

N. 02156/2012 REG.PROV.COLL.
N. 02587/2010 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

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

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2587 del 2010, proposto da:
Soc Nokia Italia Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Vincenzo
Cerulli Irelli, Gabriele Cuonzo, con domicilio eletto presso Vincenzo
Cerulli Irelli in Roma, via Dora, 1;

contro

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

nei confronti di

Soc Siae, rappresentato e difeso dagli avv. Alessandra Amendola,
Stefano Astorri, Maurizio Mandel, Paolo Picozza, 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 del 30 dicembre 2009 e del connesso Allegato Tecnico, pubblicato sul sito del Ministero in data 14 gennaio 2010 con avviso di pubblicazione nella G.U. del 6 marzo 2010, Serie Generale n. 54, contenente la determinazione del compenso per la riproduzione privata di fonogrammi e di videogrammi;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero Per i Beni e Le Attività Culturali e di Soc Siae;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 luglio 2011 il dott. Maria Laura Maddalena e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso in epigrafe, la società ricorrente, ancorando la propria legittimazione alla sua qualità di azienda leader nella produzione e commercializzazione di prodotti e connessa prestazione di servizi relativi alla telefonia mobile, impugna il decreto del Ministero per i beni e le attività culturali, adottato in data 30 dicembre 2009, nella parte in cui ha esteso l'applicazione del prelievo per equo compenso anche ai telefoni cellulari e nella parte in cui ha previsto per le memorie e gli hard disk integrati in dispositivi aventi primaria funzione di comunicazione (ovvero i medesimi telefoni cellulari) un compenso fisso di 0,90 euro.

Il ricorso è articolato in varie censure di violazione di legge ed eccesso di potere.

Il Ministero si è costituito ed ha depositato una memoria per chiedere il rigetto del ricorso.

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.

Sono intervenuti ad adiuvandum: l'Assotelecomunicazioni, Vodafone e H3g Spa.

Hanno spiegato intervento ad opponendum l'ANICA, l'IMAIE e l'A.P.T., chiedendo la reiezione del ricorso.

L'Associazione Nazionale Industrie Cinematografiche Audiovisive e Multimediale – A.N.I.C.A. – ha proposto inoltre ricorso incidentale avverso il decreto impugnato nella parte in cui ha pregiudicato i propri interessi essendo stata ridotta l'entità dell'equo compenso rispetto a quello elaborato dalla Commissione speciale incaricata dell'istruttoria.

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

All'udienza del 12 luglio 2011, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Il provvedimento impugnato, decreto del ministero per i beni e le attività culturali adottato il 30 dicembre 2009, ha ad oggetto la disciplina del cosiddetto “equo compenso” ovvero di quella somma che, a fronte della riproduzione privata per uso personale di opere dell'ingegno, deve essere corrisposta agli autori delle stesse opere tramite la Società Italiana Autori ed Editori (S.I.A.E.).

In via di principio, il diritto d'autore implica il diritto esclusivo di riproduzione di un'opera (art. 13 L. 1474/41 n. 633 relativa alla “Protezione del diritto di autore e di altri diritti connessi al suo esercizio”), il che comporta che la riproduzione di un'opera protetta dal diritto d'autore può essere effettuata solo previa autorizzazione

dell'autore stesso o dei suoi aventi causa, se del caso previo versamento di un corrispettivo.

La regola generale è soggetta tuttavia ad alcune limitazioni, finalizzate all'equo contemperamento degli interessi economici dell'autore e di quello pubblico alla diffusione ed uso delle opere dell'ingegno.

Con la direttiva 2001/29/CE del 22 maggio 2001, il Legislatore comunitario, dopo aver dettato alcune disposizioni "sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione", ha appunto stabilito, 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 ha novellato la L. n. 633/41 (l. sul diritto di autore) introducendo gli artt. 71 sexies, 71 septies e 71 octies.

Con riferimento specifico alle opere che possono essere riprodotte su supporti audio e video (come le opere cinematografiche ed i brani

musicali), la legislazione nazionale prevede dunque un'eccezione per la cosiddetta "copia privata", ovvero per "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".

In questo caso, la legge non prevede il pagamento di un corrispettivo all'autore per la riproduzione dell'opera protetta, ma il solo pagamento di un "compenso" finalizzato ad indennizzare lo stesso autore per il pregiudizio comunque subito per effetto della riproduzione non autorizzata di copie della sua opera.

In particolare, il comma 2 dell'art. 71 septies della L. n. 633/41 ha previsto che il compenso per copia privata dovesse essere determinato, nel rispetto della normativa comunitaria e comunque tenendo conto dei diritti di riproduzione, con decreto del Ministro per i beni e le attività culturali, da adottare entro il 31 dicembre 2009, previa una particolare procedura di cui si dirà.

Il provvedimento impugnato nel presente giudizio è appunto tale decreto, che è stato adottato dal Ministero per i beni e le attività culturali ai sensi del secondo comma dell'art. 71 septies.

Con tale decreto, il compenso per copia privata viene esteso – per ciò che concerne la società ricorrente – anche ai telefoni cellulari in quanto dotati anche di funzione di registrazione e riproduzione audio e video. In precedenza, invece, aveva trovato applicazione il regime

transitorio di cui all'art. 39 del D.Lgs. n. 68/03 che aveva sottoposto a compenso i soli supporti ed apparecchi destinati in modo prevalente, se non esclusivo, alla registrazione di copie di fonogrammi e videogrammi.

Per tale ragione, l'odierna ricorrente impugna in particolare il decreto nella parte in cui, all'art. 2, lett. w) dell'Allegato Tecnico, fissa in Euro 0,90 centesimi il compenso per copia privata su "memoria o hard disk integrato in dispositivo avente primaria funzione di comunicazione e dotato di funzione di registrazione e riproduzione multimediale audio o video".

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 la 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 che

essere identificato 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 sia ad opponendum. In relazione a questi ultimi va in particolare 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 poi, oltre ad aver proposto l'atto di intervento ad opponendum, ha proposto anche il ricorso incidentale avverso il decreto impugnato in via principale dalle odierne ricorrenti in relazione all'entità degli importi spettanti a titolo di compenso per la copia privata, in quanto troppo basse e comunque considerevolmente inferiori 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.

Si può passare ad esaminare le questioni di merito.

Con il primo motivo di ricorso, la società ricorrente deduce la violazione dell'art. 71 septies l. 633/1941 (legge sul diritto di autore) con riferimento all'art. 23 Cost.

Secondo la ricorrente, infatti, con il decreto impugnato, il ministero avrebbe disposto una illegittima estensione della applicazione della disciplina dell'equo compenso anche ai produttori ed esportatori di telefoni cellulari, con 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 è 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.

In subordine, la SIAE sostiene che 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.

Essa infatti, sin dalle prime pronunce rese dalla Corte, è stata ricondotta non solo alle prestazioni di natura tributaria ma anche quelle 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 della imposizione legale (cfr. ad es. sentenze n. 55 del 1963, n. 72 del 1969, n. 127 del 1988, n. 236 del 1994, n. 215 del 1998 e da ultimo C.Cost. 435 del 2001).

In particolare, con la sent. 72 del 1969 è stata riconosciuta l'applicazione dei principi di cui all'art. 23 alle tariffe telefoniche, all'epoca gestite in forma monopolistica, e attinenti ad un servizio pubblico essenziale. Infatti, in quella pronuncia si è affermato che il fatto che il servizio fosse richiesto dal privato non impedisce di affermare il carattere “imposto” del corrispettivo.

Natura di prestazione imposta è stata poi riconosciuta anche al pagamento del diritto di approdo da parte dell'utente di beni del

demanio marittimo (C. cost., 2 febbraio 1988 n. 127) e al canone dovuto per l'estrazione di materiale sabbioso dal greto dei fiumi, trattandosi di canone per un'utilizzazione di beni demaniali che, pur avendo a base un negozio fra la p.a. ed il privato, è imposto autoritativamente, per la fruizione di un bene pubblico. (Corte costituzionale, 10 giugno 1994 , n. 236). La Corte ha inoltre affermato che anche le tariffe (che vengono inserite di diritto nei contratti di assicurazione per la responsabilità civile dei veicoli e dei natanti, la cui stipula è obbligatoria, per legge, per ogni possessore di veicolo a motore che intenda farlo circolare) costituiscono "prestazione patrimoniale imposta" ai sensi dell'art. 23 cost., tenuto conto che la determinazione da parte del Cip 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 (C. cost., 19 giugno 1998 , n. 215). Infine, si è ammesso il sindacato per violazione dell'art. 23 Cost. in relazione alle tariffe dei c.d. diritti sanitari dovuti alle aziende sanitarie per le prestazioni, gli accertamenti e le indagini effettuate per conto e nell'interesse di terzi richiedenti (C.Cost. 28 dicembre 2001 , n. 435). In questa ultima sentenza, in particolare, la Corte, discostandosi da alcuni precedenti in materia, ha specificato che non è necessario, per ritenere la prestazione in esame "imposta", far ricorso ad elementi di non facile

definizione, come il carattere di "servizio essenziale" ai bisogni della vita, rivestito dall'attività del soggetto cui la prestazione patrimoniale è dovuta (cfr. sentenze n. 72 del 1969, n. 127 del 1988, n. 215 del 1998), dovendo invece unicamente focalizzarsi l'attenzione sul profilo della "imposizione legale" della prestazione, ancorché essa possa avere una funzione corrispettiva di altra controprestazione.

La Corte ha invece escluso che potesse qualificarsi come prestazione patrimoniale imposta da parte dell'ente proprietario della strada il pagamento di una tariffa per la sosta del veicolo, il quale è configurabile piuttosto come corrispettivo - commisurato ai tempi e ai luoghi della sosta, di una utilizzazione particolare della strada, rimessa ad una scelta dell'utente non priva di alternative - che non come un tributo o una prestazione patrimoniale imposta. (Corte costituzionale, 29 gennaio 2005, n. 66).

Dall'esame della casistica giurisprudenziale sopra esaminata e in particolare dell'ultima sentenza citata può dirsi che, nella giurisprudenza costituzionale, si parla di "prestazione imposta" non solo quando la fonte della prestazione è di tipo autoritativo, ma anche quando vi sono 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. In questo senso, dunque, la prestazione è imposta, giacché l'unico

modo che ha il privato per sottrarvisi è rinunciare alla controprestazione da lui desiderata.

Estremamente significativa, a questo proposito, appare la sentenza da ultimo menzionata 29 gennaio 2005, n. 66 nella quale la Corte ha escluso che potesse qualificarsi come prestazione patrimoniale imposta da parte dell'ente proprietario della strada il pagamento di una tariffa per la sosta del veicolo, il quale è configurabile piuttosto come corrispettivo di una utilizzazione particolare della strada, rimessa ad una scelta dell'utente non priva di alternative.

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 della 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 C.Cost. 435/2001, concernente le tariffe dei c.d. diritti sanitari dovuti alle aziende sanitarie per le prestazioni, gli accertamenti e le indagini effettuate per conto e nell'interesse di terzi richiedenti, nella quale appunto la Corte ha fatto riferimento alla "prevalenza" della imposizione legale nonostante la funzione di corrispettivo della prestazione imposta.

Osserva tuttavia il collegio che proprio la lettura di tale sentenza offre invece spunti in senso contrario a quanto sostenuto dalla SIAE e a conferma di quanto si è sopra sostenuto. Essa infatti precisa che

la prestazione, pur avendo una funzione sinallagmatica per lo svolgimento di un'attività (nel caso di specie da parte 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 procedimenti 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 dalla stessa ricorrente, 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 l'art. 71-septies della l. 633/1941 contenga delle indicazioni sufficientemente stringenti per poter ritenere rispettato l'art. 23 Cost..

Ad avviso della ricorrente, il decreto impugnato avrebbe esorbitato dai limiti posti dalla fonte legislativa nella individuazione del campo oggettivo e soggettivo di applicazione del prelievo.

In particolare, la ricorrente lamenta che l'art. 71 septies non definisce la nozione di “apparecchio polifunzionale”, mentre il decreto ministeriale lo definisce in modo amplissimo, come comprensivo anche di apparecchi non espressamente destinati alla registrazione audio/video o per i quali tale funzione è di minore rilevanza, quali i

telefoni cellulari.

La prospettazione difensiva non convince.

Va infatti 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 specifica questione posta dalla ricorrente circa la 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 primaria 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 innovativo.

Analogo discorso va fatto per quanto concerne la definizione della nozione di "importatore".

Esso è definito dal decreto ministeriale impugnato come: "chiunque in territorio italiano sia destinatario di apparecchi, supporti o memorie assoggettate al compenso per copia privata, quale che sia il paese di provenienza degli apparecchi, supporti o memorie stesse. In

caso di operazioni commerciali effettuate anche da soggetti residenti all'estero verso un consumatore finale, importatore è il soggetto che effettua la vendita o offre le disponibilità del prodotto.”

L'art. 71 septies, al comma 3, menziona l'importatore come colui che importa nel territorio dello Stato allo scopo di trarne profitto gli apparecchi e i supporti indicati nel comma 1.

Tra le due definizioni, pur essendo certamente la prima più dettagliata e specifica, non si rinviene alcuna discrasia o contrasto. Infatti, ciò che rileva essenzialmente è che l'importatore, inteso come figura professionale e non come consumatore finale, sia il destinatario in Italia dell'apparecchio, supporto o memoria assoggettato al compenso ovvero che, qualora si tratti di operazioni commerciali effettuate da soggetti residenti all'estero verso un consumatore finale dimorante in Italia, sia il soggetto che effettua la vendita o offre le disponibilità del prodotto.

La ricorrente tuttavia lamenta la possibilità che, interpretata letteralmente, la norma possa finire per ricomprendere anche nella definizione di importatore l'acquirente finale, nel caso in cui vi siano operatori stranieri che mettono in vendita sul proprio sito internet gli apparecchi soggetti a compenso, per poi spedirli agli eventuali acquirenti in Italia. Tale possibilità, tuttavia, a ben vedere è stata espressamente esclusa proprio dalla seconda parte della definizione di importatore contenuta nel decreto impugnato, laddove si specifica che, in deroga a quanto detto nella prima parte, qualora si tratti di

operazioni effettuate da soggetti residenti all'estero verso un consumatore finale (in Italia), importatore è il soggetto che effettua la vendita o offre le disponibilità del prodotto, e non dunque in nessun caso l'acquirente.

Tale soluzione offerta dal decreto impugnato appare assolutamente in linea con quanto ha di recente affermato la Corte di giustizia europea sent. del 16 giugno 2011 (proc. C-462/09 *Stichting de Thuiskopie*), par. 39, laddove si afferma, in virtù del principio dell'effetto utile, che la normativa nazionale, in caso di contratti negoziati a distanza tra un compratore e un venditore professionale di apparecchiature, dispositivi o supporti di riproduzione, debba essere interpretata nel senso di individuare il soggetto debitore dell'equo compenso nel "venditore che ha contribuito alle importazioni dei suddetti supporti mettendoli a disposizione degli utenti finali".

Va quindi esaminata la censura concernente la previsione del potere per la SIAE di promuovere protocolli per una efficace applicazione del decreto, così attribuendo al soggetto che deve riscuotere le prestazioni patrimoniali imposte, un eccessivo margine di discrezionalità.

Secondo la ricorrente, la SIAE si troverebbe in un chiarissimo conflitto di interessi, poiché essa rappresenta gli interessi dei percettori dei compensi.

Tale prospettazione non può essere condivisa.

Si rileva in primo luogo che la SIAE non è percettore finale delle somme corrisposte a titolo di compenso per copia privata, infatti l'art. 71 octies comma 2 prevede che “il compenso di cui all' articolo 71-septies per gli apparecchi e i supporti di registrazione video è corrisposto alla Società italiana degli autori ed editori (S.I.A.E.), la quale provvede a ripartirlo al netto delle spese, anche tramite le loro associazioni di categoria maggiormente rappresentative, per il trenta per cento agli autori, per il restante settanta per cento in parti uguali tra i produttori originari di opere audiovisive, i produttori di videogrammi e gli artisti interpreti o esecutori.”

Sempre in via preliminare va poi rilevato che l'art. 4 del DM impugnato (Protocolli applicativi) rimette alla SIAE il compito di promuovere la stipula di “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 (..)”

Si tratta, come è evidente dal titolo e dal tenore letterale dell'articolo, solo di “protocolli applicativi” che non possono dunque disciplinare ex novo la materia delle esenzioni oggettive e soggettive ma solo applicare la normativa già adottata sul tema (significativo a tale proposito l'uso dell'espressione “praticare”).

Tale disposizione, invero, recepisce la prassi sviluppatasi nel vigore del precedente regime nel quale la SIAE, in accordo con le associazioni di categoria maggiormente rappresentative dei

produttori di apparecchi e supporti, ha individuato – tramite appositi Criteri applicativi – specifiche ipotesi in cui l'acquirente è esentato (o rimborsato) dal pagamento dell'equo compenso.

Peraltro, nelle more della adozione dei nuovi protocolli di esenzione, il D.M. ha previsto espressamente che “ restano in vigore gli accordi previgenti alle presenti disposizioni” (v. ad esempio i “Criteri applicativi e modalità operative per il calcolo e la corresponsione del compenso” nella versione del 2003, allegato 4 alla memoria SIAE).

In particolare, per quanto concerne la questione dell'esenzione per l'uso professionale – profilo che sarà ripreso e sviluppato nel prosieguo della motivazione – occorre in tale sede precisare come il DM impugnato si ponga pienamente in linea con le disposizioni del diritto comunitario e nazionale, non imponendo appunto alcuna prestazione patrimoniale con riguardo all'uso professionale del prodotto ma anzi, al contrario, stabilendo espressamente la necessità di prevedere – mediante i suddetti accordi - esenzioni con riguardo all'ipotesi di uso professionale dell'apparecchio. Dunque, nessuna violazione della riserva di legge di cui all'art. 23 Cost. può essere rinvenuta, essendo la SIAE vincolata a concludere gli accordi destinati a disciplinare le esenzioni soggettive ed oggettive, con particolare riferimento all'uso professionale.

Con il secondo motivo di ricorso, la società ricorrente lamenta la violazione dell'art. 17 della L. n. 400/88 sostenendo che l'atto impugnato avrebbe natura regolamentare e che pertanto esso

avrebbe dovuto essere adottato previo parere del Consiglio di Stato, essere comunicato al Presidente del Consiglio dei Ministri prima della sua emanazione, recare la denominazione di “regolamento” ed essere sottoposto al visto di registrazione della Corte dei conti nonchè pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale.

La censura è infondata.

Circa la distinzione tra un atto avente natura regolamentare e un mero atto amministrativo generale, la Corte Suprema di Cassazione afferma che a differenza degli atti e provvedimenti amministrativi generali - che sono espressione di una semplice potestà amministrativa e sono rivolti alla cura concreta d'interessi pubblici, con effetti diretti nei confronti di una pluralità di destinatari non necessariamente determinati nel provvedimento, ma determinabili - i regolamenti sono espressione di una potestà normativa attribuita all'amministrazione, secondaria rispetto alla potestà legislativa, e disciplinano in astratto tipi di rapporti giuridici mediante una regolazione attuativa o integrativa della legge, ma ugualmente innovativa rispetto all'ordinamento giuridico esistente, con precetti aventi i caratteri della generalità e dell'astrattezza. (Cass. sez. un. 28.11.1994, n. 10124; Cassazione civile, sez. III, 22 febbraio 2000, n. 1972; Cassazione civile sez. III, 5 marzo 2007, n. 5062).

Il Consiglio di Stato, in termini non dissimili, sostiene che gli atti di natura regolamentare, in quanto espressione della potestà attribuita all'amministrazione di incidere, integrandola ed arricchendola, su una

precedente disciplina legislativa, innovano l'ordinamento giuridico con precetti aventi i caratteri della generalità ed astrattezza, a differenza degli atti e provvedimenti amministrativi generali che sono espressione di una semplice potestà amministrativa di natura gestionale e sono rivolti alla cura concreta d'interessi pubblici, seppure a destinatari indeterminati. (Consiglio St. Atti norm., 11 luglio 2005, n. 911)

L'applicazione alle singole fattispecie concrete di tali principi non è agevole, tuttavia le considerazioni che si sono svolte sopra circa la completezza della disciplina dettata dalle norme di legge, e in particolare dall'art. 71 septies, depongono nel senso che nessun capacità di innovazione possa attribuirsi al decreto impugnato.

A ciò si aggiunga che esso ha essenzialmente la funzione di quantificare l'importo del compenso per copia privata, in applicazione di criteri determinati dalla legge e nell'esercizio di poteri di discrezionalità tecnica, per ciascuna delle singole tipologie di apparecchi e supporti per i quali deve essere erogato.

Si tratta dunque sostanzialmente di un provvedimento assimilabile ai provvedimenti tariffari, i quali – secondo la giurisprudenza amministrativa – non costituiscono, almeno nella prevalenza dei casi, espressione di una potestà amministrativa regolamentare ma sono invece riconducibili alla categoria degli atti generali perché, pur rivolgendosi ad una categoria indeterminata di destinatari, non determinano alcuna rilevante innovazione dell'ordinamento giuridico,

già conseguita nei suoi elementi sostanziali dalla norma primaria che li preveda. (Consiglio St. Atti norm., 19 febbraio 2007, n. 584).

Anche dal punto di vista procedimentale o formale, vi sono elementi indicativi della natura non regolamentare del decreto in questione.

In primo luogo, il procedimento di approvazione è disciplinato dal comma 2 dell'art. 71 septies in modo del tutto diverso da quanto prevede l'art. 17 della l. 400/1988. Detta norma infatti demanda al Ministero il compito di determinare il compenso con apposito decreto da emanarsi entro il 31 dicembre 2009 – tenendo conto sia della normativa comunitaria che dei diritti di riproduzione - dopo aver acquisito in sede istruttoria i pareri sia del comitato di cui all'art. 190 (Comitato consultivo permanente per il Diritto di Autore) che delle associazioni maggiormente rappresentative dei produttori degli apparecchi e dei supporti. Sarebbe dunque illogico sostenere, in contrasto con il procedimento espressamente delineato dal legislatore, l'applicazione del modulo procedurale di cui all'art. 17 l. 400/1988.

Inoltre, come ha sottolineato la difesa della SIAE, il procedimento di cui all'art. 71 septies, comma 2, è modellato appunto secondo lo schema tipico di quello degli atti non normativi e di determinazione delle tariffe, prevedendo una ampia partecipazione degli interessati.

Risulta peraltro che il Ministero, nello svolgimento della istruttoria propedeutica all'adozione del decreto, abbia commissionato delle indagini di mercato e abbia effettuato una ricognizione della

situazione normativa ed economica dei diritti di copia privata dei principali Paesi europei. E' stata inoltre istituita in seno al Comitato consultivo permanente per il diritto di autore una apposita Commissione speciale per l'istruttoria del parere, che ha effettuato circa 30 audizioni di soggetti appartenenti ai comparti interessati.

In conclusione, sia dal punto di vista sostanziale che da quello procedurale, il quadro normativo è nel senso che il provvedimento impugnato debba essere qualificato come atto generale, di natura non regolamentare, assimilabile a quelli di determinazione – prezzi o tariffe, adottati dalla amministrazione esclusivamente facendo uso dei propri poteri di discrezionalità tecnica, nella mera attuazione del precetto legislativo.

Il collegio, pertanto, per tutte queste ragioni, non ritiene di poter condividere le conclusioni cui – su analoga questione - è giunto il giudice spagnolo con la sent. del 22 marzo 2011, citata dalla ricorrente.

La censura di violazione dell'art. 17 l. 400/1988, per tutti questi motivi, deve essere respinta.

Prima di passare alla disamina del terzo e quarto motivo di ricorso, afferenti il merito della sollevata questione relativa alla legittimità delle previsioni del provvedimento impugnato in ordine all'equo compenso, ritiene il Collegio opportuno ricostruire il quadro storico e normativo all'interno del quale viene ad inserirsi il provvedimento oggetto del ricorso.

Come ha rilevato la SIAE nelle note di replica depositate per l'udienza, e ha 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), il che ha comportato una vera e propria crisi nel settore, 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).

La sent. Padawan della Corte di giustizia (III sez. 21 ottobre 2010) ha tuttavia chiarito che sebbene gli Stati siano liberi di optare o meno per la introduzione di un'eccezione per copia privata, 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, secondo la Corte, “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 Padawan – alla discrezionalità dei singoli Stati membri, nel rispetto dei parametri posti dal legislatore comunitario.

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 Padawan, 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 nei motivi terzo e quarto.

Premette la ricorrente che l'ambito di applicazione dell'equo compenso per copia privata esclude tutte le ipotesi di download

illegale o di condivisione di contenuti in Peer to Peer (P2P) ovvero tutti i casi in cui la riproduzione avviene eludendo le c.d. misure tecniche di protezione. Inoltre, sono ugualmente escluse le copie effettuate su licenza, con il pagamento di royalties.

Ritiene pertanto – nel terzo motivo di ricorso - che i dispositivi di telefonia mobile non dovrebbero essere assoggettati al compenso per copia privata in quanto:

- a) l'uso dei cellulari in via principale è quello della comunicazione, e quindi la loro utilizzazione per la registrazione di videogrammi e fotogrammi sarebbe del tutto residuale (v. lo studio svolto dalla società RS Counsulting, doc. 6 della produzione di parte ricorrente) ;
- b) anche quando essi sono usati per la riproduzione di contenuti, si tratta di prevalentemente di materiale soggetto a licenza e che contiene misure tecniche di protezione.

In particolare, Nokia ha stipulato con la SIAE un contratto di licenza avente ad oggetto il download di opere protette sul suo sito (Nokia Store), pertanto quasi tutti i brani scaricati dagli utenti dei telefonini Nokia provengono da questo sito in quanto al momento dell'acquisto del telefonino gli utenti ricevono anche un diritto di accesso illimitato e gratuito.

Nel quarto motivo di ricorso, la ricorrente afferma inoltre che:

- c) il pregiudizio arrecato agli autori sarebbe comunque minimo con riguardo agli apparecchi polifunzionali e dunque in base al Considerando n. 35 della direttiva, gli stessi non dovrebbero essere

assoggettati ad alcun compenso;

d) il decreto, infine, sarebbe illegittimo anche perché il compenso è stato determinato senza tener conto della misure tecnologiche di protezione, in violazione di quanto previsto dall'art. 71 septies;

e) il materiale usato per uso professionale da aziende o pubbliche amministrazioni non deve essere soggetto al compenso, tuttavia sul punto il decreto impugnato appare carente, non essendo sufficiente il mero rinvio ai protocolli applicativi che la SIAE dovrebbe stipulare.

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 – e tra essi anche dei telefoni 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 (sentenza Padawan) – come si è sopra riferito -

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 gli apparecchi telefonici, essendo destinati in via primaria alla comunicazione, 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 telefono mobile sia idoneo alla riproduzione di fono e videogrammi, non

anche quanto esso, in concreto, sia utilizzato a questi fini.

Sotto questo profilo, devono dunque essere respinte anche le doglianze concernenti la circostanza che i telefoni cellulari sarebbero usati per la riproduzione di contenuti prevalentemente già soggetti a licenza ovvero provenienti dal Nokia Store, per il quale Nokia ha stipulato con la SIAE un contratto di licenza avente ad oggetto il download di opere protette.

Infatti, la circostanza – invero tutta da dimostrare – che “prevalentemente” o nella “quasi totalità” i contenuti riprodotti o duplicati possano essere stati assoggettati a licenza (e quindi debbano essere esclusi, in base al 35° considerando della direttiva, dall’applicazione del compenso per copia privata, così come ha rilevato anche la Commissione Europea nel documento dal titolo Fair compensation for acts of private copying, p. 14) non è di per sé sola idonea ad escludere l’applicabilità dell’equo compenso a fronte della possibilità che vi siano altri contenuti scaricati gratuitamente in modo diverso come copia privata.

Inoltre, come ha rilevato la SIAE nella sua memoria del 10.4.2010, la società Nokia potrebbe sempre chiedere alla SIAE - in relazione a questo profilo - la stipula di un accordo ai sensi dell’art. 4 dell’allegato tecnico ed ottenere così esenzioni o rimborsi; allo stesso modo, accordi simili potrebbero essere effettuati in relazione alla asserita sussistenza sugli apparecchi telefonici di misure tecniche di protezione idonee ad impedire del tutto la realizzazione di copie non

“licenziate”.

D'altro canto, l'entità dell'equo compenso (0,90 cent) fissato per i telefoni cellulari rivela che sia stato ben tenuto in conto dalla amministrazione, nella sua quantificazione, il parametro del pregiudizio causato agli autori, che è stato appunto valutato non particolarmente rilevante (sul punto cfr. i dati dello studio GPF che danno atto del fatto che i telefonini, pur essendo usati per l'attività di copia privata, solo per un numero non rilevante di utenti (valori intorno al 2,5%) rappresentano il principale strumento per effettuarla). Tale decisione, assunta nell'esercizio dei poteri di discrezionalità tecnica da parte dell'amministrazione procedente, non appare pertanto censurabile sotto il profilo della ragionevolezza, proporzionalità e congruità. Essa inoltre appare conforme alle indicazioni contenute già nel documento della Commissione Europea del 2008 nel quale si preconizzava che il trend verso la “convergenza” in uno stesso apparecchio di più funzioni (per esempio i telefoni cellulari che contengono anche le funzioni di macchina fotografica, Mp3, registratori, ecc.) con la conseguenza che l'equo compenso possa essere applicato anche ad apparecchi che non sono usati in modo significativo per l'attività di copia privata (cfr. pag. 14).

Infine, 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. Se ne deve dedurre che non possa essere considerato minimo il pregiudizio arrecato qualora 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'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 elimina l'attitudine di tali mezzi ad essere utilizzati a fine di riproduzione di copia privata.

Per quanto concerne, invece, le misure di protezione o DRM (Digital Rights Management, il cui significato letterale è "gestione dei diritti digitali") occorre preliminarmente chiarire che esse sono state concepite dal Legislatore con lo scopo di limitare ed escludere la possibilità per il consumatore di effettuare copie non consentite e con l'obiettivo di permettere agli aventi diritto di avere, con la tracciabilità dello sfruttamento delle opere, anche una piena remunerazione dei loro diritti esclusivi.

L'art. 102 quater, infatti, le definisce come: “misure tecnologiche di

protezione efficaci che comprendono 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.”

Lo stesso articolo procede specificando che esse: “sono considerate efficaci nel caso in cui l'uso dell' opera o del materiale protetto sia controllato dai titolari tramite l' applicazione di un dispositivo di accesso o di un procedimento di protezione, quale la cifratura, la distorsione o qualsiasi altra trasformazione dell' opera o del materiale protetto, ovvero sia limitato mediante un meccanismo di controllo delle copie che realizzi l' obiettivo di protezione.”

Ora, l'art. 71 septies, comma 1, espressamente prevede che la copia privata è consentita “nel rispetto delle misure tecnologiche di cui all' articolo 102-quater”; il comma 3, inoltre, ribadisce la limitazione, disponendo che il diritto di copia privata “non si applica alle opere o ai 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' articolo 102-quater ovvero quando l'accesso è consentito sulla base di accordi contrattuali.” Si tratta, evidentemente, dei contenuti scaricati da internet previo pagamento di specifiche royalties.

Infatti, in questi casi delle due l'una: o la riproduzione è impossibile se non previo pagamento del corrispettivo, e allora siamo fuori

dell'ambito della copia privata, ovvero se la misura di protezione non è efficace e viene ad essere violata, si incorre nell'illecita elusione delle misure tecniche di protezione.

Tuttavia va per completezza riferito che, ai sensi del comma 4 dello stesso articolo, eccezionalmente la presenza di misure tecniche di protezione non è di ostacolo alla legittima riproduzione per una copia priva, qualora la persona fisica abbia acquisito il possesso legittimo di esemplari dell'opera o del materiale protetto, ovvero vi abbia avuto accesso legittimo.

In sostanza, dunque, è esclusa dall'ambito di applicazione dell'equo compenso l'ipotesi in cui l'opera sia protetta da misure tecniche di protezione, salvo che non si tratti della effettuazione di una sola copia privata, da parte una persona fisica, su esemplari dell'opera o del materiale protetto, dei quali abbia acquisito il possesso legittimo ovvero ai quali abbia avuto accesso legittimo.

Ora è evidente che, essendo, laddove efficace, la misura tecnica di protezione un ostacolo alla riproduzione dell'opera protetta dal diritto di autore, della diffusione e dell'efficacia di tali misure debba tenersi conto nella quantificazione dell'equo compenso.

A questo proposito occorre rilevare che l'art. 5 n. 2 lett. b) della direttiva n. 2011/29/CE impone agli Stati membri che consentano la copia privata di tener conto del grado di utilizzo delle misure tecniche di protezione. Il principio è ribadito dal comma 2 dell'art. 71 septies in base al quale: "Per la determinazione del compenso si

tiene conto dell'apposizione o meno delle misure tecnologiche di cui all' articolo 102-quater , (..)”.

Sostiene la ricorrente che il Ministero resistente non avrebbe ottemperato a tali prescrizioni, non avendo tenuto in sufficiente considerazione l'apposizione di misure tecniche di protezione.

La doglianza non può essere condivisa.

Dalla lettura della relazione illustrativa si evince infatti che il ministero ha tenuto in conto 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, ma ha anche dato importanza alla circostanza che esse nel tempo hanno perso sostanziale rilevanza, poiché gli aventi diritto hanno rinunciato a servirsene in quanto rivelatesi sostanzialmente inefficaci ai fini della protezione delle opere e per di più foriere di ulteriori problematiche superiori a quelle per le quali erano stati predisposte (cfr. Relazione al decreto, nota a pag. 5).

Nella propria memoria la SIAE ha ribadito che l'incidenza delle misure tecniche di protezione è minima perché soltanto una piccola parte dei fotogrammi e videogrammi recano misure tecniche di protezione che impediscano la duplicazione delle opere, tenuto anche conto che dette opere vengono trasmesse via radio e via televisione e possono quindi essere facilmente riprodotte.

Pertanto, l'incidenza delle misure tecniche di protezione è talmente irrisoria da non poter incidere in modo significativo sulla

riproduzione delle cosiddette copie private.

In questo quadro i documenti menzionati dalla ricorrente (ad es. la relazione della Commissione europea del 2002; le pubblicazioni dell'OMPI (Organizzazione mondiale della proprietà intellettuale) del 2003 e del 2006, e dell'All Party Parliamentary Internet Group del 2006), essendo non recentissimi, non paiono dirimenti e comunque idonei a sconfessare le conclusioni cui è giunto il Ministero circa la sempre minore rilevanza delle misure tecniche di protezione.

In definitiva nella determinazione dell'equo compenso l'apposizione delle misure tecniche di protezione risulta essere stata valutata, essendosi tenuto conto del loro grado di utilizzo anche se loro incidenza è stata reputata solo marginale.

La ricorrente si è poi particolarmente diffusa, , soprattutto nelle memorie difensive, sul tema della copia illegale o "pirata", in relazione al quale ha menzionato la decisione del Consiglio di Stato francese del 17.11.2010.

In proposito può osservarsi, per quanto ovvio, che il compenso per copia privata, così come non può riguardare le copie per le quali già è stato remunerato il diritto di autore (c.d. copia licenziata), non può nemmeno riguardare le ipotesi di riproduzione illegale (c.d. copia pirata), che nel nostro ordinamento sono sanzionate penalmente in quanto effettuate a fine di lucro e, pertanto, escluse per definizione dall'ambito di applicazione della copia privata, per la quale è essenziale l'assenza del fine di lucro.

Tuttavia, ella determinazione dell'equo compenso, il Ministero resistente non risulta aver preso in considerazione tali forme di riproduzione illegale, limitandosi appunto ad esaminare l'incidenza statistica del fenomeno della copia privata.

Diverso problema si pone, invece, in relazione a quelle forme di riproduzione non autorizzata che, non essendo effettuate a fini di lucro ma per uso personale, si pongono al limite del concetto di copia privata (ad es. forme di download gratuito o copia di cd o file audio ottenuti dai conoscenti).

La ricorrente sostiene che anche tale attività di riproduzione debba essere qualificata come illegale, e pertanto estranea all'ambito di applicazione della eccezione di copia privata, in particolare sarebbe illegale il download gratuito, effettuato attraverso il meccanismo del c.d. Peer to peer, che consente il libero scambio di file tra computer connessi a Internet mediante l'uso di specifici software.

Peraltro sul punto il ricorso, in vero, non si sofferma oltre.

Solo nelle successive memorie, la ricorrente ha affermato che nello studio realizzato dalla società GPF - nella parte in cui si riferisce a forme non meglio specificate di download gratuito o di copia di file audio ottenuti dai conoscenti - si ricaverebbe che larga parte delle opere detenute e presumibilmente riprodotte dai soggetti intervistati proviene da fonti che non rientrano nella accezione di copia privata e alle quali non è applicabile alcuna forma di compenso (cfr. p. 29 della memoria del 10.6.2011). La SIAE, nella sua ultima memoria, ha

tuttavia contestato tale affermazione, ribadendo che nell'istruttoria non è stata presa in considerazione alcuna forma di copia illegale e che anzi "si è tenuto conto delle copie illegali solo per escluderle dal novero dei fattori incidenti sulla stessa determinazione". (cfr. memoria del 21 giugno 2011, p. 25)

Analoga questione è stata poi proposta dalla ricorrente sotto forma di richiesta di remissione della questione alla Corte di Giustizia Europea.

In questo quadro, ritiene il collegio che sia comunque opportuno trattare la questione - a prescindere da ogni valutazione circa l'ammissibilità della stessa – congiuntamente alla connessa richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, rinviando pertanto a tale sede l'esame di questi temi (v. *infra*).

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”.

Deduce la ricorrente che 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 previsione, contenuta nell'art. 4 dell'Allegato Tecnico alle “esenzioni oggettive o soggettive” da praticare in seguito a protocolli applicativi stipulati dalla SIAE con i soggetti obbligati alla corresponsione del compenso per copia privata o con loro associazioni di categoria, non sarebbe sufficiente a superare l'illegittimità in quanto l'esenzione sarebbe rimessa all'accordo con una parte – la SIAE – per la quale sussisterebbe un conflitto di interessi, e perché l'esenzione potrebbe essere introdotta solo in seguito ad un accordo (in mancanza del quale la parte interessata non disporrebbe di alcuna tutela) mentre dovrebbe essere prevista direttamente dal Ministero per i Beni e le Attività Culturali con il proprio decreto.

La censura è infondata.

In base a quanto prevede l'art. 5, comma 2, della Direttiva 2001/29/CE nonché l'art. 71-sexies della L. n. 633/41 introdotto in sede di recepimento della direttiva dal D.Lgs. 30 aprile 2003 n. 68, i presupposti normativi in tema di equo compenso sono individuati dal legislatore nei seguenti caratteri:

- riproduzione privata di fonogrammi e videogrammi su qualsiasi supporto, effettuata da una persona fisica;
- per un uso privato ovvero per uso esclusivamente personale;
- per finalità non direttamente né indirettamente commerciali e senza scopo di lucro;
- nel rispetto delle misure tecnologiche di cui all'articolo 102-quater”.

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.

Ciò premesso, 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 videoggioco”;
- 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 l'infondatezza delle censure proposte.

Con la quinta e sesta censura la parte ricorrente deduce la illegittimità del decreto impugnato sotto il profilo dell'eccesso di potere per disparità di trattamento nella determinazione del quantum dell'equo compenso oltre che la carenza di istruttoria ed il difetto di motivazione nella individuazione dello stesso compenso. In particolare, la ricorrente sottolinea l'illegittimità della determinazione di un importo fisso per l'equo compenso, indipendentemente dalle caratteristiche delle diverse tipologie di telefoni cellulari, in quanto tale possibilità era consentita dal legislatore solo in caso di comprovata impossibilità di individuare il compenso sulla base della capacità di registrazione della memoria integrata nel dispositivo di

telefonia mobile. Il ministero invece avrebbe del tutto omissso tali verifiche.

Le censure sono infondate.

Così 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 (..) . I rappresentanti delle associazioni di categoria maggiormente rappresentative dei produttori di supporti e di apparecchi hanno (...) 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) (..).

Il ministero, dunque, prima di adottare il provvedimento impugnato, ha 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.

D'altra parte, alcuna irragionevolezza o disparità di trattamento può ravvisarsi nella individuazione del compenso in misura fissa per gli apparecchi polifunzionali, tenuto anche conto della minima entità di esso (0,90 centesimi) per quanto riguarda i telefoni cellulari.

Infatti, se da un lato è vero che l' art. 71 septies L. n. 633/1941 consente la previsione di un compenso fisso per gli apparecchi polifunzionali solo qualora non fosse possibile calcolarlo sul prezzo di un apparecchio avente caratteristiche equivalenti a quelle della componente interna destinata alla registrazione (art. 71 septies, comma 1, secondo periodo), è altrettanto vero che l'importo di tale compenso, ove fosse stato ricollegato all'effettiva capacità di registrazione non avrebbe potuto essere inferiore, ma al più superiore per gli apparecchi dotati di maggiore capacità di registrazione.

Non può infatti sottacersi che – come peraltro ha evidenziato la stessa ricorrente – in Francia, dove non si è scelta l'opzione del compenso fisso, esso è stato determinato in un range che va da 1

euro, per i telefoni con memoria di 128 mb fino a venti euro per i telefoni con memoria da 20 a 40 GB.

Non va inoltre sottovalutato il fatto che determinazione è scaturita anche dall'esigenza di uniformità della normativa nazionale con quella degli altri Pesi europei i quali (ad eccezione della Francia) hanno tutti scelto il sistema dell'importo fisso, peraltro determinato in misura mediamente maggiore di quello italiano (si veda la Relazione illustrativa al D.M. impugnato pag. 8). (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).

In conclusione, dunque, la determinazione dell'equo compenso in un importo così basso, peraltro inferiore a quello proposto dal Comitato consultivo permanente per il diritto di autore nonché a quello di tutti gli altri Paesi europei, e sostanzialmente pari al costo del download di una sola canzone(cfr. sul punto p. 28 dell'ultima memoria della ricorrente), fa sì che nessun vantaggio potrebbe trarre la ricorrente dall'eventuale accoglimento dei vizi denunciati, giacché qualora venisse accolta la tesi della ricorrente, l'equo compenso finirebbe per essere determinato sicuramente in misura maggiore rispetto a quanto

avvenuto.

La ricorrente, infine, chiede - nel caso in cui il giudicante non abbia rinvenuto la contrarietà del provvedimento impugnato alla direttiva comunitaria - la remissione di una serie di questioni alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 267 (già art. 234) del Trattato.

La prima questione è se l'eccezione al diritto esclusivo di riproduzione per copia privata disciplinato dall'art. 5 lett. B) della direttiva possa comprendere copie di materiali e contenuti protetti effettuati attraverso la condivisione dei files c.d. Peer to Peer (P2P). Detta questione va trattata congiuntamente alla quarta con cui si chiede di sottoporre alla Corte di giustizia europea la questione se l'eventuale pregiudizio arrecato ai titolari dei diritti ai sensi del Considerando 35 della direttiva possa riscontrarsi qualora le copie siano fatte attraverso il meccanismo Peer to peer.

Occorre sul punto premettere che con il termine Peer to Peer ci si riferisce generalmente alle reti di file sharing (condivisione file) che forniscono il libero scambio di file tra i computer connessi a Internet. Secondo la definizione datagli dall'AGCOM, "il termine si riferisce ad una rete paritaria in cui ogni nodo è contemporaneamente client e server. (..) Tale approccio prevede che i contenuti siano memorizzati in modalità decentralizzata. (cfr. Indagine conoscitiva dal titolo "Diritto di autore sulle reti di comunicazione elettronica", p.29).

Il fenomeno ha avuto, ed ha tuttora, grande rilevanza, anche se

recenti studi effettuati dalla AGCOM e confermati anche dalla SIAE nella sua ultima memoria hanno evidenziato che “il P2P appare in diminuzione a livello mondiale, mentre le tecnologie di trasmissione diretta (streaming) stanno prendendo il sopravvento.” (indagine conoscitiva dal titolo: Il diritto di autore sulle reti di comunicazione, p.33).

In Italia, l'attività di immissione di contenuti materiali e opere protette dal diritto di autore nelle reti per la condivisione di files è penalmente sanzionata. L'art. 171, lett. a-bis) del R.D. n. 633/1941 (lettera inserita dall'articolo 3 del D.L. 31 gennaio 2005, n. 7) infatti, punisce con una multa da 51 a 2.065 euro chiunque, senza averne diritto, a qualsiasi scopo e in qualsiasi forma, mette a disposizione del pubblico, immettendola in un sistema di reti telematiche, mediante connessioni di qualsiasi genere, un'opera dell'ingegno protetta, o parte di essa. In mancanza di tale previsione incriminatrice, detta condotta sarebbe stata non punibile, difettando del fine di lucro, così come ha stabilito in relazione a un fatto commesso prima dell'entrata in vigore della nuova normativa la Cassazione (Corte di Cassazione, sez. III penale - sentenza 9 gennaio 2007, n. 149)

Il legislatore, invece, non si occupa espressamente della condotta di chi effettua il download gratuito, per mero uso personale, di un'opera protetta dal diritto di autore illecitamente messa in condivisione, la quale potrebbe forse ricadere nell'ambito di

applicazione dell'art. 174 ter, che prevede una mera sanzione amministrativa.

La questione è ulteriormente complicata dal fatto che in genere (e soprattutto nelle tecnologie più innovative) chi partecipa ad una rete Peer to peer, e dunque effettua il download dei file messi in condivisione da altri, funge contemporaneamente anche da tramite per la messa a disposizione dei dati ad altri utenti.

Ciò detto, non va però dimenticato che l'equo compenso è esso stesso uno strumento attraverso il quale l'ordinamento comunitario e nazionale hanno voluto ricondurre alla legalità, mediante il pagamento di una remunerazione per lo sfruttamento non autorizzato di opere coperte dal diritto di autore, le riproduzioni di opere protette, effettuate, senza autorizzazione, da persone fisiche a mero uso personale e senza scopi commerciali. Tali riproduzioni, infatti, sono consentite proprio perché la remunerazione del diritto di autore viene effettuata in via forfettaria e equitativa, attraverso la corresponsione appunto del compenso per copia privata. E' evidente che esse, laddove fossero escluse dall'ambito di applicazione del compenso per copia privata, tornerebbero ad essere abusivamente effettuate.

A questo proposito, la lett. b) dell'art. 5 della direttiva 29/2001 appare chiarissima laddove subordina al pagamento dell'equo compenso, a favore dei titolari dei diritti, l'operatività della eccezione di copia privata.

Venendo dunque alla questione se il download gratuito di files attraverso il sistema Peer to peer non possa essere in taluni casi qualificato come attività di copia privata, si osserva che in verità né la direttiva comunitaria né il legislatore italiano espressamente affrontano il tema della applicabilità della c.d. eccezione per copia privata anche in questo campo, lasciando la questione all'interprete. Sul punto però appare interessante una recente pronuncia della Corte di giustizia europea (III sez. del 24 novembre 2011 n.70) che, a proposito della questione se sia possibile imporre ad un fornitore di accesso ad Internet di predisporre un sistema di filtraggio di tutte le comunicazioni elettroniche che transitano per i suoi servizi, in particolare mediante programmi «peer-to-peer», onde impedire lo scambio di file aventi per contenuto opere protette dal diritto di autore, dopo aver ritenuto che tale filtraggio potrebbe non essere in grado di distinguere adeguatamente tra un contenuto lecito ed un contenuto illecito, ha incidentalmente affermato al par. 52 che: “è indiscusso che la questione della liceità di una trasmissione dipende anche dall'applicazione di eccezioni di legge al diritto di autore che variano da uno Stato membro all'altro.” La Corte ha dunque – sia pure con un obiter dictum – riconosciuto rilevanza alla applicazione delle eccezione al diritto di autore, tra cui appunto l'eccezione per copia privata, per stabilire il confine tra liceità o illecità nell'ambito della condivisione di files secondo il sistema del Peer to Peer. Tali argomentazioni sono state di recente ribadite dalla CGE, III sez.,

sent. 16 febbraio 2012, SABAM, al paragrafo 59.

Si noti poi che la Commissione Europea, nel documento dal titolo Fair compensation for acts of private copying (p. 20), diversamente da quanto affermato dalla ricorrente, non ha affatto preso posizione sulla questione limitandosi a riportare, nell'allegato, l'opinione dei consumatori circa l'inidoneità del compenso per copia privata a costituire un meccanismo per compensare i titolari dei diritti in caso di contraffazione. Inoltre, la stessa Commissione Europea, nel medesimo documento (p.25) ha specificato solo a proposito dell'uploading (immissione di dati da un sistema locale ad un sistema remoto) che esso è estraneo alla applicabilità della eccezione di copia privata, consistendo in un'attività di comunicazione per la quale nessuna eccezione è prevista; viceversa a proposito del downloading (attività di ricezione dati da remoto), ha parlato di diritto di riproduzione, senza però dire altro, con ciò implicitamente ammettendo che ad esso potesse in alcuni casi applicarsi l'eccezione di copia privata.

Va infine rilevato che né la direttiva comunitaria né il legislatore italiano hanno inserito nella definizione di copia privata anche il requisito della previa acquisizione dell'originale mediante pagamento del diritto di autore, a differenza di quanto è stato fatto ad esempio in altri ordinamenti (ad es. Norvegia, Spagna, Germania). Inoltre, il legislatore italiano, all'art. 71 septies, comma 4, ha valorizzato – come si è visto - il presupposto dell'possesso legittimo di esemplari

dell'opera o del materiale protetto solo al fine di obbligare i titolari dei diritti a consentire l'esercizio della copia privata anche in presenza di misure tecniche di protezione (ad esempio al fine di disporre di una copia di un CD musicale originale in formato di MP3 o semplicemente per avere un backup di sicurezza).

Ciò detto, non va però sottaciuto che lo stesso art. 5, comma 5 della direttiva prevede che le eccezioni e limitazioni al diritto di riproduzione possano essere applicate solo se non siano in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera e non arrechino ingiustificato pregiudizio degli interessi dei titolari e non è peregrino chiedersi se la riproduzione di file da altri messi in condivisione non possa in effetti essere considerata come contrastante con lo sfruttamento normale dell'opera.

La questione, dunque, sia per le incertezze normative che per la difficile definizione del fenomeno anche sotto il profilo tecnologico, si presenta assai delicata e complessa.

Ciò nonostante, per quanto qui interessa, il collegio non ravvisa i presupposti per effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia in quanto la risoluzione della questione non avrebbe nel giudizio effetti determinanti.

Infatti, come si è detto, la ricorrente si è soffermata sulla questione soprattutto nelle memorie difensive, nelle quali ha sostenuto che nello studio realizzato dalla società GPF si ricaverebbe che larga parte delle opere detenute e presumibilmente riprodotte dai soggetti

intervistati proviene da fonti che non rientrano nella accezione di copia privata e alle quali non è applicabile alcuna forma di compenso (cfr. p. 29 della memoria del 10.6.2011) Si tratterebbe di forme non meglio specificate di download gratuito o di copia di file audio ottenuti dai conoscenti.

Secondo la ricorrente, dunque, questo si tradurrebbe in una carente istruttoria da parte dell'amministrazione, con conseguente illegittimità nella determinazione dell'equo compenso.

Tale prospettiva, tuttavia, non può essere condivisa.

Infatti, – come è noto - tramite il sistema del P2P, che è in sé uno strumento neutro, possono essere posti in condivisione e scaricati gratuitamente da internet anche contenuti leciti perché non coperti o non più coperti dal diritto di autore.

Tuttavia, la recente sentenza della CGE sopra menzionata (III sez. del 24 novembre 2011 n.70, sent. Scarlet Extended, di recente riconfermata dalla sentenza CGE, III sez., 16 febbraio 2012, SABAM), ha chiarito che non è possibile, sia per ragioni tecniche che per la tutela della privacy, un sistema di filtraggio di tutte le comunicazioni elettroniche che transitano, in particolare, mediante programmi «peer-to-peer», onde impedire lo scambio di file aventi per contenuto opere protette dal diritto di autore, poiché tale filtraggio potrebbe non essere in grado di distinguere adeguatamente tra un contenuto lecito ed un contenuto illecito.

Dunque, in questo quadro, anche a prescindere dalla questione se lo

scambio di files tramite il sistema P2P sia stato illegittimamente considerato dalla amministrazione nella quantificazione dell'incidenza del fenomeno della copia privata (della qual cosa per vero negli atti di causa non v'è prova certa), non sarebbe tuttavia possibile - in base a quanto si è detto e in base a ciò che ha riconosciuto anche la CGE - ritenere illegittima l'istruttoria compiuta dalla amministrazione sotto questo profilo, posto che (come si è già chiarito) non è possibile, nemmeno per l'internet Provider, sceverare i contenuti leciti da quelli illeciti trasmessi in base al meccanismo P2P.

Inoltre, essendo l'indagine della società GPF fondata su sondaggi sottoposti agli interessati, nemmeno sarebbe possibile, per un tale aspetto, valutare l'attendibilità delle risposte fornite dagli utenti.

In conclusione deve ritenersi che l'istruttoria condotta dalla amministrazione resistente, e in particolare gli studi delle società incaricate dalla SIAE, nella parte in cui hanno rilevato che la maggior parte delle copie private viene effettuato dai consumatori ricorrendo al download gratuito, non sia censurabile né possa inficiare l'attendibilità delle conclusioni che sono state raggiunte circa la determinazione del quantum dell'equo compenso e che per addivenire a tale conclusione non occorra risolvere la questione, previamente sollevata dalla ricorrente, circa la applicabilità della eccezione per copia privata all'ipotesi della riproduzione di contenuti protetti mediante P2P.

Con la seconda questione, speculare alla prima e pertanto da trattarsi congiuntamente, la ricorrente ritiene che la Corte di giustizia dovrebbe essere investita della questione interpretativa circa la portata applicativa del diritto all'equo compenso per copia privata anche in relazione a materiali o contenuti protetti ma licenziati dai titolari.

Si tratta di una questione per la quale, ad avviso del collegio, non vi è ragione di investire la Corte di giustizia europea giacché sia la disciplina comunitaria che quella nazionale sono chiare nel senso di escludere dall'ambito di applicabilità della eccezione per copia privata l'attività di riproduzione già assoggettata a specifica licenza.

Il 35° considerando della direttiva 2001/29/CE, infatti, espressamente prevede che: “Se i titolari dei diritti hanno già ricevuto un pagamento in altra forma, per esempio nell'ambito del diritto di licenza, ciò non può comportare un pagamento specifico o a parte”.

Si veda inoltre sul punto, l'art. 71 septies, comma 2, in base al quale la presenza di misure tecnologiche di protezione da un lato o l'esistenza di accordi contrattuali che consentano la realizzazione della riproduzione dall'altro pongono l'attività di riproduzione al di fuori dell'ambito di applicazione del diritto di copia privata.

La terza questione interpretativa sollevata dalla ricorrente e cioè se l'eventuale pregiudizio arrecato ai titolari dei diritti ai sensi del Considerando 35 della direttiva 29/2001 possa essere causato da persone giuridiche non pare avere alcun rilievo ai fini del decidere,

posto che sia il testo dell'art. 5, comma 2, lett. b) della direttiva che la giurisprudenza della Corte europea (già citata sent. Padawan) chiariscono che l'eccezione per copia privata riguarda solo "la realizzazione della copia privata da parte di una persona fisica che agisce a titolo privato".

Con la quinta questione, la ricorrente chiede che sia sottoposta alla Corte la questione se gli Stati membri debbano o meno fissare una soglia minima al di sotto della quale il pregiudizio arrecato non comporta alcun obbligo di pagamento del compenso.

La direttiva 29/2001 prevede al Considerando 35 che "in talune situazioni, allorché il danno per il titolare dei diritti sarebbe minimo, non può sussistere alcun obbligo di pagamento." Come si è già detto, però, nella sentenza Padawan, la Corte di Giustizia ha, sia pur indirettamente, interpretato questo concetto di "danno minimo" come riferibile alla singola riproduzione, individualmente considerata, ritenendo comunque che debba farsi invece luogo al pagamento dell'equo compenso qualora vi sia la potenziale capacità dell'apparecchio o del supporto di effettuare più riproduzioni per copia privata. Non si ravvisa pertanto la necessità di sottoporre nuovamente la questione alla Corte, essendosi già espressa sul punto. La sesta questione interpretativa, concernente le modalità con cui gli Stati membri dovrebbero tenere in considerazione l'apposizione di misure tecnologiche nella determinazione dell'equo compenso non può essere devoluta alla Corte di giustizia. E' chiaro infatti che la

direttiva abbia voluto lasciare agli Stati membri una certa discrezionalità sul punto.

Con la settima questione, la ricorrente chiede di interpellare la Corte di giustizia per sapere se la decisione di uno Stato Membro di imporre il pagamento dell'equo compenso possa ostacolare il mercato interno di riferimento quando la maggior parte degli Stati membri non impone un simile obbligo su dispositivi dello stesso tipo.

A tal proposito, però, va rilevato che quasi tutti gli Stati membri hanno introdotto il compenso per copia privata, applicandolo anche ai telefoni cellulari e in misura minore di quanto ha fatto lo Stato italiano. Inoltre, va sottolineato che il tema dei possibili effetti sulla concorrenza e sugli scambi fra Stati membri è un aspetto già considerato dal legislatore comunitario il quale, con la direttiva 29/2001/CE, ha appunto inteso spingere gli Stati ad una sempre maggiore uniformità di regolazione.

L'ultima questione, infine, concernente l'assoggettabilità all'equo compenso di tutti i dispositivi ed apparecchiature solo perché tecnicamente idonei ad effettuare riproduzioni per uso privato è stata già risolta dalla sentenza Padawan, e alle considerazioni che si sono sopra svolte a questo proposito si rinvia.

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, se il ricorso incidentale non fosse da intendersi in via subordinata, esso sarebbe allora inammissibile perché avrebbe dovuto essere proposto autonomamente come ricorso principale.

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)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge. Dichiara improcedibile il ricorso incidentale proposto dall'Anica.

Compensa le spese tra tutte le parti del giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 12 luglio 2011, 24 novembre 2011 e 2 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Scafuri, Presidente

Stefania Santoleri, Consigliere

Maria Laura Maddalena, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/03/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

N. 02158/2012 REG.PROV.COLL.
N. 02668/2010 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2668 del 2010, proposto da:
Soc Hewlett Packard Italiana Srl ed Altri, Soc Dell Spa, Soc Acer Italy Srl, rappresentati e difesi dagli avv. Raffaele Cassano, Marcello Clarich, Giuliano Fonderico, con domicilio eletto presso Marcello Clarich in Roma, piazza del Popolo, 18;

contro

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

nei confronti di

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

e con l'intervento di

ad opponendum:

Imaie, rappresentato e difeso dall'avv. Roberto Marraffa, con domicilio eletto presso Roberto Marraffa in Roma, via Brofferio, 6; A.N.I.C.A. - Assoc. Naz.le Ind. Cinemat. Audiov. e Multim., rappresentato e difeso dagli avv. Mario Gallavotti, Luigi Medugno, con domicilio eletto presso Mario Gallavotti in Roma, via Po, 9; A. P. T., rappresentato e difeso dagli avv. Annalisa Messina, Bruno Della Regione, con domicilio eletto presso Bruno Della Regione in 00195 Roma, via Luigi Settembrini N. 30;

per l'annullamento

DECRETO DEL 30.12.09 AVENTE AD OGGETTO:
DETERMINAZIONE DEL COMPENSO PER LA
RIPRODUZIONE PRIVATA DI FONOGRAMMI E DI
VIDEOGRAMMI

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero Per i Beni e Le
Attività 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.
Stefania Santoleri e uditi per le parti i difensori come specificato nel
verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il provvedimento impugnato disciplina il cosiddetto “equo compenso” che, a fronte della riproduzione privata per uso personale di opere dell’ingegno deve essere corrisposto agli autori delle stesse opere, tramite la Società Italiana Autori ed Editori (S.I.A.E.).

In via di principio, il diritto d’autore implica il diritto esclusivo di riproduzione di un’opera (art. 13 L. 14/4/41 n. 633 relativa alla “Protezione del diritto di autore e di altri diritti connessi al suo esercizio”), il che comporta che la riproduzione di un’opera protetta dal diritto d’autore può essere riprodotta solo previa autorizzazione dell’autore stesso o dei suoi aventi causa, se del caso previo versamento di un corrispettivo.

La regola generale è soggetta ad una serie di limitazioni, finalizzate all’equo contemperamento degli interessi economici dell’autore e quello pubblico alla diffusione ed uso delle opere dell’ingegno.

Con riferimento specifico alle opere che possono essere riprodotte su supporti audio e video (come le opere cinematografiche ed i brani musicali), la legislazione nazionale prevede l’eccezione per la cosiddetta “copia privata”, realizzata direttamente dall’utente per uso personale, e quindi senza alcuna finalità commerciale o a scopo di lucro.

In questo caso, la legge non prevede il pagamento di un corrispettivo all’autore per la riproduzione dell’opera protetta, ma il solo

pagamento di un “compenso” finalizzato ad indennizzare lo stesso autore per il pregiudizio comunque subito per effetto della riproduzione non autorizzate di copie della sua opera.

Il compenso per copia privata è stato introdotto con la legge 5 febbraio 1992 n. 93.

Con la direttiva 2001/29/CE del 22 maggio 2001, il Legislatore comunitario ha dettato alcune disposizioni “sull’armonizzazione di taluni aspetti del diritto d’autore e dei diritti connessi nella società dell’informazione”.

I “considerando” nono, decimo, trentunesimo, trentaduesimo, trentacinquesimo, trentottesimo e trentanovesimo della direttiva così recitano:

“9) Ogni armonizzazione del diritto d'autore e dei diritti connessi dovrebbe prendere le mosse da un alto livello di protezione, dal momento che tali diritti sono essenziali per la creazione intellettuale. La loro protezione contribuisce alla salvaguardia e allo sviluppo della creatività nell'interesse di autori, interpreti o esecutori, produttori e consumatori, nonché della cultura, dell'industria e del pubblico in generale. Si è pertanto riconosciuto che la proprietà intellettuale costituisce parte integrante del diritto di proprietà.

(10) Per continuare la loro attività creativa e artistica, gli autori e gli interpreti o esecutori debbono ricevere un adeguato compenso per l'utilizzo delle loro opere, come pure i produttori per poter finanziare tale creazione. (...).

(31) Deve essere garantito un giusto equilibrio tra i diritti e gli interessi delle varie categorie di titolari nonché tra quelli dei vari titolari e quelli degli utenti dei materiali protetti(...).

(32) La presente direttiva fornisce un elenco esaustivo delle eccezioni e limitazioni al diritto di riproduzione e al diritto di comunicazione al pubblico. Talune eccezioni o limitazioni si applicano, se del caso, solo al diritto di riproduzione. Tale elenco tiene debito conto delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri e mira, allo stesso tempo, a garantire il funzionamento del mercato interno. Gli Stati membri dovrebbero arrivare ad applicare in modo coerente tali eccezioni e limitazioni e ciò dovrebbe essere valutato al momento del riesame futuro della legislazione di attuazione.

(35) 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.

(38) 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.

(39) 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. Tali eccezioni o limitazioni non dovrebbero ostacolare né l'uso di misure tecnologiche, né la loro esecuzione in presenza di atti di elusione della legislazione.

La direttiva, dopo aver elencato i diritti correlati al diritto di autore (art. 2 diritto di riproduzione, art. 3 diritto di comunicazione, art. 4 diritto di distribuzione), 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”.

L'art. 71-septies così dispone: “1. Gli autori ed i produttori di fonogrammi, nonché i produttori originari di opere audiovisive, gli artisti interpreti ed esecutori ed i produttori di videogrammi, e i loro aventi causa, hanno diritto ad un compenso per la riproduzione privata di fonogrammi e di videogrammi di cui all'articolo 71-sexies. Detto compenso è costituito, per gli apparecchi esclusivamente destinati alla registrazione analogica o digitale di fonogrammi o videogrammi, da una quota del prezzo pagato dall'acquirente finale al rivenditore, che per gli apparecchi polifunzionali è 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. 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. 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.

Pertanto, per quanto concerne l'individuazione degli apparati e supporti soggetti all'applicazione del compenso in questione e alla quantificazione del compenso stesso, l'art. 71 septies, comma 1 della L. 633/41 distingue tra le seguenti categorie di apparecchi:

gli apparecchi "esclusivamente destinati alla registrazione analogica o digitale di fonogrammi o videogrammi": per questi il compenso per la riproduzione di copie è commisurato ad una quota del prezzo pagato dall'acquirente finale;

gli apparecchi "polifunzionali", per i quali il compenso è calcolato sul prezzo di un apparecchio avente caratteristiche equivalenti a quelle della componente interna destinata alla registrazione, ovvero, qualora tale criterio non risulti applicabile, da un importo fisso per apparecchio;

i "supporti di registrazione audio e video, quali supporti analogici,

supporti digitali, memorie fisse o trasferibili destinate alla registrazione di fonogrammi o videogrammi” soggetti all'applicazione di un compenso pari a una somma commisurata alla capacità di registrazione dei medesimi supporti;

i “sistemi di videoregistrazione da remoto”, soggetti a un compenso commisurato alla remunerazione ottenuta per la prestazione del servizio (tali sistemi sono stati esclusi dalle misure introdotte con il decreto impugnato).

Il secondo comma dell'art. 71 septies della L. n. 633/41 prevede che : “Il compenso di cui al comma 1 è determinato, nel rispetto della normativa comunitaria e comunque tenendo conto dei diritti di riproduzione, con decreto del Ministro per i beni e le attività culturali, da adottare entro il 31 dicembre 2009 sentito il comitato di cui all'articolo 190 e le associazioni di categoria maggiormente rappresentative dei produttori degli apparecchi e dei supporti di cui al comma 1. Per la determinazione del compenso si tiene conto dell'apposizione o meno delle misure tecnologiche di cui all'articolo 102-quater, nonché della diversa incidenza della copia digitale rispetto alla copia analogica. Il decreto è sottoposto ad aggiornamento triennale”.

Il successivo comma 3 prevede poi che “Il compenso è dovuto da chi fabbrica o importa nel territorio dello Stato allo scopo di trarne profitto gli apparecchi e i supporti indicati nel comma 1. I predetti soggetti devono presentare alla Società italiana degli autori ed editori

(SIAE), ogni tre mesi, una dichiarazione dalla quale risultino le cessioni effettuate e i compensi dovuti, che devono essere contestualmente corrisposti. In caso di mancata corresponsione del compenso, è responsabile in solido per il pagamento il distributore degli apparecchi o dei supporti di registrazione”.

Infine il comma 4 stabilisce che: “La violazione degli obblighi di cui al comma 3 è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria pari al doppio del compenso dovuto, nonché, nei casi più gravi o di recidiva, con la sospensione della licenza o autorizzazione all'esercizio dell'attività commerciale o industriale da quindici giorni a tre mesi ovvero con la revoca della licenza o autorizzazione stessa”.

Fino all'introduzione del decreto di cui al comma 2 dell'art. 71 septies della L. n. 633/41, ha trovato applicazione il regime transitorio di cui all'art. 39 del D.Lgs. n. 68/03 che ha fissato la misura del compenso per copia privata fino all'emanazione del decreto ivi previsto.

In base al precedente regime erano sottoposti a compenso i soli supporti e apparecchi destinati in modo prevalente, se non esclusivo, alla registrazione di copie di fonogrammi e videogrammi, a differenza dal nuovo regime in cui sono stati assoggettati a compenso anche apparecchi - quali i computer - che non sono destinati specificatamente alla riproduzione.

Con il decreto del Ministero per i Beni e le Attività Culturali del 30/12/09 impugnato con il presente ricorso, il compenso viene

esteso infatti – per ciò che concerne le società ricorrenti – ai seguenti apparecchi prodotti o commercializzati dalle stesse società:

apparecchi idonei alla registrazione analogica o digitale, audio e video e masterizzatori di supporti. A tali apparecchi è applicato un compenso pari al 5% del prezzo; 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);

apparecchi polifunzionali idonei alla registrazione analogica o digitale audio e video con funzioni ulteriori rispetto a quella di registrazione. Per questi 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);

memorie trasferibili o rimovibili, per le quali è fissato un compenso fino allo 0,03% per gigabyte, fino ad un massimo di € 3 per i primi due anni di applicazione del decreto, di € 5 per il terzo anno (art. 2, comma 1, lett. o dell'Allegato Tecnico);

hard disk esterno, con un compenso legato alla capacità di memoria in gigabyte, fino ad un massimo di € 12 per i primi due anni di applicazione del decreto e di € 20 per il terzo anno (art. 2, comma 1, lett. q dell'Allegato Tecnico);

memoria o hard disk integrato in un apparecchio multimediale audio e video portatile o altri dispositivi analoghi. Per questi apparati, il

compenso varia in funzione della capacità di memoria, sino ad un massimo di € 32,20 per memorie superiori ai 400 gigabyte (art. 2, comma 1, lett. r dell'Allegato Tecnico);

memoria o hard disk integrato in dispositivo avente primaria funzione di comunicazione e dotato di funzione di registrazione o riproduzione multimediale audio e video: per tali apparati il compenso è stabilito in misura fissa di € 0,90 (art. 2, comma 1, lett. w dell'Allegato Tecnico);

computer, per i quali la misura del compenso è diversa a seconda che questi contengano un masterizzatore residente o meno: il compenso fisso è infatti pari, rispettivamente, a € 2,40 e €1,90 (art. 2, comma 1, lett. y dell'Allegato Tecnico);

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 di importo fisso è commisurato alla capacità di memoria (categoria residuale di cui all'art. 2, comma 1, lett. x dell'Allegato Tecnico).

Le ricorrenti sono importatrici di personal computer, masterizzatori, memorie interne, memorie esterne, CD e DVD vergini, telefoni cellulari, macchine fotografiche, e così via.

Il decreto impugnato arreca loro un immediato pregiudizio in quanto aumenta il compenso per copia privata e sottopone a nuove categorie di prodotti – in precedenza esenti – il regime del compenso per copia privata, non prevedendo espressamente delle esenzioni e

delle fattispecie particolari invece previste nel regime transitorio.

Avverso detto decreto le ricorrenti deducono i seguenti motivi di impugnazione:

___1. Sulla natura normativa del Decreto: violazione o falsa applicazione degli artt. 17, comma 25 lett. a) della L. 15/5/97 n. 127 e dell'art. 17 della L. 23/8/88 n. 400.

Sostengono le ricorrenti che il provvedimento impugnato avrebbe natura normativa: non sarebbe un atto generale e non avrebbe carattere meramente applicativo della legge, introducendo disposizioni innovative rispetto alla normativa di rango primario.

Sarebbe stato adottato senza l'acquisizione del parere del Consiglio di Stato e non sarebbe stato sottoposto al visto e alla registrazione da parte della Corte dei Conti.

___2. Sulla delega di funzioni pubbliche a una parte interessata: violazione e/o falsa applicazione dell'art. 71 septies, comma 2 della L. 633/41. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento, errore nella motivazione, illogicità e irragionevolezza.

L'art. 4 comma 1 del decreto prevede la possibilità di praticare "esenzioni oggettive o soggettive" al pagamento del compenso, ma non le individua direttamente, rinviando a protocolli promossi dalla SIAE e adottati con i soggetti obbligati alla corresponsione del compenso e con associazioni di categoria.

Il comma 1 si limita ad indicare "a titolo esemplificativo" alcuni casi in cui possono essere praticate le esenzioni e cioè nel caso di "uso

professionale di apparecchi o supporti” o di “taluni apparati per videogiochi”.

Il decreto finisce con il delegare funzioni pubbliche di regolazione senza la copertura legislativa ad un soggetto – la SIAE – che pur essendo un ente pubblico economico, persegue l’interesse alla percezione del massimo profitto; inoltre non prevede alcuno strumento a tutela delle categorie interessate qualora l’ente non intenda addivenire all’accordo.

___3. Sull’individuazione degli apparecchi assoggettati alla disciplina del decreto ministeriale 30 dicembre 2009 e sull’entità del compenso: violazione e/o falsa applicazione del principio di proporzionalità dell’azione amministrativa. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 71 sexies e ss. della L. n. 633/41. Violazione e/o falsa applicazione dei principi fissati dalla direttiva 2001/29/CE e dell’art. 5 della medesima direttiva. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento, errore nella motivazione, illogicità e irragionevolezza.

I computer – pur potendo essere utilizzati per le finalità assunte nel decreto impugnato – avrebbero finalità ben diverse.

L’utilizzazione dei computer per la registrazione di videogrammi e fotogrammi sarebbe del tutto residuale con conseguente violazione del principio di proporzionalità.

Nel caso di pregiudizio minimo non dovrebbe esserci alcun obbligo di pagamento del compenso (considerando n. 35 della direttiva);

inoltre nell'art. 71 septies non sarebbe contenuto alcun riferimento ai computer, fino ad ora mai assoggettati a compenso.

In ogni caso il provvedimento sarebbe comunque illegittimo nella parte in cui non sottrae all'applicazione del compenso i computer destinati ad un utilizzo professionale.

Nel tenere conto delle "peculiarità" del caso concreto di cui al 35° Considerando della direttiva, l'Amministrazione avrebbe dovuto tener conto anche della natura dell'utente, differenziando il trattamento dei computer che vengono commercializzati a utenti di tipo business (imprese, pubbliche amministrazioni, studi professionali, ecc.) esentando tali categorie di prodotti dall'imposizione del compenso.

Infatti, anche se in sporadici casi il computer potrebbe essere utilizzato per la riproduzione, il danno sarebbe del tutto marginale e come tale non sarebbe assoggettabile a compenso.

Inoltre l'utilizzo del computer acquistato per ragioni professionali esulerebbe dell'applicazione della direttiva 2009/29/CE.

La mancanza di esenzioni non potrebbe essere colmata dai protocolli sottoscritti dalla S.I.A.E. per le ragioni in precedenza espresse.

Inoltre la previsione della categoria x dell'Allegato Tecnico – categoria residuale non compiutamente determinata – renderebbe illegittimo il decreto per indeterminatezza.

L'art. 2 dell'Allegato Tecnico sarebbe illegittimo perché prevedrebbe una doppia imposizione (ad esempio nel caso di acquisto on line

mediante la rete internet di files, ovvero nel caso di abbinamento di una periferica di registrazione al computer, e ciò in violazione del 35° Considerando della direttiva, che vieta la corresponsione del compenso quando i titolari del diritto di autore hanno già ottenuto un pagamento anche se in altra forma.

Infine il decreto imporrebbe il compenso senza tener conto delle misure tecnologiche di protezione.

___4. Sulla natura di prestazione patrimoniale imposta dell'equo compenso per copia privata: violazione del principio di legalità: illegittimità derivata dall'illegittimità costituzionale dell'art. 71 septies della L. n. 633/41, introdotto dal D.Lgs. n. 68/03, nonché degli artt. 23, 41 e 76 Cost.

Il compenso – così come strutturato nel decreto – non avendo alcuna correlazione con la funzione di tenere indenni gli autori delle opere dell'ingegno dall'eventuale pregiudizio patito in conseguenza della riproduzione di copie private, finirebbe per avere il carattere di una prestazione patrimoniale imposta, caratterizzata dalla coattività della prestazione.

Sarebbe quindi violato l'art. 23 Cost. mancando la previsione legislativa.

L'art. 71 septies, infatti, non definirebbe compiutamente i criteri del potere amministrativo (soggetti passivi, presupposto, misura del prelievo).

La mancanza di criteri validi anche ai sensi dell'art. 76 Cost.

investirebbe a monte la normativa di delegazione, e cioè gli artt. 1, 2, 30 e l'Allegato B della L. n. 30/02.

Inoltre, l'art. 71 septies avrebbe interpretato la norma di delegazione demandando la quantificazione del prelievo all'adozione di un atto amministrativo da parte del Ministero per i Beni e le Attività Culturali.

___5. Violazione e/o falsa applicazione dei principi comunitari in materia di libera circolazione delle merci, concorrenza e divieto di aiuto di stato.

Il decreto non sarebbe conforme alla direttiva 2001/29/CE assoggettando a compenso gli apparecchi anche in caso di danno minimo, non prevedendo alcuna misura per evitare la doppia imposizione e non tenendo conto delle misure di protezione.

Il decreto si porrebbe in contrasto con i seguenti principi generali del diritto comunitario: principio di proporzionalità, equo trattamento e divieto di discriminazione, libera iniziativa economica privata, tutela della concorrenza, ed in particolare, divieto di aiuti di Stato e di abuso di posizione dominante.

Le ricorrenti chiedono quindi di disporre il rinvio pregiudiziale sull'interpretazione della direttiva 2001/29/CE alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, per verificare se la direttiva possa essere interpretata nel senso della sua compatibilità con la norma nazionale italiana sull'equo compenso.

Concludono, quindi, chiedendo in via principale l'accoglimento del

ricorso con conseguente annullamento del provvedimento impugnato; in via subordinata il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee; in via ancor più gradata la rimessione degli atti alla Corte Costituzionale.

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.

Hanno spiegato intervento ad opponendum l'IMAIE e l'A.P.T. chiedendo la reiezione del ricorso.

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 rispetto a quello elaborato dalla Commissione speciale incaricata dell'istruttoria senza che il Ministero abbia fornito un'adeguata motivazione sul punto.

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 il Collegio ritiene di dover esaminare l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, eccepito dalla SIAE, nelle proprie memorie.

Secondo la SIAE, 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.

L'eccezione è infondata.

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 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.

Sussiste quindi la giurisdizione del giudice amministrativo.

La SIAE ha eccepito anche l'inammissibilità del ricorso sostenendo che 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.

L'eccezione è infondata.

La 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 denunciati 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.

Sempre in via preliminare, deve essere esaminata l'ammissibilità degli atti di intervento proposti in giudizio dall'IMAIE, dell'A.P.T. e dall'ANICA, e con specifico riferimento a quest'ultima, deve essere valutata l'ammissibilità del ricorso incidentale proposto.

Ritiene il Collegio ammissibili gli atti di intervento ad opponendum, in quanto i soggetti intervenienti dispongono di un evidente interesse contrario all'annullamento dell'atto (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,

e l'ANICA l'associazione confindustriale maggiormente rappresentativa dell'industria cinematografica, che tutela gli interessi degli operatori del settore, e l'A.P.T. è 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, però, oltre ad aver proposto l'atto di intervento ad opponendum, ha proposto anche il ricorso incidentale, notificato il 21 aprile 2010, avverso il decreto impugnato il via principale dalle odierne ricorrenti contestando – in sostanza – la riduzione degli importi spettanti a titolo di compenso per la copia privata, e dunque impugnando - attraverso questo mezzo - capi autonomi dello stesso D.M. 30/12/09.

Ritiene il Collegio di doversi pronunciare sul ricorso incidentale dopo la disamina di quello principale.

Ancora in via preliminare occorre dare conto della natura giuridica dell'atto impugnato anche al fine di fugare ogni dubbio in merito alla legittimità formale del D.M. oggetto del ricorso.

Circa la distinzione tra atto avente natura regolamentare e mero atto amministrativo generale, la Corte Suprema di Cassazione afferma che a differenza degli atti e provvedimenti amministrativi generali - che sono espressione di una semplice potestà amministrativa e sono rivolti alla cura concreta d'interessi pubblici, con effetti diretti nei confronti di una pluralità di destinatari non necessariamente determinati nel provvedimento, ma determinabili - i regolamenti

sono espressione di una potestà normativa attribuita all'amministrazione, secondaria rispetto alla potestà legislativa, e disciplinano in astratto tipi di rapporti giuridici mediante una regolazione attuativa o integrativa della legge, ma ugualmente innovativa rispetto all'ordinamento giuridico esistente, con precetti aventi i caratteri della generalità e dell'astrattezza (Cass. sez. un. 28.11.1994, n. 10124; Cassazione civile, sez. III, 22 febbraio 2000, n. 1972; Cassazione civile sez. III, 5 marzo 2007, n. 5062).

Il Consiglio di Stato, in termini non dissimili, sostiene che gli atti di natura regolamentare, in quanto espressione della potestà attribuita all'amministrazione di incidere, integrandola ed arricchendola, su una precedente disciplina legislativa, innovano l'ordinamento giuridico con precetti aventi i caratteri della generalità ed astrattezza, a differenza degli atti e provvedimenti amministrativi generali che sono espressione di una semplice potestà amministrativa di natura gestionale e sono rivolti alla cura concreta d'interessi pubblici, seppure a destinatari indeterminati (Consiglio St. Atti norm., 11 luglio 2005, n. 911).

L'applicazione alle singole fattispecie concrete di tali principi non è agevole, tuttavia le considerazioni che si sono svolte sopra circa la completezza della disciplina dettata dalle norme di legge, e in particolare dall'art. 71 septies, depongono nel senso che nessun capacità di innovazione possa attribuirsi al decreto impugnato.

A ciò si aggiunga che esso ha essenzialmente la funzione di

quantificare l'importo del compenso per copia privata, in applicazione di criteri determinati dalla legge e nell'esercizio di poteri di discrezionalità tecnica, per ciascuna delle singole tipologie di apparecchi e supporti per i quali deve essere erogato. Si tratta dunque sostanzialmente di un provvedimento assimilabile ai provvedimenti tariffari, i quali – secondo la giurisprudenza amministrativa - non costituiscono, almeno nella prevalenza dei casi, espressione di una potestà amministrativa regolamentare ma sono invece riconducibili alla categoria degli atti generali perché, pur rivolgendosi ad una categoria indeterminata di destinatari, non determinano alcuna rilevante innovazione dell'ordinamento giuridico, già conseguita nei suoi elementi sostanziali dalla norma primaria che li preveda (Consiglio St. Atti norm., 19 febbraio 2007, n. 584).

Anche dal punto di vista procedimentale o formale, vi sono elementi indicativi della natura non regolamentare del decreto in questione.

In primo luogo, il procedimento di approvazione è disciplinato dal comma 2 dell'art. 71 septies in modo del tutto diverso da quanto prevede l'art. 17 della l. 400/1988. Detta norma infatti demanda al Ministero il compito di determinare il compenso con apposito decreto da emanarsi entro il 31 dicembre 2009 – tenendo conto sia della normativa comunitaria che dei diritti di riproduzione - dopo aver acquisito in sede istruttoria i pareri sia del comitato di cui all'art. 190 (Comitato consultivo permanente per il Diritto di Autore) che delle associazioni maggiormente rappresentative dei produttori degli

apparecchi e dei supporti. Sarebbe dunque illogico sostenere, in contrasto con il procedimento espressamente delineato dal legislatore, l'applicazione del modulo procedurale di cui all'art. 17 l. 400/1988.

Inoltre, come ha sottolineato la difesa della SIAE, il procedimento di cui all'art. 71 septies, comma 2, è modellato appunto secondo lo schema tipico di quello degli atti non normativi e di determinazione delle tariffe, prevedendo un'ampia partecipazione degli interessati.

Risulta peraltro che il Ministero, nello svolgimento dell'istruttoria propedeutica all'adozione del decreto, abbia commissionato delle indagini di mercato e abbia effettuato una ricognizione della situazione normativa ed economica dei diritti di copia privata dei principali Paesi europei. E' stata inoltre istituita in seno al Comitato consultivo permanente per il diritto di autore un'apposita Commissione speciale per l'istruttoria del parere, che ha effettuato circa 30 audizioni di soggetti appartenenti ai comparti interessati.

In conclusione, sia dal punto di vista sostanziale che da quello procedurale, il quadro normativo è nel senso che il provvedimento impugnato debba essere qualificato come atto generale, di natura non regolamentare, assimilabile a quelli di determinazione di prezzi o tariffe, adottati dall'amministrazione esclusivamente facendo uso dei propri poteri di discrezionalità tecnica, nella mera attuazione del precetto legislativo.

Il primo motivo di gravame deve essere quindi respinto.

Sempre in via preliminare deve essere esaminato il quarto motivo di ricorso, con il quale lamentano le ricorrenti l'illegittimità del decreto impugnato per illegittimità derivata dall'illegittimità costituzionale dell'art. 71 septies della L. 633/41, nonché degli artt. 1, 2, 30 e dell'Allegato B della L. n. 39/02, per violazione degli artt. 23, 41 e 76 Cost.

Secondo la ricorrente, infatti, con il decreto impugnato, il Ministero avrebbe distorto la nozione di equo compenso sino a farle assumere la natura di prestazione patrimoniale imposta coattivamente 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), 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.

In ogni caso, qualora il fondamento del potere potesse ravvisarsi nella norma primaria, l'art. 71 septies della L. 633/41 sarebbe costituzionalmente illegittimo poiché consente l'imposizione di una prestazione patrimoniale senza definire in modo puntuale i criteri del potere amministrativo.

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.

Essa infatti, sin dalle prime pronunce rese dalla Corte, è stata ricondotta non solo alle prestazioni di natura tributaria ma anche quelle 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. 72 del 1969, n. 127 del 1988, n. 236 del 1994, n. 215 del 1998 e da ultimo C.Cost. 435 del 2001).

In particolare, con la sentenza n. 72/1969 è stata riconosciuta l'applicazione dei principi di cui all'art. 23 Cost. alle tariffe

telefoniche, all'epoca gestite in forma monopolistica, e attinenti ad un servizio pubblico essenziale.

In tale pronuncia si è, così, affermato che il fatto che il servizio fosse richiesto dal privato non impedisce di affermare il carattere "imposto" del corrispettivo.

Natura di prestazione imposta è stata poi riconosciuta anche al pagamento del diritto di approdo da parte dell'utente di beni del demanio marittimo (Corte Costituzionale, 2 febbraio 1988, n. 127) e al canone dovuto per l'estrazione di materiale sabbioso dal greto dei fiumi, trattandosi di canone per un'utilizzazione di beni demaniali che, pur avendo a base un negozio fra la p.a. ed il privato, è imposto autoritativamente, per la fruizione di un bene pubblico. (Corte Costituzionale, 10 giugno 1994, n. 236).

La Corte ha inoltre affermato che anche le tariffe (che vengono inserite di diritto, in base alla disposizione impugnata, nei contratti di assicurazione per la responsabilità civile dei veicoli e dei natanti, la cui stipula è obbligatoria, ai sensi dell'art. 1 della medesima legge, per ogni possessore di veicolo a motore che intenda farlo circolare) costituiscono "prestazione patrimoniale imposta" ai sensi dell'art. 23 Cost., 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 (Corte Costituzionale, 19 giugno 1998, n. 215).

Infine, si è ammesso il sindacato per violazione dell'art. 23 Cost. in relazione alle tariffe dei c.d. diritti sanitari dovuti alle aziende sanitarie per le prestazioni, gli accertamenti e le indagini effettuate per conto e nell'interesse di terzi richiedenti (Corte Costituzionale, 28 dicembre 2001, n. 435).

In questa ultima sentenza, in particolare, la Corte, discostandosi da alcuni precedenti in materia, ha specificato che non è necessario, per ritenere la prestazione in esame "imposta", far ricorso ad elementi di non facile definizione, come il carattere di "servizio essenziale" ai bisogni della vita, rivestito dall'attività del soggetto cui la prestazione patrimoniale è dovuta (cfr. Corte Costituzionale, n. 72/1969, n. 127/1988, n. 215/1998), dovendo invece unicamente focalizzarsi l'attenzione sul profilo della "imposizione legale" della prestazione, ancorché essa possa avere una funzione corrispettiva di altra controprestazione.

La Corte ha invece escluso che potesse qualificarsi come prestazione patrimoniale imposta da parte dell'ente proprietario della strada il pagamento di una tariffa per la sosta del veicolo, il quale è configurabile piuttosto come corrispettivo, commisurato ai tempi e ai luoghi della sosta, di un'utilizzazione particolare della strada, rimessa ad una scelta dell'utente non priva di alternative, che non come un tributo o una prestazione patrimoniale imposta. (Corte

costituzionale, 29 gennaio 2005, n. 66).

Dall'esame della casistica giurisprudenziale sopra esaminata e in particolare dell'ultima sentenza citata può dirsi che, nella giurisprudenza costituzionale, si parla di "prestazione imposta" non solo quando la fonte della prestazione è di tipo autoritativo, ma anche quando vi sono 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. In questo senso, dunque, la prestazione è imposta, giacché l'unico modo che ha il privato per sottrarvisi è rinunciare alla controprestazione da lui desiderata.

Estremamente significativa, a questo proposito, appare la sentenza da ultimo menzionata 29 gennaio 2005, n. 66 nella quale la Corte ha escluso che potesse qualificarsi come prestazione patrimoniale imposta da parte dell'ente proprietario della strada il pagamento di una tariffa per la sosta del veicolo, il quale è configurabile piuttosto come corrispettivo di un'utilizzazione particolare della strada, rimessa ad una scelta dell'utente non priva di alternative.

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 per le prestazioni, gli accertamenti e le indagini effettuate per conto e nell'interesse di terzi richiedenti, nella quale appunto la Corte ha fatto riferimento alla “prevalenza” della imposizione legale nonostante la funzione di corrispettivo della prestazione imposta.

Osserva tuttavia il Collegio che proprio la lettura di tale sentenza offre invece spunti in senso contrario a quanto sostenuto dalla SIAE e a conferma di quanto si è sopra sostenuto. Essa infatti precisa che la prestazione, pur avendo una funzione sinallagmatica per lo svolgimento di un'attività (nel caso di specie da parte 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 procedimenti 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).

Tanto premesso, occorre verificare se l'art. 71 septies della L. 633/1941 contenga delle indicazioni sufficientemente stringenti per poter ritenere rispettato l'art. 23 Cost.

Ritiene il Collegio che gli artt. 71 sexies, septies e octies della L. n. 633/41, come novellata 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 senza scopi di lucro, 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 (indicando la legge stessa 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).

Il decreto ministeriale si limita, dunque, a dare puntuale attuazione – stabilendo le singole tariffe – alle disposizioni legislative.

Inoltre, va rilevato che l'art. 71 septies, comma 2, L. n. 633/1941 ha 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.

Infine, con riferimento alla questione relativa 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 ad esempio i computer, ma ha solo voluto ancorare l'entità del compenso all'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.

La censura deve essere pertanto respinta.

Prima di passare alla disamina delle questioni afferenti il merito del ricorso, ritiene il Collegio opportuno ricostruire il quadro storico e normativo all'interno del quale viene ad inserirsi il provvedimento oggetto del ricorso.

La rivoluzione digitale ha rimosso ogni barriera tra l'originale dell'opera e le sue duplicazioni, rendendo possibile la riproduzione gratuita delle opere dell'ingegno (in particolare, quelle musicali, cinematografiche ed audiovisive) ed ha comportato una vera e propria crisi nel settore, 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 memoria del 12/7/11).

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 prevedendo un compenso a carico di chi – avendo tratto beneficio dalla rivoluzione digitale, atteso che la possibilità di riproduzione per uso privato delle opere coperte da diritto di autore ha sicuramente incentivato la vendita degli apparecchi e dei supporti idonei alla duplicazione – è in grado di ripercuotere sull'utente finale (effettivo beneficiario) il relativo onere, trasformando, in pratica, il produttore o l'importatore di un prodotto avente capacità di riproduzione in una sorta di debitore indiretto.

L'introduzione di questo sistema ha consentito di porre rimedio agli effetti della rivoluzione digitale. In tale ambito il legislatore ha previsto il pagamento di un "equo compenso".

Ai fini della determinazione di tale equo compenso è stato previsto il criterio del pregiudizio subito dall'autore; dai "considerando" trentacinquesimo e trentottesimo della direttiva 2001/29 emerge, infatti, che l'"equo compenso" è volto ad indennizzare "adeguatamente" gli autori per l'uso delle loro opere protette effettuato senza autorizzazione.

Al fine di determinare l'entità di tale compenso, occorre tener conto, quale «criterio utile», dell'«eventuale pregiudizio» subito dall'autore per effetto dell'atto di riproduzione di cui trattasi, ove un «danno (...) minimo» non può tuttavia far sorgere alcun obbligo di pagamento.

L'eccezione per l'uso di copia privata deve quindi poter implicare un sistema volto a «indennizzare i titolari di diritti del pregiudizio subito».

Dalle disposizioni richiamate emerge che la configurazione e l'entità dell'equo compenso devono risultare connesse al danno derivante per l'autore dalla riproduzione della sua opera protetta effettuata senza autorizzazione per fini privati.

In tale prospettiva, l'equo compenso deve essere considerato quale contropartita del pregiudizio subito dall'autore.

Il termine «indennizzare» di cui ai 'considerando' trentacinquesimo e trentottesimo della direttiva 2001/29 traduce la volontà del legislatore dell'Unione di istituire un sistema particolare di compensazione la cui attuazione scaturisce dall'esistenza, a detrimento dei titolari dei diritti, di un pregiudizio, il quale fa sorgere, in linea di principio, l'obbligo di «indennizzare» questi ultimi.

Ne consegue che l'equo compenso 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.

Per quanto attiene, ancora, alla questione dei soggetti interessati dal «giusto equilibrio», il trentunesimo 'considerando' della direttiva 2001/29 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.

Orbene, la realizzazione di una copia da parte di una 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 il soggetto che ha causato il pregiudizio al titolare esclusivo del diritto di riproduzione è quello che realizza, a fini di uso privato, tale riproduzione di un'opera protetta senza chiedere la previa autorizzazione al relativo titolare. Incombe quindi, in linea di principio, al soggetto medesimo risarcire il danno connesso con tale riproduzione, finanziando il compenso che sarà corrisposto al titolare.

Ciò premesso, tenuto conto delle difficoltà pratiche per individuare gli utenti privati nonché per obbligarli a indennizzare i titolari dei diritti del pregiudizio loro procurato nonché in considerazione del fatto che il pregiudizio che può derivare da ogni utilizzazione privata, singolarmente considerata, può risultare minimo senza quindi far sorgere un obbligo di pagamento, come affermato nell'ultimo periodo del trentacinquesimo 'considerando' della direttiva 2001/29, è consentito agli Stati membri istituire, ai fini del finanziamento dell'equo compenso, 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. Nell'ambito di un siffatto sistema, il

versamento del compenso per le copie private incombe quindi a tali soggetti.

Certamente, in un siffatto sistema, i soggetti debitori del finanziamento dell'equo compenso non risultano essere gli utenti degli oggetti protetti, contrariamente a quanto sembra postulare il trentunesimo 'considerando' della direttiva 2001/29.

Si deve tuttavia rilevare che, da un lato, l'attività dei debitori di tale finanziamento, vale a dire la messa a disposizione degli utenti privati di apparecchiature, dispositivi e supporti di riproduzione, ovvero il servizio di riproduzione da essi prestato, costituisce la premessa di fatto necessaria affinché persone fisiche possano ottenere copie private. Dall'altro, nulla impedisce che tali debitori ripercuotano l'importo del prelievo per copie private sul prezzo della messa a disposizione di tali apparecchiature, dispositivi e supporti di riproduzione ovvero sul prezzo del servizio di riproduzione da essi reso.

In tal senso, l'onere del prelievo incomberà in definitiva sull'utente privato che pagherà tale prezzo. Ciò premesso, l'utente privato a favore del quale vengano messi a disposizione dispositivi, apparecchiature e supporti di riproduzione digitale ovvero che si avvalga di un servizio di riproduzione deve essere considerato, in realtà, quale «debitore indiretto» dell'equo compenso.

Conseguentemente, tale sistema, considerato che consente ai debitori di ripercuotere il costo del prelievo sugli utenti privati e che,

conseguentemente, questi ultimi assumeranno l'onere del prelievo per le copie private, deve essere considerato conforme al «giusto equilibrio» da realizzare tra gli interessi degli autori e quelli degli utenti degli oggetti protetti.

I principi esposti risultano acquisiti dalla giurisprudenza comunitaria. In particolare, la Corte di Giustizia nella sentenza “Padawan” (sent. della Corte di Giustizia dell’Unione Europea del 21/10/10 n. 467) ha chiarito innanzitutto che la nozione di equo compenso di cui all’art. 5 comma 2 lett. b) della direttiva 2001/29 costituisce 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.

La sentenza contiene alcune statuizioni particolarmente importanti:

- l’equo compenso deve essere commisurato al 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 costituisce 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;
- la difficoltà di individuazione degli utenti privati ed il minimo

pregiudizio da loro arrecato, ove considerati individualmente, consente 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; 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 potranno ripercuotere il costo del prelievo sugli utenti privati, perseguendosi in questo modo il giusto equilibrio;

- il sistema di finanziamento dell'equo compenso così strutturato presuppone che le apparecchiature, i dispositivi ed i supporti di riproduzione possano essere utilizzati per la realizzazione di copie private potendo, quindi, causare un pregiudizio all'autore dell'opera protetta;

- non è necessario che le apparecchiature abbiano 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 possano usufruire arrecando quindi 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 restanti censure.

Per ragioni logiche ritiene il Collegio di dover esaminare prima il terzo motivo di ricorso, con il quale le ricorrenti censurano il decreto impugnato nella parte in cui individua gli apparecchi assoggettati a compenso, motivo che può essere esaminato sotto i seguenti distinti profili:

a) l'assoggettamento a compenso degli apparecchi polifunzionali violerebbe il principio di proporzionalità:

a1) gli apparecchi polifunzionali, infatti, pur potendo essere utilizzati per le finalità assunte nel decreto impugnato, avrebbero finalità ben diverse e quindi la loro utilizzazione per la registrazione di videogrammi e fotogrammi sarebbe del tutto residuale;

a2) il pregiudizio arrecato agli autori, d'altra parte, sarebbe minimo con riguardo agli apparecchi polifunzionali e dunque in base al Considerando n. 35 della direttiva, gli stessi non dovrebbero essere assoggettati ad alcun compenso;

b) il provvedimento sarebbe inoltre illegittimo nella parte in cui non sottrae all'applicazione del compenso gli apparecchi destinati ad un utilizzo professionale;

b1) nel tenere conto delle "peculiarità" del caso concreto di cui al 35° Considerando della direttiva, l'Amministrazione avrebbe dovuto tener conto anche della natura dell'utente, differenziando il trattamento dei computer che vengono commercializzati a utenti di tipo business (imprese, pubbliche amministrazioni, studi professionali, ecc.) esentando tali categorie di prodotti dall'imposizione del compenso. Infatti, anche se in sporadici casi gli apparecchi potrebbero essere utilizzati per la riproduzione, il danno sarebbe del tutto marginale e come tale non sarebbe assoggettabile a compenso;

b2) inoltre l'utilizzo degli apparecchi acquistati per ragioni professionali esulerebbe dell'applicazione della direttiva 2009/29/CE; né la mancanza di tali esenzioni potrebbe essere colmata dai protocolli sottoscritti dalla S.I.A.E.;

c) il decreto imporrebbe il compenso senza tener conto delle misure tecnologiche di protezione;

d) il decreto sarebbe illegittimo perché prevedrebbe una doppia imposizione (ad esempio nel caso di acquisto on line mediante la rete internet di files, ovvero nel caso di abbinamento di una periferica di registrazione al computer), e ciò in violazione dell'art. 35 del Considerando della direttiva, che vieta la corresponsione del

compenso quando i titolari del diritto di autore hanno già ottenuto un pagamento anche se in altra forma;

e) la previsione della categoria x dell'Allegato Tecnico – categoria residuale non compiutamente determinata – renderebbe illegittimo il decreto per indeterminatezza.

Rileva il Collegio come l'assoggettamento degli apparecchi polifunzionali 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 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 integralmente della messa a

disposizione delle 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 semplice pregiudizio in quanto tale, bensì il pregiudizio eventuale.

Il carattere eventuale del danno causato all'autore dell'opera protetta risiede nella realizzazione della necessaria condizione preliminare consistente nella messa a disposizione di una persona fisica di apparecchiature o dispositivi che consentano l'effettuazione di copie, che non deve essere seguita dall'effettiva realizzazione di copie private.

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).

D'altra parte, nemmeno può ragionevolmente assumersi che la possibilità di visionare le opere diffuse in rete mediante tali apparecchi elettronici siano in grado di arrecare un "danno minimo" ai titolari dei diritti (Considerando 35) e ciò in considerazione del fatto che la memoria di un computer, di un telefono cellulare ovvero

di qualsiasi altro apparecchio idoneo a scaricare files è senz'altro idonea alla duplicazione di ingenti quantità di materiale protetto dal diritto di autore; né può ritenersi che l'assoggettamento ad equo compenso su una serie di apparecchi multimediali previsti in particolari dalle lett. r), s) e x) del decreto impugnato sia irragionevole.

Si tratta, infatti, di supporti dotati di funzionalità di registrazione e di riproduzione di opere protette e dunque idonei ad arrecare un pregiudizio al titolare del diritto di autore attraverso la riproduzione, pregiudizio che deve essere remunerato.

Neppure la previsione di una categoria aperta quale quella di cui alla lett. x) del decreto può ritenersi irrazionale o tale da rendere indeterminato il decreto stesso, tenuto conto che il settore della tecnologia digitale è soggetto ad una continua evoluzione e la categorizzazione operata – senza la previsione di una categoria residuale – potrebbe determinare il mancato assoggettamento a compenso di prodotti che abbiano funzioni di registrazione di contenuti audio e video ma che non possano concretamente incasellarsi nelle specifiche previsioni indicate nelle lettere precedenti dell'allegato tecnico al decreto, con evidenti violazioni del principio di non discriminazione.

Ritengono poi le ricorrenti che l'art. 2 dell'Allegato tecnico, così come strutturato, comporterebbe una doppia imposizione per un'unica attività di riproduzione, in violazione del punto 35 del

Considerando della direttiva, secondo cui se i titolari dei diritti hanno già ricevuto un pagamento, non possono essere assoggettati ad un successivo pagamento.

I files, nella maggior parte dei casi, sarebbero acquistati on line attraverso la rete internet a seguito di un pagamento che include la corresponsione dei diritti di autore; inoltre nel caso del computer al quale sia abbinata una periferica capace di registrazione il compenso sarebbe dovuto sia per il computer che per la periferica, in caso di computer dotato di masterizzatore il compenso sarebbe dovuto anche per il masterizzatore.

La censura è infondata.

Innanzitutto – come ha correttamente rilevato la difesa della SIAE – non è affatto certo che i files duplicati dagli utenti abbiano già scontato la corresponsione dei diritti spettanti agli autori; inoltre, quanto dedotto con riferimento ai computer non è rispondente al vero, in quanto secondo l'art. 3 dell'Allegato tecnico “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” e per quanto concerne specificatamente i computer, la lett. y) dell'Allegato tecnico al decreto prevede il pagamento del compenso in misura fissa differenziato a seconda che il computer abbia o meno un masterizzatore incorporato, non essendo dovuto alcun compenso commisurato alla memoria del computer.

Non sussiste quindi il rischio di una doppia imposizione.

Solo in caso di acquisto separato di un masterizzatore o di una memoria esterna che potenzi le capacità di memoria del computer, è dovuto il compenso per detti dispositivi, ma occorre tener conto che detti dispositivi vengono acquistati successivamente dagli utenti proprio per poter potenziare le capacità di memoria dell'apparecchio e dunque le sue capacità potenzialmente riproduttive.

Per quanto concerne, invece, le misure di protezione è sufficiente rilevare che l'art. 5 n. 2 lett. b) della direttiva n. 2011/29/CE si limita ad imporre agli Stati membri che consentano la copia privata di tener conto dell'apposizione o meno delle misure tecniche di protezione lasciando però ai singoli Stati la massima discrezionalità nello stabilire in che modo si debba tener conto delle misure tecniche stesse.

Nel caso di specie, dalla lettura della relazione illustrativa si evince che le (DRM) concepite dal Legislatore con lo scopo di limitare ed escludere la possibilità per il consumatore di effettuare copie non consentite e con l'obiettivo di permettere agli aventi diritto di avere, con la tracciabilità dello sfruttamento delle opere, anche una piena remunerazione dei loro diritti esclusivi, nel tempo hanno perso sostanziale rilevanza, in quanto gli aventi diritto hanno rinunciato a servirsene in quanto rivelatesi sostanzialmente inefficaci ai fini della protezione delle opere e per di più foriere di ulteriori problematiche superiori a quelle per le quali erano stati predisposte (cfr. Relazione

al decreto, nota a pag. 5).

Nella propria memoria la SIAE ha chiarito che l'incidenza delle misure tecniche di protezione è minima perché soltanto una piccola parte dei fotogrammi e videogrammi recano misure tecniche di protezione che impediscano la duplicazione delle opere, tenuto anche conto che dette opere vengono trasmesse via radio e via televisione e possono quindi essere facilmente riprodotte.

Pertanto, l'incidenza delle misure tecniche di protezione è talmente irrisoria da non poter incidere in modo significativo sulla riproduzione delle cosiddette copie private.

L'ultimo profilo del terzo motivo, quello connesso all'uso professionale, può essere esaminato congiuntamente con il secondo motivo di ricorso al quale è strettamente connesso.

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".

Deducco le ricorrenti che 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 previsione, contenuta nell'art. 4 dell'Allegato Tecnico alle "esenzioni oggettive o soggettive" da praticare in seguito a protocolli applicativi stipulati dalla SIAE con i soggetti obbligati alla corresponsione del compenso per copia privata o con loro associazioni di categoria, non sarebbe sufficiente a superare l'illegittimità in quanto l'esenzione sarebbe rimessa all'accordo con una parte – la SIAE – per la quale sussisterebbe un conflitto di interessi, e perché l'esenzione potrebbe essere introdotta solo in seguito ad un accordo (in mancanza del quale la parte interessata non disporrebbe di alcuna tutela) mentre dovrebbe essere prevista direttamente dal Ministero per i Beni e le Attività Culturali con il proprio decreto.

La censura è infondata.

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”.

Osserva il Collegio che 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 con quanto disposto dall'art. 5, n. 2, della direttiva 2001/29.

Occorre rilevare, infatti, come risulti in ogni caso 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.

Posti 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 regolamentare, 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, infatti, 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.

Né, del resto, la previsione della stipulazione di protocolli applicativi tra la SIAE ed i soggetti interessati incide - innovandolo - sul quadro normativo relativo alle esenzioni in tema di uso professionale non solo in considerazione del fatto che la stipulazione dei relativi protocolli appare proprio volta a stabilire l'ambito applicativo delle esenzioni in oggetto (con conseguente esclusione del pagamento relativo) ma anche in considerazione del fatto che 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 videoggioco”;
- 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 l'infondatezza delle censure proposte.

Deve essere infine esaminato l'ultimo motivo di ricorso con il quale le ricorrenti denunciano la violazione e/o falsa applicazione dei principi comunitari in materia di libera circolazione delle merci, concorrenza e divieto di aiuti di stato.

Occorre innanzitutto rilevare che le precedenti considerazioni consentono di respingere il primo profilo del quinto motivo, diretto a sostenere la non conformità del decreto impugnato alla Direttiva 2001/29/CE per quanto concerne "i danni minimi" (lett. a), "la doppia imposizione" (lett. b) e "le misure tecniche di protezione" (lett. c) (pag. 37 del ricorso).

Deve essere preventivamente esaminato il profilo relativo all'ostacolo alla libera circolazione delle merci e all'abuso di posizione dominante.

Com'è noto la proprietà industriale e intellettuale, tra cui anche la tutela del diritto d'autore, rientra nel campo di applicazione delle disposizioni relative alla libera concorrenza di cui agli artt. 85 e 86 TCEE, nella misura in cui può dar luogo a intese o allo sfruttamento abusivo di una posizione dominante.

L'art. 106 TFUE (ex 86 Tcee), prevede che "1. Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei trattati, specialmente a quelle

contemplate dagli articoli 18 e da 101 a 109 inclusi” ribadendo la necessità che anche detti istituti rispettino i principi di libertà di circolazione (lavoratori, merci, servizi, capitali) oltre che le regole di concorrenza.

La violazione di detta disposizione viene solitamente dedotta in combinato disposto con altre norme comunitarie, in particolare con l'art. 102.

La mera attribuzione da parte del legislatore italiano di un monopolio legale alla SIAE cui è attribuita in via esclusiva l'attività di gestione collettiva dei diritti d'autore non è di per sé incompatibile con l'art. 86 del trattato Ce (ora 102 TFUE), in quanto quel che determina l'incompatibilità non è tanto il fatto di creare una posizione dominante in capo ad un soggetto mediante la concessione di diritti speciali o esclusivi, piuttosto il fatto che esso possa, in virtù di dette prerogative, sfruttare abusivamente la sua posizione dominante sul mercato, consentendo l'imposizione di condizioni senza che queste risultino “l'unico comprovato e possibile mezzo per conseguire le finalità istituzionali dell'ente”, secondo l'orientamento ormai consolidato dei giudici comunitari.

Il decreto impugnato, nella parte in cui fissa la misura del compenso oggetto di contestazione estendendolo anche a prodotti non destinati prevalentemente alla riproduzione di opere protette, con la conseguenza, tra l'altro, di avvantaggiare un settore produttivo (impresa audiovisiva) in danno al comparto ad esso collegato

(produttori di supporti e apparecchi destinati alla fruizione di contenuti protetti da diritto di autore), non costituisce un comportamento qualificabile in termini di abuso di posizione dominante.

Al riguardo la SIAE eccepisce che la ricorrente non ha allegato né comprovato gli elementi di fatto per dimostrare la ricorrenza della fattispecie contestata. Non è infatti stato adeguatamente comprovato che le “tariffe” applicate a prodotti con diverse caratteristiche riproduttive – che a dire delle ricorrenti determinerebbero un indebito svantaggio del settore dei produttori di tali strumenti rispetto a quello degli autori e dei produttori delle opere – costituiscano compensi eccessivamente gravosi e “non equi” rispetto alla perdita subita dai titolari dei diritti d’autore e quindi esorbitanti rispetto alla necessità di compensare questi ultimi, almeno in parte, per la copia privata effettuata di tali opere. Non risulta infatti dimostrato che la misura di detto compenso sia superiore a quello spettante ai suoi associati e possa in tal modo costituire un vantaggio non dovuto, mentre, come già ricordato in precedenza, la resistente e soprattutto l’ANICA hanno rappresentato che si tratta di cifre ben al di sotto di quelle fissate da altri Paesi europei, quest’ultima denunciando la misura meramente simbolica del compenso che comprometterebbe addirittura eccessivamente gli interessi degli imprenditori nel settore cinematografico ed audiovisivo associate.

Va peraltro ribadito che tale compenso non è riservato ai soli

associati nazionali, atteso che la S.I.A.E. ha concluso accordi con le società di gestione degli altri paesi aderenti all'Unione Europea per il coordinamento delle attività sul territorio di rispettiva competenza al fine del perseguimento di tali fini istituzionali. In conclusione, non risulta che le condizioni imposte dalla SIAE siano diverse ed estranee rispetto a quelle necessarie "per conseguire le finalità istituzionali dell'ente" oppure vadano oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo, tanto più considerato il rilievo prioritario attribuito dal legislatore comunitario all'esigenza di un elevato grado di protezione dei destinatari dei servizi gestiti dalla SIAE, tutelati appunto mediante il riconoscimento dell'equo compenso in questione, né può sussistere da parte della SIAE l'abuso di posizione dominante tenuto conto che la SIAE non agisce in qualità di rappresentante degli associati, bensì secondo una funzione pubblicistica di raccolta e ripartizione del compenso, il quale è stato predeterminato negli elementi essenziali dallo stesso Legislatore.

Ritiene il Collegio che anche le censure con cui si lamenta il contrasto della misura in esame con i principi di libertà di circolazione delle merci posti a fondamento del diritto del mercato comunitario siano infondate.

Nella memoria del 10 giugno 2011 le ricorrenti invocano, a sostegno della censura, una risalente decisione della Corte di Giustizia contro una società di gestione dei diritti di autori tedesca (Corte giustizia CE, 20 gennaio 1981 , n. 55), ove afferma che i supporti di suono

anche se incorporano opere musicali protette, costituiscono dei prodotti ai quali si applica il regime di libera circolazione delle merci previsto dal Trattato di Roma di cui agli artt. 30 e 36 trattato C.E.E, che ostano all'applicazione di una legge nazionale che consenta ad una società per la gestione di diritti d'autore di invocare tali diritti per riscuotere un prelievo sui prodotti importati da altro Stato membro in cui siano stati messi in circolazione dai titolari dei diritti d'autore col loro consenso "e di porre in essere, in tal modo, una compartimentazione del mercato comune", evidenziando che una legge nazionale "che abbia il risultato di impedire il commercio dei supporti del suono va considerata come misura d'effetto equivalente ad una restrizione quantitativa ex art. 30 TUE".

Problematiche analoghe a quelle prospettate dalla ricorrente sono state analizzate e risolte sin dalla prima introduzione dell'equo compenso ad opera della legge n. 93 del 1992, proprio tenendo conto dell'apposita previsione dell'art. 36 in questione, che, appunto, include la "tutela della proprietà industriale e commerciale" – nozione che si estende a tutti i diritti di proprietà industriale o intellettuale e segnatamente ai diritti d'autore, ai brevetti, ai marchi, ai disegni e ai modelli, nonché alle denominazioni d'origine - tra i motivi per cui è possibile derogare alla libera circolazione delle merci. In tale prospettiva, e già prima dei timidi tentativi di parziale armonizzazione, era già stato ritenuto che gli artt. 30 e 36 del trattato CEE dovessero essere interpretati nel senso di non essere di ostacolo

all'applicazione di una legislazione nazionale che permetta ad una società nazionale di gestione di diritti di autore di percepire un “compenso complementare” rispetto al diritto di esecuzione anche quando tale diritto complementare non sia previsto nello Stato membro i relativi prodotti sono commercializzati. E' stato perciò ritenuta ammissibile la riscossione di un compenso complementare di riproduzione meccanica: “anche supponendo che possa avere un effetto restrittivo sulle importazioni, non rientra nell’ambito delle misure di effetto equivalente vietate dall’art. 30 del trattato, in quanto va considerata come lo sfruttamento normale di un diritto d’autore” (Corte giustizia CE, 09 aprile 1987 su causa C 402/85).

E la particolare esigenza di tutela del diritto d'autore ha costituito oggetto di studio e di valutazione nel Libro verde del Giugno 1988 in cui si disegnava un'evoluzione del diritto comunitario nel senso dell'armonizzazione, anziché dell'eliminazione, delle legislazioni nazionali di protezione di opere soggette a copyright, azione culminata, tra l'altro, nella direttiva 92/100 del 19 novembre 1992, concernente il diritto di noleggio, il diritto di prestito; n. 93/83 del 27 settembre 1993, in materia di radiodiffusione via satellite e di ritrasmissione via cavo; n. 93/98 del Consiglio, del 29 ottobre 1993, concernente l'armonizzazione della durata di protezione del diritto d'autore e di alcuni diritti connessi; nonché nella direttiva che ha determinato l'adozione del decreto in contestazione.

In tale ottica, anche con riguardo alla legge n. 92/93 la

giurisprudenza allora aveva già escluso che il prelievo in questione potesse essere inteso come una misura di effetto equivalente ad una restrizione quantitativa all'importazione, e quindi in contrasto con l'art. 30 del trattato Ce, in quanto tale compenso ha natura corrispettiva per il sacrificio o la lesione dell'esclusività del diritto di sfruttamento dell'opera di creazione intellettuale (Corte appello Milano, 29 dicembre 1998 Philips).

In tale decisione è stato escluso il contrasto tra la l. n. 93 del 1992 e l'art. 95 del trattato Ce - secondo cui nessuno Stato membro può applicare direttamente o indirettamente ai prodotti degli altri Stati membri imposizioni interne di qualsivoglia natura superiori a quelle applicate direttamente o indirettamente ai prodotti nazionali simili – proprio in considerazione della sua finalità, che è di tutela del diritto d'autore e non di surrettizia sovvenzione di prodotti nazionali. Tali considerazioni valgono ancor più nel caso in cui la misura non sia prevista unilateralmente, ma imposta dalla necessità di attuare la normativa comunitaria, come in relazione al decreto impugnato.

Le censure in esame vanno quindi respinte alla luce della natura e della funzione dell'equo compenso (così come chiarite in precedenza), evidenziando altresì il difetto di quel carattere di “unilateralità” che è indefettibilmente richiesto per considerare la misura in contestazione come tassa o misura “di effetto equivalente” ai sensi dell'art. 30 TFUE e cioè che questa si configuri “come un diritto imposto unilateralmente, sia all'atto dell'importazione, sia in

un successivo momento e che, colpendo specialmente una merce importata da un paese membro ad esclusione del corrispondente prodotto nazionale, produca il risultato di alterarne il prezzo e di incidere così sulla libera circolazione delle merci alla stessa stregua di un dazio doganale » (Corte di Giustizia del 14.12.62, su CC 2 e 3/62). Si tratta, piuttosto, come già ripetutamente chiarito, di un prelievo che ha natura di “compenso” per il mancato guadagno che non costituisce una scelta arbitraria ed unilaterale dello Stato italiano, ma una misura adottata in attuazione di una direttiva comunitaria, nella quale è previsto che il quantum del compenso deve essere determinato dai singoli Stati, sulla base delle specifiche differenze culturali e giuridiche, nel rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità che, nella fattispecie, appaiono pienamente rispettati tenuto conto che la misura del compenso è estremamente ridotta rispetto a quella fissata in provvedimenti analoghi adottati da altri Stati membri e “non altera le dinamiche di formazione del prezzo finale”, secondo quanto risulta dall’analisi economica effettuata in apposito studio (doc. SIAE 7), attenuando quindi i paventati effetti sul funzionamento del mercato.

Né, per le medesime ragioni, può ritenersi che detto prelievo possa essere inquadrato ai sensi dell’art. 34 TFUE come misura “di effetto equivalente” che colpisce il prodotto in ragione della sua importazione o esportazione rendendole più onerose, in quanto il compenso in contestazione deve essere corrisposto, piuttosto, al

momento della vendita del bene o supporto atto alla riproduzione dell'opera tutelata da copyright. E deve essere corrisposto in ugual misura da tutte le case di produzione dei supporti e degli apparecchi interessati a prescindere dalla loro nazionalità. Vero è che – come controdedotto - tale rilievo non è sufficiente ad escludere l'illiceità della misura che sia indistintamente applicabile alle merci nazionali e a quelle importate (Corte di Giustizia 20.2.1979 C 120/78 Cassis de Dijon), ma affinché questa possa essere considerata misura d'effetto equivalente ad una restrizione quantitativa all'importazione occorre comunque che essa produca l'effetto paventato di incidere negativamente sugli scambi creando una discriminazione in base all'origine, come chiarito dalla successiva giurisprudenza comunitaria, che nega l'automatica applicabilità del divieto di cui all'art. 30 TUE alle misure applicabili indiscriminatamente ai prodotti nazionali ed importati, essendo necessario verificare nella specifica fattispecie la sussistenza di tale discriminazione (Corte di Giustizia 24.11.93 CC. 267/91 e 268/91 Keck Mithouard). Ed appunto, che nella fattispecie in esame, la misura del compenso in questione costituisca “un mezzo di discriminazione arbitraria o una restrizione dissimulata al commercio tra gli stati membri” in violazione del divieto sancito dall'art. 36 TUEF non risulta dimostrato. Al contrario, deriva dalla consapevole scelta dello stesso legislatore comunitario e dalla natura e finalità del compenso da questo delineata, come chiaramente indicate nei considerando della direttiva, che presuppone una

differenza nei livelli di protezione dei diritti di proprietà intellettuale nei diversi Paesi ai quali riconosce ampia discrezionalità (attinente appunto a scelte di politica di protezione oltre che alle specifiche abitudini di consumo) nella fissazione del margine di compenso.

Non sussiste pertanto neppure la violazione dell'art. 29 TFUE, per il quale "sono considerati in libera pratica in uno Stato membro i prodotti provenienti da paesi terzi per i quali siano state adempiute in tale Stato le formalità di importazione e riscossi i dazi doganali e le tasse di effetto equivalente esigibili e che non abbiano beneficiato di un rimborso totale o parziale di tali dazi e tasse".

Al riguardo le ricorrenti lamentano che l'ordinamento italiano non disciplina in alcun modo il fenomeno del doppio prelievo e quindi neppure le modalità per ottenere eventuali rimborsi, demandando il tutto alla SIAE, la quale si limita a chiedere il pagamento del compenso in contestazione all'importatore senza curarsi del fatto che questi abbia già assolto l'onere di versare altro importo, al medesimo titolo, nel proprio Paese di origine, compromettendo in tal modo la libera circolazione dei prodotti nel mercato interno e determinando disparità di trattamento tra le imprese situate in diversi Stati membri (a seconda dell'entità ed estensione del prelievo di volta in volta applicabile). Sicchè anche ove il prodotto sia già soggetto a tale compenso nel Paese d'origine sarà lo stesso assoggettato ad ulteriore imposizione anche in Italia con conseguente incremento del prezzo finale del prodotto, in violazione dell'art. 29 e degli artt. 30 e 34

operando come tassa di effetto equivalente a dazio, ovvero come misura d'effetto equivalente ad una restrizione quantitativa, in contrasto con quanto sancito nella sentenza della Corte di giustizia 20.1.1982. Quanto denunciato dalle ricorrenti, tuttavia, non corrisponde al vero alla luce dei chiarimenti al riguardo forniti dalla resistente nei propri scritti difensivi ove precisa che il sistema italiano, al contrario di quanto affermato dalla ricorrente, prevede appositi meccanismi di esenzione e rimborso - favorevolmente valutati dalla Commissione nell'ambito delle relative consultazioni – appunto per evitare la possibilità di una doppia imposizione ed atti a ridurre l'incidenza dell'equo compenso sul funzionamento del mercato interno (cfr. documentazione concernente i “criteri applicativi” dell'equo compenso del novembre 2003, tutt'ora applicabili, in particolare i punti ove si prevede che questo, se già pagato dall'importatore, sia rimborsato in caso di riesportazione (sez 5.1.) e la specifica esenzione che esclude i prodotti esportati verso altri stati membri o terzi (sez 4.1) volti proprio per evitare che il prodotto esportato in altro Stato sia assoggettato due volte al compenso in esame).

Deve essere infine esaminato l'ultimo profilo con il quale le ricorrenti denunciano la violazione e/o falsa applicazione dei principi comunitari in materia di divieto di aiuti di Stato.

Al riguardo si evidenzia nel ricorso che il flusso reddituale che il decreto assicura ai titolari dei diritti di riproduzione sarebbe

indipendente dall'ipotetico pregiudizio che questi ultimi potrebbero ricevere dall'esercizio della facoltà di copia privata e costituirebbe un chiaro vantaggio economico rispetto ad una situazione in cui il diritto alla riproduzione in forma privata non fosse stato concesso per decisione del legislatore nazionale; il vantaggio, peraltro, sarebbe selettivo perché non riguarderebbe tutti gli operatori economici ma unicamente quelli operanti nel settore audio-video iscritti alla SIAE mediante sfruttamento dei diritti economici di autore.

La censura va disattesa.

L'art. 107 TUE (già 87) così recita: “1. Salvo deroghe contemplate dal presente trattato, sono incompatibili con il mercato comune, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza”.

L'interpretazione e l'applicazione della disposizione in parola, com'è noto, è particolarmente complessa, in quanto la nozione di “aiuto di Stato” è tutt'altro che neutra, riflettendo le diverse concezioni ideologiche del rapporto Stato/mercato e della necessità di politiche pubbliche di intervento compensative.

Quel che è chiaro è che la qualificazione di una misura in termini di aiuto di Stato implica un trasferimento di risorse pubbliche ed un indebito vantaggio economico per le imprese interessate, oltre che la “selettività” della misura, gli effetti sulla concorrenza e sugli scambi.

Orbene, nessun dubbio in merito all'insussistenza del primo presupposto, atteso che, come chiarito nel vademecum della Commissione per le Autorità antitrust nazionali, "le norme relative agli aiuti di Stato riguardano solo le misure che comportano un trasferimento di risorse statali", anche se erogate da enti diversi dallo Stato (la SIAE appunto); ma qui non si tratta di risorse pubbliche erogate dalla SIAE ai suoi associati, bensì di somme pagate dai privati a titolo di "controprestazione" per la copia privata che sono dalla SIAE solo raccolte in virtù del rapporto di mandato con i privati e poi ad essi redistribuite.

Manca, pertanto, soprattutto l'ulteriore fondamentale presupposto e, cioè, che tali somme devono consentire un vantaggio (riduzione di costi, aumento di entrate) del tutto privo di giustificazione sotto il profilo economico - e che quindi si colloca fuori dal funzionamento del mercato e di conseguenza produce un effetto distorsivo della concorrenza e degli scambi - mentre nella fattispecie in esame si verifica un trasferimento di risorse tra privati a titolo di "compenso" per la fruizione individuale di un prodotto coperto da copyright e che pertanto trova la sua giustificazione proprio nello scambio avvenuto tra privati (autorizzazione "implicita" del titolare del diritto di sfruttamento dell'opera e corresponsione di un "compenso" per il godimento della copia privata) in cui il compenso ha funzione ripartiva del "mancato guadagno" ed è quindi riconosciuto in un'ottica di mercato e non d'ausilio.

Non sussiste infatti il requisito del “vantaggio economico” che il destinatario non avrebbe ottenuto nel corso normale della sua attività in quanto, come sopra ricordato, si tratta, appunto, di un compenso dovuto dall’utente di un prodotto multimediale per la riproduzione di copia privata; compenso che, peraltro, come rilevato dalla resistente non solo non è superiore al mancato guadagno da questi subiti per effetto della copia privata, ma è addirittura particolarmente ridotto rispetto a quello fissato da altri Stati membri.

Va pertanto esclusa la condizione che si tratti di un vantaggio economico che l’impresa beneficiaria non avrebbe ottenuto in condizioni normali di mercato.

Né la ricorrente ha dimostrato che la misura di detto compenso sia superiore e quindi possa costituire un vantaggio non dovuto, mentre la resistente e soprattutto l’ANICA hanno rappresentato che si tratta di cifre ben al di sotto di quelle fissate da altri Paesi europei, quest’ultima denunciando la misura meramente simbolica del compenso che comprometterebbe addirittura eccessivamente gli interessi degli imprenditori nel settore cinematografico ed audiovisivo associate.

La natura e lo scopo dell’equo compenso pertanto valgono ad escludere in radice la configurabilità nella fattispecie dell’aiuto di Stato – atteso che, secondo una costante giurisprudenza, la qualificazione di “aiuto” richiede che sussistano tutti i presupposti previsti da tale disposizione-, anche a prescindere dall’ovvio rilievo –

evidenziato dalla SIAE - che la ricorrente non ha allegato né comprovato gli elementi di fatto per dimostrare la ricorrenza di tale aiuto.

Per completezza, tuttavia, il Collegio ritiene opportuno precisare che non sussistono nemmeno le ulteriori condizioni per la configurabilità dell'aiuto.

Quanto al carattere di selettività, si tratta di un elemento inconferente, che rende evidente l'inapplicabilità della nozione alla fattispecie in esame, in quanto non si tratta di una misura arbitrariamente adottata dallo Stato italiano per favorire le proprie imprese o i propri autori, ma si tratta, piuttosto, di un atto doveroso di adempimento di impegni comunitari, che obbligano lo Stato membro che decida di consentire la copia privata di rendere indenni autori e produttori dal danno per la mancata percezione dei relativi diritti e ciò avviene mediante la corresponsione di questo in misura ridotta, appunto, a titolo di equo compenso, che si applica in ragione della tipologia ed attitudine riproduttiva del supporto o del dispositivo, indipendentemente dalla sua origine nazionale, ed è quindi previsto a favore dell'intera categoria di operatori, senza discriminare in base alla nazionalità degli stessi.

Infine, per quanto attiene agli effetti sulla concorrenza e sugli scambi fra Stati membri si tratta di un aspetto già considerato dal legislatore comunitario ed appunto oggetto di armonizzazione delle legislazioni nazionali, in attesa di una possibile, futura "tariffa unica" stabilita a

livello comunitario, sicchè la lamentata conseguenza costituisce, appunto, uno degli inconvenienti che la direttiva tende ad attenuare, non ad eliminare.

Ne discende che, non ricorrendo la natura di aiuto di Stato, viene altresì a cadere anche il profilo di censura con cui si denuncia che il decreto impugnato sarebbe illegittimo già per il solo fatto di non essere stato notificato alla Commissione (e da questa autorizzato), non essendo la relativa procedura richiamata dalla direttiva in esame, appunto a conferma della qualificazione operata.

Infine, ritiene il Collegio che non sussistano i presupposti per disporre un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea tenuto conto di quanto già espresso dalla Corte stessa con la sentenza "Padawan" del 21 ottobre 2010 e con la successiva sentenza "Opus Supplies" del 16 giugno 2011", e considerato altresì quanto già rilevato in precedenza con riferimento alle misure tecniche di protezione, alla questione relativa alla "doppia imposizione", e al potere della SIAE di stipulare protocolli integrativi al fine di prevedere l'esenzione dal pagamento del compenso.

In conclusione, per i suesposti motivi, il ricorso principale deve essere respinto perché infondato.

La reiezione del ricorso principale comporta la declaratoria di improcedibilità del ricorso incidentale per difetto di interesse.

Ad ogni buon conto, il ricorso incidentale dovrebbe ritenersi comunque inammissibile, come correttamente rilevato dalla difesa

delle ricorrenti.

L'ANICA per contestare la commisurazione del compenso avrebbe dovuto provvedere ad impugnare direttamente ed autonomamente il decreto, ove ritenuto lesivo dei propri interessi: il ricorso incidentale, infatti, presenta natura difensiva e conservativa e non può essere utilizzato per ottenere l'annullamento del decreto (cfr. Cons. Stato Sez. V 14/4/08 n. 1600; T.A.R. Campania Sez. I 1/3/2010 n. 1207).

Il ricorso incidentale, infatti, è deputato a svolgere la funzione di paralizzare la possibilità di accoglimento del ricorso principale, introducendo una ragione ostativa all'accoglimento delle censure dedotte (Cons.St., V, 14 aprile 2008, n. 1600) e, quindi, lo strumento incidentale "funziona" come un'eccezione: secondo l'opinione prevalente, invero, il ricorso incidentale, pur essendo formalmente un'autonoma azione di impugnazione, da un punto di vista sostanziale consiste in un'eccezione in senso tecnico in quanto mira a paralizzare l'azione principale e a neutralizzare gli effetti derivanti da un eventuale accoglimento del ricorso principale, in questo caso con l'obiettivo appunto di "ribaltare" la pronuncia in modo favorevole ad esso ricorrente incidentale e così lasciare - che è il punto fondamentale controverso - immutato il medesimo assetto di interessi garantito dal provvedimento oggetto di impugnazione (Cons. St., sez. IV, 21/4/2009, n. 2435).

Pertanto è inammissibile l'introduzione in via incidentale di una domanda diretta ad ampliare la materia del contendere, domanda che

il soggetto interessato avrebbe avuto l'onere di proporre mediante un rituale ricorso autonomo.

Sussistono giusti motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese tra le parti.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

così dispone:

respinge il ricorso principale e 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 dei giorni 12 luglio e 24 novembre 2011 nonché 2 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Scafuri, Presidente

Stefania Santoleri, Consigliere, Estensore

Floriana Rizzetto, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/03/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)