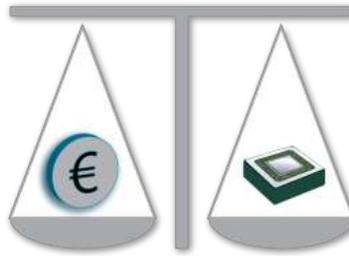


dimt.it



# QUADERNI DI DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA



**Numero 1  
Anno III  
Gennaio/Marzo 2013**

CON CONTRIBUTI DI:

Alessio Baldi, Valeria Falce, Monica La Pietra, Francesca Orazi,  
Maria Cecilia Paglietti, Giulia Pietropaoli, Annalisa Pistilli,  
Giuseppe Rizzo.

ISSN (Online edition): 2239-7442

***Videoregistrazione da remoto: riproduzione privata ad uso personale o utilizzo commerciale di un contenuto protetto?  
Nota alla sentenza n. 2157/2012 del TAR del Lazio.***

di  
**Giulia Pietropaoli**

**Abstract:** La necessità di riconoscere ai sistemi di videoregistrazione da remoto pari dignità rispetto ai sistemi di videoregistrazione tradizionali e, di conseguenza, la possibilità di ricomprenderli nell'ambito dei supporti attraverso i quali i privati possono attualmente beneficiare della disciplina della copia privata, risponde all'esigenza di offrire una pronta risposta all'inarrestabile innovazione tecnologica che informa i sistemi di circolazione e sfruttamento delle opere dell'ingegno. L'interpretazione data dai giudici del TAR Lazio nella sentenza in esame, non tenendo conto della costante evoluzione dei mezzi con cui i contenuti oggetto di diritti di esclusiva possono essere registrati e riprodotti da parte dei singoli utenti, non può pertanto essere ritenuta coerente con le istanze comunitarie di supporto degli sviluppi tecnologici ed economici.

*The necessity to assign equal validity to remote video recording systems compared to traditional video recording systems, and to include them among those mechanisms that allow individuals to actually benefit from the discipline of the private copy, responds to the need to offer a punctual response to the unstoppable technological innovation which informs the systems of circulation and exploitation of creative works. The interpretation offered by the judges of the Lazio Regional Court in the judgment in question, not taking into account the constant evolution of the means by which contents subject to exclusive rights may be recorded and reproduced by individual users, cannot therefore be considered in line with the EU guidelines supporting technological and economic progress.*

**Sommario:** 1. Introduzione; 2. La disciplina della riproduzione privata ad uso personale: la normativa nazionale e comunitaria; 3. Il Decreto MiBAC 30 dicembre 2009 recante la "Determinazione della misura del compenso per copia privata"; 3.1. L'estensione dei criteri di computo del compenso per copia privata ad apparati privi di significative funzioni e capacità di registrazione; 3.2. La determinazione del compenso per copia privata per i dispositivi dotati di *hard disk*; 3.3. L'omessa determinazione del compenso per copia privata per i sistemi di videoregistrazione da remoto; 4. La videoregistrazione da remoto e i servizi c.d. di *Video on Demand (VoD)*; 5. L'articolo 71-septies, comma 1, lettera d) e il parere della Commissione

Europea del 23 febbraio 2009; 6. Il caso “*Cablevision*” e l’orientamento delle Corti Americane; 7. Considerazioni conclusive.

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio  
(Sezione Seconda Quater)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2642 del 2010, proposto da: Soc Fastweb Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Andrea Zoppini, Vincenzo Di Vilio, con domicilio eletto presso Andrea Zoppini in Roma, via G.Nicotera,31;

***contro***

Ministero Per i Beni e Le Attivita' Culturali, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

***nei confronti di***

Siae, rappresentato e difeso dagli avv. Maurizio Mandel, Alessandra Amendola, Mario Siragusa, Stefano Astorri, con domicilio eletto presso Maurizio Mandel in Roma, v.le della Letteratura, 30;

***e con l'intervento di***

ad adiuvandum:

Assotelecomunicazioni, Vodafone, H3g Spa, rappresentati e difesi dall'avv. Mario Libertini, con domicilio eletto presso Mario Libertini in Roma, via Boezio, 14;

ad opponendum:

Anica, rappresentato e difeso dagli avv. Mario Gallavotti, Luigi Medugno, con domicilio eletto presso Mario Gallavotti in Roma, via Po, 9; Imaie, rappresentato e difeso dall'avv. Roberto Marraffa, con domicilio eletto presso Roberto Marraffa in Roma, via Brofferio, 6; Apt, rappresentato e difeso dagli avv. Bruno Della Ragione, Antonino Strano, con domicilio eletto presso Bruno Della Ragione in Roma, via Luigi Settembrini, 30;

***per l'annullamento***

del decreto del Ministero per i Beni e le Attività Culturali 30 dicembre 2009, pubblicato in data 14 gennaio 2010 sul sito web del Ministero e oggetto di comunicato sulla G.U. n. 54 del 6 marzo 2010, recante la "Determinazione della misura del compenso per copia privata",;  
della Relazione illustrativa predisposta per relationem nel decreto e facente parte di quest'ultimo;  
del parere reso dal Comitato consultivo permanente per il diritto di autore in data 15 ottobre 2009;  
del verbale dell'audizione del 10 dicembre 2009, svoltasi presso la sede del Ministero per i beni e le attività culturali;

Visti il ricorso e i relativi allegati;  
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero Per i Beni e Le Attivita' Culturali e di Siae;  
Viste le memorie difensive;  
Visti tutti gli atti della causa;  
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 luglio 2011 il dott. Floriana Rizzetto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;  
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

La società ricorrente premette di essere uno dei maggiori operatori nazionali di telefonia fissa e mobile, operata attraverso una particolare tecnologia di rete che integra telefonia, internet e TV, offrendo un'estesa gamma di servizi di telecomunicazione e fornitura di contenuti audio e video, tra cui sistemi di videoregistrazione da remoto, nonché di offrire, tramite la propria rete di distribuzione alcuni apparecchi elettronici e strumenti di comunicazione funzionali ai predetti servizi (TV, telefoni, personal computer etc.) e di essere, a sua volta, anche acquirente di personal computer utilizzati per la propria struttura, e quindi destinati ad uso esclusivamente professionale.

Essa lamenta di subire un pregiudizio diretto, attuale ed immediato - sia come venditrice sia come acquirente dei prodotti colpiti da equo compenso (personal computer) - dal decreto ministeriale indicato in epigrafe - con il quale viene stabilito il cosiddetto "equo compenso" che deve essere corrisposto agli autori delle stesse opere, tramite la Società Italiana Autori ed Editori (S.I.A.E.) nel caso di riproduzione di opere protette da copyright su supporti audio e video (come le opere cinematografiche ed i brani musicali) effettuata direttamente dall'utente per uso personale, senza alcuna finalità commerciale o a scopo di lucro - e pertanto lo impugna deducendo i seguenti motivi di censura:

1) Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 71 sexies e septies della L. n. 633/41, nonché dell'art. 39 del D.lvo n. 68/2003- Eccesso di potere per

difetto di istruttoria, arbitrarietà, irragionevolezza, disparità di trattamento, illogicità manifesta, sviamento. Violazione della direttiva 2001/29/CE. Violazione del principio del legittimo affidamento (cfr. allegato art. 2 lett. W, X Y).

Con il primo motivo la ricorrente denuncia l'indebita estensione del prelievo per l'equo compenso anche ai cd. prodotti "ibridi", quelli cioè che possono essere utilizzati anche per la registrazione di contenuti diversi da fono-videogrammi (quali dispositivi di telefonia mobile e PC), disposto sulla base dell'erronea convinzione che questi "possono essere qualificati, agli effetti della presente normativa, tanto come apparecchi quanto come supporti" (relazione illustrativa pag. 8), frutto di insufficiente istruttoria e travisamento della normativa di riferimento, sia di fonte comunitaria - che impone invece di tener conto "della peculiarità di ciascun caso" e di escludere le situazioni in cui "il danno per il titolare dei diritti sarebbe minimo" - sia nazionale che presuppone un nesso di collegamento del compenso con la funzionalità di registrazione esclusiva o preminente.. Per le medesime ragioni è illegittimo l'assoggettamento a compenso di apparecchi destinati ad uso professionale.

2) Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 71 sexies e septies della L. n. 633/41, Eccesso di potere per difetto di istruttoria, arbitrarietà, irragionevolezza, disparità di trattamento, illogicità manifesta, contraddittorietà, sviamento. Violazione dei principi di buona fede e legittimo affidamento; Violazione della direttiva 2001/29/CE (cfr. allegato art. 2 lett. N, N-BIS, S, V, X, ART. 3).

La ricorrente contesta i criteri di computo dell'equo compenso in quanto questi si discosterebbero dalle prescrizioni della fonte di rango primario.

3) Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 71 sexies e segg. della L. n. 633/41, Eccesso di potere per ingiustizia ed irragionevolezza manifesta, difetto di istruttoria falsità del presupposto.

Il decreto sarebbe illegittimo in quanto estende l'ambito di applicabilità dell'equo compenso - che ha carattere di una prestazione patrimoniale imposta - in assenza di adeguata base normativa in violazione dell'art. 23 Cost.

4) Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 71 septies della L. n. 633/41, Eccesso di potere per difetto di istruttoria, arbitrarietà, irragionevolezza, disparità di trattamento, illogicità manifesta, contraddittorietà, sviamento. Violazione dei principi di buona fede e legittimo affidamento; violazione degli artt. 3 e 97 Cost. violazione del principio di uguaglianza e di buona amministrazione. Violazione della direttiva 2001/29/CE e del principio di libera concorrenza.

Il decreto è illegittimo nella parte in cui ha ommesso di determinare il compenso per sistemi di video registrazione da remoto in tal modo violando apertamente l'art. 71 septies della L. n. 633/41 in vista di una futura, eventuale, apertura di un procedimento di infrazione da parte della

Commissione, meramente prospettata, e comunque non atta a disattendere la portata vincolante e precettiva della norma nazionale. In via subordinata chiede che sia disposto il rinvio pregiudiziale della relativa questione interpretativa alla Corte di Giustizia.

Si è costituito in giudizio il Ministero per i Beni e le Attività Culturali che ha puntualmente replicato sulle censure svolte e ha chiesto il rigetto del ricorso per infondatezza.

Si è costituita in giudizio anche la S.I.A.E. che dopo aver puntualmente replicato sulle censure proposte, ha chiesto il rigetto del ricorso per infondatezza.

L'Associazione Nazionale Industrie Cinematografiche Audiovisive e Multimediale - A.N.I.C.A. - ha proposto intervento ad opponendum e ricorso incidentale avverso il decreto impugnato nella parte in cui ha pregiudicato i propri interessi essendo stata ridotta l'entità dell'equo compenso - determinato "in una cifra meramente simbolica e ancora una volta al di sotto dei minimi individuati dagli altri paesi di area euro" - rispetto a quello elaborato dalla Commissione speciale incaricata dell'istruttoria senza che il Ministero abbia fornito un'adeguata motivazione sul punto.

Sono intervenute ad opponendum anche l'IMAIE e l'A.P.T. (Associazione produttori televisivi) chiedendo la reiezione del ricorso, lamentando che il compenso, nella misura in contestazione, non pone rimedio in modo effettivo ed adeguato alla perdita economica subita da autori e produttori in conseguenza del sacrificio di esclusività del diritto di riproduzione.

In prossimità dell'udienza di discussione tutte le parti hanno depositato memorie e memorie di replica insistendo nelle già precisate conclusioni.

All'udienza pubblica del 12 luglio 2011 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

## DIRITTO

Preliminarmente ritiene il Collegio di dover esaminare le eccezioni di rito e, prima fra tutte, l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, formulata dalla SIAE e dall'ANICA nelle proprie memorie.

L'eccezione è stata sollevata in relazione a due profili: in primo luogo perché il provvedimento impugnato costituisce espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile unicamente per manifesta illogicità, di insufficiente motivazione o di errori fattuali, mentre tali censure non sarebbero state prospettate e comunque non sarebbero accoglibili; in secondo luogo perché il ricorso, ancorché costruito come impugnazione del provvedimento ministeriale mira in realtà ad ottenere una pronuncia di accertamento della insussistenza del diritto al compenso, pronuncia di competenza del giudice ordinario.

Essa è infondata con riferimento ad entrambe le prospettazioni.

Per quanto attiene al primo profilo, concernente i limiti entro i quali il giudice amministrativo può sindacare la discrezionalità tecnica ( e dunque un'ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione), osserva il Collegio che giurisprudenza amministrativa afferma che la discrezionalità tecnica è sindacabile in sede di legittimità nei limiti del corretto esercizio dei poteri affidati all'Amministrazione sotto il profilo della completezza dell'istruttoria, della sussistenza dei presupposti del provvedere, dell'osservanza di criteri di proporzionalità e ragionevolezza, ovvero quando risulti che il risultato raggiunto dall'Amministrazione, a prescindere dalla sua fisiologica opinabilità, si colloca comunque al di fuori dei quei limiti di naturale elasticità sottesi al concetto giuridico indeterminato che l'Amministrazione è chiamata ad applicare, risultando così, in tutto o in parte inattendibile (Cons. giust. amm. Sicilia, sez. Giurisd., 10 Giugno 2011, n. 418 ).

Nel caso in esame, sono state appunto denunciate nel ricorso vizi di istruttoria, di illogicità, errori fattuali ed in genere censure di violazione della legge nazionale e di quella comunitaria, che sono perfettamente conoscibili dal giudice amministrativo, in quanto rientranti nell'ambito di cognizione che gli è riservato in sede di giurisdizione di legittimità, senza alcun travalicamento nel merito amministrativo. L'eccezione pertanto, in relazione a questi aspetti, non può essere accolta.

Per ciò che concerne, invece, il secondo profilo, relativo alla eccezione di difetto di giurisdizione a favore del giudice ordinario, osserva il Collegio che l'odierna controversia ha ad oggetto l'impugnativa di un atto amministrativo ad effetti generali, adottato nell'esercizio di un potere discrezionale, ancorché di natura tecnica, con il quale, dando attuazione alla normativa primaria (art. 71 septies della L. 633/41), è stata determinata l'entità del compenso per copia privata per ciascuna delle singole tipologie di apparecchi e supporti per i quali deve essere erogato.

Non si tratta dunque , come vorrebbe la difesa della SIAE, di una controversia tra la SIAE ed un soggetto obbligato avente ad oggetto l'accertamento della sussistenza o meno, in concreto, del diritto soggettivo alla corresponsione del compenso per copia privata, bensì della impugnativa, per motivi di legittimità, del provvedimento, ad effetti generali, che ha determinato tale compenso, il che è sufficiente a radicare la giurisdizione del giudice amministrativo in base all'art. 7 comma 1 del c.p.a...

E' noto che la Suprema Corte di Cassazione è monolitica nell'affermare che ai fini del riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo rileva non tanto la prospettazione compiuta dalle parti, quanto il petitum sostanziale, che va identificato soprattutto in funzione della causa petendi, ossia dell'intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio (ex multis da ultimo Cass. Sez. Unite, 11 ottobre 2011, n. 20902). Nel caso di specie, proprio in applicazione di tale principio, il petitum

sostanziale non può essere identificato appunto nella richiesta di annullamento di un provvedimento amministrativo, e le situazioni soggettive dei ricorrenti non possono che essere qualificate come interessi legittimi.

Sempre in via preliminare, il Collegio ritiene ammissibili gli atti di intervento sia ad adiuvandum che ad opponendum; in particolare in relazione a questi ultimi va rilevato che i soggetti intervenienti dispongono tutti di un evidente interesse contrario all'annullamento dell'atto essendo deputati alla tutela dei diritti dei soggetti che beneficiano del compenso per copia privata ovvero direttamente interessati alla applicazione della disciplina dell'equo compenso (essendo l'IMAIE l'Istituto deputato alla tutela dei diritti degli artisti e degli interpreti esecutori, e dunque dei soggetti che beneficiano del compenso per copia privata, l'ANICA l'associazione confindustriale maggiormente rappresentativa dell'industria cinematografica, che tutela gli interessi degli operatori del settore, e l'A.P.T. l'Associazione che rappresenta i produttori televisivi e che riceve dalla SIAE i compensi per copia privata per ripartirli tra gli aventi diritto).

L'ANICA, in particolare, oltre ad aver proposto l'atto di intervento ad opponendum, ha proposto anche ricorso incidentale avverso il decreto impugnato in via principale dalle odierne ricorrenti, contestando la misura degli importi spettanti a titolo di compenso per la copia privata, in quanto troppo bassa e comunque considerevolmente inferiore rispetto alla proposta della commissione speciale istituita presso il comitato consultivo permanente per il diritto d'autore. L'ANICA tuttavia afferma di avere prioritariamente interesse a che le nuove tariffe, sia pure drasticamente ridotte, siano comunque immediatamente applicate.

Deve ritenersi pertanto che il ricorso incidentale in esame sia stato proposto espressamente in via subordinata all'ipotesi di eventuale accoglimento del ricorso principale, per cui il suo esame può essere rimandato all'esito di quest'ultimo.

Superate le questioni preliminari è possibile passare ad esaminare le questioni di merito.

Va esaminato prioritariamente il terzo motivo di gravame.

Secondo la ricorrente con il decreto impugnato, il Ministero estendendo illegittimamente l'applicazione della disciplina dell'equo compenso in maniera generalizzata e del tutto sganciata dal presupposto stesso di ogni diritto all'indennizzo (e, cioè, la lesione della posizione giuridica del titolare del diritto di riproduzione, nel caso di specie rappresentata dallo sfruttamento della facoltà di copia privata), avrebbe distorto la nozione di equo compenso sino a farle assumere la natura di prestazione patrimoniale imposta coattivamente con conseguente violazione della riserva di legge di cui all'art. 23 Cost. non essendo tali categorie riconducibili all'ambito di applicazione dell'art. 71 septies.

Sostiene di contro la SIAE nella sua memoria che l'importo dovuto ai sensi dell'art. 71 septies deve invece essere qualificato come mera prestazione sinallagmatica, posto che esso non sarebbe altro che la corresponsione agli aventi diritto di una quota astrattamente remuneratoria della possibilità di utilizzo (mediante l'effettuazione di registrazioni, sia pure mediante copia privata) di opere tutelate dalla legge sul diritto di autore. Non si applicherebbe quindi l'art. 23 Cost. ovvero, quand'anche volesse ritenersi applicabile al caso di specie la riserva di legge prevista per le prestazioni patrimoniali imposte, essendo essa una riserva relativa, non vi sarebbe comunque violazione del citato art. 23 Cost.

La doglianza non è fondata.

La nozione di "prestazione patrimoniale imposta" di cui all'art. 23 Cost. è stata interpretata dalla giurisprudenza costituzionale in senso ampio estendendola anche alle prestazioni di natura non tributaria e aventi funzione di corrispettivo, quando, per i caratteri e il regime giuridico dell'attività resa, sia pure su richiesta del privato, a fronte della prestazione patrimoniale, è apparso prevalente l'elemento dell'imposizione legale (cfr. ad es. sentenze n. 55 del 1963, , n. 127 del 1988, n. 236 del 1994, n. 215 del 1998 e da ultimo C.Cost. 435 del 2001; nonché n. 72 del 1969 con riferimento alle tariffe telefoniche, all'epoca gestite in forma monopolistica, e attinenti ad un servizio pubblico essenziale, nel senso che il fatto che il servizio fosse richiesto dal privato non impedisce di affermare il carattere "imposto" del corrispettivo; C.Cost. 2 febbraio 1988, n. 127 che riconosce tale natura anche al pagamento del diritto di approdo da parte dell'utente di beni del demanio marittimo, nonché, C.ost. 10 giugno 1994, n. 236 al canone dovuto per l'estrazione di materiale sabbioso dal greto dei fiumi imposto autoritativamente per la fruizione di un bene pubblico; Corte Costituzionale, 19 giugno 1998, n. 215 in relazione alle tariffe che vengono inserite di diritto nei contratti di assicurazione obbligatoria per la responsabilità civile per la circolazione dei veicoli, tenuto conto che la determinazione da parte del C.I.P delle tariffe medesime costituisce atto formale autoritativo incidente sull'autonomia privata dell'utente, in riferimento ad un negozio -contratto di assicurazione - obbligatorio ex lege per il soddisfacimento di un rilevante bisogno di vita, qual è la libertà di circolazione mediante l'utilizzazione di veicoli; ed infine C.cost. 28 dicembre 2001, n. 435, relativamente alle tariffe dei c.d. diritti sanitari dovuti alle aziende sanitarie per le prestazioni effettuate per conto e nell'interesse di terzi richiedenti, specificando che quel che rileva, al fine di ritenere la prestazione in esame "imposta", non è il carattere di "servizio essenziale" ai bisogni della vita della prestazione patrimoniale quanto piuttosto di "imposizione legale" della prestazione, ancorché in funzione corrispettiva di altra controprestazione. Per converso, la Corte costituzionale con sentenza 29 gennaio 2005, n. 66 ha invece escluso che potesse qualificarsi come tale prestazione patrimoniale il pagamento di

una tariffa per la sosta del veicolo imposta da parte dell'ente proprietario della strada, trattandosi piuttosto di mero corrispettivo per l'utilizzazione particolare della strada commisurato ai tempi e ai luoghi della sosta, rimessa ad una scelta dell'utente non priva di alternative). In tal modo la nozione è stata estesa oltre i casi in cui la fonte della prestazione è di tipo autoritativo, anche ai casi in cui sussistano profili autoritativi nella regolamentazione delle contrapposte prestazioni ed, in particolare, quando il corrispettivo è fissato unilateralmente dall'ente pubblico e il privato può solo decidere se richiedere o meno la prestazione ma non può ricorrere al libero mercato per soddisfare in modo diverso la sua esigenza, intendendo come prestazione imposta quella in cui l'unico modo che ha il privato per sottrarsi è di rinunciare alla controprestazione da lui desiderata.

Sostiene la SIAE che se è vero che la Corte costituzionale ha effettivamente ampliato la nozione di prestazione patrimoniale imposta, lo ha fatto però solo in fattispecie nelle quali il profilo dell'imposizione legale si rivelava prevalente rispetto alla funzione di corrispettivo su base sinallagmatica, circostanza che non si ravviserebbe nel caso di specie. A questo proposito, la SIAE ha richiamato la citata sentenza Corte Costituzionale n. 435/2001, concernente le tariffe dei c.d. diritti sanitari dovuti alle aziende sanitarie sopracitata.

Osserva tuttavia il Collegio che proprio la lettura di tale sentenza offre invece spunti in senso contrario a quanto sostenuto dalla SIAE in quanto tale compenso, pur avendo una funzione sinallagmatica per lo svolgimento di una prestazione dell'azienda sanitaria, non si configura quale corrispettivo stabilito (e sia pure prestabilito) sulla base di una contrattazione tra l'azienda e il terzo richiedente, il quale liberamente si avvalga, in regime di mercato, di un servizio da quella reso; ma trova il suo fondamento in una imposizione legale, che grava sui terzi interessati all'attività dell'Amministrazione prevista per legge ai fini del compimento di atti che li riguardano, e che perciò viene da essi richiesta- (cfr. le ipotesi di cui alle sentenze n. 507 del 1988, n. 90 del 1994, n. 180 del 1996).

Così ricostruito il quadro della giurisprudenza costituzionale, dunque, non può che giungersi alla conclusione che il pagamento dell'equo compenso per copia privata, pur avendo una chiara funzione sinallagmatica e indennitaria dell'utilizzo (quanto meno potenziale) di opere tutelate dal diritto di autore, deve farsi rientrare nel novero delle prestazioni imposte, giacché la determinazione sia dell'an che del quantum è effettuata in via autoritativa e non vi è alcuna possibilità per i soggetti obbligati di sottrarsi al pagamento di tale prestazione fruendo di altre alternative. In questo senso, dunque, il profilo della imposizione è - per usare le parole della Corte - "prevalente".

Tuttavia, come più volte affermato dalla giurisprudenza costituzionale, e riconosciuto dalle stesse ricorrenti, il principio costituzionale in discorso non pone una riserva di legge assoluta, ma relativa, limitandosi a porre al

legislatore l'obbligo di determinare preventivamente sufficienti criteri direttivi di base e linee generali di disciplina della discrezionalità amministrativa (cfr.: C. Cost., 26.10.2007 n. 350, n. 190 del 2007; n. 125 e n. 105 del 2005; n. 323 e n. 7 del 2001; n. 157 del 1996; n. 507 del 1988); pertanto, il principio non esige che la prestazione sia imposta "per legge", ma "in base alla legge", cosicché è anche ammissibile il rinvio a provvedimenti amministrativi diretti a determinare elementi o presupposti della prestazione, purché risultino assicurate, mediante previsione di adeguati parametri, le garanzie in grado di escludere un uso arbitrario della discrezionalità amministrativa (cfr.: Cass. civ., 18.10.2006 n. 22322). In particolare, la Corte Costituzionale ha avuto modo di precisare ripetutamente che la riserva di legge di cui all'art. 23 della Costituzione è soddisfatta purché la legge (anche regionale: sentenze n. 64 del 1965, n. 148 del 1979, n. 180 del 1996, n. 269 del 1997) stabilisca gli elementi fondamentali dell'imposizione, anche se demanda a fonti secondarie o al potere dell'Amministrazione la specificazione e l'integrazione di tale disciplina.

E' dunque sufficiente, per rispettare la riserva di legge, che idonei criteri e limiti, di natura oggettiva o tecnica, atti a vincolare la determinazione quantitativa dell'imposizione, si desumano dall'insieme della disciplina considerata (cfr. sentenze C.Cost. n. 72 del 1969, n. 507 del 1988, 435 del 2001).

A ciò si aggiunga che - sempre secondo la Corte costituzionale - un ulteriore elemento garantistico al fine di delimitare la discrezionalità della p.a. e di escludere la violazione dell'art. 23 Cost. è costituito dalla previsione di un modulo procedimentale (Corte costituzionale, 19 giugno 1998 , n. 215).

A questo proposito va rilevato che l'art. 71 septies comma 2 ha appunto previsto un articolato procedimento di approvazione del decreto ministeriale che deve determinare il compenso per copia privata, che prevede: il parere del comitato consultivo permanente sul diritto di autore di cui all'articolo 190 e la consultazione delle associazioni di categoria maggiormente rappresentative dei produttori degli apparecchi e dei supporti di cui al comma 1.

Tanto premesso, occorre verificare se gli artt. 71 sexties e sss. della L. 633/1941 contengano delle indicazioni sufficientemente stringenti per poter ritenere rispettato l'art. 23 Cost.

Al riguardo va in primo luogo rilevato che gli artt. 71 sexies, septies e octies della L. n. 633/41, come novellati dal D.Lgs. n. 68/03, disciplinano compiutamente la materia, consentendo la riproduzione privata di fonogrammi e videogrammi su qualsiasi apparecchio o supporto effettuato da una persona fisica per uso personale e senza scopo di lucro, e prevedendo - come contropartita - l'erogazione di un compenso diretto ad indennizzare il titolare del diritto di autore da parte di coloro i quali

fabbricano o importano nel territorio dello Stato gli apparecchi o i supporti per trarne profitto. In sostanza, dunque, tutta la disciplina della materia è contenuta nel testo di legge. Infatti, la legge stessa indica la nozione di riproduzione privata per uso personale che dà diritto all'erogazione del compenso, l'identificazione dei soggetti beneficiari del compenso e di quelli tenuti al pagamento, l'indicazione degli apparecchi e dei supporti per i quali è dovuto il compenso, la distinzione tra apparecchi esclusivamente destinati alla riproduzione e tra quelli cosiddetti polifunzionali ed il diverso criterio per la quantificazione del compenso, la distinzione tra i diversi tipi di supporti, distinguendo ai fini della commisurazione del compenso tra supporti analogici, digitali, memorie fisse o trasferibili.

In particolare, con riferimento alla nozione di apparecchio polifunzionale, osserva il Collegio che l'art. 71 septies, al comma 1, sia pure indirettamente, contiene una definizione degli apparecchi polifunzionali, poiché in primo luogo li distingue da quelli esclusivamente destinati alla registrazione analogica o digitale di fonogrammi o videogrammi, evidentemente per il fatto di avere anche ulteriori funzioni oltre a queste; inoltre, la norma fa riferimento all'esistenza, nell'apparecchio polifunzionale, di una componente interna destinata alla registrazione.

La definizione che si trae dall'art. 71 septies degli apparecchi polifunzionali è dunque ampia ma precisa: si tratta di apparecchi che pur non essendo destinati in modo esclusivo alla registrazione analogica o digitale di fonogrammi o videogrammi, tuttavia hanno al loro interno una componente destinata alla registrazione che gli consente di svolgere anche questa funzione.

L'art. 71 septies, inoltre, nella determinazione dell'entità del compenso per copia privata, tiene conto della possibilità che negli apparecchi polifunzionali la funzione di registrazione possa avere diversa rilevanza, tanto che indica come parametro sul quale calcolare il compenso il "prezzo di un apparecchio avente caratteristiche equivalenti a quelle della componente interna destinata alla registrazione". E' evidente, dunque, che il legislatore non abbia in alcun modo voluto escludere dall'ambito di applicazione del compenso per copia privata gli apparecchi polifunzionali nei quali la registrazione ha solo una minima rilevanza, quali i telefoni cellulari, ma ha solo voluto ancorare l'entità del compenso alla effettiva rilevanza della secondaria funzione di registrazione o riproduzione.

Pertanto, la definizione fornita dal decreto impugnato di "apparecchio polifunzionale" non si pone assolutamente in contrasto con l'art. 71 septies, né ne estende indebitamente l'ambito di applicazione, dal momento che non fa altro, in effetti, che esplicitarne il contenuto.

Per le stesse ragioni, non può dirsi in contrasto con la riserva relativa di legge imposta dall'art. 12 Cost. nemmeno l'art. 2 lett. W) del decreto ministeriale impugnato, il quale fissa in 0,90 euro il compenso dovuto per la memoria o l'hard disk integrato in dispositivo avente primario funzione

di comunicazione e dotato di funzione di registrazione e riproduzione multimediale audio o video. Non si tratta dunque, a ben vedere, nemmeno di una forma di integrazione consentita

nell'ambito della riserva di legge relativa di cui all'art. 23 Cost. ma semplicemente della chiarificazione di definizioni già integralmente contenute nel testo normativo, senza nessun apporto

Il terzo motivo di gravame deve essere quindi respinto.

Le considerazioni soprasvolte consentono di meglio inquadrare il primo e secondo motivo di ricorso, in quanto hanno introdotto alcuni elementi essenziali della disciplina nazionale in materia, incentrata su una nozione funzionale e pertanto particolarmente ampia degli apparecchi assoggettabili al compenso in contestazione. Appare utile, tuttavia, a questo punto, aggiungere ulteriori elementi che consentono di comprendere ancor meglio l'effettiva portata di tale previsione normativa.

Come ha rilevato la SIAE nelle note di replica depositate per l'udienza, e sottolineato anche l'Anica nella sua memoria, le rapidissime innovazioni tecnologiche degli ultimi anni (c.d. rivoluzione digitale) hanno profondamente mutato il modo di fruizione della musica, video ecc., rendendo possibile la riproduzione gratuita ad uso privato delle opere dell'ingegno (in particolare, quelle musicali, cinematografiche ed audiovisive), determinando una notevolissima diminuzione dei proventi spettanti ai titolari delle opere dell'ingegno (nell'anno 2011, ad esempio, si è registrata una flessione del 50% nella vendita dei supporti fonografici, cfr. grafico prodotto in giudizio dalla SIAE pag. 3 note di replica depositate per l'udienza).

La crisi del settore ha indotto il Legislatore sia comunitario che nazionale – in sede di recepimento della direttiva – ad adottare le misure necessarie per poter garantire la remunerazione dei titolari delle opere dell'ingegno, imponendo il pagamento di un “equo compenso” per copia privata.

Tale facoltà è, come si è detto, prevista dalla direttiva comunitaria 2001/29, la quale prevede: “Gli Stati membri hanno la facoltà di disporre eccezioni o limitazioni al diritto di riproduzione di cui all'articolo 2 per quanto riguarda: (...) le riproduzioni su qualsiasi supporto effettuate da una persona fisica per uso privato e per fini né direttamente, né indirettamente commerciali a condizione che i titolari dei diritti ricevano un equo compenso che tenga conto dell'applicazione o meno delle misure tecnologiche di cui all'articolo 6 all'opera o agli altri materiali interessati” (art. 5, comma 2, lett. b).

Come chiarito dalla Corte di giustizia con una recente sentenza (III sez. 21 ottobre 2010 Padawan) gli Stati restano liberi di optare o meno per la introduzione di un'eccezione per copia privata, però una volta che essi l'abbiamo fatto, essi devono disciplinarlo in modo armonizzato e coerente con la disciplina comunitaria. La nozione di equo compenso di cui all'art. 5 comma 2 lett. b) della direttiva 2001/29 costituisce infatti, “una nozione

autonoma del diritto dell'Unione, che deve essere interpretata in modo uniforme in tutti gli Stati membri che hanno introdotto l'eccezione per copia privata.”

Tuttavia, la forma, la modalità di finanziamento e di prelievo nonché l'entità di tale compenso è rimessa – come ha affermato sempre la sentenza sopracitata – alla discrezionalità ai singoli Stati membri, nel rispetto dei parametri posti dal legislatore comunitario (nonché dei principi fondamentali dell'ordinamento comunitario ivi compreso l'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che sancisce solennemente la protezione della proprietà intellettuale).

A questo proposito occorre richiamare il 35° considerando della direttiva il quale prevede: “In taluni casi di eccezioni o limitazioni i titolari di diritti dovrebbero ricevere un equo compenso affinché siano adeguatamente indennizzati per l'uso delle loro opere o dei materiali protetti. Nel determinare la forma, le modalità e l'eventuale entità di detto equo compenso si dovrebbe tener conto delle peculiarità di ciascun caso. Nel valutare tali peculiarità, un valido criterio sarebbe quello dell'eventuale pregiudizio subito dai titolari dei diritti e derivante dall'atto in questione. Se i titolari dei diritti hanno già ricevuto un pagamento in altra forma, per esempio nell'ambito di un diritto di licenza, ciò non può comportare un pagamento specifico o a parte. Il livello dell'equo compenso deve tener pienamente conto della misura in cui ci si avvale delle misure tecnologiche di protezione contemplate dalla presente direttiva. In talune situazioni, allorché il danno per il titolare dei diritti sarebbe minimo, non può sussistere alcun obbligo di pagamento.”

Va inoltre tenuto in conto il 38° considerando, secondo il quale: “Si dovrebbe consentire agli Stati membri di prevedere un'eccezione o una limitazione al diritto di riproduzione per taluni tipi di riproduzione di materiale sonoro, visivo e audiovisivo ad uso privato con un equo compenso. Si potrebbe prevedere in questo contesto l'introduzione o il mantenimento di sistemi di remunerazione per indennizzare i titolari dei diritti del pregiudizio subito. (...)”

La sentenza in parola, nell'interpretare tale normativa comunitaria, ha quindi affermato che:

- “l'equo compenso deve essere necessariamente calcolato sulla base del criterio del pregiudizio causato agli autori per effetto dell'introduzione dell'eccezione per copia privata (secondo i Considerando da 35 a 38 il compenso deve “indennizzare adeguatamente” gli autori per l'uso delle loro opere protette effettuato senza autorizzazione);
- “la realizzazione della copia privata da parte di una persona fisica che agisce a titolo privato deve essere considerata come atto idoneo ad arrecare un pregiudizio per il titolare del diritto di autore;”

- il compenso dovrebbe essere pagato da chi arreca il danno, e cioè dal soggetto che realizza, a fini di uso privato, la riproduzione di un'opera protetta senza chiedere l'autorizzazione;
- ciò nonostante, le difficoltà pratiche per individuare gli utenti privati e per obbligarli ad indennizzare i titolari del diritto per il pregiudizio loro arrecato nonché tenuto conto del fatto che il pregiudizio che può derivare da ogni utilizzazione privata, singolarmente considerata, può risultare minimo, consentono agli Stati membri di istituire un prelievo per copia privata a carico di coloro che dispongono di apparecchiature, dispositivi e supporti di riproduzione e che - di diritto o di fatto - mettono tali apparecchiature a disposizione dei soggetti privati ovvero rendono un servizio di riproduzione; secondo la Corte, infatti, la messa a disposizione degli utenti privati di apparecchiature idonee alla riproduzione costituisce la premessa di fatto affinché le persone fisiche possano ottenere copie private; i debitori del finanziamento, d'altro canto, potranno ripercuotere il costo del prelievo sugli utenti privati, perseguendosi in questo modo ugualmente il "giusto equilibrio tra gli interessi degli autori e quelli degli utenti degli oggetti protetti";
- il sistema di finanziamento dell'equo compenso così strutturato si fonda unicamente sul presupposto che le apparecchiature, i dispositivi ed i supporti di riproduzione siano idonei ad essere utilizzati per la realizzazione di copie private potendo, quindi, causare un pregiudizio all'autore dell'opera protetta;
- non è invece necessario accertare che esse abbiano effettivamente realizzato delle copie private e quindi in concreto arrecato il pregiudizio, essendo sufficiente la loro potenzialità di riproduzione, potendo presumersi che le persone fisiche, disponendo di apparecchi idonei alla riproduzione, "ne usufruiscano integralmente, sfruttando tutte le funzioni associate alle apparecchiature e quindi arrecando un pregiudizio agli autori;"
- "la semplice capacità di tali apparecchiature e di tali dispositivi di realizzare copie è sufficiente a giustificare l'applicazione del prelievo per copie private" (il 35° Considerando della direttiva menziona, infatti, come criterio utile alla determinazione dell'equo compenso, quello del "pregiudizio eventuale", che ricorre nella semplice messa a disposizione della persona fisica di apparecchiature idonee alla riproduzione per scopi privati;
- il compenso spetta per gli apparecchi, i dispositivi o i supporti messi a disposizione dei soli utenti privati e destinati ad un uso personale e non professionale.

Svolte queste brevi premesse, è possibile passare ad esaminare le censure di merito contenute nel primo e secondo mezzo di gravame.

Con il primo motivo la ricorrente denuncia l'indebita estensione del prelievo per l'equo compenso anche ai cd. prodotti "ibridi", quelli cioè che

possono essere utilizzati anche per la registrazione di contenuti diversi da fono-videogrammi (quali dispositivi di telefonia mobile e PC), disposto sulla base dell'erronea convinzione che questi "possono essere qualificati, agli effetti della presente normativa, tanto come apparecchi quanto come supporti" (relazione illustrativa pag. 8), frutto di insufficiente istruttoria e travisamento della normativa di riferimento, sia di fonte comunitaria - che impone invece di tener conto "della peculiarità di ciascun caso" e di escludere le situazioni in cui "il danno per il titolare dei diritti sarebbe minimo" - sia nazionale che presuppone un nesso di collegamento del compenso con la funzionalità di registrazione esclusiva o preminente.. Per le medesime ragioni è illegittimo l'assoggettamento a compenso di apparecchi destinati ad uso professionale.

Rileva il Collegio che, come si è già detto a proposito del rispetto della riserva di legge ex art. 23 Cost., l'assoggettamento degli apparecchi polifunzionali - compresi computers e cellulari - al compenso trova il proprio fondamento nella previsione contenuta nell'art. 5.2.b) della direttiva secondo cui sono assoggettate ad equo compenso "le riproduzioni su qualsiasi supporto effettuate da una persona fisica per uso privato e per fini né direttamente, né indirettamente commerciali" e, dunque, su qualunque apparecchio o supporto idoneo alla riproduzione di copie private.

A livello nazionale, l'assoggettamento degli apparecchi polifunzionali al compenso trova il suo fondamento nell'art. 71 septies della L. 633/41 che espressamente prevede tale fattispecie (apparecchi polifunzionali e, cioè, quegli apparecchi che pur non essendo dedicati in modo diretto alla riproduzione di fonogrammi o videogrammi, nondimeno lo consentono).

La Corte di Giustizia - nella sentenza sopra riportata - ha poi chiarito che per l'assoggettamento al compenso non occorre che i dispositivi vengano in concreto utilizzati per la riproduzione delle opere dell'ingegno, essendo sufficiente la loro "possibile utilizzazione", essendo presumibile che le persone fisiche beneficino della messa a disposizione di tutte le funzioni associate alle apparecchiature, ivi comprese quelle di riproduzione. Ne consegue che la semplice capacità di tali apparecchiature o di tali dispositivi di realizzare copie è sufficiente a giustificare l'applicazione del prelievo per copie private, tenuto conto che il 35° Considerando della direttiva menziona quale criterio utile ai fini della determinazione dell'equo compenso, non il pregiudizio in quanto tale, bensì il pregiudizio eventuale. Dal punto di vista dell'autore, quindi, ciò che rileva è la semplice "possibilità" per l'utente finale di visionare le opere diffuse mediante apparecchi elettronici messi a loro disposizione e non l'effettivo accesso dello stesso alle opere (Corte di Giustizia, sent. 7 dicembre 2006, causa C-306/05, SGAE, Racc. pag. I-11519, punti 43 e 44).

Né può rilevare in questo quadro la circostanza, sottolineata dalla ricorrente, che alcuni apparecchi - tra cui quelli telefonici ed i computers -

siano solo in via residuale e marginale utilizzati per la copia e riproduzione di materiali audio-video. Quello che conta, infatti, - come si è detto - per poter prevedere in questi casi il pagamento dell'equo compenso, è unicamente che il dispositivo sia idoneo alla riproduzione di fono e videogrammi, ma non anche che esso sia, in concreto, utilizzato a questi fini.

D'altra parte, nemmeno può ragionevolmente assumersi che la possibilità di visionare le opere diffuse in rete mediante tali apparecchi elettronici sia in grado di arrecare un "danno minimo" ai titolari dei diritti (Considerando 35) tale da non dover essere considerato indennizzabile. La sentenza Padawan (punto 46) ha, infatti, sia pure indirettamente affermato che solo la singola utilizzazione privata, individualmente considerata, potrebbe arrecare un pregiudizio minimo, ma non anche quando il fenomeno sia diffuso o reiterato e si tratti quindi di una pluralità di utilizzazioni private, per le quali si ravvisa appunto la necessità del pagamento di un equo compenso. Pertanto, il citato Considerando 35 della direttiva non consente, come vorrebbe la ricorrente, di escludere dal novero delle ipotesi atte a determinare l'insorge dell'indennizzo per copia privata gli apparecchi polifunzionali in base al loro effettivo utilizzo secondo le preferenze dei consumatori, in quanto quest'ultimo elemento non elimina l'attitudine di tali mezzi ad essere utilizzati a fine di riproduzione di copia privata.

Quanto alla questione del c.d. uso professionale, osserva il Collegio che nella sentenza "Padawan" la Corte di Giustizia ha chiaramente affermato che "è necessario un collegamento tra l'applicazione del prelievo destinato a finanziare l'equo compenso con riguardo alle apparecchiature, ai dispositivi nonché ai supporti di riproduzione digitale ed il presunto uso di questi ultimi a fini di riproduzione privata. Conseguentemente, l'applicazione indiscriminata del prelievo per copie private, segnatamente nei confronti di apparecchiature, dispositivi nonché di supporti di riproduzione digitale non messi a disposizione di utenti privati e manifestamente riservati ad uso diversi dalla realizzazione di copie ad uso privato, non risulta conforme con la direttiva 2001/29".

Secondo la ricorrente il decreto impugnato, non contenendo l'espressa previsione dell'esclusione del compenso nel caso di apparecchi e supporti non destinati all'utenza privata, ma destinati ad uso professionale, sarebbe illegittimo per contrasto con la normativa comunitaria.

La doglianza non può essere condivisa.

L'art. 5, comma 2, della Direttiva stabilisce - con riferimento alle eccezioni o limitazioni al diritto di autore - che "Gli Stati membri hanno la facoltà di disporre eccezioni o limitazioni al diritto di riproduzione di cui all'articolo 2 per quanto riguarda: ....le riproduzioni su qualsiasi supporto effettuate da una persona fisica per uso privato e per fini né direttamente, né indirettamente commerciali a condizione che i titolari dei diritti ricevano un equo compenso che tenga conto dell'applicazione o meno delle misure

tecnologiche di cui all'articolo 6 all'opera o agli altri materiali interessati” (art. 5, comma 2, lett. b).

La direttiva comunitaria n. 2001/09 è stata recepita in sede nazionale con l’emanazione del D.Lgs. 30 aprile 2003 n. 68 che novellato la L. n. 633/41 che disciplina il diritto di autore. Stabilisce l’art. 71-sexies, comma 1, che: “È consentita la riproduzione privata di fonogrammi e videogrammi su qualsiasi supporto, effettuata da una persona fisica per uso esclusivamente personale, purché senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali, nel rispetto delle misure tecnologiche di cui all'articolo 102-quater”.

Dunque, i presupposti normativi in tema di equo compenso sono individuati dal legislatore nei seguenti caratteri: - riproduzione effettuata da una persona fisica; - per un uso privato; - per finalità non direttamente né indirettamente commerciali.

L'applicazione indiscriminata del prelievo per copie private anche con riferimento all'ipotesi in cui gli apparati siano stati acquistati da soggetti diversi da persone fisiche (ovvero anche da persone fisiche ma) a fini manifestamente estranei a quelli della realizzazione di copie private, risulterebbe in contrasto sia con quanto disposto dall'art. 5, n. 2, della direttiva 2001/29 che con la lettera dell’art. 71 septies.

Occorre rilevare, infatti, come risulti in ogni caso necessario un collegamento tra l'applicazione dell'equo compenso con riguardo alle apparecchiature, ai dispositivi nonché ai supporti di riproduzione digitale ed il presunto uso di questi ultimi a fini di riproduzione privata.

Sul punto, è stata chiara la sentenza Padawan della Corte di giustizia, la quale ha affermato che il compenso spetta per gli apparecchi, i dispositivi o i supporti messi a disposizione dei soli utenti privati e destinati ad un uso personale e non professionale.

Considerati tali presupposti, il Collegio ritiene non difforme dalla richiamata normativa il disposto di cui all’art. 4 del D.M. oggetto di impugnazione, che testualmente dispone che “La Società italiana degli Autori ed Editori (S.I.A.E.) promuove protocolli per una più efficace applicazione delle presenti disposizioni, anche al fine di praticare esenzioni oggettive o soggettive, come, a titolo esemplificativo, nei casi di uso professionale di apparecchi o supporti ovvero per taluni apparati per videogiochi. Detti protocolli applicativi sono adottati in accordo con i soggetti obbligati alla corresponsione del compenso per copia privata o con loro associazioni di categoria. Sino all’adozione dei protocolli di cui al comma 1, restano in vigore gli accordi previgenti alle presenti disposizioni”.

La disciplina contenuta nel decreto impugnato, infatti, in linea con le disposizioni del diritto comunitario e nazionale, non impone alcuna prestazione patrimoniale con riguardo all’uso professionale del prodotto

ma, al contrario, stabilisce espressamente la necessità di prevedere esenzioni con riguardo all'uso professionale dell'apparecchio.

Sotto tale profilo, come si è già detto, il D.M. impugnato rinvia alla stipulazione di appositi protocolli l'intera disciplina delle esenzioni oggettive e soggettive prevedendo espressamente che "sino all'adozione dei protocolli di cui al comma 1, restano in vigore gli accordi previgenti alle presenti disposizioni" in ciò confermando l'applicabilità - alla fattispecie dell'uso professionale - della disciplina in vigore al momento dell'emanazione dell'impugnato decreto.

Pertanto, la mancata stipulazione dei protocolli non potrebbe in ogni caso comportare alcun pagamento dell'equo compenso relativamente all'uso professionale dovendosi comunque applicare - fino al momento della stipulazione dei protocolli - la disciplina concordata previgente all'emanazione del decreto oggetto di impugnazione.

Le disposizioni in tema di uso professionale, dunque, si pongono pienamente in linea con la normativa comunitaria e nazionale e, sotto tale profilo, così come rilevato nella nota del Ministero per i beni e le attività culturali, risultano sottoscritti già molti protocolli aventi ad oggetto le esenzioni oggettive e soggettive dal pagamento dell'equo compenso: - Protocollo applicativo del 28 febbraio 2011 con l'AESVI (Associazione Editori Software Videoludico Italiana) che ha rinnovato un precedente protocollo relativo alle "consolle da videogioco"; - Protocollo applicativo del 19 aprile 2011 con l'impresa REPLIC S.r.l. relativo alla categoria delle imprese distributrici di supporti vergini (CD-R e DVD-R) iscritte nel registro dei fabbricanti presso il Ministero della Salute per l'esenzione dei suddetti supporti dal pagamento dell'equo compenso attesa la natura professionale dell'attività cui sono destinati e la conseguente impossibilità di uso degli stessi supporti ai fini di una copia privata; - Protocollo applicativo del 18 aprile 2011 con l'impresa SIRI S.p.a. relativo alla categoria delle imprese distributrici di supporti vergini (CD-R e DVD-R) iscritte nel registro dei fabbricanti presso il Ministero della Salute per l'esenzione dei suddetti supporti dal pagamento dell'equo compenso attesa la natura professionale dell'attività cui sono destinati e la conseguente impossibilità di uso degli stessi supporti ai fini di una copia privata; - Protocollo applicativo del 15 aprile 2011 con l'impresa LINKVERSE S.r.l. relativo alla categoria delle imprese distributrici di supporti vergini (CD-R e DVD-R) iscritte nel registro dei fabbricanti presso il Ministero della Salute per l'esenzione dei suddetti supporti dal pagamento dell'equo compenso attesa la natura professionale dell'attività cui sono destinati e la conseguente impossibilità di uso degli stessi supporti ai fini di una copia privata.

Ne consegue che anche tale censura deve essere respinta.

Vanno del pari respinte le censure ove si denuncia illegittimità del decreto impugnato sotto il profilo dell'eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento nella determinazione del quantum dell'equo compenso.

Come evidenziato dalla documentazione depositata in atti e, in particolare, dalla Relazione illustrativa al D.M. impugnato, l'Amministrazione ha svolto una approfondita istruttoria in merito alla determinazione del quantum dell'equo compenso, anche per il tramite del parere del Comitato consultivo permanente per il diritto d'autore e la consultazione dei rappresentanti delle associazioni dei titolari dei diritti e i rappresentanti delle associazioni dei produttori di supporti e apparecchi nonché dei consumatori, rappresentati dal Consiglio Nazionale dei Consumatori e degli Utenti [si veda la Relazione illustrativa alle pagg. 4-5 "Nel corso dell'audizione del 10 dicembre 2009, svoltasi presso la sede del Ministero per i beni e le attività culturali, in particolare, i rappresentanti delle associazioni intervenute hanno ribadito le posizioni espresse già nel corso delle audizioni svolte dal Comitato consultivo permanente per il diritto d'autore, nel periodo giugno/settembre 2009. Nello specifico, i titolari dei diritti (percettori del compenso) hanno evidenziato la necessità di adottare, quanto prima, il decreto ministeriale di determinazione del compenso per 'copia privata' anche alla luce del fatto che, a causa del protrarsi del regime transitorio introdotto dal decreto legislativo n. 68 del 2003, l'industria culturale del nostro Paese è stata costretta a subire, per circa cinque anni, un notevole pregiudizio economico. I rappresentanti delle associazioni di categoria maggiormente rappresentative dei produttori di supporti e di apparecchi hanno espresso una posizione di segno opposto, specie con riferimento all'inclusione tra gli apparati soggetti all'equo compenso di telefoni cellulari, di decoder, di computer e game console, ritenuti apparecchi non specificamente dedicati alla registrazione e memorizzazione di contenuti. Tali associazioni hanno, inoltre, criticato la proposta di adozione del criterio della capacità di memoria dei supporti per la determinazione del compenso (in quanto criterio ritenuto meno efficace rispetto a quello della percentuale sul prezzo di vendita) e hanno segnalato la necessità di escludere dal pagamento del compenso per copia privata prodotti ed apparecchi di uso strettamente professionale (cd. business use) da parte di privati e della Pubblica Amministrazione. Preoccupazione è stata espressa da tutte le imprese produttrici di supporti e apparecchi incisi dal compenso per copia privata per l'andamento economico del mercato e per la rilevante perdita di fatturato delle industrie del settore. Analoghe considerazioni sono state espresse dal rappresentante del Consiglio Nazionale dei Consumatori e degli Utenti, unitamente alla preoccupazione che tale compenso possa gravare indirettamente sui consumatori. Sulla base degli elementi informativi acquisiti nel corso dell'audizione del 10 dicembre 2009 e del parere reso dal Comitato permanente per il diritto d'autore in data 15 ottobre 2009, il Ministero per i beni e le attività culturali ha inteso, con il presente decreto, provvedere alla rideterminazione delle tariffe del compenso per copia privata, sulla base dei criteri dettati dalla legge e dell'esigenza di interesse pubblico di

assicurare un equilibrato contemperamento tra le opposte esigenze rappresentate dagli esponenti delle categorie interessate, tenendo dunque conto, in particolare: 1) dell'apposizione, sulle opere protette dal diritto d'autore, delle misure tecnologiche di protezione di cui all'art. 102-quater della legge n. 633/1941; 2) della diversa incidenza della copia digitale rispetto alla copia analogica; 3) del confronto tra il sistema normativo-tariffario italiano e quelli dei principali Paesi e mercati europei ed, in particolare, di Francia, Germania, Spagna; 4) della capacità di memoria dei supporti di registrazione audio e video, che costituisce lo strumento di parametrizzazione del compenso più diffuso nei Paesi di area Euro; 5) della circostanza che il compenso in questione deve remunerare solo la successiva copia privata di un'opera e non la prima fissazione di contenuti, per i quali è stato corrisposto il diritto esclusivo di riproduzione; 6) del livello di utilizzo del prodotto da parte del consumatore finale per la copia privata di opere protette, sulla base degli studi commissionati dalla SIAE alle società G.P.F. e G.F.K.; 7) dell'onere che grava sul prezzo finale dei prodotti incisi in ragione della applicazione del compenso per 'copia privata'; 8) più in generale, della necessità di realizzare un equo contemperamento di tutti gli interessi coinvolti e rappresentati dagli operatori dei settori interessati ed auditi"]].

Dalla documentazione depositata pertanto emerge come l'istruttoria effettuata dall'Amministrazione risulti adeguatamente approfondita - essendo state effettuate tramite società esperte nel settore indagini di mercato per acquisire informazioni - necessarie per la fissazione del compenso per le singole categorie di prodotti - relative alle abitudini dei consumatori italiani in materia di riproduzione delle opere dell'ingegno protette, tenendo conto anche della singola tipologia di apparecchio o supporto del quale si avvalgono per la riproduzione (cfr. studio G.P.F. depositato in giudizio sia dalle ricorrenti che dalla SIAE), mentre la società G.F.K. ha provveduto alla rilevazione dei dati di vendita dei prodotti idonei alla riproduzione privata sia in termini quantitativi che economici; nonché analisi economiche ed indagini comparative delle diverse normative vigenti in altri paesi dell'Unione (analisi di mercato svolte dalla società G.P.F. e G.F.K., dati pubblicati dalla società olandese *ThuisKopie* e relative ai compensi fissati in diversi paesi europei, analisi economica svolta dalla società *Econlaw* per conto del GESAC - *Groupement Europeen des Societes d'auteurs et compositeurs*).

La determinazione dell'equo compenso è stata perciò effettuata a seguito di un'approfondita attività istruttoria sulle dimensioni e gli effetti del fenomeno oggetto di disciplina - tenendo conto peraltro del fatto che l'individuazione del pregiudizio non può che essere prognostica, in quanto non è possibile stabilire con certezza l'entità dell'effettivo danno derivante dalla copia privata, e che il pregiudizio per poter essere remunerato, non deve essere certo, ma anche meramente eventuale come chiarito nella

sentenza “Padawan” sopra richiamata - in un procedimento al quale hanno partecipato tutte le categorie interessate, comprese quelle incise dal provvedimento, e dopo un’adeguata ponderazione degli opposti interessi, tenendo conto anche dell’esigenza di uniformità della normativa nazionale con quella degli altri Paesi europei (al riguardo va ricordato che i compensi per l’utilizzo dei diritti d’autore in Italia sono notoriamente superiori rispetto a quelli stabiliti negli altri Stati membri, come evidenziato anche negli studi della Commissione la quale, in base all’orientamento della Corte di Giustizia, ritiene che l’aliquota elevata del compenso per l’utilizzo dell’opera d’ingegno possa trovare giustificazione nel livello tradizionalmente elevato della tutela assicurata dal diritto d’autore in uno Stato).

Ne consegue che dall’eventuale ripetizione del procedimento a seguito dell’eventuale accoglimento dei vizi procedurali denunciati la ricorrente potrebbe addirittura conseguire uno svantaggio in quanto l’equo compenso potrebbe finire per essere determinato in misura maggiore rispetto a quella oggetto di contestazione, come ad esempio per i cellulari, tenuto conto che l’entità del compenso è contenuta in 0,90 centesimi (sostanzialmente pari al costo del download di una sola canzone, come precisato al punto p. 28 dell’ultima memoria della ricorrente), che è inferiore rispetto ad altri Paesi (es. alla Francia ove varia da un range da 1 a 20 euro a seconda della memoria).

Alla luce di quanto sopra evidenziato se ne deve concludere l’insussistenza dei denunciati vizi procedurali, avendo il Ministero, prima di adottare il provvedimento impugnato, effettuato adeguata attività istruttoria, acquisito e valutato tutti gli interessi in gioco, giungendo, nell’esercizio dei propri poteri di discrezionalità tecnica, alla rideterminazione delle tariffe del compenso per copia privata, sulla base dei criteri dettati dalla legge e dell’esigenza di interesse pubblico di assicurare un equilibrato contemperamento tra le opposte esigenze rappresentate dagli esponenti delle categorie interessate, fissando il livello di compenso, per le diverse categorie, secondo una misura che, relativamente a quelle contestate dalla ricorrente, non appare irragionevole.

Va poi respinto anche il secondo mezzo di gravame, con il quale si contesta il parametro adottato per la determinazione del compenso indicato dalla legge che si assume disatteso per quanto avrebbe indebitamente esteso il criterio della commisurazione alla capacità di memoria sia agli apparecchi mono e polifunzionali sia ai supporti.

La doglianza va disattesa.

L’art. 71 septies al comma 1 indica tre distinti parametri per la commisurazione del compenso correlate alle diverse categorie di prodotti soprammenzionati, prescrivendo che questo debba essere costituito: a) da “una quota del prezzo pagato dall’acquirente finale al rivenditore” per gli apparecchi esclusivamente destinati alla registrazione analogica o digitale

di fonogrammi o videogrammi; b) calcolato sul prezzo di un apparecchio avente caratteristiche equivalenti a quelle della “componente interna destinata alla registrazione” – ovvero, qualora ciò non fosse possibile, da un importo fisso - per gli apparecchi polifunzionali; c) ugualmente commisurato alla “capacità di registrazione” per i vari tipi di supporti di registrazione audio e video.

L'impugnato DM del 30/12/09, all'allegato tecnico riproduce la suddetta ripartizione, specificando all'art. 1 cosa debba intendersi per apparecchio monofunzionale o dedicato (lett.a); polifunzionale (lett.c), supporti (lett.f), in quest'ultimo caso precisando che sono tali tutte le tipologie di supporto (ottico, magnetico, digitale) “idoneo alla funzione di registrazione analogica o digitale di fonogrammi o videogrammi”, ivi incluse memorie ed hard disk, siano esse di tipo “fisso” (cioè costituiscano parte integrata nell'apparecchio di riproduzione) oppure di tipo “mobile” (cioè siano rimovibili e utilizzabili su altro dispositivo).

Nel successivo art. 2 stabilisce la misura del compenso in contestazione nel rispetto della tripartizione indicata dalla fonte di livello primario sopramenzionata, che viene così determinato:

a) per gli apparecchi idonei alla registrazione analogica o digitale, audio e video ed ai masterizzatori di supporti il compenso è pari al 5% del prezzo indicato nella documentazione fiscale; per i masterizzatori inseriti in apparecchi polifunzionali il compenso è invece pari al 5% del prezzo commerciale di un apparecchio avente caratteristiche equivalenti (art. 2, comma 1, lett. n) dell'Allegato tecnico al decreto);

b) per gli apparecchi polifunzionali idonei alla registrazione analogica o digitale audio e video con funzioni ulteriori rispetto a quella di registrazione, il compenso è del 5% del prezzo commerciale di un apparecchio avente caratteristiche equivalenti a quelle della componente interna destinata alla registrazione (art. 2, comma 1, lett. n-bis dell'Allegato Tecnico);

Orbene, il decreto impugnato, relativamente agli specifici profili evidenziati risulta adottato in corretta attuazione della riportata previsione normativa in quanto sottopone a prelievo – in misura non illogica – distinguendo secondo la funzione gli apparecchi monodedicati o ibridi destinati alla registrazione seguendo i parametri indicati dall'art. 71 septies.

Più complessa invece è la questione relativa alla determinazione del compenso relativo ai supporti, che costituisce oggetto di un'analitica specificazione operata dall'art. 2, comma 1, dell'Allegato Tecnico, tra le quali, appunto quelle contemplate dalla lett. S e V richiamate dal ricorrente e cioè:

- memorie o hard disk integrati in un lettore portatile Mp3 e analoghi o altro apparecchio Hi-Fi, per cui il compenso è commisurato alla capacità di memoria e va da un minimo di € 0,64 (fino a 128 Mb di memoria) ad un massimo di € 9,66 (per memorie superiori a 15 Gb);

- memorie o hard disk integrati in un video-registratore, decoder di qualsiasi tipo, TV per cui il compenso è commisurato alla capacità di memoria e va da un minimo di € 6,44 (fino a 40 Gb di memoria) ad un massimo di € 28,98 (per memorie superiori a 250 Gb).

Invece l'art. 3 prevede l'esclusione del doppio prelievo per gli apparecchi con memoria fissa disponendo che: "per gli apparecchi monofunzionali o polifunzionali con memoria o hard disk fissi è dovuto il solo compenso per copia privata commisurato alla capacità di registrazione resa dalla memoria o hard disk fissi".

Secondo la ricorrente in tal modo il criterio di determinazione del compenso previsto dalla legge per gli apparecchi di registrazione - e cioè quello basato sulla percentuale del prezzo - finirebbe per essere disapplicato per il solo fatto che alcuni apparecchi possano esplicare la propria funzione non su un supporto esterno, ma attraverso un meccanismo di registrazione interno.

La prospettazione attorea, sebbene abilmente prospettata, non può essere condivisa.

L'art. 71 septies al comma 1 prevede che: "Per i supporti di registrazione audio e video, quali supporti analogici, supporti digitali, memorie fisse o trasferibili destinate alla registrazione di fonogrammi o videogrammi, il compenso è costituito da una somma commisurata alla capacità di registrazione resa dai medesimi supporti" e perciò correttamente il DM impugnato ha parametrato il compenso per i supporti, articolandolo in funzione della diversa attitudine riproduttiva e delle varie tipologie di apparecchi, avendo come parametro la rispettiva capacità di memoria.

Né può ritenersi che l'art. 3 citato si ponga in contrasto con le richiamate previsioni normative, assoggettando ad imposizione gli apparecchi solo in quanto "contenitori" di memorie o hard disk, essendo invece lo stesso evidentemente volto ad evitare l'inconveniente di assoggettare ripetutamente a compenso sia l'apparecchio idoneo alla registrazione - relativamente al quale il compenso è commisurato al prezzo - sia il supporto su cui questa è effettuata - la cui presenza come parte integrante del dispositivo ha già inciso sul prezzo di vendita di questo che, come noto, ha maggior valore di mercato ove dotato di memoria fissa ed il cui prezzo aumenta proporzionalmente alla capacità di memorizzazione - che è invece colpito dal prelievo in ragione della sua capacità di registrazione, individuando quest'ultimo come parametro prevalente legittimamente in quanto in tal modo l'importo del compenso viene commisurato alla capacità di duplicazione delle opere protette e pertanto proporzionato all'effettivo pregiudizio cagionato dall'utilizzo del materiale protetto.

Lo stesso esempio evocato dalla ricorrente, d'altronde, conferma la legittimità di tale criterio di riferimento, proprio perché contempla ipotesi differenti: all'art. 2, comma 1, lett. 5 dell'Allegato Tecnico, relativamente alle memorie o hard disk integrati in un lettore portatile Mp3 e quindi ad

un apparecchio che può avere funzione limitata alla mera riproduzione di file audio registrati su un supporto di memoria gravato dal compenso commisurato appunto alla capacità di memoria del supporto e l'altra ipotesi contemplata dall'art. 3 che invece riguarda il registratore MP3 con memoria incorporata che pertanto cumula la funzione di riproduzione e quella di registrazione su supporto interno ed è legittimamente è assoggettato al (solo) compenso commisurato alla capacità di memoria del supporto integrato nel prodotto appunto, come sopra ricordato, in proporzione all'effettivo pregiudizio cagionato dall'utilizzo del materiale protetto.

Del pari legittima risulta l'inserimento nel medesimo art. 2, alla lett. X, di un'opportuna norma di chiusura, riguardante i prodotti non ancora in commercio, volta ad evitare che grazie all'evoluzione tecnologica si possa eludere il pagamento di detto compenso, una "categoria residuale" così descritta: - memoria o hard disk integrato in altri dispositivi non inclusi nelle precedenti lettere con funzioni di registrazione e riproduzione di contenuti audio e video: il compenso è commisurato alla capacità di memoria e va da un minimo di € 0,64 (per memorie fino a 256 Mb a € 14,49 per memorie fino a 400 Gb).

Tale previsione risponde infatti, come evidenziato dalla SIAE nella propria memoria difensiva, alla logica del sistema di remunerazione che richiede un continuo adattamento all'evoluzione della tecnologia digitale per cui "si paleserebbe estremamente arbitrario che un apparecchio con funzioni di riproduzione audio e video, solo perché non ricadente in categorie predefinite, sfugga all'obbligo di pagamento dell'equo compenso. In tal caso, sì, che si determinerebbe una situazione di discriminazione tra prodotti con la medesima idoneità riproduttiva".

Né meritano condivisione le preoccupazioni che in tale modo possa essere ostacolata l'evoluzione tecnologia del settore, in quanto proprio con riferimento ai supporti non ancora esistenti sul mercato di cui alla lett. x) dell'Allegato tecnico, sono stati previsti - a parità di memoria con riferimento alle precedenti categorie - compensi più bassi.

Resta da esaminare il quarto ed ultimo motivo di ricorso, con cui la società ricorrente impugna il decreto in epigrafe nella parte in cui ha omesso di determinare il compenso per sistemi di video registrazione da remoto, nonostante ciò fosse espressamente previsto dall'art. 71 septies della L. n. 633/41 e su tale compenso la stessa avesse fatto legittimo affidamento.

Va innanzitutto esaminata l'eccezione inammissibilità della censura per difetto di interesse della ricorrente, come eccepito dalla SIAE (pag. 56 memoria 10.6.2010), evidenziando che trattasi di compenso previsto a beneficio di terzo (autori e titolari dei diritti di sfruttamento economico dell'opera).

L'eccezione va disattesa.

La ricorrente nel ricorso introduttivo si limitava ad evidenziare, tra le varie aree di attività, “la fornitura di contenuti audio e video, tra i quali...rilevano i sistemi di video registrazione da remoto” lamentando che “non disciplinando i criteri di computo dei compensi relativi alla video registrazione da remoto, limita la possibile offerta di Fastweb nello sviluppo dei supporti di registrazione”. All’eccezione sollevata dalla SIAE replicava, relativamente alle conseguenze della mancanza della determinazione dei criteri di compenso per la registrazione da remoto, che secondo la prospettazione avversaria sembrerebbe che oggi FASTEB starebbe liberamente offrendo alla propria clientela il servizio in questione “utilizzando le opere in regime di copia privata...senza corrispondere alcunché ai titolari dei diritti. Così invece non è” (memoria del 10.6.2011 pag. 13)”, precisando altresì che tale omissione limiterebbe la sua offerta che sarebbe “arrestata dall’impossibilità di operare al di fuori dei casi in cui siano già stati puntualmente negoziati i diritti di sfruttamento delle opere con i relativi titolari e quindi a fronte del pagamento del corrispettivo da questi richiesto” (ivi pag. 14).

A seguito di tali precisazioni, sembra chiarito che l’interesse fatto valere dalla ricorrente – la quale appunto offre contenuti audio-video mediante la piattaforma Fastweb - è quello del “pieno riconoscimento legislativo di tali servizi come modalità consentite per effettuare una riproduzione a fini privati” (e quindi in altri termini, come interesse alla attuazione di un “contesto normativo” che consenta di giovare della qualificazione come copia privata e sottoposizione alla relativa disciplina, anche della riproduzioni di opere effettuata tramite i servizi dalla stessa forniti agli abbonati).

Si può prescindere dalla qualificazione di tale interesse (giuridico o di fatto) e del suo carattere diretto, personale ed attuale in quanto il mezzo di gravame va comunque rigettato.

L’art. 71 septies, nel disciplinare le modalità di imposizione del compenso, al comma 1, prevede che questo sia costituito: a) da “una quota del prezzo pagato dall’acquirente finale al rivenditore” per gli apparecchi esclusivamente destinati alla registrazione analogica o digitale di fonogrammi o videogrammi; b) calcolato sul prezzo di un apparecchio avente caratteristiche equivalenti a quelle della “componente interna destinata alla registrazione” – ovvero, qualora ciò non fosse possibile, da un importo fisso - per gli apparecchi polifunzionali; c) ugualmente commisurato alla “capacità di registrazione” per i vari tipi di supporti di registrazione audio e video; precisando alla lett. d) che: “Per i sistemi di videoregistrazione da remoto il compenso di cui al presente comma è dovuto dal soggetto che presta il servizio ed è commisurato alla remunerazione ottenuta per la prestazione del servizio stesso”.

Quest’ultima previsione, aggiunta dal comma 2-ter dell’art. 5, D.L. 31 dicembre 2007, n. 248 (c.d. decreto “Mille-proproghe”) conv. in legge 28

febbraio 2008, n. 31 del 31 dicembre 2007, ha costituito oggetto di critiche di opposte interpretazioni.

Secondo alcuni commentatori tale previsione è stata inserita all'ultimo minuto per assicurare il prelievo dell'equo compenso anche sulle copie da remoto di fonogrammi e videogrammi messi temporaneamente a disposizione da un fornitore di servizi ai propri abbonati. Si tratta invero di una modalità di riproduzione dell'opera protetta del tutto diversa rispetto a quella contemplata nelle ipotesi precedenti, in quanto mentre nelle prime è lo stesso utente ad effettuare la copia personale di un'opera mediante la sua registrazione su un supporto, invece nella "registrazione da remoto" questi può solo riprodurre i contenuti audio-video che un terzo - "fornitore di servizi" - mette a sua disposizione su una piattaforma, ma che restano nella sua disponibilità sicché il privato non può estrarne una sua copia "personale".

Tale elemento discriminante aveva indotto la Commissione europea, nel parere del febbraio 2009, a ravvisare un contrasto tra la previsione di cui alla lett. D) dell'art. 71 septies e la disciplina comunitaria dell'equo compenso dettata dalla direttiva n. 2001/29/CE, che invece non si estenderebbe a tali servizi, per diverse ragioni, così sintetizzate ": (i) l'indubbia vicinanza del servizio di videoregistrazione da remoto al diritto di messa a disposizione (art. 3, par. 2 della Direttiva) che comprende la "messa a disposizione del pubblico di opere o altri materiali in maniera tale che i componenti del pubblico possano avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente", in relazione al quale "non esiste un'eccezione relativa all'uso privato" (nota del 23 febbraio 2009, prot. n. 29900 MARKT D1/DB D (2009), pag. 2); (ii) la presenza di una potenziale componente commerciale che accompagna la realizzazione della copia da parte dell'operatore nell'ambito del servizio di videoregistrazione da remoto, che si manifesta nella misura in cui il medesimo si inserisce in un più ampio ventaglio di servizi offerto dall'operatore e si associa a modalità di comunicazione commerciale presso l'utente; e (iii) la circostanza che la riproduzione sia effettuata in favore di soggetti che "non sono neppure in possesso delle opere originali", restando queste ultime nella disponibilità di chi effettua la riproduzione e, solo successivamente, trasmesse all'utente" (memoria SIAE 19.6.2012 pag. 19 ss.). Sicché, secondo la Commissione, i soggetti che utilizzano tali sistemi di videoregistrazione non potrebbero avvalersi della più favorevole disciplina dell'equo compenso, ma dovrebbero corrispondere ai titolari dei diritti un compenso "pieno".

Al riguardo appare condivisibile il rilievo che "il servizio di videoregistrazione da remoto non si limita a fornire "servizi di riproduzione" (come, ad esempio, potrebbe fare una copisteria o uno stenografo), ma realizza direttamente la copia di contenuti di cui il solo operatore ha la disponibilità per fini commerciali, con il successivo

trasferimento della riproduzione così realizzata all'utente privato (tale copia rimane sul server dell'operatore ed è fruibile per un periodo di 20 giorni)" e di conseguenza esulerebbe dall'ambito applicativo della norma in questione.

Tali risultati interpretativi appaiono conformi al dato letterale di immediata, intuitiva comprensibilità, ma sono tuttavia contestati opponendo un'altra interpretazione, autorevolmente sostenuta, che propone di superare il dato letterale ed effettuare una lettura della normativa comunitaria orientata dall'analisi economica degli interessi sottostanti, che indurrebbe a concludere che la direttiva comunitaria disciplini il compenso per la copia privata di opere protette in modo "tecnologicamente neutro" e cioè a prescindere che essa sia essere effettuata su supporti locali ovvero su "supporti remoti" e che in realtà sottointenderebbe "seppur senza menzionarla esplicitamente, la possibilità che terzi intermediari potessero effettuare il servizio di riproduzione digitale (sub specie della videoregistrazione da remoto) a fini privati".

Ai fini della risoluzione della presente controversia non è necessario approfondire tale complessa questione ermeneutica, essendo sufficiente considerare che, in un contesto di estrema incertezza sulla qualificazione normativa del servizio in esame e della stessa inquadrabilità sotto il profilo tecnologico della registrazione da "supporto remoto" tra le diverse opzioni "neutralmente" indicate dal legislatore comunitario, la scelta dell'Amministrazione resistente di soprassedere temporaneamente a dare attuazione alla previsione di cui alla lett. D) del comma 1 dell'art. 71 septies della legge n.633/41 appare tutt'altro che arbitraria. Al contrario, proprio perché i rilievi della Commissione - che aveva preannunciato un'azione d'inadempimento per incompatibilità della bozza di decreto con la Direttiva proprio nella parte concernente la videoregistrazione da remoto - erano stati formulati in prossimità della scadenza per l'adozione dell'atto applicativo in questione, il differimento - per il tempo necessario al chiarimento di tali questioni - della determinazione della misura del compenso per un servizio che costituiva oggetto di contestazione che avrebbe esposto lo Stato italiano a gravi responsabilità per infrazione della normativa comunitaria appariva ispirato ad esigenze cautelative del tutto condivisibili e costituisce quindi un atto soprassessorio del tutto legittimo alla stregua delle circostanze in essere al momento della sua adozione.

In conclusione, il ricorso deve essere respinto.

L'infondatezza del ricorso principale comporta come conseguenza che il ricorso incidentale dell'ANICA, proposto in via subordinata, deve essere dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

Infatti, come ha anche di recente affermato il Consiglio di Stato, sez. III, 5 maggio 2011, n. 2695, le parti resistenti e i controinteressati possono proporre ricorsi incidentali quando l'interesse sorge in dipendenza del ricorso presentato in via principale, al quale sono accessori e per cui

l'improcedibilità o l'irricevibilità del ricorso principale costituisce oggettivo motivo di arresto all'esame dei ricorsi proposti in via incidentale, essendo venuta meno la ragione stessa che ha dato origine a questi ultimi.

D'altro canto, nella fattispecie in esame che il ricorso incidentale sia da intendersi in via subordinata si evince chiaramente dal suo stesso tenore letterale.

La complessità delle questioni affrontate giustifica l'integrale compensazione delle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Quater) respinge il ricorso in epigrafe; dichiara improcedibile il ricorso incidentale. Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso in Roma nelle camere di consiglio del 12 luglio e 24 novembre 2011 nonché del 2 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Scafuri, Presidente  
Stefania Santoleri, Consigliere  
Floriana Rizzetto, Consigliere, Estensore

Depositata in data 2 marzo 2012

## Commento

### 1. Introduzione.

Con sentenza n. 2157/2012 il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione seconda quater, ha rigettato il ricorso presentato da un primario operatore del settore delle telecomunicazioni precisando che "il servizio di videoregistrazione da remoto non si limita a fornire "servizi di riproduzione" (come, ad esempio, potrebbe fare una copisteria o uno stenografo), ma realizza direttamente la copia di contenuti di cui il solo operatore ha la disponibilità per fini commerciali, con il successivo trasferimento della riproduzione così realizzata all'utente privato" e, di conseguenza, esula dall'ambito applicativo della disciplina della copia privata prevista dagli artt. 71-sexies, 71-septies e 71-octies della Legge 22 aprile 1941, n. 633 recante la "Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio" (di seguito, anche, l.d.a.).

L'interesse a ricorrere nasce a seguito dell'emanazione del Decreto del Ministero per i beni e le attività culturali (di seguito, anche, MiBAC) 30 dicembre 2009 [1], recante la "Determinazione della misura del compenso

per copia privata” con cui il MiBAC ha, tra le altre cose, esteso l’applicazione dei compensi a dispositivi che non risultano classificabili come strumenti o supporti di registrazione per “copia privata” - ampliando ingiustificatamente, in contrasto con la normativa comunitaria e nazionale, la gamma dei prodotti rilevanti nel computo dei compensi per copia privata - e, al tempo stesso, ha ommesso di prevedere parametri di determinazione del compenso per le riproduzioni private effettuate attraverso “sistemi di videoregistrazione da remoto”, discriminando illegittimamente tra le diverse tecnologie di riproduzione prese in considerazione dalla legge.

Al fine di meglio comprendere le motivazioni fornite dai giudici amministrativi nell’interpretazione delle disposizioni del decreto e nel conseguente rigetto del ricorso, è utile ripercorrere, per brevi linee, l’evoluzione della normativa in tema di riproduzione di copia privata.

## **2. La disciplina della riproduzione privata ad uso personale: la normativa nazionale e comunitaria.**

Con il D.lgs. 9 aprile 2003, n. 68, il legislatore italiano, attuando la Direttiva 2001/29/CE del 22 maggio 2001 “sull’armonizzazione di taluni aspetti del diritto d’autore e dei diritti connessi nella società dell’informazione”, ha sensibilmente innovato diversi profili della legge sul diritto d’autore.

In particolare, con la nuova Sezione II del Capo V, Titolo I, della l.d.a. (rubricata “Riproduzione privata ad uso personale”) è stata liberalizzata “la riproduzione privata di fonogrammi e videogrammi su qualsiasi supporto, effettuata da una persona fisica per uso esclusivamente personale, purché senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali” (art. 71-sexies, co. 1, l.d.a.).

La disciplina c.d. di riproduzione di “copia privata” assicura, tuttavia, un diritto di compenso a favore degli autori, produttori ed artisti, interpreti ed esecutori, per l’utilizzazione privata dei fotogrammi e videogrammi [2], prevedendo una stretta correlazione tra il diritto al compenso spettante a tali soggetti - avente natura strettamente indennitaria e risarcitoria - e il concreto pregiudizio derivante dalla limitazione al diritto di riproduzione [3].

Ai sensi dell’art. 71-septies, co. 1, l.d.a, come modificato dal d.l. 31 dicembre 2007, n. 248, detto compenso è stato previsto esclusivamente per i seguenti apparati:

- (i) per gli apparecchi di registrazione c.d. “monofunzionali” (i.e. destinati in via esclusiva alla registrazione analogica o digitale di fonogrammi o videogrammi), per i quali esso è costituito “da una quota del prezzo pagato dall’acquirente finale al rivenditore”;
- (ii) per gli apparecchi di registrazione polifunzionali (dispositivi con

funzioni ulteriori rispetto a quelle della sola registrazione analogica o digitale), per i quali esso è costituito da una quota “calcolata sul prezzo di un apparecchio avente caratteristiche equivalenti a quelle della componente interna destinata alla registrazione, ovvero, qualora ciò non fosse possibile, da un importo fisso per apparecchio”;

(iii) per i supporti di registrazione audio e video, per i quali esso è costituito “da una somma commisurata alla capacità di registrazione resa dai medesimi supporti”;

(iv) per i sistemi di videoregistrazione da remoto per i quali “il compenso [...] è dovuto dal soggetto che presta il servizio ed è commisurato alla remunerazione ottenuta per la prestazione del servizio stesso” (ult. alinea, comma 1).

Quanto ai soggetti tenuti all’obbligo di indennizzo l’art. 71-septies, co. 3, l.d.a., fa in primo luogo riferimento a “chi fabbrica o importa nel territorio dello Stato allo scopo di trarne profitto gli apparecchi e i supporti indicati nel comma 1”, stabilendo tuttavia che “in caso di mancata corresponsione del compenso, è responsabile in solido per il pagamento il distributore degli apparecchi o dei supporti di registrazione”. In caso di violazione dei predetti obblighi è prevista una “sanzione amministrativa pecuniaria pari al doppio del compenso dovuto, nonché, nei casi più gravi o di recidiva, [...] la sospensione della licenza o autorizzazione all’esercizio dell’attività commerciale o industriale da quindici giorni a tre mesi ovvero [...] la revoca della licenza o autorizzazione stessa” (art. 71-septies, co. 4, l.d.a.).

Per la puntuale determinazione del compenso per i supporti di cui al comma 1, l’art. 71-septies, co. 2, l.d.a.- come da ultimo modificato dall’art. 39 d.l. 30 dicembre 2008, n. 207 - fa rinvio alla fonte di attuazione regolamentare. Più precisamente l’esatto ammontare del compenso per ogni categoria di prodotti deve essere determinato con un decreto del Ministro per i beni e le attività culturali, da adottare “nel rispetto della normativa comunitaria [...] entro il 31 dicembre 2009”.

Ebbene, riconoscendo la funzione retributiva propria della disciplina del compenso per copia privata - destinata ad indennizzare i titolari dei diritti a fronte del regime derogatorio della loro posizione di esclusiva - la Direttiva 2001/29/CE invita i singoli Stati membri ad introdurre un sistema di remunerazione “che tenga conto delle peculiarità di ciascun caso” e che, in particolare, rifletta “l’eventuale pregiudizio subito dai titolari dei diritti” conseguente alla libera utilizzazione degli stessi [4].

In altri termini, il legislatore comunitario si è dimostrato consapevole di come la disciplina della copia privata, rappresentando di per sé una deroga al regime di privativa riconosciuto ai titolari dei diritti d’autore, sarebbe stata drasticamente frustrata nella sua portata applicativa a fronte di un indiscriminato ricorso alla tecnica del compenso, estesa anche a quei casi in cui una libera utilizzazione di contenuti, pur protetti dall’esclusiva, non si accompagna ad un’effettiva lesione della sfera patrimoniale dei titolari

tale da giustificare un intervento indennitario [5].

In merito all'interpretazione della "nozione di equo compenso" di cui all'art. 5, n. 2, lett. b), della Direttiva, è utile tener conto di quanto deciso dalla Corte di Giustizia Europea, Sez. III, in data 21 ottobre 2010, nella causa C-467/08, "Padawan c. SGAE e altri". In tale occasione, infatti, la Corte ha statuito che l'equo compenso - nozione autonoma del diritto dell'Unione che deve essere interpretata in modo uniforme in tutti gli Stati Membri che abbiano introdotto l'eccezione per copia privata - deve essere calcolato sulla base del criterio del pregiudizio causato agli autori delle opere protette per effetto, appunto, dell'introduzione dell'eccezione di copia privata [6].

Il necessario richiamo ad un pregiudizio concreto e sostanziale per cui il titolare dei diritti debba essere indennizzato attraverso l'equo compenso porterebbe quindi, necessariamente, ad escludere dal novero dei dispositivi assoggettabili al pagamento tutti quei supporti che non siano tipicamente utilizzati in modo primario o preminente per la registrazione di copie private di fotogrammi o videogrammi e che, al contrario, presentino un'attitudine alla riproduzione assolutamente accessoria od occasionale [7].

In sostanza, la normativa impone di tassare solo quegli apparecchi che abbiano funzioni prevalenti o caratterizzanti di copia, ossia la cui funzione principale o, comunque, primaria sia quella di registrazione [8].

### **3. Il Decreto MiBAC 30 dicembre 2009 recante la "Determinazione della misura del compenso per copia privata".**

Ebbene, entro il termine previsto dall'art. 71-septies, co. 2, l.d.a., il Ministero per i beni e le attività culturali ha provveduto a fissare i suddetti compensi con il decreto oggetto di ricorso davanti al TAR del Lazio.

È utile evidenziare come tale decreto, nell'ambito di un'articolata serie di criteri di determinazione del compenso per copia privata:

a) estende i criteri di computo ad apparati privi di significative funzioni e capacità di registrazione (tra i quali, telefoni cellulari, PC privi di meccanismi di masterizzazione, *decoder*, *game console*), così ampliando in misura irragionevole la categoria degli apparecchi di registrazione polifunzionali, senza neppure distinguere le ipotesi in cui tali apparecchi e supporti siano acquistati ed utilizzati in ambiti esclusivamente professionali (c.d. *business use*);

b) individua, sempre in relazione alla categoria degli apparecchi di registrazione, un particolare parametro di determinazione del compenso per i dispositivi dotati di *hard disk*, non commisurato ad una quota del prezzo commerciale ma alla capacità di memoria delle loro componenti interne [9];

c) non detta alcuna disposizione in relazione ai criteri di determinazione del compenso per i sistemi di videoregistrazione da remoto che pure, ai sensi dell'art. 71-septies, co. 1, l.d.a., dovevano essere stabiliti in base "alla remunerazione ottenuta per la prestazione del servizio stesso".

### **3.1. L'estensione dei criteri di computo del compenso per copia privata ad apparati privi di significative funzioni e capacità di registrazione.**

La previsione di cui al punto a) viola apertamente il comma 1 dell'art. 71-septies, l.d.a., ove si fa espresso riferimento "agli apparecchi esclusivamente destinati alla registrazione analogica o digitale di fonogrammi o videogrammi", ovvero agli "apparecchi polifunzionali", definiti nell'Allegato Tecnico come "dispositivi con funzioni ulteriori rispetto a quella di registrazione analogica o digitale di fonogrammi e videogrammi". Dall'esame di tale definizione è evidente che anche gli apparecchi polifunzionali si caratterizzano per la primaria funzione di registrazione, che certamente non può riferirsi ai supporti sopra elencati cui il decreto estende l'ambito di applicazione della normativa primaria. A conferma di quanto detto, si rileva come l'art. 39, lett. c) del D.lgs. n. 68/2003, nell'individuare transitoriamente le categorie di supporti e i relativi compensi valevoli fino all'emanazione del decreto in esame, includeva tra i "supporti digitali non dedicati, idonei alla registrazione di fonogrammi", soltanto i "CD-R dati e CD-RW dati", senza alcun riferimento, quindi, ad altre tipologie di apparecchi polifunzionali [10]. Il Ministero ha, dunque, esteso arbitrariamente la disciplina del compenso per la c.d. "attività di copia privata" anche a prodotti "ibridi", ossia quei prodotti di nuova generazione che possono essere utilizzati anche per la registrazione di contenuti diversi da videogrammi o fonogrammi.

Su tale punto, si sono pronunciati in senso opposto i giudici amministrativi, precisando che l'assoggettamento degli apparecchi polifunzionali al compenso trova fondamento proprio nella previsione contenuta nell'art. 5, n. 2, lett. b), della Direttiva, secondo cui sono assoggettate ad equo compenso "le riproduzioni su qualsiasi supporto effettuate da una persona fisica per uso privato e per fini né direttamente né indirettamente commerciali" e, dunque, su qualunque apparecchio o supporto che risulti in qualsiasi modo idoneo alla riproduzione di copie private. Il Collegio, inoltre, facendo leva su quanto deciso dalla Corte di Giustizia europea nella "sentenza Padawan" su richiamata, ha evidenziato che "la semplice capacità di tali apparecchiature o di tali dispositivi di realizzare copie è sufficiente a giustificare l'applicazione del prelievo per copie private [...] né può rilevare in questo quadro la circostanza, sottolineata dalla ricorrente, che alcuni apparecchi - tra cui quelli telefonici ed i computer - siano solo in via residuale e marginale utilizzati per la riproduzione di materiali audio -

video. Quello che conta [...] per poter prevedere in questi casi il pagamento dell'equo compenso, è unicamente che il dispositivo sia idoneo alla riproduzione di fono e videogrammi, ma non anche che esso sia, in concreto, utilizzato a questi fini" [11].

Quanto alla questione del c.d. uso professionale il Collegio, richiamando quanto già deciso nella suddetta sentenza, con la quale la Corte di Giustizia ha affermato che il compenso spetta solo per apparecchi, dispositivi o supporti messi a disposizione dei soli utenti privati e destinati ad un uso personale e non professionale, ha ritenuto non difforme dalla normativa quanto disposto dal decreto in oggetto, nella parte in cui "non impone alcuna prestazione patrimoniale con riguardo all'uso professionale del prodotto ma, al contrario, stabilisce espressamente la necessità di prevedere esenzioni con riguardo all'uso professionale dell'apparecchio".

### **3.2. La determinazione del compenso per copia privata per i dispositivi dotati di *hard disk*.**

Un netto contrasto con quanto disposto dall'art. 71-septies, l.d.a., emerge anche da un'attenta analisi del punto b), laddove quest'ultimo prevede che per gli apparecchi monofunzionali il compenso sia costituito da una quota del prezzo pagato dall'acquirente finale al rivenditore, mentre per gli apparecchi polifunzionali lo stesso è calcolato su una percentuale del prezzo di un apparecchio avente caratteristiche equivalenti a quelle della componente interna destinata alla registrazione. Il Ministero ha, di fatto, disapplicato il criterio di determinazione del prezzo stabilito dalla legge, per il solo fatto che alcuni apparecchi possono esplicare la propria funzione di registrazione non su un supporto esterno ma attraverso un meccanismo di registrazione interno [12].

Anche su tale punto il TAR ha respinto le osservazioni del ricorrente, evidenziando che la capacità di memoria dei supporti di registrazione audio e video costituisce "lo strumento di parametrizzazione del compenso più diffuso nei Paesi di area Euro", e che la determinazione dell'equo compenso da parte del Ministero è stata effettuata tenendo conto del fatto che "l'individuazione del pregiudizio non può che essere prognostica, in quanto non è possibile stabilire con certezza l'entità dell'effettivo danno derivante dalla copia privata, e che il pregiudizio per poter essere remunerato, non deve essere certo ma anche meramente eventuale come chiarito nella sentenza Padawan". A detta del Collegio il decreto, parametrando il compenso alla capacità di memoria, ha correttamente commisurato l'importo dovuto alla capacità di duplicazione delle opere protette, rendendo lo stesso proporzionato all'effettivo pregiudizio cagionato dall'utilizzo del materiale protetto e, al contempo, ha evitato l'inconveniente "di assoggettare ripetutamente a compenso sia

l'apparecchio idoneo alla registrazione - relativamente al quale il compenso è commisurato al prezzo - sia il supporto su cui questa è effettuata - la cui presenza come parte integrante del dispositivo ha già inciso sul prezzo di vendita di questo [13]".

### **3.3. L'omessa determinazione del compenso per copia privata per i sistemi di videoregistrazione da remoto.**

Non ultima, la previsione *sub c)*, rappresentando una illegittima e discriminatoria omissione, priva di alcuna significativa e rilevante motivazione, si pone in contrasto con l'art. 71-septies, l.d.a., il cui comma 2 espressamente imponeva al MiBAC di fissare entro il 31 dicembre 2009 il compenso anche per i sistemi di videoregistrazione da remoto.

Nella Relazione Illustrativa che accompagna il decreto in esame, il Ministero ha rilevato la "non opportunità" di procedere "per il momento alla determinazione del compenso per tali servizi in considerazione del fatto che è alquanto controversa, in ambito comunitario, l'inclusione dei sistemi di videoregistrazione da remoto nell'ambito dell'eccezione di copia privata di cui all'art. 71-sexies della legge n. 633 del 1941 e di cui alla Direttiva n. 2001/29/CE". In sostanza, l'inosservanza della disposizione di legge, da un lato, è stata giustificata dal dibattito attualmente in corso circa la possibilità di includere tali sistemi nell'ambito dell'eccezione per copia privata di cui all'art. 5 della direttiva comunitaria e di cui agli artt. 71-sexies e seguenti della legge sul diritto di autore [14]; dall'altro, dalla paventata incompatibilità della disposizione di cui all'art. 71-septies, comma 1, ultimo periodo, l.d.a., con il diritto comunitario (direttiva 2001/29/CE).

È necessario evidenziare, invece, come l'ultimo periodo del comma 1, dell'art. 71-septies (introdotto dall'art. 5, comma 2-ter, del d.l. 31 dicembre 2007, n. 248) non viola affatto il principio dell'assenza del fine di lucro e di quello direttamente o anche indirettamente commerciale, e non è assolutamente in contrasto con la norma comunitaria che impone di considerare gli sviluppi tecnologici in modo da applicare i parametri di compenso anche ai più moderni strumenti di copia, aventi identiche funzioni di riproduzione rispetto a quelli "tradizionali".

Ed infatti la disposizione normativa, laddove valorizza le peculiarità dei supporti digitali mediante i quali può essere effettuata la riproduzione privata, è pienamente coerente con le indicazioni del legislatore comunitario e non sconfinava nel divieto di legge (sfruttamento commerciale non consentito della riproduzione).

Non contrasta, dunque, con i principi comunitari l'intervento del legislatore nazionale che ha esteso il rilievo della riproduzione a fini privati di materiale fonografico o videografico anche ove questo sia assicurato attraverso la fornitura di una piattaforma tecnologica di registrazione e

riproduzione digitale (*sub specie* di videoregistrazione da remoto), e sempre che questo sia fornito nel rispetto delle condizioni, richieste in sede comunitaria, cui il legislatore si è opportunamente adeguato attraverso la previsione (i) di sistemi di remunerazione adeguata (v. art. 71-septies) e (ii) di misure tecnologiche di protezione (v. art. 102-quater, espressamente richiamato dall'art. 71-sexies) [15].

Al contrario, la Relazione Illustrativa che accompagna il decreto si limita a riportare in maniera acritica il preteso contrasto della disposizione di cui all'art. 71-septies, co. 1, ultimo periodo, l.d.a., con i principi dettati dalla Direttiva 2001/29/CE e, in particolare, con le disposizioni di cui all'art. 2 (diritto esclusivo di riproduzione) e all'art. 3 (diritto di messa a disposizione del pubblico dell'opera protetta), non inquadrando correttamente la disciplina della videoregistrazione da remoto nel contesto normativo comunitario.

Merita in tal senso ricordare che la Direttiva 2001/29/CE offre un quadro normativo in materia di riproduzione delle opere d'ingegno costruito lungo due direttrici fondamentali:

1. il riconoscimento agli autori di un diritto esclusivo di autorizzare o vietare la riproduzione diretta o indiretta, temporanea o permanente, in qualunque modo o forma, in tutto o in parte, delle proprie opere (art. 2) e di messa a disposizione delle stesse al pubblico (art. 3);
2. il riconoscimento di una serie di eccezioni o limitazioni ai diritti menzionati *sub* (a) che gli Stati membri hanno la facoltà di disporre in sede di attuazione della Direttiva (art. 5).

Il diritto di riproduzione e diffusione di cui sono titolari esclusivi gli autori di opere d'ingegno può, dunque, essere limitato da ciascuno Stato membro consentendo, tra l'altro, "le riproduzioni su qualsiasi supporto effettuate da una persona fisica per uso privato e per fini né direttamente né indirettamente commerciali, a condizione che i titolari dei diritti ricevano un equo compenso [...]" (art. 5, comma 2, lett. b)).

Con specifico riferimento all'eterogeneità dei supporti mediante i quali può essere effettuata la riproduzione privata, gli intendimenti del legislatore comunitario sono ben espressi nel preambolo della Direttiva. Il Considerando n. 39 chiarisce infatti che: "all'atto dell'applicazione dell'eccezione o della limitazione relativa alla copia privata, gli Stati membri dovrebbero tenere in debito conto gli sviluppi tecnologici ed economici, in particolare in ordine alla riproduzione digitale a fini privati ed ai sistemi di remunerazione, quando siano disponibili misure tecnologiche di protezione efficaci". Non può quindi sfuggire all'attento interprete che la Direttiva n. 2001/29/CE, conformemente all'art. 4, par. 3, Tratt. FUE (e, in passato, all'art. 3, comma 1, lett. n), del Tratt. CE), impone agli Stati Membri di tener conto degli sviluppi tecnologici ed economici in fase di applicazione della norma di cui all'art. 5, comma 2, lett. b), imponendo

un'interpretazione evolutiva da cui il legislatore nazionale non può prescindere.

La posizione della Commissione, che sembra ravvisare nella normativa italiana un contrasto con i diritti esclusivi di "riproduzione" e di "messa a disposizione del pubblico" dell'opera dell'ingegno, si fonda, quindi, sull'erronea qualificazione della videoregistrazione da remoto non come fornitura di un "supporto" tecnologicamente avanzato della copia privata effettuata dall'utente, bensì come un servizio di riproduzione offerto a fini di lucro dagli operatori.

Allo stesso modo il TAR, non accogliendo le argomentazioni del ricorrente, da un'interpretazione non corretta del servizio di videoregistrazione da remoto, evidenziando che lo stesso "non si limita a fornire "servizi di riproduzione" (come, ad esempio, potrebbe fare una copisteria o uno stenografo), ma realizza direttamente la copia di contenuti di cui il solo operatore ha la disponibilità per fini commerciali, con il successivo trasferimento della riproduzione così realizzata all'utente privato (tale copia rimane sul server dell'operatore ed è fruibile per un periodo di 20 giorni) e di conseguenza esulerebbe dall'ambito applicativo della norma in questione".

#### **4. La videoregistrazione da remoto e i servizi c.d. di *Video on Demand (VoD)*.**

A dimostrazione dell'erroneità di tale posizione è sufficiente considerare come la fornitura di un sistema di videoregistrazione da remoto consiste nell'approntare all'utente un apparato tecnologicamente evoluto che consente di realizzare, su una sorta di "cassetta virtuale", una copia privata in tutto e per tutto analoga a quella che l'utente potrebbe realizzare mediante un sistema di videoregistrazione tradizionale.

Il sistema di videoregistrazione da remoto si configura, quindi, come una mera evoluzione tecnologica del più tradizionale videoregistratore, consentendo all'utente di effettuare copie di trasmissioni legittimamente captate, ai fini di una visione privata successiva. Inoltre, al pari che per le altre tecnologie di riproduzione, anche in questo caso è la persona fisica che realizza l'attività di riproduzione, esprimendo in relazione a tale azione l'atto volitivo di copia che è dunque a questa imputabile.

La videoregistrazione da remoto rappresenta pertanto solo lo strumento tecnologico utilizzato dalla persona fisica per effettuare una riproduzione e:

(i) è realizzata solo se c'è un input del singolo utente in relazione allo specifico programma (i.e. il cliente deve premere il pulsante REC per avviare la registrazione);

(ii) include in modalità integrale e non modificata tutto ciò che è stato trasmesso dall'emittente nella fascia oraria rilevante ivi comprese, ad esempio, le interruzioni pubblicitarie;

(iii) è basata sull'orario previsto di messa in onda (se il programma inizia prima o dopo l'ora prevista, nella riproduzione sarà compresa una parte del programma precedente o, viceversa, l'inizio risulterà non registrato);

(iv) è disponibile per una successiva visione privata non a chiunque ma solo al singolo che ne ha attivato la registrazione;

(v) è realizzata per scopi personali ovvero per una visione privata del cliente che l'ha effettuata e presso la propria abitazione.

Queste caratteristiche fanno della videoregistrazione da remoto uno strumento non confondibile con quei servizi c.d. di *Video on Demand* (VoD) consistenti nella messa a disposizione da parte di un operatore di piattaforma di contenuti digitali (film, documentari, ecc.) organizzati tematicamente e contrassegnati da caratteristiche "di prodotto" del tutto diverse (basti pensare alla possibilità di fruizione delle opere attraverso modalità di enhanced tv quali HD, sottotitoli, schede di prodotto ecc). Inoltre, nel caso dei servizi VoD è effettivamente l'operatore a fornire all'utente, previo pagamento di un corrispettivo, un film da questi scelto nell'ambito di un catalogo di opere organizzato dall'operatore stesso in una apposita *library* e fornito secondo modalità commerciali assimilabili a quelle della *pay per view*. Tali titoli fanno riferimento a contenuti i cui specifici diritti VoD non possono in alcun modo essere sfruttati attraverso la disciplina della copia privata e che, invece, devono essere acquistati dal *provider* direttamente presso i titolari dell'esclusiva. A tal proposito rileva il fatto che gli operatori fornitori di sistemi di videoregistrazione da remoto spesso offrono altresì servizi VoD, ad ulteriore conferma della non sovrapponibilità delle differenti offerte di prodotto.

Sono quindi i servizi VoD, e non i sistemi di videoregistrazione da remoto, a doversi considerare esclusi dalla disciplina della copia privata in forza del riferimento fatto dall'art. 71-sexies, co. 3, l.d.a., ad "opere e materiali protetti messi a disposizione del pubblico in modo che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente, quando l'opera è protetta dalle misure tecnologiche di cui all'art. 102-quater ovvero quando l'accesso è consentito sulla base di accordi contrattuali".

Al contrario, quanto esplicitato dimostra chiaramente come, conformemente alle prescrizioni dell'art. 5, par. 2, lett. b), della Direttiva, le riproduzioni fondate sul sistema di videoregistrazione da remoto rientrano tra quelle "effettuate su qualsiasi supporto da una persona fisica per uso privato e per fini né direttamente, né indirettamente commerciali" e, dunque, debbano essere classificate come riproduzioni riconducibili al regime delle libere utilizzazioni.

La scelta fatta dal legislatore con le modifiche all'art. 71-septies, co. 1, l.d.a., non degrada in alcun modo il contenuto del diritto di riproduzione

esclusiva di fonogrammi e videogrammi spettante ai titolari della privativa, ma si limita a riconoscere ai sistemi di videoregistrazione da remoto pari dignità rispetto ai sistemi di videoregistrazione tradizionali, in coerenza con le istanze comunitarie di supporto degli sviluppi tecnologici ed economici.

Non contrasta, quindi, con l'orientamento della Direttiva l'intervento del legislatore nazionale volto ad estendere il rilievo della riproduzione a fini privati di materiale fonografico o videografico anche ove questa sia assicurata attraverso gli strumenti tecnici della videoregistrazione da remoto, nel rispetto delle condizioni richieste in sede comunitaria che risultano soddisfatte dalla previsione di misure tecnologiche di protezione e, soprattutto, dello specifico meccanismo di compenso a favore dei titolari dei diritti, definito dall'art. 71-septies, l.d.a., e di cui il decreto in esame, illegittimamente, omette l'attuazione.

#### **5. L'articolo 71-septies, comma 1, lettera d) e il parere della Commissione Europea del 23 febbraio 2009.**

Su tale ultimo punto, in particolare, i giudici amministrativi hanno evidenziato che l'art. 71-septies, nel disciplinare le modalità di imposizione del compenso, al comma 1, lett. d), prevede espressamente che: "per i sistemi di videoregistrazione da remoto il compenso di cui al presente comma è dovuto dal soggetto che presta il servizio ed è commisurato alla remunerazione ottenuta per la prestazione del servizio stesso".

Quest'ultima previsione, aggiunta dal comma 2-ter dell'art. 5, D.L. 31 dicembre 2007, n. 248 (c.d. decreto "Mille-proproghe") convertito in legge 28 febbraio 2008, n. 31, ha costituito oggetto di critiche e di opposte interpretazioni.

Come riportato nella sentenza del TAR, secondo alcuni commentatori tale previsione sarebbe stata inserita all'ultimo minuto per assicurare il prelievo dell'equo compenso anche sulle copie da remoto di fonogrammi e videogrammi messi temporaneamente a disposizione dei propri abbonati da parte di un fornitore di servizi. Secondo tale lettura la "registrazione da remoto" rappresenterebbe pertanto quella modalità di riproduzione dell'opera protetta attraverso la quale l'utente può solo riprodurre i contenuti audio-video che un terzo - "fornitore di servizi" - mette a sua disposizione su una piattaforma, ma che restano nella sua disponibilità sicché il privato non può estrarne una sua copia "personale".

Tale elemento discriminante aveva indotto la Commissione europea, nel parere del febbraio 2009 (nota del 23 febbraio 2009, prot. n. 29900 MARKT D1/DB D (2009)), a ravvisare un contrasto tra la previsione di cui alla lett. d) del comma 1 dell'art. 71-septies, l.d.a., e la disciplina comunitaria dell'equo compenso dettata dalla Direttiva n. 2001/29/CE che,

a detta della Commissione, non si estenderebbe a tali servizi per diverse ragioni, così sintetizzate: "(i) l'indubbia vicinanza del servizio di videoregistrazione da remoto al diritto di messa a disposizione (art. 3, par. 2 della Direttiva) che comprende la "messa a disposizione del pubblico di opere o altri materiali in maniera tale che i componenti del pubblico possano avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente", in relazione al quale "non esiste un'eccezione relativa all'uso privato"; (ii) la presenza di una potenziale componente commerciale che accompagna la realizzazione della copia da parte dell'operatore nell'ambito del servizio di videoregistrazione da remoto, che si manifesta nella misura in cui il medesimo si inserisce in un più ampio ventaglio di servizi offerto dall'operatore e si associa a modalità di comunicazione commerciale presso l'utente; e, infine, (iii) la circostanza che la riproduzione sia effettuata in favore di soggetti che "non sono neppure in possesso delle opere originali", restando queste ultime nella disponibilità di chi effettua la riproduzione e, solo successivamente, trasmesse all'utente". Sicché, secondo la Commissione, i soggetti che utilizzano tali sistemi di videoregistrazione non potrebbero avvalersi della più favorevole disciplina dell'equo compenso, ma dovrebbero corrispondere ai titolari dei diritti un compenso "pieno".

A detta del Collegio l'interpretazione fornita dalla Commissione è conforme al dato letterale delle norme in esame, ma potrebbe essere contestata effettuando una lettura della normativa comunitaria orientata, invece, dall'analisi economica degli interessi sottostanti. Una tale differente interpretazione infatti, contrariamente a quanto sostenuto nella sentenza in oggetto, indurrebbe a concludere che la direttiva comunitaria disciplini il compenso per la copia privata di opere protette in modo "tecnologicamente neutro", e cioè a prescindere dalla circostanza che essa sia effettuata su supporti locali ovvero su "supporti remoti", e sottintenderebbe "seppur senza menzionarla esplicitamente, la possibilità che terzi intermediari potessero effettuare il servizio di riproduzione digitale (*sub* specie della videoregistrazione da remoto) a fini privati".

I giudici del TAR hanno, tuttavia, ritenuto che nel caso in esame la scelta del Ministero di soprassedere temporaneamente a dare attuazione alla previsione di cui alla lett. d) del comma 1 dell'art. 71-septies, l.d.a., dovesse essere giudicata tutt'altro che arbitraria, considerato il contesto di estrema incertezza sulla qualificazione normativa della registrazione da "supporto remoto" e sulla stessa inquadrabilità del servizio tra le diverse opzioni "neutralmente" indicate dal legislatore comunitario.

Contrariamente a quanto argomentato dal Collegio, la scelta del Ministero di non definire i criteri di determinazione del compenso previsti per i sistemi di videoregistrazione da remoto si rivela, invece, assolutamente illegittima e discriminatoria in quanto, omettendo di dare attuazione ad uno specifico precetto normativo, non tiene conto dell'affidamento

ingenerato nelle imprese del settore da una norma di rango primario pienamente in vigore, ed impedisce ai fornitori di sistemi di videoregistrazione da remoto - tenuti al pagamento dell'equo compenso - una adeguata programmazione e strutturazione economica del servizio, limitando, altresì, lo sviluppo tecnologico nell'offerta di supporti di registrazione.

Appare, quindi, chiara l'estrema rilevanza - trascurata sia dal Ministero sia dalla pronuncia del TAR Lazio in esame - di un'esatta interpretazione della disciplina dettata dalla Direttiva 2001/29/CE e, in particolare, di una puntuale ricostruzione del rapporto intercorrente tra la disciplina delle libere utilizzazioni dei contenuti oggetto di diritti di esclusiva ed i mezzi, in costante evoluzione a fronte del progresso tecnologico-digitale, con cui tali contenuti possono essere registrati e riprodotti da parte dei singoli utenti.

## **6. Il caso “Cablevision” e l’orientamento delle Corti Americane.**

Tale ultimo rilievo appare tanto più importante se si osserva come, in *subiecta materia*, i più recenti orientamenti delle Corti nordamericane risultano coerenti con quanto sostenuto dal ricorrente e, al tempo stesso, in contrasto con i criteri assunti dalla Commissione europea nell'interpretazione della Direttiva n. 2001/29/CE.

In particolare, nel caso “*Cartoon Network v. CSC Holdings*”, con riferimento ad un sistema di videoregistrazione da remoto dell'operatore Cablevision (avente caratteristiche analoghe alla videoregistrazione in uso in Italia), la Corte d'Appello (Il Circuit), ribaltando l'orientamento precedentemente assunto dalla Corte distrettuale, ha chiarito che la titolarità dell'attività di copia di programmi TV tramite sistemi di videoregistrazione da remoto deve essere ascritta al cliente e non deve essere confusa con un servizio offerto dall'operatore che si limita a detenere il supporto [16].

La Corte americana ha, dunque, chiaramente affermato che in relazione ai sistemi di videoregistrazione da remoto il tema principale da analizzare per consentire la ricostruzione normativa della fattispecie è individuare l'imputabilità dell'atto volitivo relativo all'attività di copia e, nel caso di specie, lo ha ravvisato in capo agli utenti, così ricostruendo la fattispecie della copia mediante sistemi di videoregistrazione come una riproduzione ad uso privato del cliente tramite videoregistratori evoluti (c.d. *fair use*).

Al contrario, il Tribunale Amministrativo italiano, senza analizzare la natura e le caratteristiche dei sistemi di videoregistrazione da remoto e la loro compatibilità con l'eccezione della copia privata, e unicamente sulla base dell'incertezza creata dalla nota della Commissione Europea, ha respinto *in toto* le argomentazioni presentate dal ricorrente.

I giudici del TAR non hanno in alcun modo valutato che la necessità di riconoscere ai sistemi di videoregistrazione da remoto pari dignità rispetto

ai sistemi di videoregistrazione tradizionali risponde all'esigenza di offrire una pronta risposta all'inarrestabile innovazione tecnologica che informa i sistemi di circolazione e sfruttamento delle opere dell'ingegno e, quindi, di promuovere lo sviluppo di nuove iniziative economiche che interpretano e rispondono alle mutate esigenze della collettività.

Non riconoscere finalità di riproduzione ad uso privato anche alla videoregistrazione da remoto significa, inoltre, violare il principio dell'art. 3 della Costituzione, in quanto in tal modo viene a crearsi una ingiustificata disparità di trattamento tra i sistemi di videoregistrazione oggi esistenti sul mercato. La soluzione accolta dal legislatore nazionale con l'introduzione della disposizione di cui alla lettera d) del comma 1 dell'art. 71-septies, l.d.a., valorizzando gli sviluppi tecnologici relativi ai sistemi di videoregistrazione, mira, invece, ad evitare un'illegittima discriminazione tra nuove tecnologie – quali, appunto, quelle di videoregistrazione da remoto – e vecchie tecnologie di registrazione, il cui utilizzo è ad oggi pacificamente riconosciuto e consentito [17].

## **7. Considerazioni conclusive.**

Per concludere è evidente, infine, che la necessità di delineare l'effettiva portata della disciplina sancita dall'art. 5, par. 2, lett. b), della Direttiva. 2001/29/CE, al fine di accertare con chiarezza se nell'ambito dei supporti attraverso i quali i privati possono attualmente beneficiare della disciplina ivi descritta della copia privata rientrano anche quelli che la normativa italiana prende in considerazione come strumenti di videoregistrazione da remoto, appare ancora più attuale ed indispensabile alla luce della diffusione delle nuove tecnologie e, in particolare, dello sviluppo dei servizi di c.d. "*cloud computing*" [18].

Lo sviluppo di tali nuovi servizi, ad oggi fortemente incoraggiato da forze politiche e operatori del settore, risulta infatti ostacolato dall'incertezza circa la loro legittimità e la loro conformità con i diritti di proprietà intellettuale, progettati per un mercato audiovisivo c.d. "*off line*".

Alla luce di tali innovazioni risulta, quindi, indifferibile la necessità di definire un quadro giuridico volto ad agevolare lo sviluppo di tale mercato e che assicuri agli autori un nuovo modello di remunerazione dei diritti di proprietà intellettuale per lo sfruttamento delle opere sui nuovi media.

In particolare, risulta necessario un intervento legislativo per garantire che le disposizioni attuali sull'esenzione per copia privata possano essere applicate anche al quadro digitale, riconoscendo così ai privati la possibilità di fare una copia di contenuti audiovisivi, legalmente posseduti, anche attraverso la tecnologia *cloud*.

-----  
Note

[\*] Il presente saggio è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente del Comitato di Referee secondo il Regolamento adottato da questa Rivista.

[1] Decreto del Ministero per i Beni e le Attività Culturali 30 dicembre 2009, pubblicato in data 14 gennaio 2010 sul sito web del Ministero e oggetto di comunicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 54 del 6 marzo 2010. Tale Decreto è accompagnato da un Allegato Tecnico che ne costituisce parte integrante e da una Relazione Illustrativa a cura del Capo dell'Ufficio Legislativo.

[2] Il compenso per copia privata attiene ad un emolumento di natura privatistica che viene escusso dalla SIAE e che tramite detto ente spetta agli autori ed ai produttori di fonogrammi, ai produttori originari di opere audiovisive, agli artisti, interpreti ed esecutori ed ai produttori di videogrammi e loro aventi causa, a fronte della copia legittimamente realizzata, in via d'eccezione, dalle persone fisiche, per uso esclusivamente personale, senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali. Il compenso per copia privata va quindi distinto dai c.d. contrassegni previsti dall'art. 181-bis l.d.a., cui va attribuita una funzione eminentemente pubblica a vantaggio della collettività, essendo funzione del contrassegno quella di autenticazione del prodotto ai fini della sua commercializzazione, per combattere la pirateria nella riproduzione e utilizzazione delle opere dell'ingegno.

[3] Al contrario, ampliando l'ambito di applicazione della normativa ad apparecchi e supporti che nulla hanno a che vedere con l'esercizio della facoltà di copia privata, estendendo così i possibili destinatari dell'onere indennitario, il Decreto ha trasformato il compenso in una prestazione imposta in via generalizzata, priva di ogni riferimento con quella relazione tra la facoltà di copia privata ed il correlato sacrificio del diritto di riproduzione che nella normativa comunitaria costituisce l'unico presupposto legittimante l'istituzione dell'equo compenso.

[4] Sul punto si veda anche T.A.R. Lazio, Roma, Sez. Il quater, 2 marzo 2012, n. 2160: "l'equo compenso per copia privata di opere tutelate dal diritto di autore deve essere necessariamente calcolato sulla base del criterio del pregiudizio causato agli autori delle opere protette per effetto dell'introduzione dell'eccezione per copia privata. Orbene, stante la direttiva n. 2001/29/CE e tenuto conto delle difficoltà pratiche per individuare gli utenti privati nonché per obbligarli a indennizzare i titolari dei diritti del pregiudizio loro procurato, gli Stati membri possono istituire un "prelievo per copia privata" a carico non dei soggetti privati interessati, bensì di coloro che dispongono di apparecchiature, dispositivi e supporti di riproduzione digitale e che, quindi, conseguentemente, di diritto o di fatto, mettono tali apparecchiature a disposizione dei soggetti privati ovvero rendono loro un servizio di riproduzione. A loro volta, tali soggetti

possono ripercuotere l'importo del prelievo sul prezzo della messa a disposizione di tali apparecchiature, ovvero sul prezzo del servizio di riproduzione da essi reso. Ciò premesso, l'utente privato a favore del quale vengano messi a disposizione i predetti dispositivi deve essere considerato, quale "debitore indiretto" dell'equo compenso".

[5] Il Considerando 35° della Direttiva 2001/29/CE specifica ulteriormente questa conclusione, ricordando come in "talune situazioni, allorché il danno per il titolare dei diritti sarebbe minimo, non può sussistere alcun obbligo di pagamento". Concretamente ciò implica che ogni decisione relativa all'introduzione di nuove categorie di prodotti cui applicare il compenso debba necessariamente basarsi su parametri che rigorosamente tengano conto del pregiudizio effettivamente subito dal titolare che non può essere quindi meramente presunto.

[6] Quanto alla questione dei soggetti interessati dal "giusto equilibrio" la Corte rileva come il 31° considerando della Direttiva 2001/29/CE prevede di garantire un giusto equilibrio tra i diritti e gli interessi degli autori beneficiari dell'equo compenso, da un lato, e quelli degli utenti dei materiali protetti, dall'altro. Posto che la realizzazione di una copia da parte di persona fisica che agisca a titolo privato deve essere considerata quale atto idoneo a causare un pregiudizio per l'autore dell'opera interessata, ne consegue che, in linea di principio, incombe su quest'ultimo indennizzare il danno connesso con tale riproduzione, secondo le indicazioni dei considerando 35° e 38° della Direttiva.

[7] Su tale punto la Corte di Giustizia nel caso "Padawan" ha precisato che: "... l'applicazione indiscriminata del prelievo per copia privata nei confronti di tutti i tipi di apparecchiature, dispositivi e supporti di riproduzione digitale, ivi compresa l'ipotesi in cui essi siano stati acquistati da soggetti diversi da persone fisiche a fini manifestamente estranei a quelli della realizzazione di copie private, non risulta conforme all'art. 5, n. 2 della Direttiva". Precisa, inoltre, la Corte che ove tali apparecchiature vengano messe a disposizione di persone fisiche a fini privati, non è necessario accertare che queste ultime abbiano effettivamente realizzato copie private ed abbiano effettivamente causato un pregiudizio all'autore dell'opera protetta, essendo sufficiente a giustificare l'applicazione del prelievo la semplice capacità di tali apparecchiature e di tali dispositivi di realizzare copie, a condizione che siano stati messi a disposizione di persone fisiche quali utenti privati.

[8] Esaminando, infatti, le categorie di apparecchi prese in considerazione dalla l. n. 633/1941 ai fini dell'applicazione della disciplina sul diritto al compenso (art. 71-septies, comma 1), ci si accorge di come il legislatore, conformemente all'orientamento comunitario, abbia inteso prevedere un compenso per la copia ad uso privato solo in relazione a quegli apparecchi esclusivamente destinati alla registrazione analogica o digitale; ovvero per quegli apparecchi che pur essendo destinati in via primaria alla

registrazione analogica o digitale di fonogrammi o videogrammi, posseggano funzioni ulteriori. L'analisi dell'art. 39 d.lgs. n. 68/2003 conferma come il diritto al compenso non possa sorgere se non in relazione all'acquisto e all'utilizzazione di prodotti strutturalmente funzionali alla registrazione e riproduzione di fotogrammi e videogrammi, in quanto solo a fronte di questi particolari apparecchi e supporti può emergere l'esigenza di indennizzare i titolari dei diritti d'autore per lo sfruttamento come "copia privata" di materiale audio e video.

[9] cfr. Allegato Tecnico, art. 3: "per gli apparecchi monofunzionali o polifunzionali con memoria o hard disk fissi è dovuto il solo compenso per copia privata commisurato alla capacità di registrazione resa dalla memoria o hard disk fissi". Nella Relazione illustrativa che accompagna il decreto, al riguardo, si legge che "si è tenuto conto dell'importanza che nello sviluppo tecnologico hanno assunto le "memorie" ormai presenti, di fatto, in qualsiasi apparato".

[10] Gli stessi rappresentanti delle associazioni dei titolari dei diritti e i rappresentanti delle associazioni dei produttori di supporti e apparecchi, nel corso dell'audizione del 10 dicembre 2009 presso il Ministero per i beni e le attività culturali, si sono fermamente opposti all'inclusione di detti supporti nel Decreto, in quanto "apparecchi non specificamente dedicati alla registrazione e memorizzazione di contenuti", sottolineando, peraltro, come una simile imposizione dei criteri di compenso da copia privata potesse da ultimo gravare sui consumatori finali dei suddetti prodotti.

[11] Sul punto la "sentenza Padawan" ha affermato che solo la singola utilizzazione privata, individualmente considerata, potrebbe arrecare un pregiudizio minimo, ma non anche quando il fenomeno sia diffuso o reiterato e si tratti quindi di una pluralità di utilizzazioni private, per le quali si ravvisa la necessità del pagamento di un equo compenso. Di conseguenza, il considerando 35° della Direttiva non consentirebbe, a detta del TAR, di escludere dal novero delle ipotesi atte a determinare l'insorgere dell'indennizzo per copia privata gli apparecchi polifunzionali in base al loro effettivo utilizzo secondo le preferenze dei consumatori, in quanto quest'ultimo elemento non eliminerebbe l'attitudine di tali mezzi ad essere utilizzati al fine di riproduzione di copia privata.

[12] Al riguardo il Ministero ha dedotto che si è reso necessario effettuare un'ulteriore distinzione legata al tipo di dispositivo che ospita tali "memorie" e che ne determina sostanzialmente l'utilizzo più o meno dedicato alla registrazione di fonogrammi e di videogrammi "anche in linea con il disposto normativo dell'art. 71-septies, l.d.a., che, con riferimento alle 'memorie', ha utilizzato gli aggettivi 'fisse o trasferibili' per ricomprendere, senza possibilità di equivoci, tutto i tipi di memorie, anche quelle inserite stabilmente in apparati di memorizzazione o registrazione".

[13] Per il TAR legittimo risulta anche l'inserimento nell'art. 2, comma 1 dell'Allegato Tecnico, alla lett. x), della norma di chiusura riguardante i

prodotti non ancora in commercio, volta ad evitare che grazie all'evoluzione tecnologica si possa eludere il pagamento di detto compenso.

[14] Il MiBAC ha fondato l'omissione proprio sulle asserite controversie che sarebbero emerse in ambito comunitario circa l'inclusione dei sistemi di videoregistrazione da remoto nell'ambito dell'eccezione di copia privata e, più specificamente, in base al fatto che la Commissione europea, con la nota in esame, ha rappresentato al Governo italiano la necessità di abrogare la disposizione di cui all'art. 71-septies, co. 1, ultimo periodo, l.d.a. Tuttavia, in assenza di un intervento da parte del legislatore, non può essere di certo l'esistenza di un presunto contrasto con i principi comunitari a rendere legittima la mancata osservanza di una norma di legge ad opera di una fonte di rango secondario.

[15] Le misure tecnologiche a protezione degli originali consistono, a norma dell'art. 102-quater, l.d.a., in tutte le tecnologie, i dispositivi o i componenti che, nel normale corso del loro funzionamento, sono destinati a impedire o limitare atti non autorizzati dai titolari dei diritti. L'art. 102-quater, l.d.a, deve essere esaminato congiuntamente all'art. 71-sexies, l.d.a, che afferma la necessità che le misure di protezione, ove apposte sui fonogrammi/videogrammi originali non devono impedire all'acquirente dell'opera protetta la possibilità di estrarne copia per uso personale. Ne consegue che, anche in presenza di misure di protezione idonee a limitare la copia indiscriminata delle opere contenute sui supporti audio e video, è legittimo comunque fare almeno una copia privata e tale copia deve essere soggetta al prelievo per equo compenso.

[16] Cfr. *Cartoon Network v. CSC Holdings*, 536 F.3d 121 (2nd Cir. 2008), Nella decisione si legge, infatti, che "In the case of a VCR, it seems clear—and we know of no case holding otherwise—that the operator of the VCR, the person who actually presses the button to make the recording, supplies the necessary element of volition, not the person who manufactures, maintains, or, if distinct from the operator, owns the machine. We do not believe that a Remote-DVR customer is sufficiently distinguishable from a VCR user to impose liability as a direct infringer on a different party for copies that are made automatically upon that customer's command".

[17] Cfr. Andrea Zoppini, "La nuova disciplina della copia privata da remoto", in *Scenari e prospettive del diritto d'autore*, a cura di Alberto M. Gambino e Valeria Falce, 2009: "Consentire la copia privata da remoto da parte di un intermediario garantisce il rispetto dei principi costituzionali di cui agli artt. 3 e 41, consentendo lo sviluppo di nuovi mercati di servizi tecnologici, consente agli utenti di usufruire di innovativi strumenti di videoregistrazione accessibili anche in assenza dei supporti tradizionali di videoregistrazione e rappresenta un'efficace garanzia di esatto adempimento della disciplina della riproduzione privata ad uso personale, in quanto assicura la fruizione delle opere unicamente alla persona fisica

che ne abbia fatto richiesta, con l'adozione di misure tecnologiche di protezione gestite dal professionista che presta il servizio".

[18] Sul punto cfr. lo studio di Josh Lerner "*The impact of copyright policy changes on venture capital investment in cloud computing companies*", per il quale il caso "*Cartoon Network v. CSC Holdings*" (meglio noto come sentenza "Cablevision") ha avuto un enorme impatto sul capitale di rischio investito dagli Stati Uniti per i servizi di *cloud computing*, mentre la stessa crescita non si è verificata in Europa né tantomeno in Italia dove le barriere normative derivanti da una non corretta applicazione dell'eccezione relativa alla copia privata sono ancora di ostacolo allo sviluppo della tecnologia di videoregistrazione da remoto (copia/riproduzione di contenuti audiovisivi attraverso un server remoto, quindi, una tecnologia di *cloud*) offerta in pacchetti di IPTV e, di conseguenza, frenano lo sviluppo dei servizi di *cloud*.

**QUADERNI DI  
DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA  
Numero 1 - 2013  
Anno III  
[www.dimt.it](http://www.dimt.it)  
ISSN (Online edition): 2239-7442**