare una forte compatibilità con il brand e il suo slogan sotto diversi aspetti: identità, personalità e lifestyle. Inoltre se un brand sceglie la celebrity sbagliata, spesso sarà costretto a pagarne le conseguenze. Non importa infatti quanto la celebrity si sia comportata in maniera esemplare in passato, appena farà qualcosa di sbagliato, la correlazione con il brand sarà talmente forte che anche quest'ultimo subirà un forte danno alla propria immagine. A quel punto i brand sono quasi sempre costretti a prendere le distanze dall'atleta. Luoie, Kulis and Jacobson, hanno osservato cosa succede ai valori delle azioni di una società quando l'endorser rimane coinvolto, analizzando oltre 48 casi e 128 brands. Il risultato è stato chiaro: l'impatto negativo nel valore delle azioni è terribile, soprattutto quando l'atleta viene percepito dal

²⁵³ Vd. Paragrafo 3, Cap. III

²⁵⁴ Tiger Woods prima, Mellroy poi per il golf - Jordan prima, Kobe Bryant LeBron James e Kevin Durant poi per il Basket - Federer per il Tennis – Cristiano Ronaldo per il calcio.

pubblico come “colpevole”²⁵⁵. Tiger Woods è un chiaro esempio di tutto questo.

Ma negli ultimi anni, soprattutto grazie ai social media, il fenomeno della *Brand Association* ha assunto una sfumatura ulteriore di cui possiamo leggere in un interessantissimo articolo scritto nel 2011 da Caroline McCarthy, Vice President Communications and Content a “true[X]” and “ex-Googler”, che spiega come il mercato delle celebrità si sia spinto oltre. Quest’ultime spesso non si limitano a sponsorizzare semplicemente un prodotto o un brand in cambio di denaro, ma spesso decidono di ricevere una quota del business stesso.

Riportando le parole di Caroline McCarthy: “*Vediamo un trend di celebrità che quando diventano portavoce o immagine di un brand, diventano anche investitori, direttori creativi e advisors, ruoli che implicano un livello di coinvolgimento molto più grande che essere semplici advertiser*”²⁵⁶.

Maverick Carter, manager di LeBron James, sembra essere d’accordo quando ha dichiarato: “*Noi vogliamo partnership*”.

Molte celebrità del calibro di Lady Gaga, Justin Timberlake, Alyssa Milano, Adrian Grenier and Mc Hammer, hanno deciso di muoversi in questa direzione. Ma il caso più famoso è probabilmente Ashton Kutcher, che ha iniziato a investire nel mercato delle venture capitals, diventando partecipe anche come portavoce delle società da lui finanziate. Molte volte le persone vengono a conoscenza di nuove compagnie solamente perché determinate celebrità le sponsorizzano attraverso i social media.

Un altro esempio nel mondo hollywoodiano è sicuramente la bellissima Jessica Alba e la sua linea di cosmetici di successo chiamata “*The Honest Beauty*”, con la quale l’attrice americana ha dimostrato di essere anche un’imprenditrice di successo.

²⁵⁵ T.A. Louie, R.L. Kulik, R. Jacobson “When bad things happen to the endorsers of good products” *Marketing letters* 12, 1 (2001): 13-23

²⁵⁶ Caroline McCarthy, *The New Face of Celebrity Endorsement*, Think with Google, Dicembre 2011
<https://www.thinkwithgoogle.com/marketing-resources/celebrity-endorsement/>

Questa evoluzione del “*Brand Association*” è sicuramente un’interessantissima nuova faccia del marketing delle “stars”, un buon modo per sfruttare al massimo i social networks, ma soprattutto una grande opportunità per gestire la quarta fase della carriera di un atleta.

Infatti, il ritiro è tra i momenti più difficili per un atleta, che si ritrova improvvisamente e ancora in giovane età ad avere molto tempo libero, spesso del denaro da parte, ma nessuna nuova fonte di reddito. Gli agenti possono aiutare i propri clienti ad investire denaro in start-up e usare i social media per sponsorizzarle, diventando celebrities dei propri brands.

Quando hai tempo, denaro da parte e ancora una discreta notorietà, non c’è niente di meglio che investire e sfruttare al meglio tutte e tre le cose!

Chiaramente i social media facilitano tutto questo. Non c’è alcun dubbio che il mercato degli *endorsement* sia cambiato: i social media ora sono la nuova onda che deve essere surfata, nonostante molti agenti nel mondo dello sport facciano fatica a comprenderlo a pieno. A questo proposito ho scritto un articolo per lo Sports Agents Blog intitolato: “*Dear Sports Agents, don’t be scared, call your athletes and surf the big wave of social network with them*”²⁵⁷, dove spiego come gli *endorsements* nei social media siano un mercato fortemente in crescita, specialmente tra i cosiddetti *millenials*, che sono migrati dai più tradizionali mezzi di informazione.

Mediamix, un’importante azienda di marketing, ha notato che alcuni gruppi demografici (rappresentati principalmente dalle nuove generazioni) ricevono informazione solo attraverso i canali rappresentati dai social media e che il totale del denaro investito nel mercato degli advertisements degli influencers crescerà da 500 milioni nel 2015 ad una cifra che si aggira tra i 5 e i 10 miliardi entro il 2020²⁵⁸.

²⁵⁷ Solazzi Giovanni, “Dear Sports Agents, don’t be scared, call your athletes and surf the big wave of social network with them”, Sports Agents Blog, 2017

²⁵⁸ KNOWLEDGE@WHARTON PARTNERS “Social Media Endorsements: Where Will Marketers Draw the Line?” Knowledge@Wharton, May 23, 2017

Secondo quanto riportato dall'Economist²⁵⁹, Snapchat raggiunge il 40% di tutti gli Americani tra i 18 e i 34 anni ogni giorno e lo stesso fa Instagram, con una forte presenza in Europa e con oltre il 90% dei suoi users che hanno meno di 35 anni. Entrambi i social media si rivelano così essere il posto ideale per sponsorizzare il proprio brand se si vuole raggiungere persone in una fascia d'età che va dai 18 ai 34 anni²⁶⁰.

Infine, una ricerca condotta da Captiv8 afferma che influencers con 3 - 7 milioni di followers possono ricevere, in media, 150.000\$ per una foto su Facebook, Instagram o Snapchat²⁶¹.

Come potete vedere l'onda è gigantesca, le generazioni future nasceranno nel parallelo mondo dei social networks, le nuove generazione cresceranno con i social media e volendolo o meno, anche noi saremo destinasti ad invecchiare con loro.

Insomma, la percentuale delle persone che accede giornalmente ai social network è destinato a crescere e l'onda diventerà sempre più grande.

Ma non solo il mercato sta crescendo, anche gli advertisement stessi fatti attraverso i social media sembrerebbero essere particolarmente redditizi per diverse ragioni²⁶²:

Prima di tutto sono *diretti*: è un canale di comunicazione dove la gente ha diretto accesso alle loro celebrità preferite, che a loro volto possono comunicare ai propri fan nel modo che ritengono migliore. Attraverso queste piattaforme virtuali, le celebrità sono "rese più umane" e i fans hanno la possibilità di vedere la persona dietro la superstar. Le persone possono avere accesso diretto alla vita privata dei propri idoli, seguirli durante le

²⁵⁹ THE DATA TEAM, Celebrities' endorsement earnings on social media, The Economist, 17 Ottobre 2016 <https://www.economist.com/blogs/graphicdetail/2016/10/daily-chart-9>

²⁶⁰ Smith, C (2014) "Here's Why Instagram Demographics Are So Attractive to Brands" Business Insider

²⁶¹ THE DATA TEAM, Celebrities' endorsement earnings on social media, The Economist, 17 Ottobre 2016 <https://www.economist.com/blogs/graphicdetail/2016/10/daily-chart-9>

²⁶² Oluwafunmito Jatto "Consumer Attitude towards Celebrity Endorsements on Social Media" – DBS School: School of Business – August 2014

giornate, entrare virtualmente dentro le loro case per unirsi ad un brindisi o ad una cena²⁶³.

Come già indicato a inizio capitolo, uno studio diretto dalla Professoressa Kineta Hung ha dimostrato come i celebrity endorsement sono spesso efficaci proprio perché i consumers aspirano a scappare dalla loro vita quotidiana vivendo nel mondo delle loro celebrità preferite. Comprando un prodotto da queste sponsorizzato, si sentono connesse in qualche modo alle star²⁶⁴. Bene, i social media aumentano questo effetto all'ennesima potenza.

Inoltre sono *desiderati*: le persone vogliono vederli. I fans decidono di seguire determinate celebrità nei social media proprio per ricevere informazioni sulle loro vite senza dover aspettare il prossimo advertisement in TV o il nuovo magazine.

Infine, hanno un elevato livello di “*source credibility*” (credibilità della fonte: l'affidabilità percepita), “*source attractiveness*” (l'attrattività della fonte: l'abilità di colui che comunica di generare un effetto positivo) e collegato a ciò un basso livello di “*consumer skepticism*” (scetticismo del consumatore: la dubbiosità verso quanto dichiarato nell'advertisement)²⁶⁵.

A questo proposito, vediamo come nei social media le celebrità cerchino spesso di sponsorizzare il loro prodotto nel modo più spontaneo possibile, facendo sembrare i loro post più delle raccomandazioni amichevoli che dei veri e propri endorsements.

²⁶³ Stever, G. and Lawson, K. “Twitter as a Way for Celebrities to Communicate with Fans: Implications for the Study of Parasocial Interaction”, *North American Journal of Psychology* (2013).

Cunningham, N. and Bright, L. “The Tweet Is in Your Court: Measuring Attitude Towards Athlete Endorsements in Social Media”, *International Journal Of Integrated Marketing Communications* (2012)

²⁶⁴ Hung, K. “Why Celebrity Sells: A Dual Entertainment Path Model of Brand Endorsement”, *Journal of Advertising* (2014)

²⁶⁵ Harvard Professor Herbert C. Kelman nel 1961 identificò le tre più importanti caratteristiche di una fonte in: *source credibility*, *source attractiveness* (o *source likeability*) e *source power*. Herbert C. Kelman “Process of Opinion Change”, *Public Opinion Quarterly*, Volume 25, Issue 1, 1 January 1961

Tutto ciò ha l'effetto di aumentare la credibilità del messaggio e, di conseguenza, la sua efficacia.

Ma tutto questo è legale? L'*FTC* (*Federal Trade Commission*) in America e l'*ASA* (*Advertising Standard Authority*) in UK sono state chiare: non lo è. L'onda va cavalcata seguendo le regole.

La *Federal Trade Commission* ha recentemente aggiornato le proprie linee guida sui social media con lo scopo di evitare confusione e tutelare i consumatori. La guida afferma: “*se un advertisement mostra un endorser che è un parente o un impiegato del venditore*” o qualcuno che “*è stato pagato o a cui è stato dato qualcosa di valore*”, tale connessione va resa chiara. L'*FTC* afferma che questo riflette il “*principio base di verità nella sponsorizzazione: gli endorsement devono essere onesti e non fuorvianti*”.

In modo simile opera l'*Advertising Standard Authority* in Gran Bretagna, la quale ha il potere di rimuovere o emendare qualsiasi cosa che viola il *Committee of Advertising Practice Code* (*CAP Code*). Una 12esima versione del *CAP* è stata rilasciata nel 2011 specificatamente per coprire i social media.

Ma chi è responsabile in caso di violazione, la compagnia o la celebrità che la pubblicizza?

All'inizio delle investigazioni (appena un anno e mezzo fa, visto che il tema è veramente recente), l'*FTC* aveva deciso di condannare solamente le società. Ultimamente invece, ha cambiato la propria attitudine e inviato lettere di avvertimento a 90 influencers e marketers. Secondo quanto riportato dal *National Law Journal*, anche Allen Iverson è stato uno dei destinatari²⁶⁶.

Per non dilungarsi troppo, la morale della favola è che se desideri pubblicizzare un prodotto devi rivelare la natura di tale rapporto. Seguendo le linee guida della *FTC*, in America se si viene pagati per sponsorizzare un

²⁶⁶ C. Ryn Barber, “Who Got Those Social 'Influencer' Letters From the FTC? Read the Full List.” *The National Law Journal*, 5 Maggio 2017

prodotto sui social media si deve includere nel post #Ad o parole come “*Sponsored*” (sponsorizzato), “*Promozione*” (Promozione), e “*Paid ad*” (spot pagato).

Ora è giunto il momento di girare per il mondo e analizzare diverse restrizioni all’uso dei diritti d’immagine degli atleti.

3.7. Le restrizioni del mercato degli endorsement degli atleti

La verità è che non ci sono grandi limitazioni agli endorsement agreements di attori o cantanti, eccetto il fatto che devono essere legali. Più una società si sente che una star possa aiutare a vendere un determinato prodotto, più sarà disposta ad investire in quella star e pagarla profumatamente.

Per quanto riguarda gli endorsement di star sportive invece, la situazione è ben differente. Nel panorama sportivo globale troviamo varie limitazioni alla commercializzazione dell’immagine degli atleti e alla loro possibilità di stipulare endorsement. Tali restrizioni si differenziano da continente a continente, da Stato a Stato e talvolta da sport a sport. Alcune volte sono fissate dalle Federazioni, altre da Team, Leghe o varie organizzazioni.

Questo sarà il tema della prossima ricerca che svolgerò insieme al Professor Carfagna. Per ora mi limiterò ad indicare brevemente alcune restrizioni in cui mi sono imbattuto in giro per il mondo.

3.7.1 USA: le regole NCAA

Nel territorio Americano, la maggior parte delle leghe professionistiche vieta ai singoli giocatori di sponsorizzare bevande alcoliche o sigarette e altri prodotti contenenti tabacco. L’NFL (National Football League) ha

anche una policy espressa che impedisce ai propri atleti di siglare endorsements per supplementi nutrizionali. Inoltre, troviamo alcune limitazioni, principalmente riguardanti la posizione di competitors nel mercato tra lo sponsor della Lega e quello dell'atleta. Un chiaro esempio di ciò, è la NFL "Cleat Policy", che limita fortemente gli endorsements delle scarpe da gioco²⁶⁷.

Ma senza ombra di dubbio, la più grande limitazione alla sponsorizzazione di un prodotto nel mercato sportivo Americano riguarda i giocatori NCAA, che non possono ricevere premi in denaro per gli endorsements visto che sono considerati "Amateur" (Non professionisti) dall'art 12 della "Eligibility Rules" del Manuale NCAA. A questo riguardo potrei aprire una lunga discussione, visto che l'argomento è caldo ed assume quotidianamente grande importanza nei dibattiti sportivi americani. Tuttavia, mi limiterò ad analizzare brevemente l'Articolo 12 dell'*NCAA Division I Manual*²⁶⁸, altrimenti dovrei scrivere una nuova tesi solo su questo tema, considerando che con la mia società abbiamo a che fare con le regole NCAA quotidianamente.

Il principio generale affermato dall'art 12.01 enuncia: "*solo uno studente-atleta dilettante è ammesso a partecipare ai campionati inter collegiali di un determinato sport*"²⁶⁹.

Bylaw 12.1.2. indica alcune azioni specifiche che causano la perdita dello stato "amateur":

- 12.1.2(a) usare le proprie abilità atletiche in cambio di qualsiasi forma di denaro nello sport in cui si compete;
- 12.1.2(b) accettare una promessa di pagamento, anche se tale pagamento verrà ricevuto una volta terminato il periodo di esigibilità;

²⁶⁷ see <http://www.complex.com/sneakers/2016/12/the-nfl-cleat-policy-is-garbage>

²⁶⁸ NCAA Academic and Membership Affairs Staff, "NCAA Division I Manual" 2017

²⁶⁹ "*only an amateur student-athlete is eligible for intercollegiate athletic participation in a particular sport*" Art 12.01 NCAA Division I Manual, 2017

- 12.1.2.(c) firmare un contratto di qualsiasi tipo per praticare sport a livello professionistico, indipendentemente dalla sua validità giuridica o dal corrispettivo ricevuto.
- 12.1.2.(f) entrare in un “*professional draft*” (draft professionistico) dopo essersi iscritti a tempo pieno ad un’istituzione NCAA (con l’eccezione di baseball e hockey, dove gli atleti non devono necessariamente entrare in un draft professionistico per essere scelti)
- 12.1.2.(g) entrare in un accordo con un agente (i.e. la famosa “No agent Rule”)

- Un’altra regola abbastanza controversa la troviamo nell’articolo 12.5.2.1 che disciplina le attività promozionali. La regola dichiara ineligibile ogni persona che, dopo esser diventata uno “*student-athlete*” (studente-atleta):

- 1) Accetta una qualsiasi remunerazione o permette l’uso o la vendita del proprio nome o immagine, o raccomanda o promuove direttamente la vendita o l’uso di un prodotto commerciale o di un servizio di ogni genere;
- 2) Riceve remunerazione per sponsorizzare un prodotto commerciale o un servizio attraverso l’uso individuale di tale prodotto o servizio.

- Questa legge è rafforzata dalla *Rule 12.5.2.4.*, che afferma: “*lo student-athlete non può partecipare in nessuna attività promozionale vietata dal Bylaw 12.5.1*”.

Lo stesso articolo *12.5.1.* prevede però alcune eccezioni al divieto generale di attività promozionale, permettendo determinate attività come la promozione dell’istituzione universitaria che l’atleta rappresenta e determinati tipi di “*congratulatory advertisement*” (annunci congratulatori). Anche in questi casi tali attività sono comunque sottoposte a rigidi controlli e ostacoli procedurali.

Altre numerose regole NCAA vietano attività promozionali aventi come protagonisti student-athletes. Certe volte ad un individuo può essere permesso partecipare in un’attività promozionale, ottenendo però solamente la copertura delle spese concrete e necessarie, e non ci deve essere nessuna

inferenza che l'atleta stia sponsorizzando il prodotto commerciale. Queste regole sono:

- *Rule 12.5.3 (a)* (durante la stagione) e *12.5.3.(b)* (fuori dalla stagione): prevedono che un atleta possa partecipare ad opportunità televisive collegate all'abilità atletica dell'atleta stesso o alla sua buona reputazione solamente se nessuna remunerazione è prevista e non c'è nessun espresso o implicito endorsement di un prodotto. L'atleta può ricevere la copertura delle spese concrete e necessarie per tali attività.

- *Rule 12.4.1.* (riguarda l'impiego lavorativo esterno): uno student-athlete potrebbe ricevere remunerazione *“per il lavoro concretamente svolto...ad una tariffa commisurata al tasso corrente previsto per simili servizi in quella località”*. Importante è la seconda parte della regola, dove si specifica la limitazione della rata, chiarendo che la remunerazione *“non può includere nessun incremento per il valore o l'utilità che l'atleta possa recare al datore di lavoro per via della pubblicità o della notorietà che ha in virtù della sua abilità”*.

- *Rule 12.5.1.5.* uno student-athlete può apparire in materiale informativo, o altro materiale sia cartaceo che in formato elettronico *“collegato alla dimostrazione, analisi o informazione delle sue abilità sportive”*, se:

- a) Tale produzione è a scopo didattico;
- b) Non c'è nessuna indicazione che lo student-athlete sponsorizzi il prodotto commerciale o il servizio;
- c) Nessuna remunerazione è ricevuta (anche se le spese possono essere rimborsate);
- d) Lo student-athlete firma un waiver (rilascio di responsabilità) dove si attiene a queste regole e presenta una copia insieme alla sua istituzione.

- *Rule 12.4.2.1.:* uno student-athlete può ricevere remunerazione per insegnare tecniche sportive o allenare nel suo sport in cambio di una tariffa base per lezione, ma solamente se vengono rispettate numerose condizioni e viene presentata la rispettiva documentazione.

Come spesso accade qui in America, le regole vanno rispettate alla lettera, e non importa la gravità della violazione, perché' sempre di violazione si tratta.

Alcuni dei casi più famosi di inosservanza dell'articolo 12.5.2. possono sembrare quasi paradossali ai nostri occhi:

- Nel 1985, la guardia di Indiana Steven Alford venne sospeso per una partita per esser apparso in un calendario venduto a scopo benefico da una sorority universitaria.
- Nel 1994, la linea offensiva di Florida Anthony Ingrassi fu costretto a smettere di scrivere una recensione di un ristorante nel giornale della scuola.
- Nel 2005 il quarterback di USC Matt Leiner ebbe temporaneamente la sua eligibility revocata perché disse alle telecamere Espn "*Sportscenter is next*" durante un'intervista post partita (alla fine l'esigibilità venne restituita senza che Matt abbia perso nessuna partita).
- Ma sicuramente il caso più interessante è datato 1996 e riguarda l'allora running back di Northwestern Darnell Autry, al quale venne offerto un ruolo non pagato nel film "*The 18th Angel*". L'NCAA inizialmente affermò che se Autry avesse recitato, egli sarebbe caduto in una violazione di diverse regole che cadono sotto l'Articolo 12.5.2, in particolare la Rule 12.5.2.3.4. che proibisce la performance di uno student-athlete in un film destinato al commercio. Dopo che Autry vinse un'ordinanza ingiuntiva preliminare, l'NCAA decise di rilasciargli un permesso speciale per apparire nel film in virtù del fatto che a Northwestern Autry studiava proprio recitazione (drama major).
- Lo stesso permesso non venne rilasciato nel 2002 a Jeremy Bloom, ricevitore di Colorado e campione Olimpico di moguls ski, che fu costretto a interrompere alcune relazioni di sponsorizzazione con

aziende produttrici di sci e un contratto da modello con Tommy Hilfiger, nonostante avesse siglato tali accordi in virtù della sua fama da sciatore e non da giocatore di football.

Molte persone nel mondo sportivo americano hanno proposto di cambiare l'Articolo 12 e la famosa "No agent rule".

Tra tutte le varie opinioni facilmente reperibili nel web, vorrei riportare le parole rilasciate da Ronald Katz, *Chair Emeritus all'University of the Pacific's Institute of Sports Law and Ethics* con un passato da Professore alla Stanford Law School e alla Santa Clara University Law School, in un'intervista rilasciata al Professor Carfagna per il suo corso online "Representing the Professional Athlete", dove afferma:

- *"l'NCAA è diventata professionista, voglio dire, non c'è nessuna possibilità che qualcuno possa dire in maniera persuasiva che questa impresa dell'intrattenimento, che genera miliardi di dollari, è amatoriale. E se dici bene, è amatoriale perché non paghiamo i giocatori, questo non è dilettantismo, questo è sfruttamento...la schiavitù è stata abolita nel 1865!"*

Non potrei essere più d'accordo con Mr. Katz. Nonostante numerose proposte siano state rilasciate da persone abbastanza autorevoli, l'Articolo 12 rimane un fattore chiave dell'organizzazione NCAA.

3.7.2 Australia, Italia e Brasile

Guardando lontano dal territorio Americano, troviamo varie restrizioni in:

- *Australia*: Come emerge dall'interessantissimo paper di David Thorpe, ricercatore all'University of Technology Sydney School of

Law²⁷⁰, le Leghe nazionali dei maggiori sport di squadra come Rugby Football Australiano e Netball, impongono ingerenti limitazioni contrattuali che impediscono ai propri atleti di trarre vantaggio da endorsements.

- *Italia*: Il Napoli Calcio in Italia presenta una peculiarità rispetto agli altri Team. Se da un lato è vero che tutti i club calcistici detengono una percentuale dei diritti d'immagine dei propri giocatori, una volta firmato il contratto con la società partenopense i giocatori sono costretti a cedere il 100% dei loro diritti d'immagine alla società madre proprietaria del Napoli diretta dal Presidente De Laurentis, Filmauro. In questo modo la società acquisisce direttamente il controllo della gestione dell'immagine dei propri tesserati e dei derivanti ricavi, in cambio di uno stipendio forfettario.

Chiaramente la cosa non rende sempre felici né i giocatori, né i loro agenti, creando non di rado problemi durante le negoziazioni. La verità è che negli Stati Uniti una tale previsione contrattuale sarebbe inattuabile; i giocatori spesso guadagnano decine di milioni all'anno da endorsement e gli agenti non permetterebbero mai che i loro assistiti firmino una rinuncia del genere, anche perché gran parte del profitto degli agenti stessi deriva dall'accordo di sponsorizzazione dove le loro percentuali di commissione sono notevolmente più alte. Ma in Italia i diritti d'immagine non vengono minimamente sfruttati come oltre Oceano e i giocatori spesso non si fanno problemi a cederli pur di giocare in una squadra di prestigio come il Napoli.

Tuttavia, nell'ultimo anno, i diritti d'immagine dei propri calciatori hanno fruttato al Napoli solamente 300.000 Euro, cifra che

²⁷⁰ Thorpe, David, Athlete Product Endorsement As a False and Thereby Unreasonable Partial Restraint of Trade (2012). *Macquarie Journal of Business Law*, 9, 181-191

corrisponde allo 0.2% del fatturato del Club²⁷¹. Nel 2014 i ricavi erano nettamente superiori, 2.2 milioni, ma comune non così rilevanti. Questo fa crescere dubbi sull'effettività della strategia del Napoli, soprattutto considerando che non si può negare che ciò precluda la squadra campana dalla possibilità di comprare grandi campioni, a meno che non si applichino eccezioni, come è stato fatto in passato per comprare l'attaccante argentino Gonzalo Higuain.

- *Brasile*: Secondo quanto presentatomi dall'avvocato Eduardo Diamante Texeira de Sousa, legale esperto in diritto sportivo presso lo studio Carlezzo Advogados, il modello visto a proposito del Napoli Calcio viene attuato anche dalla maggior parte club brasiliani che gestiscono il 100% dei diritti d'immagine dei propri giocatori. In Brasile, tale restrizione allo sfruttamento dei diritti d'immagine dei giocatori è possibile perché i contratti di endorsement stipulati da calciatori sono un numero limitato e questi non hanno ancora quella fama e quell'appeal che eventualmente potranno assumere con un successivo trasferimento in Europa.

3.7.3. Il Comitato Internazionale Olimpico e la sua Rule 40

L'entertainment and Sports Law Committee di Harvard ha organizzato diversi incontri interessantissimi per discutere della *Rule 40*. Uno degli ospiti invitati a presentare una delle conferenze, John Grady, Professore all'University of South Carolina, ha scritto un interessante paper intitolato "*Analyzing Rule 40's Restrictions on Using Athletes in Olympic Sponsorship at Rio 2016*" e pubblicato nell'Entertainment and Sports Law

²⁷¹ M. Spaziante "Diritti d'immagine Napoli, il tormentone dell'estate frutta solo 300mila euro" Calcio e Finanza, 16 Dicembre 2015
<http://www.calcioefinanza.it/2015/12/16/diritti-immagine-napoli-tormentone-300mila-euro/>

Journal, dove spiega in modo dettagliato e completo tutto ciò che c'è da sapere su questa nuova norma²⁷².

La Rule 40 della Carta Olimpica è stata prevista dal Comitato Olimpico “*per preservare la natura unico dei giochi Olimpici prevenendo un'eccessiva commercializzazione*” e proteggere gli Sponsor Olimpici, che spendono milioni di dollari per aver i diritti di marketing esclusivi durante i giochi. La Rule 40 prevede un periodo, che va da 9 giorni prima della Cerimonia di Apertura fino a 3 giorni dopo la Cerimonia di Chiusura dei Giochi, dove gli atleti, gli allenatori e gli ufficiali Olimpici non possono usare il nome o interagire con sponsor non ufficiali per scopi pubblicitari.

Tale regola dovrebbe proteggere i Giochi dal temuto Ambush market, cioè l'associazione indebita (non autorizzata) di un brand con un evento mediatico quando lo stesso non appartiene ad uno degli sponsor ufficiali.

In realtà il motivo a fondamento di tale regola è puramente economico: il Comitato Olimpico ha paura di perdere gli sponsor. Infatti, se pensiamo alle passate Olimpiadi spesso ci vengono in mente i brand che sponsorizzano determinati atleti oltremodo vincenti (per esempio se parliamo di Bolt subito pensiamo a Puma, e lo stesso vale a proposito di Phelps e UnderArmour). Ma relativamente pochi si ricordano chi era lo sponsor tecnico ufficiale. E allora per quale motivo un brand come Adidas o Nike dovrebbe investire milioni e milioni per essere lo sponsor ufficiale dei Giochi Olimpici?

Detto ciò, la storia dell'Ambush Market è a mio avviso solo una copertura, anche perché i brand che non sono sponsor ufficiali non cercano di sponsorizzare i giochi ma gli atleti che sono parte del gioco. Seguendo questo filone logico, l'NBA dovrebbe vietare ai propri giocatori di indossare e pubblicizzare scarpe Adidas, o essere testimonial UnderArmour, solamente perché lo sponsor tecnico ufficiale è Nike. Come possiamo

²⁷² Grady, J. (2017). Analyzing Rule 40's Restrictions on Using Athletes in Olympic Sponsorship at Rio 2016. *The Entertainment and Sports Law Journal*, 15(1), 1.

facilmente intuire siamo in presenza di una restrizione del mercato al limite della legalità.

Ma il mondo dei social media ha aggiunto uno strato di complessità al mondo degli endorsement degli atleti. Per questo motivo, la regola vieta che gli sponsor non ufficiali si possano associare con le Olimpiadi su Twitter, Facebook, Instagram, Snapchat o qualsiasi altro social network. Un'immagine di un atleta non può essere usata per vendere prodotti o promuovere un brand o una società, ad eccezione degli sponsor ufficiali delle Olimpiadi, grandi colossi come Visa, Coca Cola, McDonald's e P&G²⁷³.

Nel febbraio 2015 il Comitato Olimpico è stato costretto ad abbassare il tiro, non potendo più impedire ad altri marchi di pubblicizzare i propri brand, le nuove linee guida del Comitato hanno permesso alcuni advertisement "generici" o non-olimpici" durante i Giochi estivi. Gli atleti possono così tweetare e postare nei social post riguardanti sponsor non ufficiali purchè non usino nessuna proprietà o non si riferiscano alle Olimpiadi. Ciò significa che secondo questa regola, sponsor non-ufficiali non sono permessi di usare nelle proprie pubblicità determinate parole come 2016 Rio - Rio de Janeiro - Oro - Argento - Bronzo - Prova (Effort) - Prestazione (Performance) - Sfida (Challenge) - Estate (Summer) - Games (giochi) - Sponsors - Vittoria (Victory) - Olympia - Olimpico (Olympic); Olimpici (Olympics); Giochi Olimpici (Olympic Games); Olimpiadi (Olympiad); Olimpiadi e il motto Olimpico "Citius – Altius – Fortius".²⁷⁴

Quindi se una società decide di tweetare qualcosa che sembra collegato alle Olimpiadi e usa una di queste parole, si ha tecnicamente una violazione della regola.

Il problema è anche come il comitato Olimpico ha deciso di far osservare la norma: non si limita ad applicare multe ma squalifica direttamente gli atleti

²⁷³ Chris Chave, "What is Rule 40? The IOC's rule on non-Olympic sponsors, explained" Sports Illustrated, 25 Giugno 2016

attraverso i Comitati Olimpici dei vari Paesi, ai quali spetta l'effettiva attuazione e che possono letteralmente strappare le medaglie dal collo dei propri atleti per colpa di un tweet di troppo. Non che sia ancora successo, ma verrebbe da chiedersi: "dov'è lo spirito Olimpico?"

Tuttavia, ad alcuni brand che hanno rapporti contrattuali con atleti che parteciperanno alle Olimpiadi è data la possibilità di richiedere un esonero ai Comitati Olimpici Nazionali per poter utilizzare l'immagine dei propri atleti nelle loro pubblicità. Tuttavia, tali pubblicità devono far parte di una campagna che deve iniziare almeno quattro mesi prima dei Giochi e deve essere fatta girare in modo continuativo, comportando quindi costi esorbitanti. Questo è un lusso che si possono permettere solo pochi brand.

Tutto ciò è altamente criticabile. Infatti per diversi atleti di sport ritenuti "secondari" su un piano economico, le Olimpiadi sono un'opportunità unica per siglare endorsements e trarre profitto dalla propria immagine. Impedirgli tutto ciò mi sembra oltraggioso. Inoltre, molti atleti sono arrivati a quei livelli proprio grazie ai loro sponsor ed è assurdo che il Comitato Olimpico non gli permetta nemmeno di ringraziarli.

Insomma, sotto alcuni aspetti si può paragonare il Comitato Olimpico all'NCAA, sicuramente entrambi ordinano restrizioni al mercato degli endorsement alquanto discutibili²⁷⁵.

Ma come hanno reagito i brand?

Semplice, preso atto della norma, alcuni hanno cercato modi legali per aggirarla. Sally Bergesen per esempio, proprietaria di Oiselle, una marca d'abbigliamento femminile, ha iniziato ad usare frasi come "*Grande evento nell'Emisfero Australe*" o "*città che fa rima con Neo Been Sin Arrow*" per riferire ai giochi Olimpici e a Rio De Janeiro. Bergesen è stata una dei più

²⁷⁴ Chris Chave, "What is Rule 40? The IOC's rule on non-Olympic sponsors, explained" Sports Illustrated, 25 Giugno 2016

grandi portavoce dentro la comunità dell'atletica a prendere parola contro le limitazioni causte dalla Rule 40.

La USOC ha subito richiamato Bergesen e Oiselle quando Kate Grace, una mezzofondista che correva per la compagnia, aveva vinto gli 800 metri femminili alle prove di atletica di ammissione al Team olimpico il 4 Luglio. Il corpo olimpico aveva intimato la società di rimuovere un post Instagram con scritto "Si va a RIO", considerandolo una violazione delle linee guida dell'USOC²⁷⁶.

Ma allo stesso tempo le nuove regole hanno offerto alternative ad alcuni brand intenzionati a sfruttare i Giochi olimpici per il proprio marketing.

Come notato prima dell'inizio dei giochi in modo intelligente e premonitorio da Luke Bonner, marketing manager per l'agenzia sportiva GYK Antler, *"Date le restrizioni del IOC, sarà interessante vedere cosa si inventeranno i brand per restare dentro i parametri e ottenere il massimo dalle loro sponsorizzazioni con gli atleti"*²⁷⁷.

Infatti società più grandi e strutturate hanno preferito un approccio più strategico per aggirare tale regola. Under Armour è un discreto esempio, la società di abbigliamento sportivo con sede a Baltimora che sponsorizzava più di 250 atleti olimpici ma non era sponsor ufficiale, ha pubblicato due spot, uno riguardante la nazionale femminile di ginnastica in Febbraio, e un breve film su Michael Phelps in Marzo, come base della loro campagna *"Rule Yourself"*. Entrambe le campagne rispettavano la deadline di Marzo e non contenevano nessuna proprietà intellettuale olimpica.

Per grandi compagnie che non si possono/vogliono permettere un accordo come sponsor ufficiali, supportare gli atleti invece che i Giochi può risultare una scelta vincente ed economicamente efficiente, nonostante il divieto di far menzione alle Olimpiadi stesse.

²⁷⁵ Ryan Quinn "With 'Rule 40,' Greedy IOC Shows It Cares More About Its Sponsors Than Olympic Athletes" SBNATION 1 Agosto 2012

²⁷⁶ Chris Chave, "What is Rule 40? The IOC's rule on non-Olympic sponsors, explained" Sports Illustrated, 25 Giugno 2016

²⁷⁷ Yuyu Chen "WTF is the Olympics' Rule 40?", Digiday, 26 Luglio 2016

Se poi uno degli atleti si chiama Michael Phelps e batte il record di medaglie vinte nella storia delle Olimpiadi, allora puoi stare sicuro che il pubblico troverà il modo di associare il tuo brand ai Giochi.

Un'altra trovata intelligente di Under Armour e altri brand è stata quella di organizzare eventi nelle spiagge di Copacabana.

L'IOC ha pubblicato una nuova versione aggiornata della Rule 40 per i giochi olimpici PyeongChang 2018 e il periodo di validità della Rule 40 va dal 1 al 28 Febbraio 2018. Mentre per quanto riguarda le Paralimpiadi il periodo applicabile va dal 3 al 21 Marzo 2018²⁷⁸.

Con i giocatori di hockey dell'NHL che non parteciperanno ai Giochi, ci sono sempre meno atleti che sono sicuri di far parte del Team USA, visto che le selezioni sono a Gennaio 2018, appena un mese prima delle Olimpiadi. Così, può rivelarsi oltremodo costoso rischiare di far firmare ad un atleta un contratto di sponsorizzazione e lanciare un'intera campagna intorno a lui entro il 1 Ottobre, con nessuna certezza che lo stesso atleta prenderà poi parte ai giochi.

A primo impatto, i beneficiari dell'attenuamento della regola avvenuto nel Febbraio 2015 sono gli atleti di alto profilo che hanno già grandi sponsorizzazioni e che nessuno dubita che riescano ad andare alle Olimpiadi, come Lindsey Vonn and Shaun White. Ma ancora una volta, anche in queste Olimpiadi invernali gli atleti meno famosi la cui notorietà dipende solamente dalla loro prestazione olimpica sono stati rimasti abbandonati "al freddo"²⁷⁹.

Infine come hanno reagito i vari Paesi?

²⁷⁸ <https://www.teamusa.org/Athlete-Resources/Athlete-Marketing/Athlete-Endorsement-Guidelines>

²⁷⁹ James L. Johnston "United States: Rule 40 Advertising Guidelines Return For The 2018 Winter Olympics, Creating Headaches And Challenges For Winter Olympians And Their Sponsors" *Monaq*, 13 Giugno 2017

Il primo a mostrarsi apertamente contrario alla Regola, come possiamo immaginare, sono stati gli Stati Uniti d'America. Ma al di là dei dibattiti in materia, poco è stato fatto.

La Germania invece si è spinta decisamente oltre in modo incredibilmente intelligente. A fine Ottobre l'Ufficio Federale Tedesco Anti-Cartelli (*Bundeskartellamt*) ha avviato un'azione contro la Federazione Olimpica Tedesca (DOSB) e, indirettamente, il Comitato Olimpico Internazionale (IOC), lamentando una possibile violazione delle leggi sulla concorrenza attraverso le controverse restrizioni della Rule 40²⁸⁰.

L'azione era stata avviata sulla base di un reclamo dell'Associazione Federale dell'Industria Tedesca di Articoli Sportivi in connessione con un comunicato stampa dopo le ultime Olimpiadi a Rio²⁸¹.

Andreas Mundt, presidente del *Bundeskartellamt*, ha dichiarato *“In base alla nostra valutazione le regole del DOSB e IOC sono troppo restrittive. Le restrizioni alle pubblicità di atleti e compagnie possono costituire un abuso della propria posizione dominante da parte di DOSB e IOC. Deve essere tenuto conto del fatto che gli atleti che prendono parte alle Olimpiadi non beneficino direttamente dei grandi guadagni generati dalle sponsorizzazioni degli Sponsor ufficiali”*. Per poi continuare dicendo: *“in risposta alle nostre preoccupazioni, la DOSB e il Comitato Olimpico Tedesco hanno proposto degli emendamenti che offrono ai brand che non sono sponsor ufficiali un maggior raggio d'azione. Presenteremo queste nuove proposte a diverse società, associazioni e atleti per la loro valutazione. Nel frattempo, tali regole così come revisionate dalla DOSB troveranno una temporanea applicazione durante le olimpiadi invernali in Pyeongchang”*²⁸².

²⁸⁰ Nick Butler “German competition authorities challenge DOSB over Rule 40 marketing restrictions” Inside The Games, 28 Ottobre 2017

²⁸¹ SportBusiness International team “German cartel office claims win in IOC marketing rules challenge” Sport Business, 22 Dicembre 2017

²⁸² SportBusiness International team “German cartel office claims win in IOC marketing rules challenge” Sport Business, 22 Dicembre 2017

Alcuni di questi emendamenti, per esempio, daranno la possibilità ad alcuni sponsor di complimentarsi direttamente con gli atleti e agli stessi atleti di ripubblicare contenuti del Comitato Olimpico Internazionale e di quello Tedesco con saluti e ringraziamenti ai propri sponsor.

Il caso è chiaramente sotto gli occhi di tutti, visto che altri paesi Europei potrebbero seguire la Germania denunciando i propri Comitati Olimpici. Questo potrebbe essere l'unico modo per attaccare la Rule 40 con possibilità di successo.

CAPITOLO IV: “L’ARTE DI NEGOZIARE E REDIGERE GLI ENDORSEMENT AGREEMENTS”

4.1 Intro: il contratto come opera d’arte. 4.2 “The Art of Negotiating”: l’Arte della Negoziazione. 4.3 Le peculiarità dei product endorsement agreements. 4.4. La redazione dei contratti: le clausole fondamentali

4.1 Intro: il contratto come opera d’arte

Quest’ultima parte è dedicata alla negoziazione e successiva redazione dei contratti di sponsorizzazione. Infatti il progetto che mi ha permesso di essere sponsorizzato dal Professor Carfagna per venire a scrivere la tesi in questa magnifica Università verteva proprio su questa materia. Traendo spunto dal Terzo Capitolo del libro del Professore intitolato “*The Art of Negotiating in the Wonderful World of Sports*”²⁸³, avevo paragonato l’attività di un avvocato a quella di un pittore rinascimentale.

Se prendiamo la definizione di arte nel suo significato più ampio come “*ogni attività umana – svolta singolarmente o collettivamente – che porta a*

²⁸³ Peter Carfagna “Representing the Professional Athlete”

forme di creatività e di espressione estetica, poggiando su accorgimenti tecnici, abilità innate o acquisite e norme comportamentali derivanti dallo studio e dall'esperienza”, non ci sono dubbi nel considerare un avvocato un vero e proprio artista, e il contratto, la sua opera d'arte. Come tale, la formazione di un contratto richiede una certa predisposizione naturale del nostro artista-avvocato, ma soprattutto un'approfondita educazione in materia, unita a dedizione, cura e analisi dei dettagli. In arte non esistono spazi per errori.

Questo lungo processo che porta un avvocato alla creazione della sua opera finale consta principalmente di due fasi: la negoziazione e la redazione del contratto. La prima attività, “l'arte della negoziazione”, rappresenta il momento di creatività, quando l'artista decide, dopo aver sentito i desideri e le volontà del proprio committente, cosa andrà ad inserire nel suo capolavoro: il contratto finale.

Dopodiché, arriva il momento della redazione del contratto, in cui l'artista dà vita alle sue idee. Citando il grande pittore Paul Klee, “*l'arte non riproduce ciò che è visibile ma rende le cose visibili*”. Solo avvocati di livello possono metter perfettamente su carta ciò che si è negoziato e dar vita a contratti degni di esser ritenuti vere e proprie opere d'arte.

Limitando qui questa metafora, inizierò parlando dell'attività di negoziazione, delle sue peculiarità quando ha come oggetto l'endorsement di un'atleta, per poi spostarmi sulla redazione e l'analisi delle clausole fondamentali di un endorsement agreement. Avendo studiato International Negotiations con il Professor Hernandez durante il mio periodo di studio a UCI, e considerando che qui alla scuola di legge di Harvard viene offerto ogni anno il più importante programma di negoziazione mondiale, l'Harvard Negotiation Project, inizialmente il mio progetto di tesi era mirato proprio ad un'analisi delle negoziazioni degli agenti e dei legali dei brand sportivi per la contrattazione dei *product endorsement agreement* (ossia gli accordi

di fornitura e sponsorizzazione dell'equipaggiamento da gioco), lasciando i diritti d'immagine ad una parte introduttiva.

Per varie ragioni, però, la ricerca sui *publicity rights* si è estesa oltre il previsto, costringendomi a limitare questa seconda parte. Nonostante ciò, confido che chi legge possa trovarla abbastanza esaustiva e che possa permettere di comprendere quali sono gli elementi principali di questa “*Arte della negoziazione*” e alcune peculiarità che assume quando ha come oggetto degli endorsement di atleti, in particolare i *product endorsement agreement*. Infatti questi tipi di contratti presentano alcuni tratti distintivi rispetto ai normali endorsement, visto che possono andare ad incidere direttamente sulle prestazioni sportive dell'atleta. Per questo motivo, sia la loro negoziazione che la redazione si rivela spesso complicata costringendo l'agente e i legali dell'atleta a prestare sempre grande attenzione.

4.2 “*The Art of Negotiating*”: L'Arte della Negoziazione

Ogni negoziazione è composta principalmente da tre fasi:

1. una prima raccolta informazioni;
2. la formulazione di una strategia;
3. il contatto con l'altra parte: la “*negotiation dance*”

4.2.1 Raccolta informazioni

Ogni negoziazione inizia con una raccolta informazioni, quello che il Professor Hernandez definisce “*reconnoiter the terrain*” (una ricognizione del territorio)²⁸⁴. Nel fare ciò è necessaria avviare una scansione dell'ambiente, cioè una raccolta informazioni completa sia sul proprio cliente, sia sulla società e le persone che si siederanno dall'altra parte del tavolo.

²⁸⁴ William Hernandez Requejo. “Global Negotiations the New Rules”, 2008, St. Martin's Press;

Visto che un agente ha il compito di negoziare per conto del proprio cliente, il primo passo consiste proprio nel conoscere esattamente quali sono i bisogni, gli interessi, le ambizioni e gli obiettivi del giocatore che si rappresenta. Un bravo agente dovrebbe costruire una solida relazione con i propri clienti, dando sempre priorità agli interessi di quest'ultimi, rafforzando la fiducia e aumentando la creazione di valore a lungo termine. Anche Jeswald Salacuse, Professore alla Tuft University e grande studioso di negoziazioni, ha enfatizzato come la relazione personale tra agente e rappresentato sia la cosa più importante in un rapporto di agenzia²⁸⁵.

Su questo tema gli agenti nel mondo del calcio europeo sono maestri. Soprattutto qualora provengano da quelle culture “*relationship-oriented*” (improntate alle relazioni) come Spagna, Portogallo e Italia, gli agenti in Europa danno molta importanza al rapporto personale con il proprio atleta. Jorge Mendes, il più grande agente nel mondo del calcio, è un chiaro esempio. La maggior parte dei suoi clienti ha clausole di rescissione del contratto di rappresentanza gratuite, compreso il 5 volte Pallone D'Oro Cristiano Ronaldo. Ciascuno di questi atleti potrebbe quindi lasciare il super agente portoghese in qualsiasi momento, ma nessuno penserebbe mai di farlo. Come affermato dalla leggenda del Real Madrid: “*Jorge è famiglia*”, tanto che Cristiano gli ha regalato un'intera isola come regalo di nozze. Non c'è calciatore rappresentato da Jorge Mendes che non sottolinei quanto il rapporto personale con l'agente sia fondamentale nel riporre una fiducia totale in lui²⁸⁶.

Oltre Oceano le cose funzionano in maniera diversa ed è molto comune vedere gli atleti cambiare agente. Gli Stati Uniti sono una nazione “*business-oriented*” (improntata sul business) dove spesso gli agenti vedono l'atleta come una fonte di denaro, piuttosto che un amico o “*famiglia*”, e come riportato da Brian Mandell in “Unnecessary Toughness”: “*gli atleti*

²⁸⁵ Jeswald Salacuse “Law and Power in Agency Relationships,” in Mnookin & Susskind (eds.) *Negotiating on Behalf of Others* (Sage 1999).

²⁸⁶ Miguel Cuesta and Jonathan Sanchez, “La Clave Mendes”, 2015, *La Esfera De Los*

diventano ostaggi della reputazione presente e futura dell'agente come uno scaltro, duro ed efficace negoziatore. Tutto ciò non dovrebbe succedere"²⁸⁷.

Dopo tutto, citando Jerry Maguire, il film più famoso mai prodotto sulla storia (fittizia) di un agente sportivo: *"il segreto di questo lavoro sono le relazioni personali"*²⁸⁸.

Bisogna però precisare, come intelligentemente notato dal fondatore dello Sports Agent Blog l'avvocato Darren Heitner, che uno dei motivi per cui i giocatori si sbarazzano velocemente dei propri agenti negli Stati Uniti è che quest'ultimi spesso promettono guadagni extra giganteschi (provenienti da endorsement e investimenti) senza poi riuscire a mantenere le proprie promesse. In Europa gli agenti si preoccupano molto meno di marketing, concentrandosi principalmente nel trovare squadra ai propri atleti.

Infine, sebbene possa apparire scontato, è necessario che l'agente rispetti sempre tutte le leggi che regolano il rapporto di agenzia con il cliente, cosa che non sempre avviene.

Dopodiché è opportuno concentrarsi sulla controparte e raccogliere ogni sorta di informazione riguardante gli interessi che possono motivarla. In tutte le sue pubblicazioni il Professor Carfagna sottolinea l'importanza di non soffermarsi sulle posizioni di una parte ma di focalizzarsi e cercare di capire gli interessi dietro a questa²⁸⁹. Questo tema è stato più volte riportato anche da Mark McCormack in *"On Negotiating"* e dal Professor William Hernandez Requejo in *"Global negotiation: the New Rules"*²⁹⁰. Oltre gli interessi, vanno analizzate anche altri fattori come le condizioni economiche, la cultura e l'intero contesto che circonda la negoziazione.

Libros S.L.

²⁸⁷ Brian S. Mandell "Unnecessary Toughness: Hard Bargaining as an Extreme Sport" in Mnookin & Susskind (eds.) *Negotiating on Behalf of Others* (Sage 1999)

²⁸⁸ Come posso parlare del lavoro degli agenti sportivi senza menzionare il successo hollywoodiano con protagonista Tom Cruise?

²⁸⁹ Peter Carfagna, sia in "Representing the Professional Athlete", 2013, (p. 72) che in "Negotiating and Drafting Sports Venue Agreements", 2016, (p.280)

²⁹⁰ William Hernandez "Global Negotiations the New Rules" (2008) e McCormack on "On Negotiating" 1995, Century

Tutto ciò entra a fa parte di quello che viene definito da Lax e Sebenius come “*Mapping the player*”, un’attività fondamentale per approcciare l’atra parte con successo. David Lax e James Sebenius nel loro acclamato articolo per l’*Harvard Business Review* intitolato “*3D Negotiation: Playing the Whole Game 2003*” consigliano un preciso strumento di pianificazione: affrontando la materia da una prospettiva di gestione di progetti, l’obiettivo è andare all’indietro, cioè partire dalla struttura più promettente dell’affare e identificare ogni passo in ordine cronologico inverso, per ritrovarsi alla fine nel presente²⁹¹.

Infine, dato che le celebrità e gli atleti (soprattutto di sport come calcio e basketball) stanno acquisendo sempre più una fama globale, nell’ambito delle negoziazioni internazionali le differenze culturali assumono grande importanza²⁹². Visto che gli sport nazionali sono parte della cultura di un paese, alcune volte è utile e necessario esaminare il grado di influenza delle culture nelle negoziazioni sportive. Per comprendere tutto ciò basta prendere l’Italia come esempio. Winston Churchill disse che “*gli italiani perdono le guerre come se fossero partite di calcio e le partite di calcio come se fossero guerre*”. Così per esempio, la cessione dei diritti televisivi di un Mondiale a una compagnia televisiva Italiana frutta alla FIFA molto di più della stessa vendita ad una tv svedese, perché le compagnie televisive italiane saranno disposte ad offrire fino all’ultimo centesimo a disposizione pur di accaparrarsi i diritti per un evento come la Coppa del Mondo. La FIFA è chiaramente consapevole di ciò e sa di avere un leverage forte in questi casi, motivo per cui la mancata qualificazione degli azzurri ai Mondiali è un grosso guaio economico anche per la FIFA.

²⁹¹ David A. Lax and James Sebenius, “3-D Negotiation: Playing the Whole Game”, 2003, *Harvard Business Review*;

²⁹² William Hernandez “Global Negotiations the New Rules” (2008)

4.2.2 Formulazione di una strategia

Il secondo passo consiste nel processare le informazioni raccolte e formulare un “*game plan*”, una strategia vincente²⁹³. Spesso le preparazioni per le negoziazioni sono più importanti delle negoziazioni stesse. Il primo punto chiaro della strategia deve essere il BATNA (*Best Alternative To a Negotiated Agreement*), cioè la miglior alternativa alla negoziazione del contratto. Nel loro popolare libro “*Getting to Yes*” pubblicato per la prima volta nel lontano 1981, Asher e Ury notarono che un aspetto cruciale della preparazione alle negoziazioni, che spesso veniva lasciato perdere, era una chiara definizione di quale sia la miglior alternativa all’accordo²⁹⁴. Il BATNA segna il limite massimo al di là del quale le negoziazioni non hanno più senso. In realtà, come spiega il Professor Hernandez, il BATNA è qualcosa in più che una semplice “fine della pratica”, è una specie di piano d’emergenza²⁹⁵. Non c’è un autore di libri sulle negoziazioni oggi che non si soffermi sull’importanza del BATNA.

A questo dovrebbe seguire la pianificazione delle clausole di riserva, delle cose alle quali non si può rinunciare nell’accordo (i “*must haves*”), delle cose che si vogliono ottenere ma non sono irrinunciabili (“*nice to haves*”), delle offerte di apertura (“*open gambit*”), di ciò che si è disposti a sacrificare (“*throwaways*”) e delle possibili concessioni immediate. Tutte queste cose vanno necessariamente programmate prima che la negoziazione inizi perché potrebbero aiutare a capire possibili ZOPA (*Zone Of Possible Agreement*), ovvero gli spazi all’interno dei quali è possibile trovare un accordo, e generare alternative per arrivare a benefici non solo di una parte, ma ad un guadagno comune. Questo “*Mutual Gain*” dovrebbe essere l’obiettivo finale della negoziazione; in “*Getting To Yes*” viene presentato come uno

²⁹³ Peter A. Carfagna “*Negotiating and Drafting Sports Venue Agreements*”, 2016 (2nd edition), LEG Inc. (dba West Academic Publishing);

²⁹⁴ William L. Ury, Roger Fisher, Bruce Patton “*Getting to Yes*”, 2011 (Upd Rev edition), Penguin Books;

²⁹⁵ William Hernandez “*Global Negotiations the New Rules*” (2008)

dei quattro maggiori consigli che Fisher e colleghi offrono a coloro che entrano a far parte di una negoziazione, tanto da intitolare il terzo capitolo del libro *“Inventing Options for Mutual Gain”*²⁹⁶.

Anche Lax e Sebenius, nel loro libro *“The manager as negotiator: bargaining for cooperation and competitive gains”*, affermano che le tattiche di negoziazione che hanno solo un obiettivo (il guadagno di una parte) è probabile che creino solamente danni alla controparte²⁹⁷. Allo stesso modo in *“D-Negotiations”* i due autori parlano di *“accordi creativi”* - *“accordi perfetti”* per indicare quegli accordi che vanno oltre il semplice vantaggio di una parte, ma che in modo creativo mirano ai benefici di entrambe²⁹⁸. Infine Mnookin, Peppett, Tulumello si soffermano sull'importanza della creazione comune di valore per risolvere eventuali dispute che potrebbero nascere dalla negoziazione, oltre che per prevenirle²⁹⁹.

Nella formulazione della strategia, anche l'ambiente può fare una differenza sostanziale su come le parti approcciano le negoziazioni. Innanzitutto, la location e la disposizione fisica assumono notevole rilevanza. Come spiega il Professor Hernandez, gli americani ad esempio si trovano a proprio agio con tutto ciò che è informale, ragione per cui un ambiente confortevole servirà a massimizzare i flussi di conoscenza in una negoziazione³⁰⁰.

Questo si collega al famoso *“Mito del tavolo delle Negoziazioni”* di cui parla McCormack, secondo cui la maggior parte degli affari si concludono

²⁹⁶ William L. Ury, Roger Fisher, Bruce Patton, Chapter 3: *“Inventing Options for Mutual Gain”* *“Getting to Yes”*, 2011 (Upd Rev edition)

²⁹⁷ David A. Lax, James K. Sebenius, *“The Manager as Negotiator: Bargaining for Cooperation and Competitive Gain”*, 1986, NY: Free Press;

²⁹⁸ David A. Lax and James Sebenius, *“3-D Negotiation: Playing the Whole Game”*, 2003, Harvard Business Review.

²⁹⁹ Also Mnookin, Peppett, Tulumello on *“Beyond Winning, Negotiating to create value in deals and disputes”*, 2000

³⁰⁰ William Hernandez *“On “Global Negotiation: the New Rules”*, 2008

lontano dal “tavolo di un ufficio”, in ristoranti, campi da golf e altri luoghi informali dove le parti possono rilassarsi e trovare un accordo³⁰¹.

Inoltre anche i limiti temporali possono incidere fortemente nella conduzione di una negoziazione. Il professor Hernandez spiega che generalmente la parte che ha più tempo e ne è a conoscenza detiene una posizione di forza nelle trattative. La parte con meno tempo, invece, è costretta ad acconsentire concessioni per muoversi più velocemente verso un accordo. L'uso appropriato del tempo può rivelarsi uno strumento veramente potente, per questa ragione è opportuno che i negoziatori cerchino di capire in anticipo quali sono i limiti temporali dell'altra parte. Non solo, ma possono manipolare tali limiti, o per lo meno la loro percezione, a proprio vantaggio³⁰².

Giocare con i tempi può rilevarsi una strategia di grande successo soprattutto nei contratti di sponsorizzazione. Alcune volte saper aspettare qualche settimana per firmare un accordo può voler dire portare a casa milioni di dollari in più (basti pensare al tennista che vince uno Slam). Altre volte invece, aspettare troppo può significare bruciare l'opportunità della vita del proprio cliente. Un agente deve essere bravo e fortunato a concludere l'affare nel momento giusto.

4.2.3 The Negotiation Dance

Infine, dopo aver raccolto le informazioni e formulato una strategia, è arrivato il momento di entrare in azione. L'ultimo step viene chiamato dal Professor Carfagna la “*Danza della Negoziazione*”³⁰³, nonché dal suo amico e Creatore di IMG Marc McCormack “*Il waltzer della negoziazione*”³⁰⁴. Proprio quest'ultimo, nel suo libro “*On Negotiating*”, spiega come un amico gli aveva suggerito di cambiare il titolo in “L'Arte

³⁰¹ Mark H. McCormack “On Negotiating”, *The myth of the Negotiating Table*, pp 72-76

³⁰² William Hernandez “On “Global Negotiation: the New Rules”, 2008

³⁰³ Peter Carfagna “Negotiating and Drafting Sports Venue Agreements” - “The Negotiation Dance” (p. 277).

³⁰⁴ Mark H. McCormack “On Negotiating” - *The last Waltz* (p. 175-176)

della Negoziazione”, ponendo l’accento sulla negoziazione, perché non ci sono due negoziazioni uguali tra di loro. Le tattiche applicate due settimane prima potranno non funzionare di nuovo³⁰⁵.

Visto quindi che ogni negoziazione è una danza secondo una musica differente, un esperto negoziatore deve saper comandare le danze e allo stesso aggiustare i propri passi a quelli della controparte. Per fare ciò, avere un buon tempismo è necessario, e come spiega Brian Mandell è senza dubbio una delle abilità più importanti per gli agenti e più apprezzate dai giocatori che rappresentano³⁰⁶.

Questo è il punto in cui avviene il vero incontro e contatto fisico con la controparte, spesso seguito da innumerevoli incontri a venire.

Così tutti gli strumenti e le tattiche presentate in molti libri sulle negoziazioni possono diventare molto utili: sia gli strumenti a propria disposizione che quelli a disposizione della controparte, che devono essere anticipati, riconosciuti e bloccati. In *“On Negotiating”* McCormack presenta una lista degli strumenti a propria disposizione nel primo capitolo e una di quelli a disposizione della controparte nel secondo, perché come da lui affermato: *“solamente se li vedi e li riconosci li puoi affrontare”*³⁰⁷.

Uno degli strumenti più utili sempre a disposizione è senza dubbio quello di porre domande. William Hernandez Requejo presenta *“il fare più domande”* come la prima tattica di persuasione³⁰⁸.

Anche il Professor Carfagna mette in risalto numerose volte l’importanza di porre domande per comprendere gli interessi dietro alle posizioni delle parti³⁰⁹.

Il *“metti in dubbio qualsiasi cosa”* è infine uno dei due temi ricorrenti, nonché Titolo del Capitolo 6° del libro *“On negotiating”* di McCormack.

³⁰⁵ Mark H. McCormack *“On Negotiating”* 1995

³⁰⁶ Brian S. Mandell *“Unnecessary Toughness: Hard Bargaining as an Extreme Sport”* 1999

³⁰⁷ McCormack *“On Negotiating”* - *“only if you see them, you can deal with them”*

³⁰⁸ William Hernandez Requejo *“Global Negotiations: the New Rules”*, 2008 p.167

³⁰⁹ Peter Carfagna *“Negotiating and Drafting Sports venue Agreements”* (2016) p.250

Concentrandoci nelle negoziazioni di un agente per un contratto di sponsorizzazione del proprio atleta, spesso è meglio se i giocatori vengono lasciati fuori dalle danze, lasciando negoziare gli agenti. Come spiegato da Rubin e Sanders, un grande beneficio degli agenti è precisamente questo: separare le persone dai problemi, perché le emozioni dei rappresentati spesso interferiscono con la loro abilità di negoziare in modo efficace³¹⁰.

Per diverse ragioni tutto ciò è più che mai vero quando un agente negozia per conto di un atleta, infatti gli atleti generalmente hanno una sostanziale ignoranza di come queste trattative debbano essere portate avanti, avendo un'educazione scolastica spesso limitata. Per questo motivo McCormack afferma che *“il talento non dovrebbe mai toccare il denaro”*³¹¹. Seppur con parole diverse, anche il Professor Carfagna riprende il concetto³¹².

Per citare un esempio, nella negoziazione di un contratto una società potrebbe apertamente affermare che non ritiene un giocatore forte come un altro da questa già sponsorizzato, e perciò offrire una cifra inferiore. Se è vero che un agente può accettare tale critica in modo costruttivo, e magari ribattere presentando fatti diretti a confutare l'opinione del brand, per un atleta fare tutto ciò è decisamente più difficile perché può percepire la valutazione della società come un attacco personale. Per lo stesso motivo però, alcune volte un agente potrebbe volere la presenza del giocatore durante le negoziazioni per usarla come proprio *“leverage”*, soprattutto qualora si tratti di una star. In questi casi il brand potrebbe essere intimidito dalla presenza dell'atleta ed evitare certi commenti.

Le differenze culturali accennate prima comportano anche diversi stili di negoziazione, risultanti in un diverso approccio alla controparte e ad una

³¹⁰ Rubin and Sanders, “When Should We Use Agents? Direct vs. Representative Negotiation” *Negotiation Journal* (1988)

³¹¹ Mark H. McCormack on “On Negotiating - *“talent should never touch the money”*” p.84-90

³¹² Carfagna “Representing the Professional Athlete” (2013) p. 80

diversa “danza”. Anzi, in territorio americano le negoziazioni spesso sembrano più un incontro di pugilato, visto lo stile aggressivo predominante e caratterizzante quelle che vengono appunto definite “*hardball negotiations*” (*gioco duro*).

Come Brian Mandell spiega in “*Unnecessary Toughness*”, “*le contrattazioni aggressive continuavano a prevalere nelle negoziazioni sportive e tolgono lo spazio a possibilità e incentivi per generare approcci innovativi volti alla creazione di valore e allo sviluppo di relazioni personali*”³¹³. Secondo Michael Wheeler gli agenti sportivi possono sembrare particolarmente adatti nelle negoziazioni aggressive perché hanno un interesse professionale nel non apparire deboli di fronte agli occhi degli altri³¹⁴. Il correlato bisogno di apparire forti davanti ad altre persone è una tipica caratteristica della cultura americana e di tutte le culture individualistiche.

Nelle culture improntate sulle relazioni personali (“*relationship-oriented*”), tale aggressività viene spesso meno e prevale un rapporto amichevole nei confronti della controparte. Nonostante essere aggressivi talvolta sia necessario, trovo che lo *shift* nel modo di negoziare degli agenti americani sperato da Brian Mandell vada condiviso. Un atteggiamento amichevole, creativo e non troppo aggressivo, facilita gran parte delle negoziazioni e soprattutto facilita la creazione di un guadagno comune, quel “*mutual gain*” che deve essere l’obiettivo principale della negoziazione stessa.

Anche Fisher, Ury and Patton in “*Getting To Yes*” indicano come la relazione tra le parti sia uno dei tre fattori critici lontani dal tavolo delle negoziazioni³¹⁵.

Tuttavia, bisogna notare come anche l’atteggiamento amichevole tipico delle culture improntate sulle relazioni personali possa presentare delle

³¹³ Brian S. Mandell “Unnecessary Toughness: Hard Bargaining as an Extreme Sport”

³¹⁴ Michael Wheeler, “First, Let’s Kill All the Agents!” (1999) in Mnookin & Susskind (eds.) *Negotiating on Behalf of Others* (Sage 1999).

³¹⁵ William L. Ury, Roger Fisher, Bruce Patton “*Getting to Yes*”, 2011 (Upd Rev edition), Penguin Books;

debolezze; spesso le persone sentono la necessità di apparire amichevoli e piacere all'altra parte ad ogni costo. Come ricorda McCormack però, c'è una grossa differenza tra piacere e sentire la necessità di dover piacere. Fare impressione negli altri per la propria intelligenza, onestà, o per il proprio charm e senso dell'umore è sicuramente un punto di forza, ma il sentire il bisogno di dover piacere ad ogni costo è una grossa debolezza. Le persone che hanno bisogno di piacere vengono facilmente sedotte³¹⁶.

Questa ultima fase della negoziazione viene svolta davanti alla controparte, così un ultimo aspetto che deve essere analizzato è quello delle comunicazioni faccia a faccia ("*vis-avis communication*"). Non importa quanto comunicare stia diventando sempre più facile grazie a Skype, WhatsApp e altri servizi come FaceTime, il bisogno di incontrarsi di persona prima di poter chiudere un affare è insormontabile. Dopo tutto siamo esseri umani, dobbiamo stabilire una sorta di relazione fisica per fidarci di qualcuno a tal punto da concluderci un affare.

Così se è vero che parte delle negoziazioni possono esser portate avanti per telefono, per lo meno il primo incontro e l'ultimo richiedono che le due parti si incontrino di persona, stabiliscano una relazione personale e creino un rapporto di fiducia.

Nel suo libro "*Global negotiations: the New Rules*", il Professor Hernandez dedica un intero libro alla comunicazione vis-a-vis³¹⁷.

Una negoziazione faccia a faccia permette ad un abile negoziatore di studiare il linguaggio del corpo dell'altra parte, vedere come quelle che Daniel Goleman chiama intelligenze emozionali e sociali interferiscono in una conversazione³¹⁸, cercando di abbattere le barriere psicologiche e creare fiducia ("*trust*"), che è una parola magica per un negoziatore.

³¹⁶ McCormack "On Negotiating" ("On Negotiating" p. 9-10)

³¹⁷ William Hernandez "Global Negotiations the New Rules", Chapter 8 (2008)

³¹⁸ Considero entrambi I libri di Daniel Goleman, *Social Intelligence and Emotional Intelligence*, come due dei migliori libri che abbia mai letto.

In *“I laughed, I cried, I settled”* di Barry, Fulmer and Van Kleef e *“Culture and Emotions in Intercultural Negotiations”* di Rajesh Kumar vengono riportate un numerose ricerche affascinanti sul ruolo delle emozioni nelle negoziazioni³¹⁹.

Un contatto personale può servire spesso per abbattere le barriere psicologiche che separano le due parti. Come spiegano Kahneman and Tversky, le persone hanno sistematiche barriere nell’assimilare e costruire informazioni: le parti tendono a vedere il mondo in modi favorevoli alla propria posizione. Così gli agenti, così come i rappresentati, potrebbero screditare un’offerta che proviene dall’altra parte e sovrastimare la forza della propria posizione³²⁰.

Thompson, Neale e Sinaceur esaminano 4 differenti categorie di pregiudizi che possono interessare una negoziazione: pregiudizi cognitivi, sociali, motivazionali e infine emozionali³²¹. L’obiettivo di un abile negoziatore è quello di abbattere le barriere psicologiche, vincere i pregiudizi per instaurare un duraturo rapporto di fiducia. Tale fiducia sarà fondamentale anche in un secondo momento, qualora ci sia bisogno di rinnovare o rinegoziare l’accordo.

4.3 Le peculiarità dei product endorsement agreements

Negli Stati Uniti i product endorsement agreements sono tra i più tipici e classici per gli agenti. Quasi ogni giocatori professionista firma questi tipi di contratti per equipaggiamento di gioco, motivo per cui un agente deve saperli negoziare e redigere “come il palmo della sua mano”.

³¹⁹ Barry, Fulmer and Van Kleef “I laughed, I cried, I settled” - Rajesh Kumar “Culture and Emotions in Intercultural Negotiations” (Chapter 3 and Chapter 4 of “The Handbook of Negotiation and Culture” by Michele J. Gelfand and Jeanette M. Brett, 2004)

³²⁰ Kenneth Arrow, Robert H. Mnookin, Lee Ross, Amos Tversky and Robert B. Wilson, “Barriers to Conflict Resolution”, 1995, W.W. Norton

³²¹ Thompson, Neale and Sinaceur: “The Evolution of Cognition and Biases in Negotiation Research: An Examination of Cognition, Social Perception, Motivation and Emotion” in “The Handbook of Negotiation and Culture” by M. J. Gelfand and J. M. Brett (2004)

“*Conoscere il proprio cliente*” è un aspetto fondamentale per l’avvocato o l’agente che rappresentano un’atleta professionista. Per questa ragione, con l’obiettivo di raggiungere un miglior affare, un agente dovrebbe essere perfettamente a conoscenza delle inclinazioni del proprio cliente, i suoi obiettivi, le sue necessità, se un giocatore è incline o meno ai cambiamenti e la correlata “*psicologia del successo*”, un fattore cruciale soprattutto nel golf e nel tennis. Come spiega il Professor Carfagna, la scelta tra stare con il proprio vecchio brand che fornisce l’equipaggiamento da gioco (che siano le mazze da golf o una racchetta da tennis o anche delle scarpe), contro il provare un nuovo set di prodotti con i quali non sia ha familiarità, viene spesso legata alla “*psicologia del successo*”, cioè al fatto che l’atleta abbia per molti anni utilizzato prodotti di un determinato brand per allenarsi e giocare ad alti livelli e possa dare la colpa ad un eventuale cambiamento qualora le sue prestazioni peggiorino³²². In generale la possibilità di “creare un’asta” nel mercato richiederebbe che il giocatore sia indifferente ad un possibile cambio di prodotti, ma ciò spesso non si verifica. Così, come raccontato da Dave Lightner, consulente finanziario di numerosi golfisti, alcune volte alcuni dei suoi clienti si ritenevano superiori e capaci di giocare con qualsiasi mazza o racchetta, prima di scoprire che si sbagliavano di grosso e vedere le proprie prestazioni notevolmente peggiorate. Altri atleti, invece, non erano minimamente intenzionati a cambiare il fornitore delle proprie mazze da golf neanche per cifre nettamente superiori, lasciando spesso l’agente spiazzato. Questo si collega a quella che viene definita “*suitability clause*” (clausola di idoneità), la parte più importante di un endorsement agreement per un equipaggiamento sportivo, di cui parlerò nel successivo paragrafo.

L’*environmental scanning* invece può essere limitato in questi tipi di contratti. Spesso sia nel campo dell’abbigliamento sportivo, che dell’equipaggiamento, gli agenti si trovano a dover negoziare sempre con le

³²² Peter A. Carfagna “Representing the Professional Athlete”, 2013 (2nd edition), West Academic Press

stesse grandi compagnie; il mercato è un oligopolio con colossi che lo dominano e che rendono quasi impossibile per nuovi brand emergere. Tutto ciò ovviamente beneficia queste multinazionali, che sanno di avere pochi rivali in corsa per la sponsorizzazione di un atleta e che spesso operano al di fuori di limiti territoriali. Tuttavia, un agente preparato sa sempre che deve trovare il punto debole della controparte, fare leva su questo e usarlo abilmente a proprio vantaggio. In questi casi il punto debole è dato dall'alta competizione. Se da un lato è vero che le compagnie sono poche, dall'altre queste sono in grande competizione e spesso sanno che non possono lasciarsi scappare un determinato giocatore se vogliono mantenere il dominio di una porzione del mercato. Tutto ciò da l'opportunità agli agenti, soprattutto quando rappresentano una star, di creare un'asta tra due, massimo tre compagnie, ma di portare il prezzo alle stelle:

- Un chiaro esempio è stato il contratto firmato da Kevin Durant con Nike nel 2014, che potrebbe fruttargli fino a 300 milioni nei prossimi 10 anni. Come rivelato dalla stampa, Nike è arrivata ad offrire una cifra quasi 5 volte superiore quella del precedente contratto, spaventata dalla possibilità di perdere KD a favore della crescente Under Armour. Parte del merito va certamente al suo agente Rich Kleiman per il suo lavoro.

Nelle negoziazioni dei contratti di sponsorizzazione di un atleta infine rilevano anche le quattro fasi della carriera di un giocatore: gli inizi, la crescita, la maturità e l'inevitabile declino³²³. Ognuna di queste fasi detta in modo significativo come negoziare e anche con chi negoziare. Per esempio, un atleta agli inizi del declino potrebbe preferire un endorsement che gli permetta di guadagnare in futuro, magari investendo nella società o collaborando in nuovi progetti. Viceversa, un'agente di un'atleta all'inizio

³²³ Mark H. McCormack, "On Negotiating", 1995, Century

della maturità sa benissimo che quello è il momento giusto per capitalizzare e cercare di guadagnare il massimo, possibilmente tramite endorsement più tradizionali, senza che il giocatore pensi troppo agli investimenti lasciandolo focalizzare al 100% sul campo.

La maturità e il declino sono sicuramente i periodi più difficili. La carriera di un atleta è relativamente corta e l'agente deve essere bravo nell'assicurare al proprio assistito un guadagno anche una volta finita la carriera sportiva, tramite investimenti, lavori come allenatore o giornalista. Secondo un articolo di Sports Illustrated, il 78% dei giocatori di NFL va in bancarotta o in stress finanziario dopo appena 2 anni dal ritiro. Lo stesso vale per il 60% dei giocatori NBA³²⁴. Queste percentuali sono pazzesche, soprattutto se si considera che in entrambi i campionati i giocatori hanno stipendi multi milionari, nettamente superiori ai loro colleghi europei.

Anche il Professor Carfagna dedica l'intero Capitolo 5 del suo libro *“Representing the Professional Athlete”* alla gestione dell'atleta già maturato che si avvia verso il ritiro³²⁵, ricordando come un agente debba preoccuparsi anche di questa fase e continuare a supportare il proprio cliente.

4.4. La redazione dei contratti: le clausole fondamentali

Gli avvocati devono essere attenti nel delineare quali aspetti dell'identità del giocatore vengano concessi in licenza e per che usi. Dato che come abbiamo visto le leggi dei vari Stati non offrono una protezione uniforme, agli avvocati viene lasciato ampio spazio per salvaguardare al meglio gli interessi del proprio assistito, ma è fondamentale che siano il più precisi possibile nel farlo³²⁶.

³²⁴ Pablo S. Torre “How (and Why) Athletes Go Broke” Sports Illustrated, 23 Marzo 2009

³²⁵ Peter Carfagna “Representing the Professional Athlete”, (2013) – Chapter 5

³²⁶ Peter Carfagna “Representing the Professional Athlete” (2013)

Solitamente il contratto presenta una struttura standard, inizia con una pagina titolo (*Title Page*) che afferma il tipo di contratto, le parti e la data, alla quale segue una tavola dei contenuti (*Table of Contents*). Dopodiché bisogna identificare il contratto, spiegare lo scopo e affermare che le parti si accordano su quanto segue. A questo proposito verranno redatti il preambolo (*Preamble*) e la parte introduttiva (*Recitals*).

Il primo articolo solitamente riporta le definizioni (*Definitions*) che sono particolarmente importanti perché forniscono un mezzo rapido per riferire a concetti complessi. Sono molto utili e una volta create, si avrà a disposizione una serie di termini definiti pronti per esser utilizzati nel contratto³²⁷.

Spesso il secondo articolo è la durata (*Term*), seguito dalla concessione dei diritti ad utilizzare e distribuire liberamente il prodotto sponsorizzato dall'atleta (*Grant of Endorsement Rights*). Il termine del contratto è spesso oggetto di lunghe negoziazioni e una volta che le parti si mettono d'accordo sulla durata, questa deve essere redatta in modo chiaro per evitare potenziali discussioni. Oggetto di contrattazione è la possibilità di un *opting in* contro un *opting out* prima della scadenza del contratto, cioè se si necessita di una dichiarazione del giocatore per prolungarlo, o se si dia all'atleta la possibilità di "uscire" anticipatamente dal contratto. Solitamente viene concesso un periodo di preavviso per la risoluzione contrattuale. Se un giocatore ha un contratto in scadenza per la fornitura dell'attrezzatura/prodotti da gioco con un determinato brand e non vuole rinnovarlo così com'è, entro un ragionevole arco di tempo deve notificare alla società un preavviso (*Notice*) che gli permetta di cambiare prodotto e di evitare di cadere in un rinnovo automatico (qualora previsto).

Questo si collega alla vera chiave per negoziare e redigere i contratti di sponsorizzazione: la *Suitability Clause* (clausola di idoneità). In tale clausola un giocatore si accorda per usare i prodotti di una società durante le

³²⁷ Peter Carfagna "Negotiating and Drafting Sports Venue Agreements" (2016).

sue competizioni professionistiche e in cambio un brand gli fornisce i prodotti, purché egli li ritenga “idonei all’uso”. Abbiamo già visto quanto la *suitability clause* sia condizionata dalla “psicologia del successo”.

Durante il periodo di preavviso (*Notice Period*) il giocatore può avvisare il brand che qualora questo non migliori i propri prodotti o li adatti alle sue esigenze, egli si rivolgerà ad altre società. A questo punto, se previste dal vecchio contratto, entrano in gioco le clausole di “*Right of First Negotiation*” e “*Right of First Refusal*”, cioè il diritto di prima negoziazione e diritto di primo rifiuto.

Il diritto di prima negoziazione (*Right of First Negotiation*) è un’opzione contrattuale che obbliga il giocatore come prima cosa ad avviare le negoziazioni con il suo vecchio brand con l’obiettivo di arrivare ad un rinnovo contrattuale. Tale diritto si spinge oltre il classico “*Right of first offer*” (diritto di prima offerta) perché impegna le parti ad avviare una negoziazione in buona fede.

Il diritto di primo rifiuto (*Right of First Refusal*) identifica quelle situazioni in cui uno dei contraenti garantisce all’altro di preferirlo a qualsiasi terzo nella stipulazione di un certo contratto. In pratica si offre l’opportunità al vecchio sponsor di pareggiare l’offerta del nuovo brand.

Qualora la negoziazione con il brand non vada a buon fine, o se il *Right of first negotiation* non è presente nel contratto, si darà avvio ad un periodo di prova (“*Trial Period*”) nel quale l’agente inviterà l’attuale sponsor e tutti i suoi competitors a presentare proposte. È opportuno che l’agente avvisi il giocatore di prendersi un arco di tempo sufficiente (almeno 90 giorni) per testare i vari prodotti e analizzare le offerte, prima di prendere una decisione.

È nel momento in cui il giocatore ha deciso quale prodotto usare che le negoziazioni e la redazione della clausola di idoneità si fanno spesso complicate per agenti e avvocati, visto gli interessi opposti delle due parti.

Infatti, da un lato il brand vuole assicurarsi che una volta che il prodotto è stato scelto il giocatore continui a giocare con questo a meno che emergano

alcuni difetti che non erano rilevabili durante il periodo di prova. Dall'altro lato il giocatore vuole lasciarsi spazio per un eventuale rescissione contrattuale (*Escape Clause*) il più libera possibile, qualora il nuovo prodotto non gli permetta di rendere come desidera. Infine, bisogna considerare che anche lo sponsor vuole evitare un brusco peggioramento delle prestazioni dell'atleta, perché questo si tramuterebbe in un cattivo investimento. Per questo motivo, spesso i brand sportivi sono aperti ad un dialogo costante con l'atleta, per cercare insieme eventuali soluzioni.

Così la redazione di questa clausola può variare da un'assoluta richiesta che il giocatore giochi con i prodotti del nuovo brand, indipendentemente dai risultati, a una richiesta più soft che dia la possibilità all'atleta di tornare a giocare con il suo vecchio prodotto, anche qualora sia di un competitor, con una sorta di agevolazione economica per la società che nel frattempo cercherà di risolvere i difetti.

Così sostanzialmente ci sono tre diverse strategie per negoziare e redigere queste clausole:

- "*High risk/high reward strategy*" (alto rischio/alto guadagno): dopo il periodo di prova il giocatore si dedica in modo incondizionato a giocare con il nuovo prodotto, rinunciando ad ogni possibilità di recesso. Chiaramente in cambio di un impegno del genere, il giocatore può chiedere "*top dollar*", perché lo sponsor può investire con fiducia sul giocatore avviando varie campagne pubblicitarie, sapendo bene che non ci saranno interruzioni nell'uso del nuovo prodotto da parte dell'atleta.
- "*Lower risk/lower reward*" (basso rischio/basso guadagno): il giocatore si riserva il diritto di smettere di utilizzare il prodotto, qualora in base alla propria sola discrezione non lo ritenga più "adatto per l'uso nelle competizioni professionistiche". Chiaramente una rescissione libera come queste va a influire decisamente sui parametri monetari dell'accordo, ma può proteggere eventuali cali di

prestazione dell'atleta dovuti allo scarso "feeling" con il nuovo prodotto.

- "*A middle ground*" (una via di mezzo) consiste nella possibilità per il giocatore di impegnarsi ad utilizzare il nuovo prodotto "se lo ritiene adeguato in base ad un ragionevole giudizio o ad un suo giudizio personale." Questo compromesso da maggiore garanzia al club, permettendo al giocatore di tornare a giocare con il suo vecchio brand solo in base ad un verificabile standard di ragionevolezza³²⁸.

Inoltre alcune compromessi riguardanti la *suitability clause* possono permettere al giocatore di giocare con altri prodotti in alcune competizioni, prevedendo solamente un numero minimo di tornei-partite nel quale si è obbligati ad usare il nuovo prodotto (*Professional's Minimum Competitive Play*). Questa particolarità riguarda principalmente il golf, dove i giocatori spesso vogliono avere la possibilità di giocare i tornei più importanti (i major) con il golf club che ritengono più appropriato. Viceversa però, è proprio durante i tornei a più alta visibilità che gli sponsor richiedono ai loro atleti di giocare con i prodotti da loro offerti.

- Un esempio perfetto di *suitability clause* per un atleta è stato quello che Excel Sports Management, una delle più importanti agency nel mondo dello sport, ha negoziato per la star dei Cleveland Cavaliers Kevin Love con il nuovo brand sportivo cinese 361 Degrees International. In questo caso a Kevin Love è stato dato un periodo di adattabilità non limitato nel tempo, nel quale la star NBA poteva giocare con le sue vecchie Nike mentre sviluppava le nuove scarpe con il brand cinese, con l'obiettivo di farle diventare perfettamente comode al suo piede. Insomma, per diversi mesi il giocatore veniva pagato da 361 Degrees per giocare con le sue scarpe preferite Nike.

³²⁸ Carfagna, "Representing the Professional Athlete" (2013) p. 86

Una volta negoziata la suitability clause si deve procedere alla negoziazione e alla redazione del resto dell'accordo, partendo dalla concessione dei diritti d'immagine dell'atleta e ad ogni altra proprietà intellettuale collegata alla sua immagine (*Grant of Intellectual Property Rights*), per arrivare alla determinazione di quando e come il giocatore deve usare o indossare i prodotti del brand. A questo scopo devono essere specificate le obbligazioni generali alla promozione e all'uso del prodotto sponsorizzato (*General obligations to promote Eddorsed products – Obligations to Use Endorsed products*).

In generale i Product Endorsement Agreements richiedono che il giocatore usi o indossi i prodotti ogni volta che partecipi in una competizione sportiva professionistica. Altre volte invece, soprattutto in caso di abbigliamento, può venire richiesto che il giocatore indossi i prodotti sponsorizzati ogni volta che appaia in pubblico. Ciò può sollevare alcune problematiche, soprattutto nel mondo dei social media³²⁹, ma può portare nelle tasche dell'atleta una bella cifra extra.

- Un esempio è il contratto stipulato da Lebron James con Nike, che come riportato da uno dei suoi manager Mark Lev, Managing director a Fenway Sports Management e ospite a lezione del Professor Carfagna ad Harvard. Il contratto obbliga la stella dei Cavs ad indossare solo abiti e accessori Nike, anche qualora siano prodotti che Nike non produce (o non produce più) come orologi, scarpe o abiti eleganti. In cambio però, come più volte riportato, si stima che "The King" riceverà da Nike più di 1 miliardo nell'arco della sua vita. Insomma, sacrifici che si possono accettare...

Un'altra clausola fondamentale, questa volta indispensabile per lo sponsor, è la clausola morale (*moral clause*), che permette alla società di recedere dal

³²⁹ Talvolta può voler dire che il giocatore non può postare nemmeno una foto di sé in vacanza con abiti di un'altra marca.

contratto in caso di comportamento inappropriato del giocatore. Solitamente su questo punto i grandi brand lasciano poco spazio per la negoziazione, ritagliandosi il diritto di abbandonare il giocatore e recedere dal contratto al primo errore dell'atleta che danneggi l'immagine dell'azienda. Le società investono grandi quantità di denaro e tendono a non tollerare comportamenti sbagliati dell'endorser. Per questa ragione non è necessario che la condotta dell'atleta sia criminale per far sì che lo sponsor lo abbandoni in seduta stante, al primo segnale di problema.

D'altronde se stai bevendo un bel cappuccino e una mosca decide di volarci dentro e farsi un bagnetto, tu non levi la mosca ma butti il cappuccino³³⁰. La storia ci ha regalato numerosi esempi, i più famosi riguardano senza dubbio Lance Armstrong e Tiger Woods. Quest'ultimo era ritenuto un atleta modello fino a quando improvvisamente si è trovato protagonista di uno scandalo che gli è costato centinaia di milioni di dollari e ha fatto scappare la maggior parte degli sponsor nel giro di poche ore.

Più che altro quello che un atleta può negoziare è la possibilità di inserire una "*Reverse Moral Clause*" che gli permetta di dissociarsi dal Brand qualora questo si trovi implicato in attività immorali.

Altre clausole fondamentali nella redazione di un endorsement sono³³¹:

- "*Representations and Warranties*" (Dichiarazioni e garanzie): dove vengono specificate le dichiarazioni e le garanzie prestate dalle parti;
- "*Non disparagement clause*" (clausola contro le calunnie): lo sponsor potrebbe proteggersi da un eventuale deinigrazione del brand da parte del giocatore;

³³⁰ Carfagna, "Representing the Professional Athlete" (2013)

³³¹ Tutte riportate dal Professo Carfagna in "Representing the Professional Athlete" p. 89-90

- “*Quality assurance*” (promessa di qualità): solitamente richiesta dall’agente dell’atleta nel timore che lo sponsor non fornisca un’adeguata quantità di materiale non difettoso;
- “*Tweaking rights*” (diritti di aggiustamento): dovrebbero essere previsti dal contratto per costringere lo sponsor a perfezionare il prodotto su richiesta dell’atleta;
- “*Limitation of liability*” (limitazione di responsabilità): dovrebbe essere concordata in caso di rottura dell’accordo di una delle due parti;
- “*Dispute resolution clause*” (clausola di risoluzione delle controversie) con “avviso e possibilità di porre rimedio”, per evitare un’azione legale affrettata qualora il giocatore si presenti ad un torneo con l’intenzione di utilizzare i prodotti di un altro brand;
- “*Alternative Dispute Resolutions*” (clausola compromissoria): prevede la risoluzione tramite arbitrato, o per lo meno può obbligare le parti a tentare una conciliazione tramite mediazione;
- “*Post-Nuptial types of walk-away provisions*” (clausole di recesso tipo “pre-matrimoniale”): in modo tale che le due parti sappiano qual’è il costo da sostenere in caso di violazione contrattuale;
- “*Force majeure*” (forza maggiore) - “*Injury/disability*” (infortunio/incapacità): regolano il rapporto in caso di situazioni non prevedibili che possano impedire all’atleta di giocare con il prodotto sponsorizzato.

Le disposizioni finali di un contratto sono conosciute come “*boilerplate*”, cioè un modello di clausole standard che può essere riutilizzato diverse volte senza esser modificato. Alcuni esempi di tali previsioni sono: la sopra citata forza maggiore, il divieto di assegnazione (sub-licenza), il tribunale competente (e la legge che si vuole applicare), il divieto di terzi beneficiari, la clausola salvatoria ecc.

Come saggiamente ravvisa il Professor Carfagna, un tale epiteto può essere fuorviante visto che queste clausole sono importanti come qualsiasi altra parte dell'accordo, e non dovrebbero essere aggiunte con il "copia e incolla" ma modificate e adattate per renderle perfettamente idonee alla specifica relazione contrattuale³³².

Infine, proprio come in ogni opera d'arte, tali contratti finiscono con le firme delle parti negli appositi blocchi (*Signature Blocks*).

Ecco qui, l'opera d'arte è stata creata e lasciata ai posteri, anche se spesso una clausola di confidenzialità (*Confidentiality*) non permette di mostrarla nei musei.

Conclusion

Arrivati ormai alla fine di questo viaggio alla scoperta di un Mondo fatto di diritti e di sponsorizzazioni di celebrità e atleti, ci sono alcune conclusioni che mi piacerebbe trarre.

Partendo dai *Publicity Rights*, come già anticipato a fine secondo capitolo, il passo fondamentale da fare è quello di separare completamente i diritti d'immagine dalla loro madre, il diritto alla privacy. La differenza principale tra i *publicity rights* e il trademark ad esempio è proprio qui, la legge sul trademark nasce da un interesse economico a tutela del reato di frode³³³. Finché si mantiene questo legame tra diritti della persona e diritti di proprietà e non si distingue l'interesse commerciale alla base del riconoscimento dei *publicity rights*, rimarranno sempre problemi a garantire una loro piena tutela

³³² Peter Carfagna "Negotiating and Drafting Sports venue Agreements" (2016)

³³³ F. Montalvo, "Refashioning the right of publicity: protecting the right to use your name after selling a personal name trademark", *Cardozo Arts & Entertainment Journal*, 31 (2013), pp. 893-924

A questo proposito, in un libro datato 1996³³⁴, Julius C.S. Pinckaers aveva suggerito la creazione di un nuovo generale “*Right of Persona*” (diritto della persona) che prendesse il posto del *Right of Publicity* in U.S. e dei vari diritti d’immagine esistenti in Europa. Pinckaers categorizzava tale diritto come una proprietà intellettuale simile ai copyright, diretta a proteggere tutti gli aspetti commerciali di una persona.

Anche Tatiana Synodinou, in un più recente articolo del 2014, aveva proposto la creazione di un diritto patrimoniale all’uso della propria immagine pan-Europeo³³⁵. A suo avviso, prendendo come modello la legge sul copyright (Synodinou, 2014, p. 191), si poteva costruire una cornice legale armonizzata destinata a regolare i contratti d’immagine³³⁶.

Entrambe le proposte sono sicuramente interessanti, la creazione di una nuova categoria legislativamente istituita permetterebbe di attuare questo passo e separare gli interessi economici all’uso della propria immagine una volta per tutte.

In fin dei conti negli Stati Uniti, seppure tra le differenze statali, il “*Right of Publicity*” a tutela di interessi commerciali ha ormai preso forma, mentre in Europa tutti gli Stati si stanno muovendo verso un’armonizzazione e riconoscimento dei diritti d’immagine di atleti e celebrità.

Inoltre tale previsione non significa che i diritti d’immagine di una persona prevalgano sempre in ogni circostanza. Chiaramente, come qualsiasi altra proprietà intellettuale, questi troveranno limitazioni date da altri diritti all’interesse pubblico come: le libertà di parola, di stampa e di informazione. In tutti i Paesi studiati, queste libertà sono il principale limite allo sfruttamento dei *publicity rights*, come è giusto che sia.

³³⁴ Julius C.S. Pinckaers *From Privacy Toward A New Intellectual Prop Right in Persona* (Information Law Series Set), Kluwer Law International (1996)

³³⁵ T. Synodinou, *Image Right and Copyright Law in Europe: Divergences and Convergences. Laws*, 3, 181-207. (2014)

³³⁶ “*building a harmonized regulatory framework governing image contracts*” Synodinou, T. *Image Right and Copyright Law in Europe: Divergences and Convergences. Laws*, 3, 181-207. (2014) p. 198.

Creare un nuovo diritto d'immagine, indipendentemente da come lo si voglia chiamare, significherebbe dare alle corti una base giuridica ulteriore per attuare il necessario bilanciamento tra i due interessi contrapposti. In questo modo tale attività sarebbe solamente facilitata: infatti da un lato le corti avrebbero una chiara libertà d'espressione a tutela dell'interesse pubblico, e dall'altro un ben definito diritto d'immagine volto a tutelare gli interessi commerciali della persona chiamata in causa.

Per usi a scopo puramente informativo, o per scopi di parodia, l'uso delle immagini di celebrità continuerebbe ad esser apertamente consentito.

I rimedi principali a tutela di questi nuovi diritti d'immagine sarebbero poi gli stessi previsti per le altre proprietà intellettuali, nonché quelli applicati finora dalle corti, ossia: a) un risarcimento danni, possibilmente tenendo in considerazione il valore dell'immagine della celebrità nel mercato, con l'obiettivo di creare un endorsement agreement fittizio, come già visto in alcuni casi passati³³⁷; b) provvedimento inibitorio, quello che forse è il rimedio preferito dalle celebrità perché permette di prevenire il danno invece che ricevere una compensazione solamente una volta che questo è già avvenuto.

Seppure queste proposte sono sicuramente interessanti, bisogna considerare che i casi riguardanti i *publicity rights* sia in America che in Europa sono un numero tutto sommato ridotto. Le decisioni di condanna univoche delle corti negli ultimi decenni, unite ad una consapevolezza da parte dei brand di non poter usufruire dell'immagine delle star senza pagarle caramente, ha fatto sì che i casi portati davanti ai tribunali siano sostanzialmente limitati e che le celebrità possano tranquillamente quasi sempre monetizzare della propria immagine attraverso gli endorsements.

E questo si collega alla considerazione finale sul secondo oggetto di studio del nostro viaggio: gli endorsement agreements. Non si dubita che il

³³⁷ Vedi *Irvine v. Talksport Ltd* e *Dalla v. Autovox*

mercato delle celebrità continuerà a rivelarsi un successo commerciale, soprattutto quando gli endorser sono atleti vincenti di fama mondiale. Al massimo con lo sviluppo dei social network cambieranno i mezzi, ma ci saranno sempre un vasto numero di endorsements là fuori pronti per essere negoziati e redatti da artisti, per lo meno negli Stati Uniti.

Ecco, la differenza più grande forse sta proprio qui. Con riferimento in particolare ai calciatori, in Europa la situazione è diversa e gli agenti sono meno interessati a siglare endorsements per i propri atleti, concentrandosi più che altro nel trovarli squadra. Di conseguenza, in Europa ci sono anche meno artisti capaci di negoziare e stilare questi contratti.

Le star europee firmano endorsement sportivi per cifre inferiori rispetto ai loro colleghi americani, soprattutto se paragonati alle star dell'NBA, che è lo sport americano più internazionale. Tutto ciò è senza dubbio un vantaggio per i grandi brand sportivi come Adidas, Nike o Puma, e di conseguenza una possibilità per le agenzie americane di entrare nel mondo del calcio europeo. Dopo tutto, anche Jorge Mendes e la sua Gestifute hanno creato una joint venture con CAA, una delle più importanti agenzie americane, per affidargli la gestione degli endorsement delle proprie star.

Una comparazione tra il mercato degli endorsement di atleti in America, in Europa e nel resto del mondo, sarà l'oggetto della mia prossima ricerca e del nuovo portale che aprirò per accompagnarvi in un nuovo viaggio di approfondimento alla scoperta della sponsorizzazione degli atleti nel mondo.

Bibliografia

Arrow Kenneth, Mnookin Robert H., Ross Lee, Tversky Amos and Wilson Robert B., “*Barriers to Conflict Resolution*”, W.W. Norton (1995).

Badenhausen Kurt, “*Sports' First Billion-Dollar Man*”, Forbes, 29 Settembre 2009.

Barber C. Ryan, “*Who Got Those Social 'Influencer' Letters From the FTC? Read the Full List.*” The National Law Journal, 5 Maggio 2017.

Barnett S., “*The right to one`s own image: publicity and privacy rights in the United States and Spain*”, American Journal of Comparative Law, 47 (1999).

Barry B, Fulmer I.S. and Van Kleef G.A. “*I laughed, I cried, I settled*” in Gelfand M.J. and Brett J.M. “*The Handbook of Negotiation and Culture*” (2004).

Bergmann Susanne, “*Publicity rights in the U.S. and in Germany: A comparative analysis*”, 19 Loy. L.A. Ent. L.J. 479, 480 (1999).

Blackshaw Ian S., Siekmann Robert C. R., “*Sports Image Rights in Europe*”, T.M.C. Asser Press (2005).

Bryniczka Peter M., “*Irvine v. Talksport Ltd.: Snatching victory from the jaws of defeat—English law now offers better protection of celebrities' rights*”, 11 Sports Law. J. 171, 193 (2004).

Cantero, I., et al. “*Exploiting Publicity Rights in the EU*”, Zurich. (2010).

Cardonsky Lauren B., “*Towards a meaningful right of privacy in the United Kingdom*”, 20 B.U. Int'l L.J. 393, 404 (2002).

Carfagna Peter A., “*Representing the Professional Athlete*”, 2013 (2nd edition), West Academic Press.

Carfagna Peter A. “*Negotiating and Drafting Sports Venue Agreements*”, LEG Inc. (dba West Academic Publishing) (2016 - 2nd edition).

Carfagna Peter A. “*Sports and the Law: examining the legal evolution of America' Three Major Leagues*” (2017 - 3rd Edition).

Chave Chris, “*What is Rule 40? The IOC's rule on non-Olympic sponsors, explained*” Sports Illustrated, 25 Giugno 2016.

Chen Yuyu “*WTF is the Olympics' Rule 40?*”, Digiday, 26 Luglio 2016.

Clear Marie “*Falling into the gap: The European Union's Data Protection Act and its impact on U.S. law and commerce*”, 18 J. Marshall J. Computer & Info. L. 981, 985 (2000).

Creswell J., “*Nothing Sells Like Celebrity*”, New York Times, 22 Giugno 2008.

Cuesta Miguel and Sanchez Jonathan, “*La Clave Mendes*”, La Esfera De Los Libros S.L. (2015).

Cunningham, N. and Bright, L “*The Tweet Is in Your Court: Measuring Attitude Towards Athlete Endorsements in Social Media*”, International Journal Of Integrated Marketing Communications (2012).

David A. Lax, James K. Sebenius, “*The Manager as Negotiator: Bargaining for Cooperation and Competitive Gain*”, NY: Free Press (1986).

Elberse A., J. Verleun “*The Economic Value of Celebrity Endorsements*”, Journal of Advertising Research, June 2012.

Fedtke Jörg et al., “*Concerns and ideas about the developing English law of privacy (and how knowledge of foreign law might be of help)*”, 52 Am. J. Comp. L. 133, 152-153 (2004).

Ferrari Luca, Riberti Stella “*Comparing how image rights laws apply to sport in the US, UK and Europe*” LawInSport, 22 December 2015.

Grady J., “*Analyzing Rule 40’s Restrictions on Using Athletes in Olympic Sponsorship at Rio 2016*”, The Entertainment and Sports Law Journal, 15(1), 1. (2017).

Green Mark Anthony “*Meet Maverick Carter, the Man Behind LeBron’s Billion-Dollar Nike Deal*”, GQ 17 Maggio 2016.

Harwell Drew, “*Sneaker wars: How basketball shoes became a billion-dollar business*” The Washington Post, 17 Marzo 2015.

Hayley Stallard, “*The Right of Publicity in the United Kingdom*”, 18 Loy. L.A. Ent. L.J. (1998).

Helling Anna E., “*Protection of “persona” in the EU and in the US: a comparative analysis*” (LLM thesis and essays) University of Georgia Law (2005).

Herbert C, Kelman “PROCESSES OF OPINION CHANGE” *Public Opinion Quarterly*, Volume 25, Issue 1, 1 January 1961.

Hernandez Requejo William, “*Global Negotiations the New Rules*”, St. Martin's Press (2008).

Hung, K. “*Why Celebrity Sells: A Dual Entertainment Path Model of Brand Endorsement*”, *Journal of Advertising* (2014).

Jackson Traci S., “*How far is too far? The extension of the Right of Publicity to a form of Intellectual Property comparable to trademark/Copyright*”, 6 *Tul. J. Tech. & Intell. Prop.* 181, 184 (2004).

Johnston James L., “*United States: Rule 40 Advertising Guidelines Return For The 2018 Winter Olympics, Creating Headaches And Challenges For Winter Olympians And Their Sponsors*”, *Monaq*, 13 Giugno 2017.

Klink Jan, “*50 Years of Publicity rights in the United States and the never ending hassle with Intellectual Property and Personality rights in Europe*, 4 *I.P.Q.* 363, 385 (2003).

Knowledge@Wharton Partners, “*Social Media Endorsements: Where Will Marketers Draw the Line?*”, Knowledge@Wharton, 23 Maggio 2017.

Lax David A., Sebenius James, “*3-D Negotiation: Playing the Whole Game*”, *Harvard Business Review* (2003).

Logeais Elisabeth, Schroeder Jean-Baptiste, “*The French right of image: An ambiguous concept protecting the human persona*”, 18 Loy. L.A. Ent. L.J. (1998).

Louie T.A., Kulik R.L., Jacobson R., “*When bad things happen to the endorsers of good products*”, Marketing Letters 12, 1 (2001).

Mandell Brian S., “*Unnecessary Toughness: Hard Bargaining as an Extreme Sport*” in Mnookin & Susskind (eds.) “*Negotiating on Behalf of Others*”, Sage (1999).

Mandell Nina, “*LeBron's mega deal with Nike is worth more than \$1 billion, says Maverick Carter*” USA Today, 17 Maggio 2016.

Martuccelli Silvio, “*An up-and-coming Right – The Right of Publicity: Its birth in Italy and its consideration in the United States*”, 4 Ent. L. Rev. 109, 112 (1993).

Martuccelli Silvio, “*Symposium: International Rights of Publicity, The Right of Publicity under Italian Civil Law*”, 18 Loy. L.A. Ent. L.J. 543, 545 (1998).

Maxeiner James R., “*Symposium: Data protection law and the European Union's directive: the challenge for the United State*”, , 80 Iowa L. Rev. 619, 633 (1995).

McCann Michael, “*O'Bannon expands NCAA lawsuit*”, Sports Illustrated, 1 Settembre 2012

McCann Michael, “*In denying O'Bannon case, Supreme Court leaves future of amateurism in limbo*”, Sports Illustrated, 3 Ottobre 2016

McCarthy Caroline, “*The New Face of Celebrity Endorsement*”, Think with Google, Dicembre 2011.

McCormack Mark, “*On Negotiating*” Century (1995).

Mittal Raman, “*Licensing Intellectual Property: Law & Management*”, Satyam Law International (2011).

Mnookin Robert H., Peppett Scott R., Tulumello Andrew S., “*Beyond Winning, Negotiating to create value in deals and disputes*”, Belknap Press (2004).

Montalvo F., “*Refashioning the right of publicity: protecting the right to use your name after selling a personal name trademark*”, Cardozo Arts & Entertainment Journal, 31 (2013).

Moskalenko Kateryna, “*The Right of Publicity in the USA, the EU, and Ukraine*”, International Comparative Jurisprudence, Volume 1, Issue 2, 113-120, Dicembre 2015.

Mourant Ozannes: Offshore Law Firm, “*Innovative new image rights legislation in Guernsey*” (2011).

NCAA Academic and Membership Affairs Staff, “*NCAA Division I Manual*” (2017).

Neumeyer Vicky Gerl, “*The Right of Publicity and its descendibility*”, 7 U. Miami Ent. & Sports L. Rev. 287, 289-300 (1990).

Nick Butler, “*German competition authorities challenge DOSB over Rule 40 marketing restrictions*” Inside The Games, 28 Ottobre 2017.

Oluwafunmito Jatto, “*Consumer Attitude towards Celebrity Endorsements on Social Media*”, DBS School: School of Business (2014).

Opendorse, “*The History of Athlete Endorsements: Part One*”, Opendorse, (2013).

Opendorse, “*The History of Athlete Endorsements: Part Two*”, Opendorse, 25 Novembre 2013.

Oppenoorth Fritz, “*Facets of Dutch Portrait Law*”, 28 Copyrightworld 38, 39 (1993).

Pinckaers Julius C.S., “*From Privacy Toward A New Intellectual Prop Right in Persona (Information Law Series Set)*”, Kluwer Law International (1996).

Practical Law Commercial Transactions, “*Celebrity Endorsement Agreement*”, USA (National/Federal), (Maintained).

Practical Law, “*Drafting With the Stars: Celebrity Endorsement Agreements*”, USA (National/Federal), 31 October 2016.

Prosser William “*Privacy*” 48 Cal. L. Rev. 383, 389 (1960).

Quinn Ryan, “*With 'Rule 40,' Greedy IOC Shows It Cares More About Its Sponsors Than Olympic Athletes*”, SBNATION, 1 Agosto 2012.

R. H. Mnookin & L. E. Susskind (Eds.) “*Negotiating on behalf of others: Advice to lawyers, business executives, sports agents, diplomats, politicians,*

and everybody else” Sage Series on Negotiation and Dispute Resolution (1999).

Rajesh Kumar, “*Culture and Emotions in Intercultural Negotiations*” in Gelfand Michele J. and Brett Jeanette M. “*The Handbook of Negotiation and Culture*” (2004).

Reiter Eric H., “*Personality and patrimony: Comparative perspectives on the right to one’s image*”, 76 Tul. L. Rev. (2002).

Rubin, J. Z. and Sander, F. E. A., “*When Should We Use Agents? Direct vs. Representative Negotiation*”, *Negotiation Journal*, 4: 395–401 (1988).

Salacuse Jeswald, “*Law and Power in Agency Relationships*,” in Mnookin & Susskind (eds.) “*Negotiating on Behalf of Others*”, Sage (1999).

Savare, M., “*Image is everything*”, *Intellectual Property Magazine*, March (2013).

Smith C., “*Here’s Why Instagram Demographics Are So Attractive to Brands*” *Business Insider*, (2014).

Solazzi Giovanni, “*Dear Sports Agents, don’t be scared, call your athletes and surf the big wave of social network with them*”, *Sports Agents Blog*, 16 Novembre 2017.

Spaziante M. “*Diritti d’immagine Napoli, il tormentone dell’estate frutta solo 300mila euro*” *Calcio e Finanza*, 16 Dicembre 2015.

SportBusiness International team “*German cartel office claims win in IOC marketing rules challenge*” *Sport Business*, 22 Dicembre 2017.

Steuer, G. and Lawson, K. “*Twitter as a Way for Celebrities to Communicate with Fans: Implications for the Study of Parasocial Interaction*”, *North American Journal of Psychology* 80 (2013).

Struck Peter T., “*Greatest of All Time: Lifestyles of the rich and famous Roman athletes*” *Lapham’s Quarterly*, 2 Agosto 2010.

Synodinou T., “Image Right and Copyright Law in Europe: Divergences and Convergences”, *Laws*, 3, 181-207. (2014).

The data Team, “*Celebrities’ endorsement earnings on social media*”, *The Economist*, 17 Ottobre 2016.

Thompson L., Neale M. and Sinaceur M., “*The Evolution of Cognition and Biases in Negotiation Research: An Examination of Cognition, Social Perception, Motivation and Emotion*” in Gelfand Michele J. and Brett Jeanette M. “*The Handbook of Negotiation and Culture*” (2004).

Thorpe David, “*Athlete Product Endorsement As a False and Thereby Unreasonable Partial Restraint of Trade*”, *Macquarie Journal of Business Law*, 9, 181-191 (2012).

Torre Pablo S., “*How (and Why) Athletes Go Broke*”, *Sports Illustrated*, 23 Marzo 2009.

Ury William L., Fisher Roger, Patton Bruce “*Getting to Yes*”, Penguin Books 2011 (Upd Rev edition).

Warren Samuel, Brandeis Luois, “*The Right to Privacy*”, *Harvard Law Review*, 15 Dicembre 1890.

Welser M., “*Right of Publicity in 21 jurisdictions worldwide – Germany*”
Law Business Research Ltd (2014).

Welty Matty “*The NFL's Cleat Policy Is Garbage*”, Complex Sneakers, 2
Dicembre 2016.

Wheeler Michael, “*First, Let’s Kill All the Agents!*” in Mnookin & Susskind
(eds.) “*Negotiating on Behalf of Others*”, Sage (1999).