



Trento Law and Technology
Research Group
Student Paper n. 8

Equo Compenso e
Diritti d'Autore
Un'analisi comparata

Ruggero Brogi | Gennaio /2012

Fair Compensation
and Author's Rights
A comparative analysis

Ruggero Brogi | January /2012

Trento Law and Technology Research Group – **Student Paper n. 8**
University of Trento - Faculty of Law - Department of Legal Sciences

ISBN: 978-88-8443-400-5_____
COPYRIGHT © 2012 RUGGERO BROGI

This paper can be downloaded without charge

Trento Law and Technology Research Group
Research Papers Series Index:
<http://www.lawtech.jus.unitn.it>

Unitn - eprints:
<http://eprints.biblio.unitn.it/archive/0002283>

Questo paper Copyright © 2012 **Ruggero Brogi** è pubblicato con:
Creative Commons Attribuzione - non commerciale - non opere derivate
2.5 Italia License. Maggiori informazioni circa la licenza all'URL:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/it/>

FAIR COMPENSATION AND AUTHOR'S RIGHTS

A COMPARATIVE ANALYSIS

ABSTRACT

The purpose of this paper is to introduce, display and analyse the right to fair compensation to copyright holders for private copying of their works, such as songs and musical performances, films and books. The provision is aimed to cover the cost of unauthorized copy of copyrighted materials, typically made by the end users for their private use, eventually including the use of the copy by their relatives and friends. This is especially true if one considers today's pervasiveness of copying and the multiplicity of devices.

The non-commercial nature (private copies are not sold neither are available to the public), together with the limited scale of the reproduction activity, makes this phenomenon easily distinguishable from the commercial "piracy", *i.e.* the unauthorized serial reproduction of copyrighted works made for commercial purposes.

In order to grant the economic revenue to copyright holders, private copying levies are applied to media devices that are sold to private consumers. The levy is paid by the manufacturers and importers of those devices and collected by copyright collection societies.

The first chapter briefly illustrates social and legal implications of the laws on fair compensation for private copying of protected materials. The first model was developed by the Federal German Republic and it subsequently circulated in most of Europe. The final part of the chapter makes a comparison of the present laws of some EU Countries, under the principles established by the Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council (22 May 2001) on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, also casting a short glance at the relevant laws of two non-European countries, United States of America and Canada.

The second chapter follows the patterns of law and economics to show and discuss the basic principles of private copying and the established compensation model. By offering the analysis of some critical issues, including the interaction between the existing compensatory schemes and technical protection measures and DRMs, as well as the effect of the levy on digital devices, the intent is to investigate the influence exerted by the private copying laws on new technologies and *vice versa*.

The last chapter pertains to the study of the viability of the compensation scheme for private copying with regards to the internet, especially when it comes to file-sharing services which, among other points at issue, urges to discuss the chance for full legalization.

KEYWORDS

Intellectual Property, Copyright, Private Copying, Fair
Compensation, Comparative Law

About the author

Ruggero Brogi (ruggero.brogi@gmail.com) graduated in Law at the University of Trento under the supervision of prof. Roberto Caso (October 2011). The opinions stated in this paper and all possible errors are the Author's only.

EQUO COMPENSO E DIRITTI D'AUTORE
UN'ANALISI COMPARATA

ABSTRACT

Oggetto di discussione in questa trattazione sono le normative sull'equo compenso per le riproduzioni private di opere dell'ingegno, più specificatamente di opere musicali, cinematografiche e letterarie, realizzate in assenza di autorizzazione da parte dei titolari dei relativi diritti d'autore. Si tratta di riproduzioni effettuate dagli utenti delle opere a beneficio di una ristretta cerchia di persone, solitamente familiari o amici, e non destinate alla circolazione in pubblico. Le copie sono prodotte in numero limitato, sovente in un unico esemplare, mediante gli strumenti tecnici tipicamente presenti nelle abitazioni private. Queste caratteristiche rendono il fenomeno facilmente distinguibile dalla cosiddetta pirateria a fini di lucro di beni protetti dal diritto d'autore, solitamente condotta mediante l'impiego di strutture aziendali clandestine per la fabbricazione e la distribuzione di copie non autorizzate. Per garantire un compenso economico ai titolari di diritti d'autore o di diritti connessi per le riproduzioni private si provvede al prelievo di una quota del prezzo dei prodotti comunemente utilizzati da utenti privati per il confezionamento delle copie dei materiali protetti. Tale quota è pagata dai produttori e dagli importatori dei prodotti in questione, ed è riscossa da appositi enti per la gestione dei diritti d'autore.

Nel primo capitolo si ripercorrono brevemente gli eventi sociali e giuridici che hanno portato alla emanazione delle prime leggi istituenti un compenso per le riproduzioni ad uso privato. Successivamente si dà conto di come il modello, nato nella Repubblica Federale di Germania, sia poi circolato, con poche modifiche, in gran parte del territorio europeo, seppur con alcune significative eccezioni. La parte conclusiva del capitolo contiene una analisi comparata delle normative odierne di alcuni Paesi dell'Europa continentale, alla luce dei principi

posti dai trattati internazionali sul diritto d'autore e dalla direttiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 22 maggio 2001, relativa all'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione. L'analisi è completata con l'illustrazione del recepimento del modello presso alcuni Stati extraeuropei.

Nel secondo capitolo è condotto un breve studio dei fondamenti economici dei meccanismi di equo compenso per copia privata, corredato da alcune considerazioni sul rapporto giuridico intercorrente tra equo compenso e diritti esclusivi di riproduzione, avendo come riferimento in particolare il diritto italiano. Il capitolo si conclude con l'esame di alcuni profili critici delle norme sull'equo compenso, quali l'interazione con le misure tecniche di protezione e l'incidenza del prelievo sui nuovi dispositivi digitali, allo scopo di verificare l'influenza prodotta dalle leggi sulla riproduzione privata sulle nuove tecnologie e viceversa.

Il terzo capitolo è dedicato all'analisi di alcune proposte avanzate da studiosi del diritto per estendere il modello di equo compenso alla condivisione non autorizzata su reti informatiche di materiali protetti da diritti d'autore, al fine di valutare la praticabilità di questo modello quale soluzione al problema del *file-sharing* illegale.

PAROLE CHIAVE

Proprietà Intellettuale, Diritto d'Autore, Copia Privata,
Equo Compenso, Diritto Comparato

Informazioni sull'autore

Ruggero Brogi (ruggero.brogi@gmail.com) ha conseguito la laurea specialistica in Giurisprudenza presso l'università di Trento nell'ottobre 2011, discutendo una tesi elaborata sotto la supervisione del prof. Roberto Caso. Le opinioni espresse, così come eventuali errori ed imprecisioni, sono imputabili esclusivamente all'Autore.

EQUO COMPENSO E DIRITTI D'AUTORE
UN'ANALISI COMPARATA

Ruggero Brogi

INDICE

Capitolo 1. Equo compenso per le riproduzioni private ad uso personale: origini ed evoluzione	12
1.1. Il diritto esclusivo di riproduzione e la riproduzione privata ad uso personale	12
1.2 Origine dei meccanismi di compensazione per le riproduzioni senza scopo di lucro: il caso della Germania	24
1.3 La circolazione del modello in Europa, alcuni esempi	33
1.4 La legge italiana del 5 febbraio 1992, n. 93	38
1.5 La copia privata nei sistemi di <i>common law</i>	46
1.5.1 Regno Unito	46
1.5.2 Stati Uniti e AHRA, dal Digital Audio Tape al lettore mp3	50
1.6 Copia privata ed il diritto internazionale, i trattati WIPO ed il “three step test”	71
1.7 Copia privata ed Unione Europea: dal Libro Verde del 1988 alla direttiva 2001/29/CE	84
1.8 Analisi comparata delle normative sull'equo compenso per riproduzioni ad uso personale negli Stati membri dell'Unione a seguito della direttiva 2001/29/CE: alcuni esempi	107
1.8.1 Germania	107
1.8.2 Francia	109
1.8.3 Spagna	113
1.8.4 Italia	117
1.9 La normativa canadese	132
	7

Capitolo 2. L'equo compenso tra diritto esclusivo di riproduzione, misure tecnologiche di protezione e tecnologie digitali	138
2.1 Il diritto ad equo compenso secondo una prospettiva economica	138
2.2 Relazione tra equo compenso, copia privata e diritto esclusivo di riproduzione nell'ordinamento italiano	156
2.3 Riproduzioni ad uso privato e misure tecnologiche di protezione: una difficile convivenza.	162
2.4 Breve rassegna giurisprudenziale italiana in tema di equo compenso per copia privata	178
2.5 La copia privata nell'era digitale: il prelievo sugli apparecchi digitali. Il modello è ancora adeguato?	198
Capitolo 3. Il possibile futuro del sistema del "prelievo": L'equo compenso applicato al file-sharing?	220
3.1 Le proposte per una legalizzazione della condivisione in rete di materiali protetti dal diritto d'autore	220
3.2 Analisi critica degli schemi di compensazione alternativa	238
3.3 Considerazioni finali	256
Riferimenti bibliografici	262

Capitolo 1. Equo compenso per le riproduzioni private ad uso personale: origini ed evoluzione

1.1. Il diritto esclusivo di riproduzione e la riproduzione privata ad uso personale

Nei primi giorni del 2010¹ è stato pubblicato il decreto riguardante la “determinazione del compenso per la copia privata di fonogrammi e videogrammi”². Questo decreto, emanato in ottemperanza al dettato dell’art 71 *septies*³ della l. 22 aprile 1941, n. 633, definisce, nel suo allegato tecnico, la misura della quota sul prezzo di vendita di apparecchi e supporti per la registrazione audio e video che produttori e importatori di detti apparecchi e supporti dovranno versare a titolo di equo compenso per le attività di cosiddetta “copia privata”. Tale espressione è comunemente utilizzata per indicare le riproduzioni non autorizzate di opere tutelate dal diritto di autore realizzate da individui privati per uso personale. Le leggi sul diritto di autore riconoscono al titolare del diritto una serie di facoltà esclusive, relativamente alle opere dell’ingegno protette. Finché perdura l’esclusiva⁴, soggetti terzi che vogliano usufruire di queste facoltà sono tenuti ad ottenere l’autorizzazione del legittimo titolare del diritto. In Italia, in particolare, l’articolo 13 della legge sul diritto d’autore sancisce il diritto esclusivo di riproduzione, avente ad oggetto “la moltiplicazione in copie diretta o indiretta, temporanea o permanente, in tutto o in parte dell’opera, in qualunque modo o forma”⁵. Ciò significa che

¹ A tal proposito cfr. G. FLORIDIA, S. ALVANINI, *Equo compenso per copia privata: di male in peggio*, *Dir. ind.*, 2010, 5.

² Decreto 30 dicembre 2009 del Ministro per i beni e le attività culturali.

³ Articolo modificato in ultimo dal d.l. 30 dicembre 2008, n. 207, convertito in l. n. 14 del 2009.

⁴ In Italia il limite generale di durata dei diritti di utilizzazione economica dell’opera è tutta la vita dell’autore, più ulteriori settanta anni dopo la sua morte, cfr. art. 25, l. 22 aprile 1941, n. 633, protezione del diritto d’autore e di altri diritti connessi al suo esercizio, modificato dall’art. 17, l. 6 febbraio 1996, n. 52.

⁵ Vedi l. 22 aprile 1941 n. 633, citata, all’art 13.

qualunque attività di duplicazione di un'opera protetta dovrebbe essere autorizzata dal titolare dell'esclusiva. Normalmente la concessione dell'autorizzazione è preceduta da una contrattazione tra le parti. In questo modo il soggetto riproduttore può ottenere la legittimazione alle operazioni di copia dell'opera, e solitamente anche l'esclusiva sullo sfruttamento commerciale delle copie, e l'autore ottiene la remunerazione per gli sforzi e le spese sostenute nel corso della creazione dell'opera.

Il fondamento giuridico-economico dei diritti di esclusiva sull'opera è proprio questo: consentire all'autore di realizzare un adeguato utile economico che gli permetta di dedicarsi alla produzione di nuove opere e al contempo favorire la conoscenza pubblica delle opere stesse, costituendo adeguati incentivi economici alla loro disseminazione. La disseminazione della conoscenza e gli incentivi alla produzione di nuove opere sono altresì garantiti dalla limitazione del diritto di esclusiva. Ad esempio, scaduto il termine del diritto d'autore, l'opera cade in pubblico dominio ed è liberamente riproducibile.

Ogni contrattazione determina anche una spesa, facente parte di quella categoria di costi che gli economisti definiscono di transazione. In una negoziazione per lo sfruttamento commerciale di un'opera dell'ingegno questi costi sono fisiologici e non dovrebbero impedire il raggiungimento di un accordo economicamente efficiente, un accordo in cui, in altre parole, i benefici per le parti superino i costi sopportati.

In alcune situazioni, però, i costi di transazione sono troppo elevati perché possa esserci una negoziazione efficiente tra le parti⁶. Questo è il caso della riproduzione privata per uso personale: se chiunque volesse realizzare una copia personale di un cd musicale, ad esempio, dovesse contattare il titolare dei

⁶ Cfr. G. CALABRESI, D. MELAMED, *Property rules, liability rules and inalienability: one view of the cathedral*, 85 *Harvard Law Review*, 1089, 1106. (1972), disponibile anche all'URL: « <http://www.jstor.org/stable/1340059> » (ultimo accesso effettuato in data 2 marzo 2011); R. Cooter, U. MATTEI, P. G. MONATERI, R. PARDOLESI, T. ULEN, *Il mercato delle regole- Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 2006, 96 e ss.

diritti sull'opera in esso contenuta e avviare una trattativa per ottenere una licenza di riproduzione di una singola copia, dovrebbe sopportare costi così elevati, anche solo in termini di tempo impiegato, da dissuaderlo probabilmente perfino dal tentare di avviare una trattativa.

Il ricorso ad enti di intermediazione per la gestione dei proventi dei diritti di autore, le cosiddette *collecting societies*, cui venisse delegata la facoltà di trattare in via esclusiva i diritti di riproduzione privata, attenuerebbe il problema, ma non lo risolverebbe.

E' necessario, inoltre, tenere conto di un altro fattore: i costi di *enforcing* del diritto. Controllare che tutte le riproduzioni private siano realizzate dietro concessione di un'apposita licenza significherebbe verificare la presenza di eventuali copie non autorizzate casa per casa, e ciò imporrebbe costi elevatissimi, oltre a presentare ovvi problemi di privacy.

In ambito europeo, inizialmente per iniziativa di singoli Stati e poi per intervento comunitario, sono state create normative con lo scopo di comporre gli interessi in causa, ossia l'interesse dei singoli utenti delle opere di ingegno alla effettuazione di copie per uso personale e l'interesse dei titolari dei diritti d'autore ad ottenere una remunerazione anche da questo utilizzo delle loro opere.

La scelta dei legislatori europei è stata di imporre il prelievo, o *levy* in inglese, di una quota del prezzo di vendita degli apparecchi utilizzabili in ambito privato per la riproduzione di fonogrammi o videogrammi e dei supporti destinati a "contenere" la copia. Suddette quote costituiscono il compenso, sovente definito equo⁷, per le attività di riproduzione privata che gli acquirenti degli apparecchi e dei supporti potranno eventualmente realizzare nella loro sfera privata.

⁷ Vedi, ad esempio, art.5, paragrafo 2, lett. b), direttiva 2001/29/CE del parlamento europeo e del consiglio del 22 maggio 2001, relativa all'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione.

L'obbligo di versare la quota dei proventi di vendita è fatto gravare su soggetti professionali: produttori e importatori degli apparecchi e dei supporti, che in virtù dell'organizzazione produttiva o commerciale di cui dispongono possono più facilmente far fronte all'obbligo, e nei confronti dei quali è più facile agire in caso di disattenzione dell'obbligo stesso⁸.

Data la natura del prelievo, che non permette di verificare in concreto quante copie siano effettivamente realizzate, né ovviamente di quali opere, il compenso così ottenuto è versato ad enti di gestione collettiva di diritti⁹, dette in inglese *collecting societies*, che si occupano della riscossione delle quote e della successiva distribuzione dei profitti così ottenuti ai singoli titolari dei diritti.

Il diritto di autore e più in generale il diritto sulla proprietà intellettuale è nato con lo scopo¹⁰ di garantire ad autori ed inventori di idee creative originali la possibilità di trarre dal loro lavoro un reddito sufficiente per permettere loro di continuare a dedicarsi a ulteriori attività creative¹¹.

⁸ Secondo numerosi commentatori, produttori e importatori sono anche logicamente gravati dell'obbligo al compenso, in quanto sono beneficiari indiretti delle attività di riproduzione privata eseguite dagli utenti finali, costituendo la vendita degli strumenti necessari a tali copie una parte centrale del loro business. Si argomenta a tal proposito che senza la possibilità per gli utenti di realizzare copie di opere dell'ingegno nei loro domicili l'interesse del pubblico per questi strumenti, che potrebbero ben fungere ad altri scopi, sarebbe notevolmente inferiore, determinando di conseguenza una significativa contrazione del volume delle vendite degli strumenti stessi. Ad ogni modo il costo del compenso può facilmente ripercuotersi sugli acquirenti finali in termine di una maggiorazione dei prezzi di vendita.

⁹ In Italia il principale agente intermediario per la gestione dell'equo compenso e di altri diritti è la SIAE: Società Italiana Autori ed Editori.

¹⁰ Un impulso non trascurabile alla creazione di leggi per la tutela della proprietà intellettuale è stato offerto anche dall'interesse delle autorità statali ad ottenere un controllo sulle attività creative, ed in particolare sulla editoria, come avvenne per il monopolio accordato alla *Stationers' Company* londinese nel 1557: "the royal interest in granting the monopoly was not to provide protection to the Stationers' property rights but to satisfy the desire of the crown for an effective control over the publishing trade and the press so as to outlaw the publishing of seditious and heretical books", G. DAVIES, *Copyright and the Public Interest*, London, 2002, 10. Per una lettura approfondita sulle origini del diritto d'autore cfr. U IZZO, *Alle origini del copyright e del diritto d'autore*, Roma, 2010.

¹¹ "The copyright system as we know it today is still built on these early foundations. The premise is accepted that creating is worthwhile and that copyright provides a means of giving creators what is properly due to them, thereby stimulating cultural activity and the production and distribution of new works to the public, a result which cannot be other than for the common good", Davies, *Copyright and the Public Interest*, cit., 5.

Le idee, così come le informazioni¹², sono simili per natura a beni pubblici, ossia hanno la caratteristica di essere non appropriabili e non rivali al consumo. Questo significa che una volta immessa un'idea nel patrimonio di conoscenza pubblica, o pubblico dominio, questa potrà essere fruita da un numero infinito di soggetti senza che ciò turbi il godimento che altri avevano già tratto dalla medesima idea. Al contempo sarà estremamente difficile escludere ulteriori soggetti dal goderne, ossia impedire loro di ottenere la conoscenza dell'idea.

Ciò dà origine alla cosiddetta “tragedia dei (beni) comuni”¹³: se l'autore di un'idea non può impedire ad altri individui di appropriarsi del frutto del proprio lavoro potrà essere restio a divulgarla¹⁴. Oppure potrà non avere un reddito sufficiente per continuare il proprio lavoro e di conseguenza rinunciare alla creazione di nuove idee per dedicarsi ad altro. Ciò determinerebbe una contrazione del numero di nuove idee prodotte, e di conseguenza una diminuzione del benessere collettivo, che al contrario trarrebbe vantaggio da una maggior produzione di beni intellettuali.

La teoria economica ha delineato tre rimedi che lo Stato può disporre per correggere il problema ed ottenere una produzione ottimale di beni intellettuali.

Il primo è la fornitura diretta di beni; è possibile inoltre finanziare i produttori; è infine possibile imporre dei monopoli sullo sfruttamento dei beni

¹² COOTER, MATTEI, MONATERI, PARDOLESI, ULEN, *Il mercato delle regole- Analisi economica del diritto civile*, cit., 119.

¹³ Secondo questa teoria, i beni pubblici, per la loro caratteristica di libera accessibilità, presentano un duplice rischio. Da un lato la sovrautilizzazione: tutti cercheranno di trarne il maggior profitto possibile. Dall'altro lato la poca manutenzione: il mantenimento in ordine di un bene richiede investimenti che nessuno potrebbe aver incentivi sufficienti a sostenere, temendo di non riuscire a recuperare le spese, visto che i benefici verrebbero poi goduti dalla collettività.

¹⁴ Ad esempio un inventore potrebbe vendere esemplari di una sua nuova macchina vincolando contrattualmente gli acquirenti a non divulgarne le specifiche tecniche. Ma non avrebbe alcun rimedio contro il terzo, cui un acquirente avesse rivelato le caratteristiche della macchina venendo meno ai propri impegni contrattuali, che iniziasse a replicare la macchina e a venderla per conto suo. In casi simili una delle soluzioni più semplici e più efficaci è proprio il non divulgare l'informazione. Ancor oggi il segreto industriale è molto utilizzato dalle aziende per proteggere le proprie invenzioni dalla concorrenza.

intellettuale, per creare artificialmente quella escludibilità del bene-informazione che gli difetta in natura.

Gli Stati moderni applicano una commistione di questi rimedi, che si prestano per le loro differenti caratteristiche ad essere usati in modo complementare¹⁵.

Il diritto d'autore nelle sue moderne formulazioni garantisce agli autori di opere originali, ed ai loro eredi, una serie di diritti esclusivi sulle loro creazioni per un periodo di tempo limitato¹⁶. Entro questo periodo sullo sfruttamento economico dell'opera grava un monopolio legale, che permette ai titolari del diritto di beneficiarne come meglio credono: potranno riprodurla in copie e venderne gli esemplari o darne esecuzione pubblica in proprio, oppure potranno cedere a terzi queste facoltà. Scaduto il periodo di monopolio, l'opera è acquisita al cosiddetto pubblico dominio, e potrà essere liberamente sfruttata da chiunque¹⁷. Questo limite temporale è necessario a contemperare due interessi: quello degli autori e dei loro aventi causa a sfruttare economicamente l'opera e l'interesse della collettività a fruire nel modo più ampio possibile, ed ai costi più bassi, dell'opera stessa.

Si tratta dunque di un monopolio limitato in durata, ma che presenta dei limiti anche in ampiezza. È opportuno specificare, ad ogni modo, che non tutte le opere ricevono protezione dalla legge, ma solamente quelle che presentano caratteristiche di originalità o creatività. Nel diritto d'autore, inoltre, trova applicazione un'altra clausola generale, in forza della quale sono sì tutelate le

¹⁵ Ad esempio uno Stato può creare università pubbliche (fornitura diretta), finanziare la ricerca di base, meno appetibile da un punto di vista commerciale, e assicurare monopoli (brevetti, diritti d'autore) in quei settori che garantiscono una più facile monetizzazione delle idee prodotte e che dunque attraggono più facilmente investimenti privati.

¹⁶ Cfr. art 25, l. 22 aprile 1941 n. 633. L'autore inoltre mantiene l'arbitrio circa la pubblicazione della propria opera: in caso di espresso divieto dell'autore, essa non potrà essere pubblicata nemmeno dopo la sua morte (cfr. art. 24 l. 633/41).

¹⁷ Salvo ovviamente alcuni diritti che rimangono patrimonio inalienabile ed inestinguibile dell'autore: *in primis* il diritto alla paternità sull'opera ed il diritto all'integrità dell'opera (cfr. art. 20 l. 633/41). Questi diritti negli ordinamenti di *civil law* sono chiamati diritti morali, in contrapposizione ai diritti patrimoniali, limitati nel tempo e cedibili. Per una distinzione tra diritti patrimoniali e personali d'autore cfr. E. PIOLA CASELLI, *Trattato sul Diritto d'Autore*, Torino, 1907, 96 e ss.

opere che costituiscono espressione di una idea originale, ma l'idea in sé non è appropriabile e rimane in pubblico dominio. Appartengono al pubblico dominio anche i fatti, storici o d'attualità ed i dati¹⁸. Opere non originali, idee, fatti e dati, dunque, non sono protetti dal diritto d'autore e sono liberamente utilizzabili. Anche per quanto riguarda le opere ed i materiali protetti, tuttavia, esistono degli usi che, ancora vigente il periodo di privativa, sono sottratti ad essa e resi disponibili al pubblico. Nelle vecchie formulazioni del diritto d'autore europeo continentale, e fino a tempi non molto lontani, si parlava a tal proposito di libere utilizzazioni. Si tratta di usi dalla natura prevalentemente non commerciale o comunque destinati a soddisfare esigenze di particolare valore sociale¹⁹ e per i quali è difficile garantire un'allocazione efficiente a tutti i potenziali fruitori, per via degli elevati costi transattivi. Nell'odierna formulazione veicolata dal diritto comunitario tali categorie di usi sono definite eccezioni e limitazioni al diritto d'autore, alle quali la nostra legge sul diritto d'autore dedica l'omonimo capo²⁰.

Gli ordinamenti di *common law*, in particolare quello statunitense, definiscono la categoria come *fair uses*. Il diritto degli Stati Uniti dispone di un'apposita

¹⁸ Non è possibile, ad esempio, reclamare un diritto d'autore su un fatto di cronaca; è però proteggibile da riproduzioni non autorizzate un articolo di giornale riportante quel fatto, quale espressione originale del lavoro del suo autore. Sono tutelate, inoltre, le raccolte di dati che presentino un sufficiente grado di originalità e creatività nella loro organizzazione e nei criteri di selezione. Oltre a ciò si ricorda il diritto *sui generis* introdotto dalla direttiva 96/9/CE, in forza del quale le banche dati sono protette da riproduzioni non autorizzate di porzioni sostanziali dei dati in esse raccolti.

¹⁹ Alcuni esempi classici sono gli usi per scopo didattico o le riproduzioni ad uso di portatori di handicap; a questi si affiancano esempi più pittoreschi e di interesse più limitato, come la libera esecuzione in pubblico di opere protette da parte di bande musicali e da fanfare dei corpi armati dello Stato, purché effettuate senza scopo di lucro (cfr. capo V, titolo I della l. 22 aprile 1941 n. 633).

²⁰ Capo V, titolo I L. 633/41. La denominazione di questo capo, precedentemente detto "utilizzazioni libere", è stata modificata dal d.lgs 9 aprile 2003 n. 68, che tra le altre cose ne ha anche modificato alcuni articoli e aggiunto degli altri. La terminologia odierna di "eccezioni e limitazioni" deriva dal lessico impiegato dalla direttiva 2001/29/CE del parlamento europeo e del consiglio del 22 maggio 2001, relativa all'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, di cui il d.lgs 68/2003 ha operato la trasposizione nel corpus normativo italiano. A sua volta la direttiva richiama nelle sue categorie il lessico e le scelte normative di alcuni trattati internazionali in materia di diritto di autore, in particolare delle convenzioni di Berna e Roma, del WIPO Copyright Treaty, del WIPO Performances and Phonograms Treaty, ed l'accordo TRIPS.

*clause*²¹ che determina il *fair use* a guisa di principio lasciando che i confini di questa *doctrine* siano poi meglio precisati dalla giurisprudenza.

In ciò vi è uno scostamento rispetto al diritto della Comunità Europea, nel quale le eccezioni e limitazioni al diritto d'autore sono specifiche (e non generali) ed in numero chiuso²².

Una parte fondamentale della privativa di diritto d'autore è sempre stato il diritto esclusivo di moltiplicare in copie l'opera protetta. Alle origini del diritto di autore, quando in realtà l'autore aveva un ruolo del tutto secondario, si trovano gli antichi privilegi, che altro non erano che monopoli sulle attività di stampa e di smercio delle copie di libri concessi a degli stampatori per incentivarne l'attività²³. Successivamente è emersa la figura dell'autore come *dominus* della propria opera. La facoltà esclusiva di riprodurre l'opera in copie è un'importante fonte di reddito per gli autori, e per gli editori cui l'esclusiva viene ceduta in licenza. Nel passato era vero soprattutto per le opere letterarie, ma con i progressi della tecnologia anche altri generi di opere sono via via entrati a far parte di questo mercato, a partire dalle opere musicali, poi i film ed infine oggi i programmi per elaboratore.

Accade sovente, tuttavia, che soggetti sprovvisti di licenza intraprendano egualmente un'attività di riproduzione di opere protette. La vendita di copie non autorizzate costituisce un pericolo per gli editori titolari dei diritti di esclusiva, che subiscono così una concorrenza in grado di offrire prodotti qualitativamente equivalenti a prezzi inferiori e non sono più in grado di imporre un prezzo monopolistico, che rappresenta per loro la maggiore attrattiva offerta dall'acquisto dell'esclusiva da parte dell'autore.

²¹ 17 U.S.C. §§ 107.

²² La direttiva 2001/29/CE ha previsto un elenco di eccezioni e limitazioni, lasciando agli Stati membri la facoltà di scegliere quali eccezioni implementare negli ordinamenti interni, salvo porre come obbligatoria l'implementazione di un'eccezione a favore degli atti di riproduzione temporanea privi di autonoma rilevanza economica, cfr. art 5, paragrafo 1, direttiva 2001/29/CE, citata.

²³ Si possono citare ad esempio i privilegi concessi dalla Repubblica di Venezia per incentivare le attività di stampa nel suo territorio.

Questi, dal canto suo, può lamentare di non ricevere alcuna retribuzione dalla vendita di queste copie²⁴.

A tutela dell'effettività del diritto di esclusiva sulla riproduzione gli ordinamenti hanno sempre previsto sanzioni, talvolta anche di natura penale, per impedire attività di contraffazione di opere protette. Solitamente queste sanzioni comportano il sequestro o la distruzione degli apparecchi impiegati dai contraffattori, nonché delle copie illegittime²⁵. Questa soluzione, nel panorama tecnologico tradizionale basato sulla centralità dei supporti fisici recanti le opere, è molto efficace, perché inibisce direttamente la possibilità di proseguire un'attività commerciale di copia illegale.

I contraffattori di professione, ossia soggetti che si dedicano alla moltiplicazione in copie non autorizzata di opere dell'ingegno impiegando mezzi e metodi di un'impresa commerciale, seppur clandestina, rappresentano un esempio di riproduzione in violazione dell'esclusiva di diritto d'autore. Oltre a questi soggetti, tuttavia, vi sono singoli individui che, nel privato delle loro abitazioni, effettuano riproduzioni di opere dell'ingegno. Si tratta solitamente di riproduzioni effettuate senza scopo di lucro: le copie vengono fruite dall'utente e da una cerchia ristretta di persone a lui legate. Raramente la copia circola al di fuori dell'ambito familiare. Normalmente chi effettua questo genere di riproduzioni non si cura di verificare se l'opera che si accinge a copiare sia

²⁴ Rimane incerto il possibile beneficio che all'autore può arrivare da una maggiore diffusione della propria opera, che le copie "pirata" contribuiscono in qualche misura ad aumentare. Certamente l'autore rimane escluso dal beneficio economico diretto derivante dal pagamento di *royalties*, in caso di copie non autorizzate.

²⁵ Vedi, ad esempio, le norme del capo III, titolo III, l. 633/41, relative alle difese ed alle sanzioni giudiziarie. In particolare l'art. 158 dispone che chi sia stato leso nell'esercizio di un diritto di utilizzazione economica possa ottenere, oltre il risarcimento del danno, la distruzione o la rimozione dello stato di fatto da cui risulta la violazione, a spese dell'autore della violazione medesima (art. 158, c 1). L'art. 159 precisa che la rimozione o la distruzione debbono riguardare "gli esemplari o copie illecitamente riprodotte o diffuse, nonché gli apparecchi impiegati per la riproduzione o diffusione che non sono prevalentemente adoperati per diversa riproduzione o diffusione" (art. 159, c 1). Sono fatte salve, tuttavia, alcune possibilità di riutilizzo o di conservazione delle riproduzioni illecite, ad esempio se siano suscettibili di essere utilizzate legittimamente (art. 159, c 2) o se abbiano particolare pregio artistico o scientifico (art. 159, c 4). Il danneggiato può comunque chiedere l'aggiudicazione delle copie e degli apparecchi soggetti a distruzione (art. 159, c 5).

coperta o meno da un diritto esclusivo di riproduzione, né di chiedere autorizzazione al titolare del diritto. Una copia così realizzata, dunque, viola l'esclusiva dell'autore? Oppure, riprendendo le parole di Eduardo Piola Caselli, "si deve riconoscere una licenza per uso personale...?"²⁶

Al giorno d'oggi la liceità della copia privata è riconosciuta esplicitamente dalla legge italiana, e da quella dell'Unione Europea, in presenza di ben precisi requisiti.

In passato però molti dubbi si sono addensati su questo argomento.

A partire dalla seconda metà del secolo scorso, di pari passo con l'ampliarsi dell'offerta commerciale di opere dell'ingegno, sono anche aumentate le possibilità per gli utenti di effettuare copie casalinghe di queste opere.

Precedentemente le uniche riproduzioni meccaniche erano realizzate con apparecchiature ingombranti e costose, la cui disponibilità era assai scarsa, richiedendo una struttura di tipo industriale per poter essere usate con profitto. Le possibilità di copia per uso personale erano limitate alla copia a mano. Tuttavia già a cavallo tra la fine del 1800 e gli inizi del 1900 la questione sulla liceità di effettuare riproduzioni per uso personale era dibattuta in ambito dottrinario. Ne troviamo un riscontro nel Trattato di Eduardo Piola Caselli, edito nel 1907, quando ancora era vigente la legge sul diritto d'autore del 25 giugno 1865, n. 2337, successivamente trasfusa nel testo unico 19 settembre 1882, n. 1012.

L'Autore, dopo aver discusso la natura e le caratteristiche dell'esclusiva di riproduzione, si chiede se sia ammissibile e in quale latitudine una licenza di copia per uso personale²⁷. Proseguendo nella lettura del Trattato, troviamo un breve resoconto circa le soluzioni al quesito che era possibile trovare all'epoca nei principali paesi europei. In particolare in Francia emergevano opinioni dottrinali e giurisprudenziali favorevoli alla possibilità di effettuare copie per uso personale di opere dell'ingegno in deroga alla privativa d'autore, fatto salvo

²⁶ PIOLA CASELLI, *Trattato sul Diritto d'Autore*, cit., 451.

²⁷ PIOLA CASELLI, *Trattato sul Diritto d'Autore*, cit., 451 e ss.

il divieto assoluto di vendere o locare le copie così ottenute e con alcune restrizioni per quanto riguarda le opere figurative, per cui sarebbero state ammissibili solamente copie a scopo di studio (e non di godimento) e le opere musicali, la cui copia sarebbe stata vietata. Nel Regno Unito la legge vietava esplicitamente le copie se eseguite con lo scopo di venderle, locarle o esportarle, ma taceva circa la liceità o meno di riproduzioni per uso meramente personale. In Germania la legge allora vigente permetteva esplicitamente la moltiplicazione in copie per uso personale di opere letterarie o musicali, se effettuate senza scopi di lucro²⁸. Inoltre nei lavori preparatori alla legge era data una definizione ampia al concetto di uso personale, da intendersi quale uso non meramente individuale ma allargato alla cerchia privata della persona. Le copie potevano esser realizzate anche da terzi, anche a pagamento. Erano ammesse anche le riproduzioni, realizzate a mano, di opere figurative, fermo restando il divieto di farne commercio²⁹. Di tenore simile era la legge Austriaca³⁰, che ammetteva licenza di riproduzione di opere letterali, musicali o fotografiche non destinate allo spaccio.

In Italia difettava un'esplicita norma di legge al riguardo. Ciononostante in dottrina si trovavano voci favorevoli ad una licenza per uso privato, seppur con alcune discordanze circa la sua ampiezza. Il Piola Caselli, nel Trattato, dichiarava invece scetticismo circa la liceità di tali riproduzioni, soprattutto se abbinate ad una nozione ampia di uso personale. A supporto della sua visione il Caselli richiamava l'assolutezza del diritto d'esclusiva di riproduzione, che inibiva la produzione di copie non autorizzate a prescindere della loro messa in commercio. Riconoscere una deroga per uso personale avrebbe comportato il rischio che a giovarsene sarebbero stati i contraffattori, gravando così l'autore dell'onere della prova circa lo scopo di lucro delle riproduzioni. Ciò avrebbe potuto vanificare azioni preventive a difesa dell'esclusiva, risultando a tal

²⁸ L. 19 giugno 1901, § 15.

²⁹ L. 9 gennaio 1876, §6.

³⁰ L. 26 dicembre 1985, vedi § 25 n. 4, § 33 n. 4, § 41 n. 1.

proposito meno efficienti azioni ex post, ossia a vendita già avvenuta delle copie abusive. Inoltre l'Autore lamentava il detrimento causato ai titolari dell'esclusiva dalle riproduzioni non autorizzate. Tale detrimento avrebbe avuto natura sia personale, che patrimoniale. Personale, perché ad ogni modo sarebbe stato violato il diritto degli autori a non consentire alla riproduzione, facoltà "libera e insindacabile"³¹. Pregiudizio inoltre patrimoniale perché la copia ad uso personale, pur non essendo destinata alla vendita, sarebbe stata fruita al posto di una copia autorizzata dall'autore, così privato della possibilità di venderla.

Secondo il Caselli, l'errore della dottrina sua contemporanea sarebbe stato quello di aver considerato soltanto i casi di copia a mano di libri, che per la loro rarità avrebbero potuto recare un limitato pregiudizio agli autori, e di aver da ciò ricavato un principio di carattere generale: la liceità della copia per uso personale. Una siffatta regola generale avrebbe potuto "... in ipotesi che domani le invenzioni moderne renderanno comuni e quotidiane, colpire a morte il diritto d'autore"³².

Per esemplificare il rischio che nuove scoperte tecniche avrebbero potuto in breve termine moltiplicare la capacità di ottenere copie a basso costo, Caselli menzionava la possibilità, sconosciuta fino a mezzo secolo prima, di realizzare riproduzioni di opere d'arte mediante l'uso di apparecchi fotografici, paventando uno scenario in cui chiunque disponesse di un tale apparecchio potesse accedere ad una mostra d'arte e ottenere così copia delle opere esposte. Ancor più allarmante era l'ipotesi che un "domani, col progresso prevedibile dei progressi fonografici e cinematografici, potrà avvenire che molti degli spettatori o uditori di uno spettacolo teatrale o di una esecuzione musicale, si impossessino della musica o dello spettacolo, in guisa da riprodurlo in seguito, a tutto loro agio, fra le pareti domestiche"³³.

³¹ PIOLA CASELLI, *Trattato sul Diritto d'Autore*, cit., 455.

³² PIOLA CASELLI, *Trattato sul Diritto d'Autore*, cit., 455.

³³ PIOLA CASELLI, *Trattato sul Diritto d'Autore*, cit., 455 e 451.

Pur rimanendo probabilmente eccessivo il giudizio del Piola Caselli circa la “morte” del diritto d’autore, non si può negargli una certa dose di preveggenza circa le molteplici possibilità di fruizione privata di opere dell’ingegno che, a partire da mezzo secolo dopo, i ritrovati della tecnica avrebbero offerto al pubblico, compresa la possibilità di realizzare copie di elevata qualità ed a costi contenuti.

Ciò che, forse, non immaginava, è l’importanza che il mercato delle riproduzioni musicali “ufficiali”, ossia edite su licenza degli autori, avrebbe acquisito nel corso degli anni, sino a giungere alla fiorente industria moderna dell’intrattenimento musicale e cinematografico.

1.2 Origine dei meccanismi di compensazione per le riproduzioni senza scopo di lucro: il caso della Germania

La prima nazione a dotarsi di una legislazione che disciplinasse la riproduzione privata per uso personale, subordinandone la liceità alla corresponsione di un compenso al titolare dei diritti d'autore, fu la Germania³⁴. Il paragrafo 15 della legge 19 giugno 1901, dopo aver posto il generale divieto di effettuare riproduzioni non autorizzate dall’autore, indipendentemente dal numero di esemplari realizzati, affermava al secondo comma, come norma di eccezione, la liceità di riproduzioni per uso personale non realizzate allo scopo di trarre profitto dall’opera.

Negli anni Cinquanta dello scorso secolo fecero il loro ingresso nel mercato tedesco i primi apparecchi di registrazione audio, che utilizzavano come supporto bobine di nastro magnetico. Seppur con i limiti della tecnologia

³⁴ Per una ricostruzione delle vicende giuridiche che condussero alla legislazione tedesca in tema di compenso per copia privata vedi: T. COLLOVA, *Sulla evoluzione della disciplina legislativa e contrattuale riguardante la riproduzione per uso personale (copia privata) nella Repubblica Federale di Germania*, *Dir. autore*, 1992, 217; D. Sarti, *Copia privata e diritto d'autore*, *Annali it. dir. Autore*, 1992, 33.

dell'epoca, questi apparecchi consentivano di effettuare registrazioni di buona qualità e lunga durata, ed erano pertanto idonei alla fissazione di opere audio. Le bobine potevano poi essere conservate e utilizzate a piacimento per l'esecuzione dei suoni in esse registrate, anche su altri apparecchi. Nel decennio successivo l'introduzione dell'audiocassetta aumentò la facilità d'uso degli apparecchi di registrazione, così come la facilità con cui i supporti potevano esser fatti circolare.

La relativa facilità con cui questi strumenti consentivano di ottenere registrazioni e la loro crescente diffusione presso il pubblico fecero però sorgere le prime controversie relativamente alla possibilità che gli acquirenti degli apparecchi li utilizzassero anche per la registrazione di opere protette dal diritto d'autore. Molte di queste controversie ebbero come fulcro l'interpretazione della norma sulla libera riproduzione per uso personale.

Il Landgericht di Berlino nella sentenza 8 maggio 1953³⁵ affermò che tale norma non potesse applicarsi alle registrazioni su nastri magnetici, data la loro idoneità alla circolazione in pubblico. Si trattava infatti di una norma di carattere eccezionale, per di più emanata in un tempo in cui la tecnologia di riproduzione su nastro era ancora poco sviluppata e perciò da interpretare in modo restrittivo. Le riproduzioni di opere protette effettuate su nastro magnetico senza autorizzazione dell'autore, pertanto, violavano il diritto di esclusiva di quest'ultimo anche se effettuate senza scopo di lucro; concorreva con la violazione chi mettesse a disposizione del pubblico apparecchi di registrazione non accompagnati da adeguata diffida dall'utilizzarli in violazione del diritto d'autore.

Il *Bundesgerichtshof* prese una decisione analoga in una sentenza del 1955³⁶, in una controversia sorta tra la GEMA³⁷ e la Grundig e relativa alla pubblicizzazione ed alla vendita da parte di quest'ultima di apparecchi per la

³⁵ COLLOVÀ, *Sulla evoluzione della disciplina legislativa e contrattuale riguardante la riproduzione per uso personale (copia privata) nella Repubblica Federale di Germania*, cit., 222 e ss.

³⁶ *Bundesgerichtshof*, 18 maggio 1955, in *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 1955, 492.

³⁷ La società di gestione dei diritti collettivi per le opere audio in Germania.

registrazione di opere fonografiche, che venivano messe in commercio senza avvertire gli acquirenti del divieto di registrare opere protette. Anche il *Bundesgerichtshof* ritenne il secondo comma del paragrafo 15 della legge del 1901 inapplicabile alle registrazioni, ritenendo così illecite le riproduzioni di opere anche se effettuate in ambito privato.

Grazie a queste e ad altre sentenze del medesimo tenore, la vendita di apparecchi di registrazione iniziò ad essere accompagnata da appositi avvertimenti circa le tutele stabilite dal diritto d'autore e dall'invito a rivolgersi alla GEMA per ottenere una regolare licenza di riproduzione prima di effettuare registrazioni di opere protette.

I risultati così ottenuti non furono però soddisfacenti per la GEMA, che aveva ricevuto poche richieste di licenze per riproduzione privata, a fronte di un fenomeno presumibilmente ritenuto più vasto. Era d'altra parte impossibile verificare cosa facessero nel loro ambito domestico i possessori di strumenti di registrazione, a cominciare dalla difficoltà di individuarli. Pertanto richiese al *Kammergericht* di Berlino di imporre alcuni obblighi ai produttori ed ai venditori di apparecchi di registrazione, in particolare di vietare la vendita di suddetti apparecchi senza che si fosse proceduto all'identificazione degli acquirenti mediante verifica dei documenti di identità ed alla comunicazione dei nominativi alla GEMA stessa.

Il *Kammergericht* accolse le richieste della GEMA con la sentenza del 2 novembre 1962, che fu però cassata dal *Bundesgerichtshof* con la sentenza del 29 maggio 1964³⁸, con la quale fu pure confermata la violazione del diritto di esclusiva configurata dalle riproduzioni private. L'obbligo di identificazione e registrazione degli acquirenti di apparecchi per la registrazione fu però considerato contrario ad equità e troppo distante dalla normale prassi commerciale, perciò la corte federale decise che non fosse possibile gravare produttori e rivenditori di apparecchi di registrazione di tale incombenza.

³⁸ Sentenza *Personalausweise*, *Bundesgerichtshof*, 25 maggio, 1964, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 1965, 104.

Rimaneva dunque aperto il problema: da un lato le riproduzioni di opere audio registrate in ambito privato e per uso personale erano da considerarsi, secondo la giurisprudenza, lesive della privativa degli autori, se effettuate senza l'autorizzazione di questi ultimi o della GEMA in loro rappresentanza; d'altra parte non era possibile ottenere un monitoraggio soddisfacente, per gli autori, delle attività di copia privata e le campagne della GEMA per il rilascio dell'apposita licenza avevano avuto scarso successo.

La questione fu risolta dalla nuova legge sul diritto d'autore, la legge 9 settembre 1965. Il legislatore tedesco decise di confermare la liceità delle riproduzioni di opere protette su supporti audio o video, anche in assenza di autorizzazione del titolare della privativa. Al contempo decise di istituire un meccanismo per attribuire un compenso agli autori e ai titolari dei diritti connessi³⁹.

Il progetto di legge prevedeva inizialmente che il diritto al compenso fosse fatto valere direttamente nei confronti dell'utilizzatore degli apparecchi di registrazione⁴⁰, ma una soluzione simile avrebbe riproposto le difficoltà già emerse precedentemente e relative alla identificazione dei possessori degli apparecchi idonei.

Fu dunque deciso di imporre l'onere del compenso ai produttori ed ai venditori degli apparecchi di registrazione audio e video, che, pur non operando direttamente sulle opere protette, mettevano a disposizione degli utenti gli strumenti tecnici necessari per realizzarne le copie.

La tecnica scelta fu quella di effettuare un prelievo, *abgabe* in tedesco, sul prezzo di vendita degli apparecchi, da destinare al compenso per gli aventi diritto. Si scelse dunque di rinunciare a forme di controllo diretto sulle attività

³⁹ L'opzione di riconoscere la libertà per gli utenti di opere dell'ingegno di realizzarne copie per uso personale svincolata da qualsiasi compenso a favore degli autori, pur avanzata in fase di lavori preparatori, fu scartata. Cfr. COLLOVÀ, *Sulla evoluzione della disciplina legislativa e contrattuale riguardante la riproduzione per uso personale (copia privata) nella Repubblica Federale di Germania*, cit., 229.

⁴⁰ COLLOVÀ, *Sulla evoluzione della disciplina legislativa e contrattuale riguardante la riproduzione per uso personale (copia privata) nella Repubblica Federale di Germania*, cit., 229.

di copia privata, che potevano dunque essere liberamente eseguite dai possessori degli apparecchi, e di legare, invece, il diritto al compenso alla vendita al pubblico degli apparecchi idonei a tali utilizzi, disinteressandosi per lo più di come effettivamente quegli apparecchi sarebbero stati usati, ossia per realizzare copie di opere protette o meno.

Scendendo maggiormente nei dettagli, il paragrafo 53 della legge del 1965 sanciva la liceità delle riproduzioni di opere su supporti sonori o visivi, e di opere delle arti figurative, realizzate per uso personale. Le copie potevano essere anche commissionate dall'utilizzatore ad un terzo soggetto, ma solo a titolo gratuito. Rimaneva invece fermo il divieto di far circolare le copie o di impiegarle in comunicazioni pubbliche. Era altresì subordinata all'autorizzazione dell'avente diritto la registrazione di recite, di rappresentazioni o di pubbliche esecuzioni di un'opera.

Per quanto riguarda il diritto al compenso, il quinto comma del medesimo paragrafo lo assegnava ai titolari di diritti su opere che per loro natura era possibile prevedere che sarebbero state riprodotte per uso personale, mediante registrazioni su supporti audio o video tratte da trasmissioni radiotelevisive o direttamente da altri supporti. Responsabili del pagamento sarebbero stati i produttori degli apparecchi idonei a realizzare tali registrazioni, e responsabili solidalmente ai produttori gli importatori ed i reimportatori a fini commerciali di detti apparecchi. Il diritto al compenso era concretizzato in una partecipazione degli aventi diritto al ricavo realizzato dal fabbricante per la vendita di ciascun apparecchio, in una quota non eccedente il 5% del ricavo stesso. La pretesa al compenso non poteva esser fatta valere direttamente dal singolo avente diritto, ma solamente per il tramite di una società di gestione collettiva.

Erano esclusi dal prelievo gli apparecchi la cui destinazione avrebbe reso improbabile il loro utilizzo per riproduzioni ad uso privato di opere protette, così come gli apparecchi destinati all'esportazione in mercati esteri.

La legge, dunque, si limitava a fissare un tetto massimo nella determinazione della quota dei ricavi ottenuti dalla vendita degli apparecchi da destinare a compenso, lasciando alla contrattazione tra le parti la determinazione concreta della percentuale.

Le società di gestione collettiva di diritti rappresentative del settore musicale (GEMA), dei produttori fonografici e degli artisti esecutori (*Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrecht*) e del settore letterario (*Wort-Verwertungsgesellschaft*) diedero vita ad un'apposita società per la riscossione del compenso dei diritti per copia privata (la *Zentralstelle für Private Überspielungsrechte*, abbreviato in Zpü⁴¹).

La Zpü si occupava anche di contrattare con la associazione di categoria dei produttori di apparecchi di registrazione il quantitativo del compenso e le modalità di riscossione⁴². Accordi simili furono stipulati con aziende importatrici⁴³.

⁴¹ Si trattava di una società di diritto privato cui potevano associarsi solamente altre società di gestione. I titolari dei diritti d'autore o dei diritti di produzione fonografica che volessero assumere qualità di aventi diritto nei confronti della Zpü potevano stipulare un apposito contratto. Erano però esclusi dalla partecipazione diretta agli organi amministrativi della società, nei quali potevano farsi rappresentare mediante un delegato. La GEMA aveva un ruolo di primo piano nella gestione della Zpü: metteva a disposizione la propria struttura amministrativa, a partire dal consiglio d'amministrazione che era lo stesso per entrambe le società; inoltre la GEMA agiva anche come rappresentante mandataria della Zpü nei suoi rapporti con terzi. Per coprire le spese di gestione, la GEMA tratteneva una commissione dai ricavi ottenuti a titolo di compenso. L'ammontare complessivo riscosso dalla Zpü veniva diviso tra le società di gestione che ne facevano parte, e successivamente distribuito da ciascuna società agli aventi diritto. Cfr. COLLOVÀ, *Sulla evoluzione della disciplina legislativa e contrattuale riguardante la riproduzione per uso personale (copia privata) nella Repubblica Federale di Germania*, cit., 237-238.

⁴² La percentuale fu fissata inizialmente al 3% per i produttori nazionali rappresentati dalla associazione di categoria tedesca, e successivamente rinegoziata al rialzo tra le parti. Per motivi di opportunità le parti decisero di applicare la percentuale forfetariamente al totale dei ricavi derivati dalla vendita degli apparecchi, anziché scontare la percentuale sul prezzo di ciascun apparecchio venduto. Relativamente alla liquidazione del compenso fu stabilita la seguente procedura: ciascun produttore avrebbe annualmente comunicato i dati relativi alle vendite degli apparecchi ad un notaio scelto di comune accordo con la Zpü; il notaio avrebbe effettuato il calcolo dell'ammontare dovuto da ciascun produttore e avrebbe provveduto alla riscossione ed al successivo trasferimento dell'ammontare globale alla Zpü. Tale procedura si rese necessaria per via delle resistenze opposte dai produttori a modalità di pagamento diretto, che avrebbero comportato, per necessità di rendiconto, lo svelamento dei propri volumi di affari e delle pratiche commerciali in atto. Cfr. COLLOVÀ, *Sulla evoluzione della disciplina legislativa e contrattuale*

Nei decenni successivi il mercato dello *home recording* conobbe importanti mutamenti. Gli apparecchi a bobina furono sostituiti dai più moderni apparecchi funzionanti con audiocassette, caratterizzati da una maggiore facilità d'uso. In secondo luogo i videoregistratori, inizialmente posseduti da una ristretta nicchia di consumatori, conobbero una maggior diffusione presso il grande pubblico, diventando una voce importante nella determinazione del gettito complessivo destinato all'equo compenso per riproduzione per uso personale.

Di pari passo furono avanzate proposte per l'emendamento della normativa sull'equo compenso, che venne infine modificata dalla legge 24 giugno 1985.

Gli elementi di base del meccanismo rimanevano inalterati: il paragrafo 53 della legge emendata dichiarava lecite le riproduzioni isolate di opere protette se effettuate per uso personale, riproduzioni che potevano anche essere commissionate ad un terzo, purché a titolo gratuito qualora si trattasse di riproduzioni su supporti audio o video e di riproduzioni di opere di arti figurative.

Fu aggiunta al medesimo paragrafo una norma che rendeva lecita l'effettuazione, in prima persona o tramite un terzo, di riproduzioni isolate di un'opera in rispondenza a scopi precisi, quali l'uso proprio a fini scientifici, l'uso ai fini di inclusione in archivi propri, l'uso ai fini di propria informazione e per altri usi personali o interni. Si trattava dunque di una definizione piuttosto analitica, che oltre ad indicare in generale l'uso personale come elemento fondante la liceità delle riproduzioni, elencava esplicitamente alcuni usi specifici per cui si garantiva una libertà di copia anche maggiore: in questi casi, da

riguardante la riproduzione per uso personale (copia privata) nella Repubblica Federale di Germania, cit., 239-245.

⁴³ A tal proposito si segnala una decisione giurisprudenziale: un importatore, cui la Zpü aveva richiesto una percentuale superiore rispetto a quella concordata con l'associazione tedesca dei produttori, aveva fatto ricorso per ottenere parità di trattamento. Il *Bundesgerichtshof*, investito della controversia, diede ragione all'importatore, sulla base che la legge sulle società di gestione proibiva a imprese dominanti sul mercato di imporre trattamenti discriminatori nei confronti di attività similari. . Cfr. COLLOVÀ, *Sulla evoluzione della disciplina legislativa e contrattuale riguardante la riproduzione per uso personale (copia privata) nella Repubblica Federale di Germania*, cit., 242-243.

ritenersi tassativi, la possibilità per l'avente diritto alla riproduzione di far confezionare la copia da un soggetto terzo non era vincolata alla gratuità dell'operazione. Il paragrafo 54 stabiliva il diritto, in favore degli autori di opere suscettibili ad essere riprodotte per uso personale, a percepire un equo compenso da parte del fabbricante (con cui rispondeva solidalmente l'importatore e il reimportatore a fini commerciali) degli strumenti idonei alla realizzazione delle riproduzioni di cui sopra. Rimanevano sempre esclusi dall'obbligo i prodotti che, per natura o destinazione, non sarebbero verosimilmente stati usati a tale scopo. Il titolo per il diritto al compenso rimaneva inalterato rispetto a quanto già stabilito con la legge del 1965: esso era dato dall'idoneità dell'opera ad esser riprodotta su un supporto visivo o sonoro, a mezzo di registrazione da una trasmissione radiotelevisiva o direttamente da altro supporto.

Le innovazioni più significative furono apportate alla parte relativa alla base di calcolo del compenso. In primo luogo tale base fu ampliata, includendo per la prima volta anche i supporti non registrati, le cosiddette cassette vergini. Tale scelta era stata invocata da parte della dottrina e da esponenti degli aventi al diritto al compenso⁴⁴. Il principale argomento a favore dell'inclusione dei supporti nel novero dei prodotti assoggettati a compenso fu che in questo modo si sarebbe ottenuto un gettito più rispondente all'effettivo volume di riproduzioni effettuate, gravando al contempo in maniera proporzionalmente maggiore coloro che, acquistando più supporti, presumibilmente si dedicavano ad un numero maggiore di riproduzioni. Inoltre si assicurava in questo modo un afflusso costante di ricavi, che non avrebbe potuto esser garantito dai soli apparecchi di registrazione, le cui vendite sarebbero diminuite nel tempo per via della saturazione del mercato.

In secondo luogo si abbandonava il sistema della quota variabile rimessa alla contrattazione delle parti, che non era risultato soddisfacente per via delle

⁴⁴ COLLOVÀ, *Sulla evoluzione della disciplina legislativa e contrattuale riguardante la riproduzione per uso personale (copia privata) nella Repubblica Federale di Germania*, cit., 248-250 e 255-256.

difficoltà di calcolo e soprattutto per la difficoltà a pervenire ad accordi di modifica delle percentuali. Il legislatore optava, pertanto, per un sistema a quota fissa. In particolare una quota fissa per ciascun apparecchio, indipendentemente dal suo prezzo, ed una quota fissa oraria per i supporti. La quota poteva essere determinata tramite convenzioni, in assenza delle quali valeva la misura fissata dal legislatore⁴⁵. Si introduceva inoltre il principio di revisione periodica delle quote, da effettuarsi ogni triennio.

Era affermato esplicitamente l'obbligo di rendiconto a carico dei soggetti debitori del compenso, che a richiesta dell'avente diritto avrebbero dovuto esibire le informazioni relative al numero di apparecchi e supporti venduti nel territorio tedesco.

Naturalmente permaneva imprescindibile il ruolo delle società di gestione riunite nella Zpü⁴⁶. Questa si occupò di stipulare accordi per la riscossione del compenso ed i relativi controlli, sia con i principali produttori e importatori riuniti in associazioni di categoria, sia con singoli imprenditori non associati. Gli accordi comprendevano anche le modalità di verifica della regolarità dei pagamenti, che potevano essere controllati sia mediante la presentazione dei rendiconti sulle unità vendute direttamente alla società di gestione, sia mediante notai o revisori di fiducia.

Con la riforma del 1985 fu inoltre introdotto l'equo compenso per la fotocopia di opere protette. Con una previsione analoga a quella prevista per le riproduzioni di opere audio o video, il paragrafo 54, al secondo comma, garantiva agli autori, le cui opere fossero suscettibili di essere riprodotte mediante fotocopia o procedimento analogo, il diritto di ricevere una equa

⁴⁵ Nell'allegato alla legge del 1985 le quote erano così definite: 2,50 marchi per ogni apparecchio di registrazione audio; 18 marchi per ogni apparecchio di registrazione video; 0,12 marchi per ora per i supporti audio; 0,17 marchi per ora per i supporti video; per ciascun apparecchio di registrazione concepito per funzionare senza supporto separato, il doppio della quota fissata per i normali apparecchi.

⁴⁶ Oltre alle tre società già citate, la partecipazione alla Zpü si era estesa, nel corso del tempo, anche ad altri enti, quali la società di gestione dei diritti cinematografici e televisivi, la società per la gestione dei diritti delle arti figurative, la società per la tutela dei diritti di diffusione dei film.

remunerazione da parte del produttore degli apparecchi idonei a realizzare tali copie. Un compenso era dovuto anche dai gestori di apparecchi idonei, qualora questi fossero impiegati in scuole, università, altri istituti di educazione o ricerca, biblioteche pubbliche o qualsiasi altro istituto che disponesse di apparecchi per la realizzazione di fotocopie dietro pagamento.

1.3 La circolazione del modello in Europa, alcuni esempi

Il modello del prelievo adottato in Germania ebbe notevole fortuna presso i legislatori di altri Stati, e cominciò a circolare in Europa.

La prima nazione ad importare il sistema dell'equo compenso, dopo la Germania, fu la vicina Austria⁴⁷. La legge austriaca sul diritto d'autore già conteneva una disposizione che consentiva un'ampia libertà di effettuare registrazioni su supporti audio o video per uso personale, col solo limite del divieto di destinare le registrazioni alla circolazione o alla comunicazione al pubblico. Nel 1980 il legislatore, mantenendo inalterata questa disposizione, ne aggiunse un'altra per introdurre il diritto ad un equo compenso in favore degli autori le cui opere fossero suscettibili di essere riprodotte mediante registrazioni realizzate in ambito privato: una norma dal tenore molto simile alla sua omologa tedesca.

In Francia la legge sulla proprietà letteraria ed artistica dell'11 marzo 1957, n.298⁴⁸, all'art 41, prevedeva che, una volta divulgata l'opera, l'autore non potesse vietare le copie o le riproduzioni riservate all'uso personale del copista e non destinate ad una utilizzazione collettiva. In altre parole, lo *jus excludendi*

⁴⁷ Seguirono, negli anni successivi: Ungheria (1982), Islanda (1984), Finlandia (1984), Portogallo (1985), Francia (1986), Spagna (1987), Olanda (1990), Italia (1992). Cfr. COLLOVÀ, *Analisi comparativa della disciplina legislativa e contrattuale riguardante la riproduzione per uso personale (copia privata) nei paesi europei (parte prima)*, *Dir. aut.*, 1993, 1.

⁴⁸ Nel 1992 questa legge, così come le altre successivamente citate, sono state abrogate e sostituite dal *Code de la propriété intellectuelle* approvato con la legge del 1 luglio 1992, n. 597.

dell'autore non si estendeva a quella limitata tipologia di riproduzioni. L'avanzamento tecnologico degli apparecchi di registrazione audio e video, e la loro crescente diffusione, avevano fatto sì che un numero sempre più vasto di persone si fosse dedicato a riproduzioni per uso personale, facendo sorgere un dibattito circa l'opportunità di mantenere inalterata la disposizione che permetteva tali usi. Nel 1976 il Parlamento francese esaminò una proposta di legge diretta ad introdurre un sovrapprezzo sugli apparecchi di registrazione audio, ma la proposta fu respinta⁴⁹. La questione sulla copia privata era però solamente rimandata. Circa un decennio più tardi, infatti, la legge n. 660 del 1985⁵⁰, tra i vari emendamenti apportati alla normativa previgente, istituiva il diritto alla remunerazione per le copie destinate ad uso personale⁵¹. Più precisamente, l'art. 29 della legge 660 del 1985 richiamava il contenuto dell'art 41 della legge del 289/57, specificando il divieto per i titolari dei diritti d'autore e dei diritti connessi di impedire le riproduzioni delle loro opere riservate ad un uso strettamente personale del copista. L'art 31 affermava tuttavia il diritto a percepire una remunerazione per dette copie, a favore degli autori e degli artisti interpreti di opere fissate su fonogrammi o videogrammi, nonché a favore dei produttori dei medesimi⁵².

La norma francese, a differenza di quella tedesca, assoggettava al prelievo i soli supporti. La remunerazione per le riproduzioni ad uso privato doveva

⁴⁹ R. E. REYES, JR, *Can the common law adequately justify a home taping royalty using economic efficiency alone?*, 16 *N.Y.L. Sch. J. Int'l & Comp. L.* 235, 247 (1996).

⁵⁰ Legge sul diritto d'autore e sui diritti degli artisti-interpreti, dei produttori di fonogrammi e di videogrammi e delle imprese di comunicazione audiovisiva del 3 luglio 1985, n. 660.

⁵¹ A. FRAGOLA, *Comparazione franco-italiana tra videogrammi e videocassette*, *Dir. aut.*, 1987, 23, 26 ss.

⁵² Si può notare una certa differenza tra le scelte lessicali operate dal legislatore tedesco e quello francese per definire il titolo al compenso: il primo fa riferimento alla natura dell'opera, che deve esser tale da far supporre che probabilmente l'opera sarà oggetto di riproduzioni private; il secondo si focalizza sul supporto su cui è fissata l'opera (*reproduction à usage privé d'œuvres fixées sur des phonogrammes ou des videogrammes*). Questa differenza, unita al fatto che la norma tedesca fa espresso riferimento alla possibilità che l'opera venga riprodotta mediante la registrazione di trasmissioni radiotelevisive, poteva eventualmente far sorgere il dubbio che questo tipo di riproduzioni, ossia le registrazioni dirette da programmi radio o tv, fossero escluse dallo scopo della legge francese. Cfr. T. COLLOVA, *Analisi comparativa della disciplina legislativa e contrattuale riguardante la riproduzione per uso personale (copia privata) nei paesi europei (parte prima)*, cit., 59.

essere versata dal produttore o dall'importatore dei supporti idonei al momento della loro messa in circolazione⁵³.

La quota del prezzo del supporto costituente il compenso era espressa in un valore fisso per ogni ora di registrazione disponibile. L'ammontare preciso era stabilito da un'apposita commissione cui partecipavano rappresentanti degli aventi diritto al compenso, rappresentanti delle associazioni di produttori e importatori dei supporti e rappresentanti dei consumatori⁵⁴.

La legge francese non conteneva un'eccezione in favore dei prodotti che, a causa della loro destinazione, non sarebbero stati impiegati in attività sottoposte a diritto a compenso. Alcuni soggetti professionali specificamente indicati⁵⁵ potevano però ottenere il rimborso del valore del compenso per i supporti acquistati ai fini della loro attività.

Le società di gestione deputate alla riscossione del compenso ricevevano un'apposita regolamentazione nel corpus della legge sul diritto d'autore del 1985, agli artt. 38-44. Doveva trattarsi di *sociétés civiles*, costituite per la rappresentanza degli autori, degli artisti interpreti, dei produttori di videogrammi e fonogrammi, degli editori e dei loro aventi causa. Queste società disponevano della legittimità a stare in giudizio relativamente ai diritti la cui amministrazione era loro affidata dai rispettivi statuti.

La SDRM (*Société pour l'administration du Droit de Reproduction Mécanique*) fu incaricata, relativamente al proprio repertorio, dell'amministrazione dei diritti di

⁵³ Vedi art. 33 legge 660/85,

⁵⁴ Tuttavia la partecipazione a tale organismo non era strettamente paritaria: metà dei membri era espressa dai rappresentanti degli aventi diritto, mentre l'altra era equamente ripartita tra produttori-importatori e consumatori. Il presidente della commissione era di nomina statale, in rappresentanza dello Stato stesso. La commissione decideva a maggioranza dei voti espressi dai membri presenti, con voto determinante del presidente in caso di parità. Cfr. T. COLLOVÀ, *Analisi comparativa della disciplina legislativa e contrattuale riguardante la riproduzione per uso personale (copia privata) nei paesi europei. (parte seconda)*, *Dir. autore*, 1993, II, 183.

⁵⁵ Si trattava di imprese di comunicazione audiovisiva, di produttori di videogrammi o fonogrammi, di persone giuridiche o di organismi che prestavano attività di aiuto a invalidi di vista o di udito, art 37 legge 660/85.

riproduzione appartenenti alla competenza di altre società⁵⁶. Furono inoltre create due organizzazioni *ad hoc* per l'esercizio dei diritti al compenso, nate dall'accordo tra le associazioni degli autori e dei titolari dei diritti connessi: la SORECOP, per i diritti derivanti dalle opere audio, e Copie France per i diritti video. La gestione di entrambi gli enti era garantita dalla SDRM.

La legge francese disponeva anche indicazioni precise sulla distribuzione dei compensi riscossi alle rispettive categorie di aventi diritto. In particolare l'articolo 36 della legge 660/1985 assegnava la remunerazione per copia privata di fonogrammi per metà agli autori, per un quarto agli artisti interpreti e per un quarto ai produttori; la remunerazione per copia privata di videogrammi beneficiava ciascuna delle tre categorie in misura equivalente. Ciascuna società avrebbe poi provveduto alla ripartizione della remunerazione ai rispettivi aventi diritto. L'articolo 38 imponeva invece un vincolo di destinazione su una parte dei ricavi ottenuti a titolo di compenso: ciascuna società di categoria doveva impiegare il 25% delle somme così ottenute per azioni di aiuto alla creazione, alla diffusione dello spettacolo dal vivo e ad azioni per la formazione degli artisti.

In ordine alla individuazione di criteri quanto più oggettivi possibile di redistribuzione dei compensi tra gli aventi diritto, le società di intermediazione si affidavano ad indagini a campione. Ad esempio, per il settore audio, venivano compiute inchieste tra i possessori di apparecchi di registrazione per determinare le fonti delle registrazioni private, ossia fonogrammi pre-registrati o trasmissioni radiotelevisive, e la natura delle opere (musica pop, classica, jazz, etc.). In tal modo era possibile scorporare la quota di compensi da destinare

⁵⁶ Società quali, ad esempio, la SACEM per le opere musicali o la SGDL-SCAM per le opere letterarie ed audiovisive. Col riconoscimento della tutela dei diritti connessi dei produttori di fonogrammi e degli artisti interpreti operato dalla legge del 1985, furono create ulteriori società in rappresentanza di queste categorie. Cfr. T. COLLOVÀ, *Analisi comparativa della disciplina legislativa e contrattuale riguardante la riproduzione per uso personale (copia privata) nei paesi europei (parte terza)*, *Dir. autore*, 1993, 335 e ss.

alle opere radiotrasmesse e suddividere tale quota tra i vari generi di opere in maniera proporzionale ai dati emersi dai sondaggi.

Analisi “di mercato” simili venivano condotte anche alle opere audiovisive⁵⁷.

In Spagna la legge dell’11 novembre 1987 n. 22 introduceva genericamente il diritto a percepire una *remuneración compensatoria*, per le riproduzioni di opere protette effettuate a scopi personali mediante strumenti tecnici non tipografici, in capo ai titolari del diritto d’autore o dei diritti connessi che non avessero ricevuto il pagamento delle *royalties* loro spettanti per le dette riproduzioni. I beneficiari del diritto erano gli autori di opere pubblicate sotto forma di libro, di fonogramma o di qualunque supporto sonoro o visivo, nonché gli editori, i produttori e gli artisti interpreti o esecutori delle opere.

Al diritto al compenso corrispondeva una licenza legale di libera riproduzione per uso privato delle opere già pubblicate, purché la copia fosse realizzata senza scopo di lucro e non fosse destinata a finalità di uso collettivo.

L’applicazione di queste norme conobbe una fase di stallo determinata dai contrasti tra rappresentanti dei produttori e degli importatori degli apparecchi e rappresentanti degli aventi diritto a compenso, che resero impossibile il raggiungimento di accordi sulla determinazione del compenso stesso⁵⁸.

Fu pertanto avviata una ulteriore iniziativa legislativa che si concretizzò nella legge 7 luglio 1992 n.20. Tale legge emendava la norma sul diritto alla remunerazione compensativa, stabilendo esplicitamente che il compenso sarebbe stato determinato in funzione degli apparecchi e dei supporti idonei alla realizzazione delle riproduzioni, prodotti nel territorio nazionale o ivi

⁵⁷ COLLOVÀ, *Analisi comparativa della disciplina legislativa e contrattuale riguardante la riproduzione per uso personale (copia privata) nei paesi europei (parte terza)*, cit., 355 e ss.

⁵⁸ Un riferimento alle difficoltà incontrate nell’applicazione della legge 22/87 si trova nel preambolo della successiva legge 20/90, nel quale si legge che la scelta del legislatore di lasciare la definizione della remunerazione compensativa ad una soluzione elaborata dalle parti private in causa aveva avuto esito negativo. Pertanto la nuova legge avrebbe affidato la definizione del compenso ad una soluzione pattizia tra le parti in causa, ma avrebbe altresì introdotto un meccanismo suppletivo costituito da un intervento di mediazione e risolutorio di un esperto designato dal Ministero della Cultura. COLLOVÀ, *Analisi comparativa della disciplina legislativa e contrattuale riguardante la riproduzione per uso personale (copia privata) nei paesi europei. (parte prima)*, cit, 15 e ss.

importati per scopi commerciali nel corso di un esercizio annuale. La misura del compenso era stabilita in una quota fissa per unità in relazione agli apparecchi, ed in una quota fissa per ora di registrazione relativamente ai supporti: una soluzione equivalente a quella tedesca. Ulteriori questioni erano affidate alla potestà regolamentare del governo. Ad esempio, eventuali eccezioni all'obbligo di compenso per apparecchi acquistati da professionisti per la loro attività o la determinazione della ripartizione del compenso tra gli aventi diritto⁵⁹.

1.4 La legge italiana del 5 febbraio 1992, n. 93

In Italia la normativa sull'equo compenso per copia privata fu introdotta dalla legge 5 febbraio 1992, n. 93, denominata "norme a favore delle imprese fonografiche e compensi per le riproduzioni private senza scopo di lucro".

Per quanto riguarda la riproduzione di opere per uso personale la legge italiana sul diritto d'autore recava una disposizione che, nella sua versione originale e ancora vigente nel 1992 recitava: "È libera la riproduzione di singole opere o brani di opere per uso personale dei lettori, fatta a mano o con mezzi di riproduzione non idonei a spaccio o diffusione dell'opera al pubblico.

È libera la fotocopia di opere esistenti nelle biblioteche, fatta per uso personale o per servizi della biblioteca.

È vietato lo spaccio di dette copie nel pubblico ed in genere ogni utilizzazione in concorrenza con i diritti di utilizzazione economica spettanti all'autore⁶⁰".

⁵⁹ A tal proposito un decreto del 1989 indicava le seguenti quote: 40% in favore degli autori, 30% agli artisti interpreti, 30% ai produttori. Il medesimo decreto imponeva l'impiego del 20% di quanto riscosso in attività di incoraggiamento di autori ed artisti principianti. COLLOVÀ, *Analisi comparativa della disciplina legislativa e contrattuale riguardante la riproduzione per uso personale (copia privata) nei paesi europei (parte terza)*, cit., 358 e ss.

⁶⁰ Legge 22 aprile 1941, n. 633, legge sul diritto d'autore, art. 68.

Si trattava di una norma dallo scopo piuttosto circoscritto, scritta avendo come riferimento le opere letterarie, e inadatta a regolare l'ambito delle riproduzioni di opere audiovisive⁶¹.

Il legislatore del 1992 ritenne di non intervenire su questo articolo, né sulla legge 633/41, al contrario di altri Stati europei che avevano accluso le disposizioni sull'equo compenso al loro corpus legislativo principale sul diritto d'autore⁶², ma produsse tali disposizioni in una legge separata. Si trattava di un provvedimento riguardante un ambito più ampio di quello del diritto al compenso per le riproduzioni ad uso personale. Conteneva, infatti, anche disposizioni relative all'utilizzazione di fonogrammi⁶³ da parte di emittenti radiotelevisive e relativamente all'accesso dei fonogrammi nella scuola⁶⁴. Una importante novità della legge 93/92 fu l'introduzione dell'IMAIE quale ente di gestione esclusiva dei diritti degli artisti interpreti o esecutori.

La legge si apriva con un articolo, denominato "inquadramento dell'attività fonografica", che riconosceva l'importanza dei fonogrammi, anche musicali, registrati su disco, nastro e supporti analoghi, per la loro capacità di agevolare la diffusione della cultura e li dichiarava beni di interesse nazionale⁶⁵. Il secondo comma del medesimo articolo riguardava le imprese di produzione fonografica e ne riconosceva la natura di imprese industriali.

⁶¹ Il Piola Caselli, nel suo Commentario alla legge sul diritto d'autore, escludeva recisamente la possibilità di eseguire riproduzioni ad uso personale di opere audio: "riferendosi al *lettore*, la legge viene ad escludere dalla licenza della riproduzione per uso personale le opere musicali e le opere dell'arte figurativa...", E. PIOLA CASELLI, *Commentario della nuova legge 22 aprile 1941 n. 633*, Torino, 1943, 450. Cfr. anche FRAGOLA, *Comparazione franco-italiana tra videogrammi e videocassette*, cit., 37.

⁶² Era stata questa la scelta della Germania e della Francia, che avevano introdotto le norme sul compenso per riproduzioni private sotto forma di emendamenti alle rispettive leggi sul diritto d'autore.

⁶³ Al riguardo l'art 2 richiamava alcune disposizioni della legge sul diritto d'autore, e introduceva sanzioni per la violazione degli artt 73 e 74 della l. 633/41. Cfr. art 2, l. 5 febbraio 1992, n. 93, norme a favore delle imprese fonografiche e compensi per le riproduzioni private senza scopo di lucro.

⁶⁴ Cfr. art 8 l. 5 febbraio 1992, n. 93.

⁶⁵ Sulla reale portata di questo riconoscimento cfr. A. TRAVI, *I fonogrammi come bene di interesse nazionale*, *Annali it. dir. autore*, 1992, 5.

L'articolo 3, la cui rubrica recitava "diritti per le registrazioni non a scopo di lucro", conteneva le disposizioni basilari concernenti l'equo compenso: la definizione del titolo, l'enumerazione degli aventi diritto, la base ed i criteri per il calcolo, i soggetti debitori, l'indicazione dell'ente incaricato della gestione ed i criteri di ripartizione tra le categorie di aventi diritto.

Andando con ordine, il primo comma conteneva un rinvio generico alla legge sul diritto d'autore⁶⁶, utile per comprendere il rapporto tra le due leggi, affermando che le disposizioni dell'art 3 della legge 93/92 non abrogavano né modificavano le norme della legge 633/41. Il comma proseguiva stabilendo che "gli autori e i produttori di fonogrammi, i produttori originari di opere audiovisive e i produttori di videogrammi, e i loro aventi causa, hanno diritto di esigere, quale compenso per la riproduzione privata per uso personale e senza scopo di lucro di fonogrammi e videogrammi, una quota sul prezzo di vendita al rivenditore di nastri o supporti analoghi di registrazione audio e video (musicassette, videocassette e altri supporti) e degli apparecchi di registrazione audio". La norma italiana introduceva così, accanto alle categorie degli autori e dei produttori di fonogrammi e videogrammi, già note nel panorama legislativo contemporaneo, anche la specifica categoria dei produttori originari di opere audiovisive. Si trattava dei soggetti che curavano la realizzazione dell'opera e che venivano così distinti dai produttori di videogrammi, ossia di coloro che, a partire dall'opera già compiuta, ne operavano la moltiplicazione in copie a scopo commerciale⁶⁷. La definizione del titolo al compenso, con una scelta lessicale simile a quella francese, riproponeva i temi già noti alle normative degli altri paesi: il compenso era dovuto in forza delle riproduzioni effettuate in ambito privato, destinate ad uso personale e prive di scopo di lucro, e si concretizzava nel diritto ad esigere una quota sul prezzo dei prodotti atti a realizzare le riproduzioni. In questo campo era però riscontrabile una

⁶⁶ Vedi art. 1, c 1 15 febbraio 1992, n. 93: "Fermo restando quanto previsto dalla legge 22 aprile 1941, n. 633...".

⁶⁷ M. RICOLFI, *Copia privata e diritti di produttori ed artisti*, *Annali it. dir. Autore*, 1992, 59.

differenza significativa, in quanto gli apparecchi di registrazione video erano esclusi dal prelievo⁶⁸, laddove gli altri paesi avevano optato per l'assoggettamento dei soli supporti, ad esempio la Francia, o per l'assoggettamento di supporti e apparecchi senza distinzioni tra comparto audio e video, come la Germania.

La base del calcolo era costituita da una quota sul prezzo di vendita dei prodotti al rivenditore ed era fissata, dal secondo comma dell'art 3, nel seguente modo: 10 % del prezzo di vendita dei nastri o dei supporti analoghi di registrazione audio; 5% del prezzo di vendita dei nastri o dei supporti analoghi di registrazione video; 3% del prezzo di vendita degli apparecchi di registrazione audio.

Si trattava di una scelta, quella del prelievo di una percentuale sul prezzo dei prodotti, in linea con la legislazione tedesca del 1965, ma si differenziava con la successiva riforma del 1985 con la quale in Germania fu introdotto il sistema del prelievo forfetario, scelta adottata dalla maggioranza dei paesi europei⁶⁹.

Nessuna significativa differenza, invece, per quanto riguarda i soggetti gravati dall'obbligo, che il terzo comma dell'art. 3 indicava nei produttori e negli importatori a fini commerciali nel territorio dello Stato dei prodotti in questione.

Gli ultimi commi dell'art. 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 93 erano dedicati alla definizione dell'ente incaricato in esclusiva della gestione dei compensi, ossia la SIAE (Società Italiana Autori ed Editori), ed ai criteri di ripartizione tra

⁶⁸ Il progetto di legge prevedeva anche per questi apparecchi l'assoggettamento al compenso. La norma fu tuttavia stralciata dal testo definitivo nel corso dei lavori per l'approvazione della legge, in considerazione dello scarso sviluppo del mercato dei supporti di registrazione video all'epoca. Cfr. P. AQUILANTI, *L'iter parlamentare della legge n. 93 del 1992*, *Annali it. dir. Autore*, 1992, 141; T. COLLOVÀ, *Prime note sull'art. 3 della legge 5 febbraio 1992 n. 93 in materia di diritti per le registrazioni senza scopo di lucro*, *Dir. autore*, 1992, 474. Secondo alcuni commentatori, si trattava di una scelta che introduceva una ingiustificata disparità di trattamento a favore dei videoregistratori, cfr. A. NIUTTA, *Una quota del prezzo di vendita dei supporti (nastri) per la registrazione video e audio quale compenso per la riproduzione privata per uso personale*, *Giur. comm.*, 1993, I, 607, 621 e ss.

⁶⁹ COLLOVÀ, *Prime note sull'art. 3 della legge 5 febbraio 1992 n. 93 in materia di diritti per le registrazioni senza scopo di lucro*, cit., 479.

gli aventi diritto. La SIAE provvedeva all'incasso dei compensi ed al successivo trasferimento, previa trattenuta delle spese, agli aventi diritto, direttamente o anche tramite le associazioni di categoria maggiormente rappresentative. In particolare il compenso per i nastri e gli apparecchi di registrazione audio andava suddiviso per il 50 per cento agli autori e per il 50 per cento ai produttori di fonogrammi. Questi ultimi avrebbero poi corrisposto il 50 per cento di quanto percepito agli artisti interpreti o esecutori. Il compenso per i nastri di registrazione video doveva invece essere ripartito in quote eguali tra autori, produttori originari di opere audiovisive e produttori di videogrammi, "i quali destinano il 5 per cento dei compensi a ciascuno di essi attribuiti all'Istituto Mutualistico Artisti Interpreti Esecutori"⁷⁰.

L'art 4 introduceva⁷¹ un nuovo organismo incaricato della gestione dei diritti di equo compenso dovuti agli artisti interpreti esecutori: l'IMAIE (Istituto Mutualistico Artisti Interpreti Esecutori). Come si legge dal primo comma dell'articolo l'IMAIE era costituito "dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello nazionale delle categorie degli artisti interpreti o esecutori firmatarie dei contratti collettivi nazionali"⁷² e aveva "come finalità statutaria la tutela dei diritti degli artisti interpreti o esecutori nonché l'attività di difesa e promozione degli interessi collettivi di queste categorie"⁷³.

All'IMAIE la legge 93/92 affidava la gestione dei compensi spettanti agli artisti interpreti o esecutori sia in forza dell'art 3 comma 5 della legge

⁷⁰ Art. 3, c. 6, l. 5 febbraio 1995, n.93, norme a favore delle imprese fonografiche e compensi per le riproduzioni private senza scopo di lucro.

⁷¹ A dispetto di quanto potrebbe sembrare da una prima lettura della legge, l'IMAIE, quale associazione non riconosciuta, era soggetto già esistente da tempo al momento della promulgazione della legge. L'atto di costituzione risaliva, infatti, al 1977. Si è trattato dunque, di una sorta di sanzione legislativa di un ente precostituito per le medesime finalità assegnatogli dalla legge 93/92, cui la stessa legge imponeva ora di costituirsi in associazione riconosciuta, nei termini e con le conseguenze previste dalla legge. Cfr. G. MARASÀ, *Natura e funzioni dell'IMAIE*, *Annali it. dir. autore*, 1992, 13.

⁷² Art. 4 c 1, l. 5 febbraio 1992, n.93.

⁷³ Art. 4 c 1, l. 5 febbraio 1992, n.93.

medesima, sia in forza dell'art 73, primo comma⁷⁴, della legge 633/41. L'IMAIE veniva così incaricato sia della gestione dell'equo compenso per copia privata appena istituito, sia dell'equo compenso derivante dall'uso in pubblico di fonogrammi, diritto più risalente nel tempo per il quale il legislatore aveva però ommesso, fino ad allora, di indicare modalità di riscossione e ripartizione⁷⁵. Ai sensi dell'art 5 della legge 93/92 i produttori di fonogrammi avrebbero versato questi compensi, direttamente o per il tramite delle loro associazioni di categoria, all'IMAIE, curando anche la trasmissione della documentazione necessaria all'identificazione degli aventi diritto⁷⁶.

Successivamente l'IMAIE si sarebbe occupato della determinazione del compenso spettante a ciascun artista, sulla base di criteri stabiliti mediante accordi tra le associazioni dei produttori di fonogrammi e le organizzazioni sindacali degli artisti interpreti o esecutori maggiormente rappresentative e periodicamente avrebbe comunicato agli aventi diritto l'ammontare dei compensi maturati, pubblicando inoltre nella Gazzetta Ufficiale i nominativi degli interessati. Dalla data di pubblicazione dei nominativi sarebbe decorso un termine di millenovecentacinque giorni, entro il quale gli artisti ed i loro aventi causa avrebbero potuto riscuotere quanto loro dovuto dall'IMAIE al netto delle spese⁷⁷. L'art 6 definiva in maniera affatto simile la questione dei compensi maturati ai sensi dell'art 73, primo comma, della legge 633/41 che non fossero ancora stati distribuiti all'entrata in vigore della legge 93/92⁷⁸.

L'IMAIE era altresì incaricato di alcune attività collaterali, in particolare di "attività di studio e di ricerca nonché... di promozione, di formazione e di

⁷⁴ Questo articolo, nella formulazione modificata dal d.p.r. 14 maggio 1974, n. 490 applicazione della convenzione internazionale per la protezione degli artisti interpreti o esecutori, dei produttori di fonogrammi e degli organismi di radiodiffusione, firmata a Roma il 26 ottobre 1961, disponeva che i produttori fonografici ripartissero in misura equa con gli artisti interpreti o esecutori interessati l'ammontare del compenso loro spettante per l'utilizzazione, a scopo di lucro, del disco o apparecchio a mezzo della radiodiffusione, della cinematografia, della televisione o nelle pubbliche feste danzanti e nei pubblici esercizi.

⁷⁵ MARASÀ, *Natura e funzioni dell'IMAIE*, cit., 17.

⁷⁶ Art 5 c 1, 5 febbraio 1992, n.93.

⁷⁷ Art 5 c 2, 3 e 4, l. 5 febbraio 1992, n.93.

⁷⁸ Art 6, l. 5 febbraio 1992, n.93.

sostegno professionale degli artisti interpreti o esecutori⁷⁹”. I fondi per queste funzioni erano individuati nelle somme percepite dall’IMAIE a titolo di compenso di cui agli artt. 5 e 6 della legge 93/92, i cui titolari fossero non individuabili o non avessero esercitato il diritto alla riscossione entro il termine previsto, nonché nelle somme versate all’IMAIE ai sensi dell’art. 3, comma 6, della medesima legge, ossia la frazione di pertinenza degli artisti interpreti o esecutori relativa ai compensi per i supporti di registrazione video⁸⁰.

La natura dell’IMAIE rimaneva, dunque, in parte ambigua: ai caratteri tipici di una *collecting society* cui lo Stato aveva affidato la gestione esclusiva di alcuni diritti, si affiancavano caratteri tipici di un’associazione mutualistica. Si trovava così a gestire diritti ed interessi relativi ad un’intera categoria (quella degli artisti interpreti e degli esecutori) pur mantenendo la forma di associazione privata, per partecipare alla gestione della quale era necessario acquisire la qualità di socio⁸¹.

La legge 5 febbraio 1992 n. 93 non dettava alcuna norma circa l’esclusione dallo scopo della legge dei prodotti di registrazione venduti per scopo professionale, ma la questione fu risolta da accordi siglati tra la SIAE e le associazioni di categoria dei produttori e degli importatori⁸².

L’apparato normativo posto in campo dal legislatore italiano del 1992 si poneva sostanzialmente, dunque, nel solco già tracciato da altri stati europei⁸³.

⁷⁹ Art. 7, c 2, l. 5 febbraio 1992, n.93.

⁸⁰ Art 7, l. 5 febbraio 1992, n.93.

⁸¹ MARASÀ, *Natura e funzioni dell’IMAIE*, cit., 20-24.

⁸² Il primo testo convenzionale in questione disponeva un elenco tassativo di prodotti non assoggettati al compenso, oltre ad alcune precisazioni rese necessarie dalla stringatezza del testo normativo, quali l’esclusione dell’IVA dalla base di calcolo del compenso e alcuni criteri relativi al calcolo del compenso medesimo per gli apparecchi cosiddetti combinati, ossia integranti funzioni diverse oltre a quella di registrazione. Cfr COLLOVÀ, *Prime note sull’art. 3 della legge 5 febbraio 1992 n. 93 in materia di diritti per le registrazioni senza scopo di lucro*, cit., 488 e ss. .

⁸³ Per un raffronto critico tra la legge 5 febbraio 1992 n. 93 e altre leggi sulla riproduzione privata europee ed internazionali, vedi: C. VACCÀ, *Riproduzione per uso personale di opere audio e video*, *Corriere giur*, 1992, 102.

1.5 La copia privata nei sistemi di common law

In due tra i più importanti paesi in cui vige un sistema di *common law*, ossia Regno Unito e Stati Uniti d'America, i problemi generati dalla diffusione presso il pubblico di strumenti in grado di realizzare riproduzioni di opere tutelate dal *copyright* sono stati affrontati con strategie differenti rispetto a quelle adottate dalla maggior parte di paesi di tradizione *civil law* appartenenti all'Europa continentale.

1.5.1 Regno Unito

Nel Regno Unito le eccezioni alle privative d'autore sono definite *fair dealings*. Le prime ad essere fissate in una legge statale risalgono al 1911 e riguardavano ambiti piuttosto limitati, quali la ricerca e lo studio privato⁸⁴. Queste eccezioni raramente furono oggetto di controversie giudiziarie, pertanto la definizione di *fair dealing* e quanto potesse estendersi questa eccezione non fu argomento trattato dai giudici britannici⁸⁵.

Il successivo *copyright statute* del 1956 ampliò la lista di eccezioni aggiungendo norme a favore dell'istruzione scolastica, della realizzazione di antologie e della realizzazione di copie operata presso biblioteche senza scopo di lucro⁸⁶.

Successivamente la crescente quantità di fotocopie realizzate indusse gli editori ad intraprendere azioni di *lobbying* a tutela dei propri interessi. L'ipotesi di istituire un prelievo (*levy*) sulle fotocopiatrici, soluzione successivamente adottata in Germania, o sulla carta da stampa, non sembrava una strada

⁸⁴ *Copyright Act* 1911, s 2 (1) (i).

⁸⁵ W. R. CORNISH, *Intellectual property: patents, copyright, trademarks and allied rights*, Cambridge, IV edition, 1999, 498.

⁸⁶ *Copyright Act* 1956, ss. 6 (1), 6 (6), 7, 9 (1), 41.

percorribile secondo il governo britannico, anche in considerazione del fatto che molte attività di fotocopia non riguardavano opere protette da copyright⁸⁷.

A seguito di alcune iniziative giudiziarie nei confronti di scuole e pubbliche istituzioni, negli anni ottanta dello scorso secolo associazioni di autori ed editori riuniti cominciarono ad assegnare licenze per attività reprografiche a singoli istituti, quali scuole, università e uffici governativi.

Il *Copyright Act* del 1988 sanzionò sostanzialmente le tendenze in atto, mantenendo limitato l'intervento del legislatore. Rimanevano ferme le eccezioni previste per ricerca o per studio privato, anche se realizzate da terzi rispetto al diretto interessato⁸⁸.

Alcune disposizioni incentivavano la diffusione di licenze a carattere generale tra gli istituti scolastici, ad esempio concedendo loro di realizzare fotocopie di opere letterarie drammatiche o musicali a scopi educativi solo in quantitativi estremamente ridotti (ossia non più dell'un per cento di ciascun opera poteva essere copiata nell'arco di ciascun quarto dell'anno), a meno che non fossero disponibili licenze che autorizzassero tali copie⁸⁹.

Per quanto riguarda, invece, la copia di opere sonore o visive la legge del 1988, come le sue precedenti versioni, non prevedevano alcuna eccezione per uso personale, pertanto la riproduzione del materiale coperto da copyright doveva esser considerata illecita: l'eccezione di *fair dealing* per ricerca o studio privato prevista dal *Copyright Act* non copriva film e registrazioni audio⁹⁰.

Nonostante le pressioni dei titolari di diritti su opere audio o video il legislatore britannico scelse di non introdurre alcun prelievo a carico degli apparecchi di registrazione. Alcuni tentativi di aggredire presso le corti direttamente i produttori degli apparecchi utilizzabili per le registrazioni non

⁸⁷ CORNISH, *Intellectual property: patents, copyright, trademarks and allied rights*, cit., 499.

⁸⁸ *Copyright, Designs and Patent Act*, 1988, s. 29.

⁸⁹ *Copyright, Designs and Patent Act*, 1988, s. 36. Inoltre tali licenze non potevano predisporre limiti ai quantitativi di fotocopie realizzabili inferiori a quelli garantiti dalla legge.

⁹⁰ CORNISH, *Intellectual property: patents, copyright, trademarks and allied rights*, cit., 503.

ebbero successo⁹¹. Il *Copyright Act* del 1988 introdusse una specifica norma che autorizzava la registrazione di opere protette per scopi di *time shifting* domestico⁹², che sostanzialmente comportava un'eccezione in favore delle riproduzioni audio o video in ambito privato, purché realizzate mediante la registrazione di trasmissioni radiotelevisive o via cavo⁹³.

I produttori di fonogrammi e videogrammi potevano però contare su dispositivi anticopia per proteggere i loro prodotti. A tutela dell'effettività di questi dispositivi, una nuova disposizione introdotta dal *Copyright Act* del 1988 assegnava una specifica legittimazione ad agire ai soggetti che distribuivano al pubblico copie di opere protette, avendo ottenuto l'apposita licenza da parte dei titolari dei relativi diritti, stabilendo che questi soggetti disponessero dei medesimi rimedi garantiti ai titolari di copyright nei confronti di una violazione dei propri diritti. Questa legittimazione poteva esser fatta valere nei confronti di chiunque producesse o immettesse nel mercato apparecchi o mezzi specificamente ideati per l'elusione dei dispositivi anticopia impiegati, nonché contro chi pubblicasse informazioni utili ad aiutare altri ad eludere i dispositivi anticopia, con la consapevolezza che tali mezzi e tali informazioni saranno impiegati per la realizzazione di copie illecite⁹⁴. Si trattava di un'azione di

⁹¹ Vedi, ad esempio, *CBS Songs Ltd. And Others v Amstrad Consumer Electronics Plc. and Another*, 12 maggio 1988, sentenza intervenuta durante la vigenza del *Copyright Act* del 1956, nella quale la *House of Lord* ritenne che la vendita di apparecchi di registrazione audio a doppia piastra non comportasse violazione di *copyright* per il semplice fatto che tali apparecchi avrebbero potuto esser impiegati per la realizzazione inautorizzata di copie protette. CORNISH, *Intellectual property: patents, copyright, trademarks and allied rights*, cit., 504.

⁹² "The making for private and domestic use of a recording of a broadcast or cable programme solely for the purpose of enabling it to be viewed or listened to at a more convenient time does not infringe any copyright in the broadcast or cable programme or in any work included in it", *Copyright, Designs and Patent Act*, 1988, s. 70.

⁹³ CORNISH, *Intellectual property: patents, copyright, trademarks and allied rights*, cit., 504.

⁹⁴ "The person issuing the copies to the public has the same rights against a person who, knowing or having reason to believe that it will be used to make infringing copies—
(a)makes, imports, sells or lets for hire, offers or exposes for sale or hire, or advertises for sale or hire, any device or means specifically designed or adapted to circumvent the form of copy-protection employed, or
(b)publishes information intended to enable or assist persons to circumvent that form of copy-protection,

illecito civile che poneva, relativamente alla tutela dalle copie cosiddette pirata, i distributori di videogrammi e fonogrammi su un piano di parità rispetto ai titolari di diritti di copyright⁹⁵.

Il Regno Unito ha mantenuto il divieto di realizzare riproduzioni non autorizzate di opere protette, fatta salva la limitata eccezione per la registrazione di trasmissioni radiotelevisive e via cavo, anche dopo l'implementazione della direttiva 2001/29/CE, che ha riconosciuto la facoltà agli Stati membri all'Unione Europea di predisporre eccezioni o limitazioni al diritto d'autore dedicate alla copia privata⁹⁶.

1.5.2 Stati Uniti e AHRA, dal Digital Audio Tape al lettore mp3

Anche negli Stati Uniti la questione delle riproduzioni a scopo personale fu portata all'attenzione del legislatore per il tramite di alcuni celebri casi giudiziari, anche se il percorso che culminò con l'emanazione di uno *statute* che disciplinasse l'argomento fu più travagliato che in Germania e la portata della normativa risultante aveva, ed ha, un'ampiezza decisamente diversa.

La legge federale sul copyright del 1790, e le successive revisioni⁹⁷, assegnavano agli autori una serie di diritti in esclusiva sulle loro opere per un periodo limitato di tempo. Il potere di legiferare in materia di copyright era stato assegnato al congresso federale dalla Costituzione statunitense, con lo scopo di "promuovere il progresso della scienza e delle arti utili"⁹⁸. Lo scopo della legge, dunque, doveva essere l'individuazione di un bilanciamento tra gli

as a copyright owner has in respect of an infringement of copyright", *Copyright, Designs and Patent Act*, 1988, s. 296 (2).

⁹⁵ CORNISH, *Intellectual property: patents, copyright, trademarks and allied rights*, cit., 505.

⁹⁶ Vedi *infra*, paragrafo 1.7 .

⁹⁷ Ad oggi la normativa federale sul copyright è codificata nel titolo 17 dello *U. S. Code*.

⁹⁸ The Congress shall have Power ... To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries." U.S. Const. art. I, 8, cl. 8, conosciuta anche come *Copyright Clause*.

interessi degli autori a godere dei benefici, anche economici, che potessero trarre dalle loro opere e gli interessi del pubblico ad avere il maggior accesso possibile alle opere stesse; in tal modo sarebbe stato possibile ottenere il duplice risultato di favorire la diffusione delle opere esistenti tra i potenziali autori del futuro e di porre sufficienti incentivi alla produzione di nuove opere⁹⁹.

Si doveva pertanto cercare di garantire una certa possibilità di utilizzo delle opere anche prima della loro caduta in pubblico dominio, anche se significava comprimere in una qualche misura le prerogative assegnate dal copyright.

Prima del 1976 la legislazione statunitense non prevedeva alcuna disposizione che permettesse di definire quali usi fosse possibile fare di materiale coperto da copyright senza incorrere in una violazione (*infringement*) dei diritti degli autori.

Le corti avevano però elaborato una serie di criteri per stabilire se alcuni usi, che a rigor di legge avrebbero comportato il travalicamento delle prerogative d'autore, dovessero ciononostante essere considerati "giusti" (*fair*) in virtù dello scarso danno inferto e della loro utilità sociale e dunque permessi¹⁰⁰.

La prima stesura di questi principi è fatta risalire al giudice Story nel caso *Folsom v. Marsh*¹⁰¹ del 1841, riguardante la copia letterale di numerosi ed ampi estratti di materiale protetto da copyright¹⁰². In casi come questi, secondo il giudice, era necessario verificare "la natura ed i fini delle selezioni fatte, la quantità ed il valore del materiale usato, ed il grado in cui l'uso possa

⁹⁹ "The limited monopoly given to the author is intended to motivate the creation of useful works of art and science, and to ensure that they are made available to the public", Reyes, *Can the common law adequately justify a home taping royalty using economic efficiency alone?*, cit., 242.

¹⁰⁰ M. B. NIMMER, *Copyright liability for audio home recording: dispelling the betamax myth*, 68 *Va. L. Rev.* 1505, 1507 (1982); G. S. Lutzker, *DAT's all folks: Cabn v. Sony and the Audio Home Recording Act of 1991 – merrie melodies or looney toons?*, 11 *Cardozo Arts & Ent LJ* 145, 153 ss. (1991).

¹⁰¹ *Folsom et al. v. Marsh et al.*, 9 F. Cas. 342 (C. C. D. Mass. 1841) (n. 4901).

¹⁰² Trattavasi di tremilanovecento lettere scritte dall'ex presidente degli Stati Uniti Geroge Washington, sulle quali l'attore vantava un diritto di copyright, che il convenuto aveva incluso in una sua opera destinata ad uso scolastico. Il giudice Story, sebbene con rammarico, riconobbe la violazione del copyright dell'attore considerati il gran numero ed il valore dei materiali protetti copiati dal convenuto. Cfr *Folsom et al. v. Marsh et al.*, cit., 349.

pregiudicare la vendita, diminuire i profitti, o sostituirsi negli scopi al lavoro originale¹⁰³”. Una definizione concettuale di *fair use*, sempre di origine giudiziale, è quella di “un privilegio, spettante ad altri rispetto al titolare di un copyright, ad usare in modo ragionevole il materiale protetto senza il suo consenso, nonostante il monopolio concesso al titolare”¹⁰⁴.

Nel 1976, nell’ambito di una revisione generale della legge federale, fu introdotta una norma che dichiarava lecito l’ “uso equo” (*fair use*) di materiale protetto da copyright, compreso l’uso per la riproduzione in copie o fonogrammi (*phonorecords*), per scopi di critica, commento, giornalismo, insegnamento, educazione o ricerca. La disposizione proseguiva, in una formulazione vigente ancor oggi, con l’elencazione di quattro criteri guida per stabilire se un uso potesse esser considerato *fair* o meno¹⁰⁵, che sono sostanzialmente la codificazione dei principi elaborati dal giudice Story e dai suoi colleghi nel corso degli anni. Il primo è lo scopo e la natura dell’uso, ad

¹⁰³ “In short, we must often, in deciding questions of this sort, look to the nature and objects of the selections made, the quantity and value of the materials used, and the degree in which the use may prejudice the sale, or diminish the profits, or supersede the objects, of the original work”, Folsom et al. v. Marsh et al., cit., 348.

¹⁰⁴ “...privilege in others than the owner of a copyright to use the copyrighted material in a reasonable manner without his consent, notwithstanding the monopoly granted to the owner...”, Rosemont Enterprises, Inc. v. Random House, Inc., 366 F.2d 303, 306 (2d Cir. 1966).

¹⁰⁵ La formulazione attuale della norma è la seguente: “Notwithstanding the provisions of section 106, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include --

- (1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;
- (2) the nature of the copyrighted work;
- (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and
- (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.” 17 U.S.C. § 107.

esempio se l'utilizzatore abbia fini commerciali oppure agisca a fini educativi¹⁰⁶ senza scopo di lucro. Il secondo è la natura del materiale protetto: se si tratta di opere aventi ad oggetto fatti, quali biografie, inchieste giornalistiche, libri scolastici, si potrà applicare una nozione più ampia di *fair use*, laddove l'uso di opere di immaginazione sarà considerato in maniera più restrittiva. Il terzo criterio considera gli estratti di materiale protetto usati rispetto al complesso dell'opera protetta, sia sotto un profilo di quantità, maggiore l'estensione più sarà difficile riconoscerne la legittimità, sia sotto un profilo qualitativo, ossia la maggiore o minore importanza del materiale copiato: i punti cardine di un'opera sono maggiormente protetti rispetto a passaggi scarsamente significativi. L'ultimo criterio comporta la valutazione dell'impatto prodotto dall'uso in esame sul valore di mercato dell'opera protetta: un utilizzo che non crei che danni marginali allo sfruttamento economico dell'opera interessata avrà maggiori probabilità di essere considerato lecito¹⁰⁷.

Sulla base di questi fattori, la cui lista non deve comunque considerarsi tassativa¹⁰⁸, si deve dunque distinguere un *fair use* da un *copyright infringement*. In alcune delle *sections* successive alla n. 107 sono poi elencati una serie di usi tipici, la cui legittimità è riconosciuta per legge¹⁰⁹.

I problemi relativi alla riproduzione di opere protette in ambito privato o *home copying*, risalgono ad un periodo pressoché contemporaneo alla riforma del *copyright statute* ed alla codificazione della *fair use doctrine*.

La controversia certamente più celebre vide fronteggiarsi due colossi del cinema e della televisione, la *Walt Disney Productions* e gli *Universal City Studios*, e

¹⁰⁶ Un esempio potrebbe essere la riproduzione di brani di un'opera protetta accompagnata da commenti diretti agli studenti. NIMMER, *Copyright liability for audio home recording: dispelling the betamax myth*, cit., 1521.

¹⁰⁷ DAVIES, *Copyright and the Public Interest*, cit, 105.

¹⁰⁸ La legge prevede, infatti che i fattori da considerare debbano includere (*"the factors to be considered shall include"* 17 U.S.C. § 107) quelli enumerati, non escludendo così l'analisi di ulteriori elementi.

¹⁰⁹ Ad esempio, la *sec. 108* attribuisce un limitato diritto di riproduzione di opere protette, senza scopo di lucro, a biblioteche ed archivi; la *sec. 117* riconosce al proprietario di una copia di un programma per computer una limitata libertà di realizzarne ulteriori copie o adattamenti; la *sec. 121* pone alcuni limiti ai diritti esclusivi di riproduzione in favore di persone con disabilità.

un'altrettanto importante azienda produttrice di beni elettronici, la *Sony*, per via degli apparecchi di videoregistrazione immessi nel mercato da quest'ultima, o meglio a causa dell'uso che gli acquirenti facevano di detti apparecchi. Negli anni settanta del novecento, infatti, la *Sony* aveva prodotto e commercializzato un apparecchio in grado di registrare su nastro le trasmissioni televisive. Questo apparecchio impiegava un nastro magnetico racchiuso in una cassetta, denominata *betamax*. I produttori dei programmi trasmessi lamentavano che il comportamento, diffusosi tra i cittadini, di registrare programmi televisivi e film violasse i diritti di copyright relativi a queste opere, causando loro danni significativi in termini di mancata vendita diretta di videocassette pre-registrate delle medesime opere. Nel 1976 le due *majors* decisero di citare in giudizio la *Sony* per violazione indiretta di copyright¹¹⁰. La corte distrettuale che si occupò del caso diede ragione all'azienda convenuta, riconoscendo tra le altre cose la natura di *fair use* delle riproduzioni realizzate per uso privato e in ambito domestico di programmi protetti da copyright¹¹¹. La corte di appello del Nono Circuito ribaltò il verdetto¹¹². La Corte Suprema degli Stati Uniti accettò di rivedere il caso, che nel 1984 giunse alla sua conclusione: la vendita di

¹¹⁰ La violazione indiretta, *contributory infringement*, si ha quando un soggetto consapevolmente induce, causa o contribuisce materialmente ad una azione di violazione diretta da parte di un terzo, *Gershwin Publishing Corp. v. Columbia Artists Mgt., Inc.*, 443 F.2d 1159, 1162 (2d Cir. 1971).

¹¹¹ Il riconoscimento di un *fair use* per lo *home copying* operato dalla corte distrettuale poggiava anche su un estratto del rapporto del Congresso allegato all'emendamento al Copyright Statute del 1971 (detto Sound Recording Amendment), che estendeva l'ambito di protezione del copyright alle registrazioni sonore (*sound recording*). Precedentemente la legge del 1909 prevedeva diritti di esclusiva relativamente ad opere sonore solo in favore degli autori. Nel rapporto sopracitato era affermato che: "it is not the intention of the Committee to restrain the home recording, from broadcasts or from tapes or records, of recorded performances, where the home recording is for private use and with no purpose of reproducing or otherwise capitalizing commercially on it. This practice is common and unrestrained today, and the record producers and performers would be in no different position from that of the owners of copyright in recorded musical compositions over the past 20 years", cfr. H.Rep.No.487, 92d Cong., 1st Sess. 7, ristampato in (1971) U.S.Code Cong. & Admin.News, 1566, 1572. Sulla base di questo estratto, e sulla base del fatto che la riforma del 1976 aveva incorporato le disposizioni del Sound Recording Amendment immutate, la corte distrettuale ritenne possibile inventare un'eccezione implicita di *fair use*, cfr. *Universal City Studios v. Sony Corp.*, 480 F. Supp. 429, 444 – 445 (C.D. Cal. 1979). L'analisi operata dalla corte non riguardava però, come esplicitamente affermato dalla corte stessa, la duplicazione di fonogrammi pre-registrati, cfr. *ibidem*, 444.

¹¹² *Universal City Studios v. Sony Corp.*, 659 F.2d 963 (9th Cir. 1981).

apparecchi di videoregistrazione domestica non costituiva violazione del copyright degli attori. L'opinione di maggioranza¹¹³, redatta dal giudice Stevens, stabilì innanzitutto che il cosiddetto *time-shifting*, ossia la pratica di registrare una trasmissione televisiva per poterla vedere ad un orario diverso, pur comportando talvolta la riproduzione integrale di opere protette, costituisse *fair use*. Per aversi violazione di copyright in casi del genere, aventi natura non commerciale, l'attore avrebbe dovuto dimostrare la sussistenza di un danno grave ed attuale, o quantomeno dimostrare, con prove evidenti, che esistesse qualche significativa probabilità di danno futuro¹¹⁴. Nel caso in esame le compagnie cinematografiche resistenti avevano fallito la prova del danno, per quanto riguarda il *time shifting*. Come era già emerso durante il procedimento presso la corte distrettuale, erano abbondanti le prove della diffusione tra il pubblico della pratica di registrare i programmi dalla televisione al solo fine di vederli ad un orario più conveniente e che proprio questa, in effetti, fosse la modalità più diffusa di impiego dei videoregistratori privati¹¹⁵. Secondo la Corte Suprema per affermare la liceità di un apparecchio, suscettibile di essere usato per perpetrare violazioni di un diritto di copyright, era sufficiente dimostrare la sua idoneità ad almeno alcuni significativi usi legittimi¹¹⁶. Nel caso in questione

¹¹³ La Corte in realtà si spaccò relativamente a questo verdetto, con un voto di cinque membri a quattro. Cfr. *Universal City Studios v. Sony Corp.*, 464 U.S. 417, (1984).

¹¹⁴ "A challenge to a noncommercial use of a copyrighted work requires proof either that the particular use is harmful, or that if it should become widespread, it would adversely affect the potential market for the copyrighted work. Actual present harm need not be shown; such a requirement would leave the copyright holder with no defense against predictable damage. Nor is it necessary to show with certainty that future harm will result. What is necessary is a showing by a preponderance of the evidence that some meaningful likelihood of future harm exists. If the intended use is for commercial gain, that likelihood may be presumed. But if it is for a noncommercial purpose, the likelihood must be demonstrated", *Sony Corporation of America et al. v. Universal City Studios, Inc., et al.*, 464 U.S. 417, 451 (1984).

¹¹⁵ *Sony Corporation of America et al. v. Universal City Studios, Inc., et al.*, cit., 423 e ss.

¹¹⁶ "The question is thus whether the Betamax is capable of commercially significant noninfringing uses. In order to resolve that question, we need not explore all the different potential uses of the machine and determine whether or not they would constitute infringement. Rather, we need only consider whether on the basis of the facts as found by the District Court a significant number of them would be noninfringing. Moreover, in order to resolve this case we need not give precise content to the question of how much use is

tale uso era il time *shifting*, appunto, pertanto la vendita dei videoregistratori da parte di *Sony* non costituiva violazione indiretta di copyright.

Il caso *Sony Betamax* ha dunque sancito come legittimo un particolare tipo di riproduzione di opere protette, ossia le copie realizzate a partire da trasmissioni televisive al solo fine di poterne differire la visione. I titolari statunitensi di diritti di copyright su opere audiovisive hanno dunque dovuto rinunciare ad ottenere una compensazione aggiuntiva per questo tipo di uso non autorizzato delle proprie opere, laddove di fronte ad un caso pressoché identico i loro omologhi tedeschi erano riusciti ad ottenere delle *royalties* dalla vendita di apparecchi di registrazione e successivamente anche di supporti¹¹⁷.

Una testimonianza del dibattito sulla legittimità delle riproduzioni domestiche di opere musicali si trova nei lavori preparatori al *Sound Recording Amendment* del 1971. Questo emendamento alla legge sul copyright del 1909 estendeva la tutela di copyright alle registrazioni audio (*sound recording*) di opere sonore, in favore dei produttori di fonogrammi e degli artisti interpreti. Si trattava di una tutela limitata, in particolare non copriva la pubblica esecuzione delle registrazioni, ma istituiva un diritto esclusivo alla riproduzione delle stesse¹¹⁸. In un estratto del rapporto del Comitato Giuridico della Casa dei Rappresentanti relativo all'emendamento si legge che erano estranee allo scopo della norma restrizioni a registrazioni domestiche per uso privato¹¹⁹. Tuttavia

commercially significant", *Sony Corporation of America et al. v. Universal City Studios, Inc., et al*, 464 U.S. 417, 442 (1984).

¹¹⁷ In realtà la decisione della Corte Suprema fu presa in virtù di una stretta maggioranza, ed avrebbe potuto essere ben diversa. Non sono mancate, infatti, le voci che indicavano soluzioni alternative, vedi ad esempio W. W. Fisher, *reconstructing the fair use doctrine*, 101 *Harv. L. Rev.* 1661, 1784 ss. (1988). In particolare M. Nimmer, in un articolo pubblicato due anni prima della decisione *Sony Betamax*, aveva sostenuto, quale soluzione alla controversia, la possibilità che ai titolari di copyright fosse imposta una licenza obbligatoria, in forza della quale produttori di apparecchi di registrazione domestica avrebbero potuto continuare a vendere i loro prodotti. In cambio i titolari avrebbero ottenuto una certa percentuale dei proventi ottenuti dalla vendita degli apparecchi a titolo di *royalty*. NIMMER, *Copyright liability for audio home recording: dispelling the betamax myth*, cit, 1533.

¹¹⁸ Cfr 17 U. S. Code 114, articolo che oggi contiene alcune disposizioni fondamentali del *Sound Recording Amendment*.

¹¹⁹ Cfr. H.Rep.No.487, 92d Cong., 1st Sess. 7, ristampato in (1971) U.S.Code Cong. & Admin.News, 1566, 1572.

nessun riferimento alla questione venne fatto nella lettera della legge, né in occasione della riforma complessiva della normativa sul copyright del 1976, nel corso della quale le disposizioni del *Sound Recording Amendment* furono incluse nel corpus principale della legge.

La questione circa la legittimità o meno delle riproduzioni private rimaneva aperta: a fronte delle opinioni di chi riteneva che fosse possibile invenire dalla legge un'implicita eccezione di *fair use* in favore delle registrazioni domestiche¹²⁰, si opponeva la contraria idea che quel tipo di pratica, oltre a non essere né esplicitamente né implicitamente autorizzato dalla legge, non potesse neppure esser considerato *fair use* alla stregua dell'applicazione ordinaria della *doctrine*¹²¹.

Nei decenni successivi numerose proposte di legge furono esaminate dal legislatore statunitense per autorizzare esplicitamente le riproduzioni di opere protette in ambito privato e istituendo al contempo un meccanismo di *royalties* a carico di questa pratica, proposte spesso appoggiate da azioni di *lobbying* intraprese dalle associazioni di categoria dei produttori discografici¹²².

La prima bozza di legge risale al 1982, anno in cui venne formulata la proposta per promulgare lo *Home Recording Act*. Tale legge avrebbe introdotto una specifica eccezione in favore della copia privata di opere audio ad uso personale, e avrebbe gravato di una *royalty* gli apparecchi di registrazione ed i relativi supporti. L'ammontare della *royalty*, al cui pagamento sarebbero stati tenuti produttori ed importatori dei beni in questione, sarebbe stata determinata dal *Copyright Royalty Tribunal*. Il progetto però si arenò in seno al comitato incaricato del suo esame.

¹²⁰ Era questa l'opinione, tra l'altro, della Corte Distrettuale che aveva giudicato in primo grado il caso *Betamax: Universal City Studios, Inc. and Walt Disney Productions v. Sony Corporation of America*, 480 F. Supp. 429, 444 (U.S. Dist. California 1979). Cfr anche: C. C. CARLISLE, *The Audio Home Recording Act of 1992*, 1 J. *Intell. Prop. L.* 335, 349 (1994).

¹²¹ NIMMER, *Copyright liability for audio home recording: dispelling the betamax myth*, cit., 1515 ss.

¹²² REYES, *Can the common law adequately justify a home taping royalty using economic efficiency alone?*, cit., 249 ss. .

Una omonima proposta fu elaborata nel 1983. Il nuovo *Home Recording Act* riprendeva le basi del suo predecessore, ma affidava la determinazione della *royalty* ad un accordo da stipularsi tra i titolari dei diritti di copyright e le associazioni di rappresentanza dei medesimi. In caso di impossibilità ad addivenire all'accordo, sarebbe subentrato un arbitrato obbligatorio condotto dal *Royalty Tribunal*. Neppure questo progetto superò la fase di scrutinio presso i comitati. Un'ulteriore proposta del 1986, simile alle precedenti salvo la previsione di una *royalty* stabilita dalla legge e calcolata sulla base di una percentuale del prezzo degli apparecchi e dei supporti di registrazione, fu anch'essa bocciata.

Nel 1987 Sony introdusse nel mercato dell'elettronica audio un nuovo supporto, il *Digital Audio Tape*, o DAT.

Il DAT è costituito da un nastro magnetico racchiuso in una cassetta, ma al contrario delle audiocassette tradizionali, che registrano un segnale analogico, permette di registrare un segnale sonoro in formato digitale. Questo permette di ottenere un duplicato perfetto della registrazione originale, ad esempio un CD. Soprattutto, permette di moltiplicare la registrazione in infinite copie digitali, usando altri DAT, senza avere una degradazione della qualità del suono, come accade qualora si voglia duplicare più volte una cassetta analogica.

L'introduzione di questa nuova tecnologia digitale esacerbò la questione della copia privata, quantomeno agli occhi dell'industria discografica¹²³.

Furono così esercitate pressioni sul legislatore ancor prima che il DAT ed i relativi apparecchi fossero effettivamente immessi nel mercato statunitense¹²⁴, in modo da bloccare l'avvento della nuova tecnologia sul nascere, quantomeno per il tempo necessario ad imbrigliarne le potenzialità.

Le prime proposte di legge esaminate dal Parlamento statunitense riguardarono, infatti, l'introduzione di dispositivi anticopia negli apparecchi

¹²³ LUTZKER, *DAT's all folks: Cahn v. Sony and the Audio Home Recording Act of 1991 – merrie melodies or looney toons?*, cit., 153.

¹²⁴ REYES, *Can the common law adequately justify a home taping royalty using economic efficiency alone?*, cit., 252.

digitali: questi dispositivi avrebbero consentito di effettuare una registrazione digitale su nastro, ma vi avrebbero sovrapposto un segnale non percepibile che avrebbe reso impossibili ulteriori riproduzioni a partire da quel nastro. Scopo di questa misura tecnica era dunque di inibire la possibilità di effettuare duplicazioni in serie a partire da un singolo DAT.

Anche questa seconda serie di proposte legislative conobbe varie difficoltà nel corso dell'*iter* necessario alla promulgazione.

Nel 1990 il *Digital Audio Tape Recorder Act* giunse all'esame del Congresso. Questa legge rendeva obbligatoria l'incorporazione in tutti gli apparecchi di registrazione digitale venduti negli Stati Uniti di un meccanismo anticopia detto *Serial Copy Management System* (abbreviato in SCMS). Seppur ritenuto soddisfacente dalle case discografiche, il progetto di legge non appagava gli autori delle opere sonore, che ritenevano non sufficientemente tutelati i loro diritti e invocavano un sistema di *royalties*¹²⁵.

Queste richieste trovarono ascolto e nel 1991 fu elaborato un nuovo progetto di legge per la promulgazione dello *Audio Home Recording Act*, che accanto alla previsione dello SCMS introduceva una *royalty* sulle registrazioni private. Questo progetto trovò largo appoggio sia in sede di esame presso i comitati legislativi, sia da parte delle Camere, e ricevette infine definitiva approvazione e promulgazione presidenziale nel 1992¹²⁶.

Questa legge fu in realtà largamente frutto dell'azione dell'industria discografica condotta su due livelli: un primo livello furono le attività di *lobbying* nei confronti del legislatore; il secondo furono iniziative giudiziarie volte ad esercitare pressioni nei confronti dei produttori degli apparecchi di registrazione digitale, in modo da spingerli a cercare un compromesso. L'*Audio Home Recording Act* costituisce, infatti, una sorta di codificazione di una transazione con la quale fu chiusa una controversia intentata da alcuni

¹²⁵ REYES, *Can the common law adequately justify a home taping royalty using economic efficiency alone?*, cit., 252.

¹²⁶ LUTZKER, *DAT's all folks: Cabn v. Sony and the Audio Home Recording Act of 1991 – merrie melodies or looney toons?*, cit., 187-189.

rappresentanti degli autori e delle case discografiche nei confronti di Sony per inibire la commercializzazione dei prodotti di quest'ultima¹²⁷.

Nel 1990 il cantante Sammy Cahn e alcuni discografici avevano avviato un'azione giudiziaria con la quale chiedevano fosse riconosciuto che la riproduzione privata non autorizzata su DAT di opere sonore costituiva una violazione di copyright ai sensi della legge del 1976. Chiedevano inoltre il riconoscimento del fatto che la Sony si era, o si sarebbe in futuro resa responsabile di violazione indiretta di copyright per il mezzo della distribuzione al pubblico degli apparecchi di registrazione DAT e dei nastri vergini necessari alla realizzazione delle copie non autorizzate. Chiedevano infine un'ingiunzione per vietare alla Sony la produzione di detti apparecchi e nastri o la loro importazione sul suolo Statunitense¹²⁸.

L'argomentazione degli attori poggiava sul fatto che le riproduzioni domestiche non autorizzate danneggiassero i loro interessi in quanto costituivano dei beni sostitutivi dei nastri preregistrati da loro messi in commercio, erodendo così quote di mercato e di profitto. Riconosciuta l'impossibilità di impedire le attività di copia casa per casa, avevano concentrato la loro attenzione su chi, a loro dire, profittava indirettamente della diffusione delle riproduzioni ad uso privato vendendo gli apparecchi per realizzarle. Seppur tale ragionamento fosse applicabile anche alla tecnologia analogica, gli attori chiedevano provvedimenti solo nei confronti dell'ambito digitale, che avrebbe potuto compromettere qualunque residua possibilità di controllo essi avessero ancora mantenuto sulle loro opere¹²⁹.

¹²⁷ "The AHRA is basically a codification of an agreement reached between the recording and music industries and the audio equipment manufacturing and distribution industries", REYES, *Can the common law adequately justify a home taping royalty using economic efficiency alone?*, cit., 252.; cfr. anche LUTZKER, *DAT's all folks: Cahn v. Sony and the Audio Home Recording Act of 1991 – merrie melodies or looney toons?*, cit., 145.

¹²⁸ LUTZKER, *DAT's all folks: Cahn v. Sony and the Audio Home Recording Act of 1991 – merrie melodies or looney toons?*, cit., 165.

¹²⁹ "Plaintiffs assert that digital audio is substantively different than its analog counterpart due to digital's inherently superior quality. According to the complaint, because the digital process "enables a taper for the first time to make unauthorized perfect copies... with virtually no loss

Tra le difese opposte da Sony, le più significative furono che la riproduzione privata di opere protette non fosse vietata dalla legge del 1976, ma che costituisse anzi un uso legittimo ai sensi della *section 107* della medesima legge; inoltre che il DAT fosse suscettibile di usi sostanziali legittimi, pertanto la sua commercializzazione non poteva costituire violazione di copyright, alla stregua della decisione presa dalla Corte Suprema nel caso *Sony Betamax*¹³⁰.

Nel 1991, tuttavia, le parti raggiunsero un accordo stragiudiziale per porre fine alla controversia.

Nel frattempo il progetto di legge, che di lì ad un anno sarebbe infine stato promulgato, si avviava all'esame congressuale, questa volta con l'appoggio di tutti i settori interessati¹³¹.

Punti chiave dello *Audio Home Recording Act* sono l'imposizione di meccanismi che impediscano le copie in serie, un sistema di *royalties* sugli apparecchi e sui supporti di registrazione digitali e una eccezione al copyright in favore dei produttori degli apparecchi e degli utilizzatori privati.

Innanzitutto ricadono nella sfera di applicazione della legge gli "apparecchi di registrazione audio digitale capaci di realizzare una copia digitale di una registrazione audio per uso privato"¹³², sia che la riproduzione sia effettuata da

of sound quality in the copying process," digital recorders "afford an entirely new opportunity and incentive for unauthorized taping and virtually all purchasers will use them to copy pre-recorded copyrighted music", LUTZKER, *DAT's all folks: Cabn v. Sony and the Audio Home Recording Act of 1991 – merrie melodies or looney toons?*, cit., 166.

¹³⁰ La citazione di questo illustre precedente costituiva uno dei punti di forza della strategia difensiva della Sony.

¹³¹ Negli anni precedenti, infatti, alcuni importanti produttori di apparecchi di registrazione digitale, tra i quali la stessa Sony, avevano acquisito partecipazioni in case discografiche statunitensi; inoltre nel 1990 era stato concluso un accordo tra discografici e produttori di apparecchi di registrazione in forza del quale questi ultimi avrebbero incorporato meccanismi anticopia nei loro prodotti; cfr. LUTZKER, *DAT's all folks: Cabn v. Sony and the Audio Home Recording Act of 1991 – merrie melodies or looney toons?*, cit., 182; J. F. DE BEER, *Locks and levies*, 84 *Denver Univ. L. R.* 143, 159 (2006); CARLISLE, *The Audio Home Recording Act of 1992*, cit., 351.

¹³² La descrizione complessiva è la seguente: "any machine or device of a type commonly distributed to individuals for use by individuals, whether or not included with or as part of some other machine or device, the digital recording function of which is designed or marketed for the primary purpose of, and that is capable of, making a digital audio copied recording for private use ..." 17 U. S. Code 1001 (3).

un'altra registrazione direttamente o indirettamente da una trasmissione¹³³. Sono esclusi dall'ambito della legge sia registrazioni audio non musicali¹³⁴, sia i programmi per computer¹³⁵.

L' AHRA vieta la produzione, l'importazione e la vendita negli Stati Uniti di apparecchi di registrazione audio digitale non muniti del *Serial Copy Management System* o di un meccanismo equivalente¹³⁶. Vieta inoltre la produzione, l'importazione e la vendita di tecnologie di elusione delle misure anticopia¹³⁷. Impone inoltre una serie di incombenze ai produttori ed agli importatori per consentire la vendita degli apparecchi in questione¹³⁸.

La quantificazione della *royalty* è calcolata in base ad una percentuale sul prezzo dei supporti e degli apparecchi, per i quali è previsto un tetto minimo e massimo¹³⁹.

Le *royalties* sono raccolte dall'ufficio del *Register of Copyrights* e depositate presso il Tesoro degli Stati Uniti¹⁴⁰. Successivamente i proventi così acquisiti sono divisi in due fondi distinti: il *Sound Recording Fund*¹⁴¹ ed il *Musical Works*

¹³³ La definizione di copia digitale di registrazione audio (*digital audio copied recording*) è la seguente: "a reproduction in a digital recording format of a digital musical recording, whether that reproduction is made directly from another digital musical recording or indirectly from a transmission" 17 U. S. Code 1001 (1).

¹³⁴ Letteralmente, registrazioni consistenti esclusivamente di "parole parlate" (*spoken words*); 17 U. S. Code 1001 (5)(A)(i).

¹³⁵ 17 U. S. Code 1001 (5)(B)(ii).

¹³⁶ 17 U. S. Code 1002 (a). È inoltre previsto che il Segretario del Commercio istituisca una procedura per verificare, a richiesta degli interessati, la corrispondenza degli apparecchi allo standard dello SCMC, 17 U. S. Code 1002 (b).

¹³⁷ 17 U. S. Code 1002 (c).

¹³⁸ Queste incombenze includono la presentazione di un avviso al Segretario al Commercio, la produzione periodica di resoconti sulle vendite ed il deposito dei pagamenti dovuti presso il *Register of Copyrights*, 17 U. S. Code 1003.

¹³⁹ 17 U. S. Code 1004.

¹⁴⁰ 17 U. S. Code 1005

¹⁴¹ Questo fondo riceve i due terzi delle *royalties* raccolte, che sono poi suddivisi tra titolari di copyright in registrazioni audio, per lo più case discografiche, ed artisti interpreti ed esecutori. 17 U. S. Code 1005, 1006.

*Fund*¹⁴². La distribuzione agli aventi diritto, a seguito della richiesta effettuata dagli stessi, è curata dalla Biblioteca del Congresso¹⁴³.

Infine, lo AHRA vieta di intentare azioni legali per violazione di copyright a causa della produzione o dell'uso a scopi non commerciali di apparecchi e supporti di registrazione domestica, sia digitali che analogici¹⁴⁴.

Secondo alcuni commentatori ciò avrebbe chiuso il dibattito sulla legittimità delle riproduzioni private ad uso personale di opere protette, che ai sensi dello AHRA non avrebbero violato né il copyright sulle registrazioni, né il copyright sulle opere¹⁴⁵.

Altre opinioni erano invece più dubbiose circa l'effettiva portata della norma, ossia se alla sua stregua fosse possibile affermare con certezza che le riproduzioni private non costituissero violazione di copyright¹⁴⁶.

Ad ogni modo non fu sufficiente ad impedire ulteriori scontri tra titolari di diritti di copyright e industrie dell'elettronica audio. Verso la fine dello scorso millennio, infatti, si andava affermando uno standard di compressione digitale per i file audio denominato *MPEG-1 Audio Layer 3*, comunemente noto con il nome abbreviato di MP3. Si tratta di uno standard non proprietario, ossia non protetto da proprietà intellettuale e dunque disponibile a tutti, che permette di ridurre la dimensione di file audio in un rapporto all'incirca di dodici ad uno, con una perdita di qualità sonora trascurabile. Risultano così facilitate le operazioni di archiviazione dei file ed il loro trasferimento via internet¹⁴⁷.

¹⁴² A questo fondo spetta il restante terzo, diviso tra autori ed editori delle opere sonore. 17 U. S. Code 1005, 1006.

¹⁴³ 17 U. S. Code 1007.

¹⁴⁴ 17 U. S. Code 1008.

¹⁴⁵ "Accordingly, the private home taping of protected sound recordings infringes neither the copyrights in the sound recordings nor the underlying musical compositions themselves. This prohibition ends the two decade debate over the legality of the home taping of sound recordings - home taping is now legal under federal law", REYES, *Can the common law adequately justify a home taping royalty using economic efficiency alone?*, cit., 255.

¹⁴⁶ "AHRA, for the first time, completely insulates home recording from direct and contributory infringement actions, but does not reach the underlying issue of whether such conduct constitutes infringement", LUTZKER, *DAT's all folks: Cabn v. Sony and the Audio Home Recording Act of 1991 - merrie melodies or looney toons?*, cit., 180.

¹⁴⁷ Cfr. *RLAA v. Diamond Multimedia System Inc.*, 180 F.3d 1072, 1074 (9th Cir. 1999).

Queste caratteristiche unite, col passare del tempo, alla disponibilità di linee internet a banda larga, hanno fatto dell'MP3 lo standard dominante per il trasferimento di musica via internet, pur essendo stati elaborati nuovi standard più efficaci in termini di rapporto tra qualità e compressione.

Ad oggi la vendita di MP3 musicali costituisce una parte importante ed in costante crescita dei profitti delle etichette discografiche.

Nella seconda metà degli anni novanta dello scorso secolo, tuttavia, questa forma di commercio della musica era ancora scarsamente sfruttata e l'uso del formato MP3 su internet era per lo più limitato alla distribuzione di musica da parte di artisti indipendenti o allo scambio di file musicali, molti dei quali protetti da copyright, operato da privati individui¹⁴⁸. Questo secondo tipo di attività aveva incontrato fin da subito la resistenza delle associazioni delle case discografiche statunitensi, che ritenevano che lo scambio di opere protette via internet, oltre ad essere illegale, arrecasse un notevole danno alla loro industria.

Il danno tuttavia risultava in qualche modo mitigato dal fatto che l'unico modo per usufruire di un file MP3 era collegare delle casse audio al computer ed eseguirlo direttamente dall'hard disk.

Verso la fine del 1998, però, la *Diamond Multimedia System*, un'azienda di elettronica operante nell'ambito della multimedialità per computer, aveva annunciato la commercializzazione di un nuovo prodotto, denominato Rio PMP300¹⁴⁹. Si trattava di un apparecchio portatile destinato alla sola lettura di file in formato MP3, che potevano essere copiati dall'hard disk di un computer nella memoria interna dell'apparecchio ed ascoltati mediante delle cuffie. La capacità del lettore Rio era di circa un'ora per file musicali, anche se la memoria interna era espandibile mediante l'impiego di una scheda di memoria esterna rimovibile. Non era possibile utilizzare il Rio per riprodurre file o per trasferirli

¹⁴⁸ Cfr. *RIAA v. Diamond Multimedia System Inc.*, cit. 1074, e S. S. ROSENBERG, *Anticipating Technology: a statute bites the dust in Recording Industry Ass'n of America v. Diamond Multimedia System, Inc.*, 45 *Vill. L. Rev.* 483, 496 (2000).

¹⁴⁹ ROSENBERG, *Anticipating Technology: a statute bites the dust in Recording Industry Ass'n of America v. Diamond Multimedia System, Inc.*, cit., 498.

ad altri apparecchi o tramite internet, salvo la rimozione fisica della scheda di memoria, che poteva essere usata in altri lettori Rio¹⁵⁰.

Al momento della messa in commercio del proprio lettore, la *Diamond* non vi aveva implementato alcun dispositivo anticopia del tipo SCMS, né aveva adempiuto agli altri obblighi previsti dallo AHRA per la vendita di apparecchiature di riproduzione audio digitale, in particolare omise di registrare l'apparecchio e di versare le *royalty* dovute in base alla legge. Pertanto la RIAA e la *Alliance of Artists and Recording Companies* intentarono una causa per bloccare la produzione e la vendita del Rio sulla base delle disposizioni dello AHRA.

La *Diamond* si difese sostenendo che il Rio non rientrava nell'ambito applicativo della legge, perché i file erano copiati sul lettore dagli hard disk dei computer, che erano esclusi dalla definizione di registrazione audio digitale operata dallo AHRA. Fu proprio su questo punto che si concentrò l'analisi delle corti¹⁵¹ e la soluzione del conflitto legale.

La Corte Distrettuale della California investita del caso respinse la richiesta della parte attrice di ottenere un'ingiunzione preliminare per bloccare la vendita del Rio, ritenendo che la probabilità di verdetto finale favorevole alla RIAA fosse incerta. Secondo il ragionamento della corte, infatti, il lettore della *Diamond* rientrava nell'ambito dello AHRA, in quanto dispositivo di riproduzione audio digitale, ma difettava della possibilità di realizzare copie digitali seriali¹⁵².

¹⁵⁰ "The Rio's sole output is an analog audio signal sent to the user via headphones. The Rio cannot make duplicates of any digital audio file it stores, nor can it transfer or upload such a file to a computer, to another device, or to the Internet. However, a flash memory card to which a digital audio file has been downloaded can be removed from one Rio and played back in another", *RIAA v. Diamond Multimedia System Inc.*, cit. 1075.

¹⁵¹ A. L. MELVILLE, *The future of the Audio Home Recording Act of 1992: has it survived the millennium bug?*, 7 *B.U. J. SCI. & TECH. L.* 372, 390 (2001).

¹⁵² "The district court reasoned that although the Rio was a digital audio recording device, and thus came within the ambit of the AHRA, the Rio was incapable of making serial copies. First, the very nature of MP3 files precluded the effectiveness of the SCMS system, and second, the Rio could only copy from a computer hard drive - it could not record from another Rio", ROSENBERG, *Anticipating Technology: a statute bites the dust in Recording Industry Ass'n of America v. Diamond Multimedia System, Inc.*, cit., 499.

La Corte d'Appello per il nono Circuito, chiamata in causa dal ricorso della RIAA, confermò il giudizio della Corte Distrettuale, seppur su basi differenti.

Secondo il ragionamento della Corte d'Appello, per qualificare il dispositivo Rio quale un dispositivo di registrazione digitale audio compreso nell'ambito di applicazione dello AHRA era necessario stabilire se potesse effettuare una riproduzione di una registrazione audio digitale direttamente o indirettamente da una trasmissione¹⁵³. La Corte notava che il tipico hard disk di un computer, ossia l'apparecchio da cui i file erano copiati sul Rio, non poteva essere considerato una registrazione digitale musicale (*digital music recording*) ai sensi dello AHRA, in quanto conteneva più che semplici suoni¹⁵⁴, anzi per lo più conteneva dati e programmi privi di alcun collegamento con eventuali file sonori contenuti nello stesso hard disk¹⁵⁵.

Inoltre la legge escludeva esplicitamente dal suo ambito di applicazione oggetti nei quali fossero fissati programmi per computer¹⁵⁶, e gli hard disk innegabilmente contenevano programmi per computer. Era pertanto da escludere che il Rio potesse effettuare direttamente riproduzioni di registrazioni audio musicali¹⁵⁷ o che potesse riprodurre file da un oggetto che

¹⁵³ "In sum, to be a digital audio recording device, the Rio must be able to reproduce, either "directly" or "from a transmission," a "digital music recording", *RIAA v. Diamond Multimedia System Inc.*, cit. 1076.

¹⁵⁴ Una registrazione digitale musicale, secondo la definizione offerta dallo AHRA, è un oggetto materiale sul quale siano fissati in formato digitale solamente suoni e materiali o istruzioni collegati a quei suoni: "A "digital musical recording" is a material object—
(i) in which are fixed, in a digital recording format, only sounds, and material, statements, or instructions incidental to those fixed sounds, if any, and
(ii) from which the sounds and material can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device", 17 U. S. Code 1001 (5) (A).

¹⁵⁵ *RIAA v. Diamond Multimedia System Inc.*, cit. 1076.

¹⁵⁶ "A "digital musical recording" does not include a material object—
(i) in which the fixed sounds consist entirely of spoken word recordings, or
(ii) in which one or more computer programs are fixed, except that a digital musical recording may contain statements or instructions constituting the fixed sounds and incidental material, and statements or instructions to be used directly or indirectly in order to bring about the perception, reproduction, or communication of the fixed sounds and incidental material", 17 U. S. Code 1001 (5) (B).

¹⁵⁷ "This provides confirmation that the Rio does not record "directly" from "digital music recordings,"", *RIAA v. Diamond Multimedia System Inc.*, cit., 1076.

ricadesse nella definizione di registrazione audio musicale delineato dallo AHRA¹⁵⁸. Per corroborare questa conclusione la corte impiegò in particolare due criteri di interpretazione del testo legislativo: il criterio letterale, applicabile in forza della chiarezza del testo dello AHRA ed il criterio dell'intenzione del legislatore, ricostruito tramite la lettura dei lavori preparatori eseguiti dal Senato e dalla Camera dei Rappresentanti¹⁵⁹, differenziandosi in questo dal ragionamento della Corte Distrettuale.

Secondo la Corte di Appello, i computer ed i loro hard disk erano esclusi dal novero degli apparecchi regolati dallo AHRA perché il loro scopo principale non era quello di effettuare riproduzioni digitali di registrazioni audio, al contrario dei DAT, pertanto i produttori di computer non erano tenuti ad equipaggiarli con dispositivi anticopia SCMS¹⁶⁰. La Corte Distrettuale aveva affermato che escludere i computer dall'ambito di applicazione della legge la avrebbe di fatto svuotata di contenuto, in quanto sarebbe stato sufficiente far transitare le registrazioni sonore sotto forma di file audio nella memoria di un computer per aggirare le previsioni anti copia seriale dello AHRA¹⁶¹. La parte più interessante del ragionamento della Corte d'Appello è, forse, che la Corte riconobbe questa possibilità, ma ritenne che la legge fosse stata espressamente elaborata per creare tale lacuna¹⁶², ossia per permettere che i file venissero "lavati" mediante un computer, in quanto anche un apparecchio

¹⁵⁸ "...the Rio does not reproduce files from something that falls within the plain language of the basic definition of a digital music recording ...", *RLAA v. Diamond Multimedia System Inc.*, cit., 1078.

¹⁵⁹ "...we will address the legislative history here, because it is consistent with the statute's plain meaning and because the parties have briefed it so extensively", *RLAA v. Diamond Multimedia System Inc.*, cit., 1077.

¹⁶⁰ *RLAA v. Diamond Multimedia System Inc.*, cit., 1078.

¹⁶¹ "The district court concluded that the exemption of hard drives from the definition of digital music recording, and the exemption of computers generally from the Act's ambit, "would effectively eviscerate the [Act]" because "any recording device could evade [] regulation simply by passing the music through a computer and ensuring that the MP3 file resided momentarily on the hard drive." ", *RLAA v. Diamond Multimedia System Inc.* , cit. 1078.

¹⁶² "While this may be true, the Act seems to have been expressly designed to create this loophole.", *RLAA v. Diamond Multimedia System Inc.*, cit., 1078.

equipaggiato con SCMS avrebbe potuto copiare file MP3 da un hard disk, vista l'assenza di misure atte ad impedire tale copia¹⁶³.

Ad ogni modo la Corte d'Appello concluse che il Rio disponesse di una capacità di riproduzione inferiore a quella permessa dallo SCMS, essendo impossibilitato alla realizzazione di copie su altri apparecchi¹⁶⁴. Il funzionamento del Rio, inoltre, era perfettamente compatibile con lo scopo dello AHRA, ossia di consentire ai consumatori la realizzazione di riproduzioni di musica tutelata da copyright per uso personale e senza scopo di lucro. In particolare, il Rio permetteva un'operazione di “*space-shifting*”, ossia di fare copie di file già esistenti nei computer degli utenti al solo scopo di renderli fruibili su un apparecchio portatile, un uso che la Corte riteneva tipicamente personale e non commerciale¹⁶⁵.

Per la Corte rimaneva da esaminare se il Rio potesse essere considerato un apparecchio capace di effettuare copie di registrazioni audio digitali indirettamente, da una trasmissione radio. Considerato che il Rio poteva ricevere dati esclusivamente dall'hard disk di un computer, la Corte concludeva che tale possibilità fosse insussistente¹⁶⁶.

Non rimaneva, pertanto, che escludere il lettore della Diamond dall'obbligo di soggiacere alle restrizioni dello AHRA.

Il risultato della sentenza è stato che negli Stati Uniti i lettori di file MP3 sono stati esclusi dall'obbligo di versare *royalties* ai titolari di diritti di copyright, così come sono stati esonerati una serie di apparecchi e supporti digitali (quali schede di memoria esterne, o gli stessi hard disk dei computer) tecnicamente

¹⁶³ “the Act seems designed to allow files to be “laundered” by passage through a computer, because even a device with SCMS would be able to download MP3 files lacking SCMS codes from a computer hard drive, for the simple reason that there would be no codes to prevent the copying”, *RLAA v. Diamond Multimedia System Inc.*, cit., 1079.

¹⁶⁴ *RLAA v. Diamond Multimedia System Inc.*, cit., 1079.

¹⁶⁵ “Such copying is paradigmatic noncommercial personal use entirely consistent with the purposes of the Act”, *RLAA v. Diamond Multimedia System Inc.*, cit., 1079.

¹⁶⁶ La Corte d'Appello relativamente a questo punto rilevava una ambiguità nella lettera della legge, e procedeva a risolverla impiegando nuovamente i lavori preparatori. *RLAA v. Diamond Multimedia System Inc.*, cit., 1080, 1081.

impiegabili per realizzare o memorizzare copie di registrazioni audio digitali, ma non progettati espressamente o principalmente per questo scopo. Secondo alcuni commentatori lo scopo dell'esclusione dall'ambito di applicazione della legge di oggetti impiegati per la fissazione di programmi per computer¹⁶⁷ ed in genere del linguaggio prudente della legge sarebbe stato proprio quello di evitare che lo AHRA estendesse il pagamento di *royalties* a qualunque supporto in grado di realizzare copie di registrazioni audio, un timore espresso da rappresentanti dell'industria elettronica in corso dei lavori preparatori alla legge¹⁶⁸.

Per quanto riguarda la distribuzione di file MP3 su internet e più in generale per la tutela di materiale coperto da copyright riprodotto in formato digitale, il legislatore statunitense scelse di adottare una strategia diversa da quella prevista dallo AHRA¹⁶⁹, e decise di tutelare le misure di protezione tecnologica poste dai titolari dei diritti a difesa dei file o dei supporti contenenti materiali protetti. Il *Digital Millennium Copyright Act* del 1998¹⁷⁰, tra le altre disposizioni, vieta l'elusione di efficaci misure di protezione tecnologica poste all'accesso di un'opera protetta da copyright¹⁷¹. Vieta inoltre la produzione o la messa in circolazione di tecnologie, prodotti o servizi prevalentemente progettati al fine consentire l'elusione di misure tecniche di protezione poste a difesa dell'accesso di opere protette da copyright¹⁷², o più in generale a difesa di un diritto tutelato dalla legge sul copyright¹⁷³. In questo modo il focus si è spostato dall'inibizione della capacità degli apparecchi di riproduzione digitale di realizzare copie seriali

¹⁶⁷ 17 U. S. Code 1001 (5) (B).

¹⁶⁸ ROSENBERG, *Anticipating Technology: a statute bites the dust in Recording Industry Ass'n of America v. Diamond Multimedia System, Inc.*, cit., 509. Secondo l'Autrice, la Corte d'Appello del caso Rio avrebbe male interpretato i lavori preparatori del Congresso; sostiene tuttavia che la decisione finale della Corte fosse ragionevole.

¹⁶⁹ Lo AHRA prevedeva, come visto sopra, l'implementazione negli apparecchi di registrazione digitale di misure anti-copia seriale.

¹⁷⁰ Questa legge fu promulgata in applicazione dei trattati firmati in seno all'Organizzazione Mondiale per la Proprietà Intellettuale (OMPI) nel 1996 e costituisce un emendamento al *Title 17* dello U.S. Code.

¹⁷¹ 17 U.S. Code 1201(a)(1)(A).

¹⁷² 17 U.S. Code 1201(a)(2).

¹⁷³ 17 U.S. Code 1201(b)(1).

di opere alla stessa possibilità dell'utente di effettuare una copia dell'opera, o perfino di accederne al contenuto.

In quest'ottica, si potrebbero ritenere superate le disposizioni dello AHRA riguardanti i dispositivi di SCMS, in quanto le previsioni dello DMCA andrebbero ben oltre¹⁷⁴.

Lo *Audio Home Recording Act*, tuttavia, ad oggi non ha ricevuto modifiche sostanziali ed ha inciso solo modestamente sul mercato degli apparecchi di registrazione audio domestica, considerato lo scarsissimo successo commerciale dei *digital audio tape*, che avevano costituito il bersaglio originario della legge.

1.6 Copia privata ed il diritto internazionale, i trattati WIPO ed il “three step test”

Le disposizioni del *Digital Millennium Copyright Act* relative alla protezione delle misure tecnologiche di protezione costituiscono, come è noto, l'applicazione sul suolo statunitense di due trattati internazionali relativi alla tutela del diritto d'autore, stipulati e firmati sotto l'egida della *World Intellectual Property Organization* nel 1996: il *Copyright Treaty* ed il *Performances and Phonograms Treaty*.

Questi due trattati furono creati per ampliare la protezione del diritto d'autore a livello internazionale oltre gli ambiti già previsti dalle convenzioni di Berna e di Roma.

¹⁷⁴ Cfr. MELVILLE, *The future of the Audio Home Recording Act of 1992: has it survived the millennium bug?*, cit., 372. Nelle conclusioni al suo articolo l'Autore si dichiara favorevole all'abrogazione delle norme che impongono l'implementazione di dispositivi di tipo SCMS ed all'aggiunta di una lista di eccezioni dal diritto di copia privata per uso personale posto dalla legge, in modo da renderla facilmente emendabile a seconda delle nuove occorrenze determinate da eventuali avanzamenti nella tecnologia.

La convenzione di Berna¹⁷⁵ “sulla Protezione delle Opere Letterarie ed Artistiche” si occupa della protezione del diritto d'autore¹⁷⁶, fissandone dei contenuti minimi vincolanti per gli Stati membri e lasciando alle legislazioni nazionali la normativa di dettaglio.

Reca pertanto norme di interesse generale, quali le tipologie di opere tutelate dalla convenzione stessa (art 2), i requisiti necessari agli autori per ottenere la protezione prevista (art. 3) ed i contenuti base della protezione. Alcune disposizioni riguardano gli usi ammessi o le eccezioni che gli Stati membri possono, o in alcuni casi debbono, apporre ai diritti degli autori¹⁷⁷.

In particolare l'articolo 9, al primo comma stabilisce il diritto esclusivo degli autori di opere protette ad autorizzarne la riproduzione, in qualunque modo o forma¹⁷⁸. Il terzo comma afferma che ogni registrazione audio o video sia da considerarsi una riproduzione per gli scopi della convenzione¹⁷⁹. Il secondo comma rimette alle legislazioni nazionali degli Stati la possibilità di introdurre delle eccezioni al diritto esclusivo di riproduzione. Il medesimo comma introduce però anche un importante principio: le eccezioni al diritto di riproduzione non possono essere generiche o indiscriminate ma devono rispondere ad una serie di requisiti posti a salvaguardia dell'effettività degli interessi degli autori. La preoccupazione alla quale questa norma evidentemente risponde è quella di evitare che una concessione ampia di eccezioni al diritto di riproduzione esclusiva possa condurre alla produzione ed

¹⁷⁵ La prima stesura di questa convenzione risale al 1886, ed è stata oggetto di numerose modifiche nel corso degli anni. Il testo attuale è stato elaborato con l'Atto di Prigi del 1971, emendato nel 1979. Ha altresì visto espandersi il proprio ambito di applicazione man mano che nuovi Stati hanno provveduto a ratificarla. Tra questi, gli Stati Uniti, che firmarono la convenzione solo nel 1989.

¹⁷⁶ La convenzione, inoltre, istituisce una Unione, tra gli Stati firmatari, per la protezione dei diritti degli autori rispetto alle loro opere letterarie ed artistiche, art. 1 della convenzione.

¹⁷⁷ Vedi ad esempio gli artt. 2bis e 10 della convenzione.

¹⁷⁸ “Authors of literary and artistic works protected by this Convention shall have the exclusive right of authorizing the reproduction of these works, in any manner or form”, art. 9 (1), *Berne Convention for the protection of Literary and Artistic Works*, 1979.

¹⁷⁹ “Any sound or visual recording shall be considered as a reproduction for the purposes of this Convention”, art 9 (3), *Berne Convention*, cit. .

eventualmente alla circolazione di un numero elevato di copie non autorizzate, ma legittime, tale da incidere sul contenuto economico del diritto d'esclusiva.

L'articolo 9 pone, pertanto, un criterio tripartito per delimitare la possibilità degli Stati membri di introdurre eccezioni al diritto di riproduzione¹⁸⁰, conosciuto con il nome inglese di *three-step test*.

Gli Stati possono autorizzare la riproduzione di opere protette solamente in casi specifici, sempreché tale riproduzione non confligga con il normale sfruttamento dell'opera e non arrechi un pregiudizio irragionevole ai legittimi interessi dell'autore.

La Convenzione di Roma del 1961¹⁸¹ copre un ambito diverso, ossia la protezione dei diritti degli artisti interpreti o esecutori, dei produttori di fonogrammi¹⁸² e degli organismi di radiodiffusione. Introduce nel panorama legislativo internazionale nuove categorie di aventi diritto che si aggiungono a quelle già delineate dalla Convenzione di Berna, avendo cura però di non sovrapporre le due categorie di protezione. L'articolo 1 della Convenzione di Roma stabilisce esplicitamente che tale convenzione mantiene intatta e non pregiudica in alcun modo la protezione stabilita dal diritto d'autore relativamente alle opere letterarie ed artistiche¹⁸³. Come la Convenzione di

¹⁸⁰ "It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to permit the reproduction of such works in certain special cases, provided that such reproduction does not conflict with a normal exploitation of the work and does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author", art. 9 (2), *Berne Convention*, cit. .

¹⁸¹ *International Convention for the protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting organizations (Rome Convention)*, Roma, 1961.

¹⁸² In favore di questa categoria nel 1971 è stata stipulata un'ulteriore convenzione internazionale (*Convention for the Protection of the Producers of Phonograms Against the Unauthorized Duplication of their Programs*), con lo scopo specifico di contrastare la produzione e l'importazione di duplicati non autorizzati destinati alla messa in circolo presso il pubblico. Si tratta, pertanto, di un ambito estraneo alla tematica della copia privata. L'articolo 6 della Convenzione autorizza gli Stati contraenti ad apporre alla tutela predisposta dalle norme domestiche in favore dei produttori di fonogrammi le medesime eccezioni o limitazioni eventualmente previste dalle leggi sul diritto d'autore. Licenze obbligatorie sono però ammesse solamente per scopi di insegnamento o ricerca e sono subordinate alla previsione di un equo compenso.

¹⁸³ "Protection granted under this Convention shall leave intact and shall in no way affect the protection of copyright in literary and artistic works. Consequently, no provision of this Convention may be interpreted as prejudicing this protection", art. 1, *Rome Convention*.

Berna, anche il trattato firmato a Roma si occupa di fissare i contenuti minimi delle tutele che gli Stati membri sono tenuti a garantire.

Parte integrante di queste tutele è la possibilità per gli esponenti delle categorie indicate nella Convenzione di impedire la riproduzione di fonogrammi¹⁸⁴ sui quali detengano i diritti dalla medesima garantiti.

In particolare i produttori di fonogrammi¹⁸⁵ hanno il diritto di autorizzare o impedire la riproduzione diretta o indiretta dei loro fonogrammi (art. 10). Gli artisti interpreti o esecutori¹⁸⁶ hanno, tra le altre facoltà indicate dall'articolo 7¹⁸⁷, la possibilità di impedire la registrazione (*fixation*) di un'esecuzione non ancora fissata, nonché la riproduzione di una registrazione di una loro esecuzione, qualora la registrazione originaria sia stata eseguita: senza il loro consenso; per scopi differenti rispetto a quelli per cui il consenso era stato prestato; in accordo con le disposizioni dell'art. 15 della Convenzione, ma la successiva riproduzione sia realizzata per finalità estranee a tali disposizioni.

L'articolo 13 garantisce una protezione analoga agli organismi di radiotrasmissione, relativamente alle loro trasmissioni.

¹⁸⁴ L'articolo 3, recante le definizioni rilevanti per gli scopi della Convenzione, definisce fonogramma (*phonogram*) "any exclusively aural fixation of a performance or of other sounds" e indica che con la parola riproduzione (*reproduction*) si intende la realizzazione di una copia o più copie di una registrazione (*the making of a copy or copies of a fixation*).

¹⁸⁵ "producer of phonograms means the person who, or the legal entity which, first fixes the sound of a performance or other sounds", art. 3 (c), *Rome Convention*.

¹⁸⁶ *Performers*, nella versione inglese del testo. La definizione completa offerta dall'art. 3 della Convenzione è la seguente: "performers" means actor, singers, musicians, dancers, and other persons who act, sing, deliver, declaim, play in, or otherwise perform literary or artistic works".

¹⁸⁷ "The protection provided for performers by this Convention shall include the possibility of preventing:

- (a) the broadcasting and the communication to the public, without their consent, of their performance, except where the performance used in the broadcasting or the public communication is itself already a broadcast performance or is made from a fixation;
- (b) the fixation, without their consent, of their unfixed performance;
- (c) the reproduction, without their consent, of a fixation of their performance:
 - (i) if the original fixation itself was made without their consent;
 - (ii) if the reproduction is made for purposes different from those for which the performers gave their consent;
 - (iii) if the original fixation was made in accordance with the provisions of Article 15, and the reproduction is made for purposes different from those referred to in those provisions", art. 7 (1), *Rome Convention*.

L'articolo 15 della Convenzione precedentemente citato, a cui gli articoli 7 e 13 fanno riferimento, è invece dedicato alle eccezioni permesse dal trattato nei confronti dei diritti esclusivi dal medesimo riconosciuti.

Il primo comma¹⁸⁸ dell'articolo detta una breve lista di ambiti relativamente ai quali gli Stati contraenti possono prevedere delle deroghe alle garanzie stabilite dalla Convenzione. Tra di essi è incluso l'uso privato¹⁸⁹. È, dunque, riconosciuta agli Stati membri la possibilità di inserire, nelle loro legislazioni, disposizioni che ammettano la riproduzione di fonogrammi protetti per uso privato. Non sono specificate restrizioni a questa possibilità, si deve dunque ritenere che l'ampiezza delle eventuali eccezioni sia argomento lasciato alla discrezionalità dei legislatori nazionali.

Il secondo comma dell'articolo 15¹⁹⁰ introduce, invece, un'equiparazione con le protezioni garantite dal diritto d'autore, riconoscendo agli Stati membri la facoltà di porre relativamente alla protezione di artisti interpreti o esecutori, produttori di fonogrammi e organismi di radiodiffusione le medesime eccezioni poste alle tutele degli autori di opere artistiche o letterarie. È qui specificato, però, che eventuali licenze obbligatorie non possano confliggere con gli scopi della Convenzione.

¹⁸⁸ “Any Contracting State may, in its domestic laws and regulations, provide for exceptions to the protection guaranteed by this Convention as regards:

- (a) private use;
- (b) use of short excerpts in connection with the reporting of current events;
- (c) ephemeral fixation by a broadcasting organisation by means of its own facilities and for its own broadcasts;
- (d) use solely for the purposes of teaching or scientific research”, art. 15 (1), *Rome Convention*.

¹⁸⁹ I restanti usi ammessi riguardano ambiti ben specifici e delineati, ossia: l'uso per insegnamento o ricerca scientifica; l'uso di brevi estratti per finalità di informazione; la fissazione temporanea di una registrazione da parte di un organismo di trasmissione per uso interno, art 15 (1), *Rome Convention*.

¹⁹⁰ “Irrespective of paragraph 1 of this Article, any Contracting State may, in its domestic laws and regulations, provide for the same kinds of limitations with regard to the protection of performers, producers of phonograms and broadcasting organisations, as it provides for, in its domestic laws and regulations, in connection with the protection of copyright in literary and artistic works. However, compulsory licences may be provided for only to the extent to which they are compatible with this Convention”, art. 15 (2), *Rome Convention*.

I due trattati del 1996 si inseriscono negli ambiti regolati dalle Convenzioni di Berna e Roma e ne estendono le tutele, relativamente agli Stati che gli hanno ratificati¹⁹¹.

Il *Copyright Treaty* riconosce la natura di opera dell'ingegno di programmi per computer e di banche dati¹⁹² e ne dispone la protezione da diritto d'autore. Riconosce, inoltre, degli ulteriori diritti esclusivi, quale il diritto al noleggio¹⁹³.

Per quanto riguarda le eccezioni e limitazioni permesse il *Copyright Treaty* estende l'ambito del *three-step test*, generalizzandone l'applicazione: l'articolo 10, comma primo del trattato, usando una formula molto simile a quella impiegata nell'articolo 9 della Convenzione di Berna, afferma la libertà degli Stati contraenti di predisporre eccezioni e limitazioni alle tutele previste dal trattato stesso in certi casi specifici, che non siano in conflitto con il normale sfruttamento dell'opera e che non arrechino irragionevole pregiudizio ai legittimi interessi degli autori¹⁹⁴. Il secondo comma dispone che i medesimi criteri siano impiegati anche relativamente alle eccezioni e limitazioni disposte nei confronti dei diritti garantiti dalla Convenzione di Berna¹⁹⁵. Ogni eventuale eccezione o limitazione introdotta dagli Stati firmatari ai diritti esclusivi determinati dai due trattati deve pertanto rispondere a questi criteri.

In questo modo i legislatori nazionali sono liberi di decidere se e quali eccezioni o limiti porre al diritto d'autore, ma eventuali norme in tal senso

¹⁹¹ Sia le Convenzioni che i successivi trattati sono strumenti a firma aperta, ossia ulteriori Stati possono aderirvi successivamente agli Stati firmatari originari. Elaborare e aprire alla firma due trattati ulteriori, anziché procedere all'emendamento delle convenzioni già in vigore, procedura che avrebbe richiesto l'unanimità degli Stati membri, è stata una strategia adottata dalla WIPO e dagli Stati promotori per poter estendere le tutele di diritto d'autore in tempi rapidi.

¹⁹² Cfr. rispettivamente artt. 4 e 5, WIPO *Copyright Treaty*.

¹⁹³ Cfr. art. 7, WIPO *Copyright Treaty*.

¹⁹⁴ "Contracting Parties may, in their national legislation, provide for limitations of or exceptions to the rights granted to authors of literary and artistic works under this Treaty in certain special cases that do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author", art. 10 (1), WIPO *Copyright Treaty*.

¹⁹⁵ "Contracting Parties shall, when applying the Berne Convention, confine any limitations of or exceptions to rights provided for therein to certain special cases that do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author", art.10 (2). WIPO *Copyright Treaty*.

dovranno avere ambito limitato e non dovranno incidere in maniera irragionevole sugli interessi degli autori.

Da un lato, quindi, il *Copyright Treaty* amplia la possibilità di introdurre norme che derogano alle esclusive autoriali, dall'altro provvede a limitarne l'eventuale portata.

Altre disposizioni poste dal Trattato a difesa dell'esercizio dei diritti di autore sono quelle riguardanti le misure tecnologiche di protezione e le informazioni elettroniche di gestione dei diritti (*digital rights management*). Scopo di queste norme è tutelare a livello internazionale le misure elettroniche che i titolari di diritti d'autore appongono o allegano alle riproduzioni delle loro opere in circolazione per impedirne alcuni usi o semplicemente per renderne note l'appartenenza o le condizioni di utilizzo.

L'articolo undici¹⁹⁶, dunque, impegna le Parti contraenti ad assicurare adeguata tutela e rimedi effettivi riguardo l'elusione di misure elettroniche di protezione impiegate dagli autori relativamente alle proprie opere per restringerne usi da loro non autorizzati o non permessi dalla legge.

L'articolo dodici¹⁹⁷ assicura analoga tutela nei confronti degli atti di rimozione o alterazione non autorizzata di informazioni elettroniche sulla

¹⁹⁶ "Contracting Parties shall provide adequate legal protection and effective legal remedies against the circumvention of effective technological measures that are used by authors in connection with the exercise of their rights under this Treaty or the Berne Convention and that restrict acts, in respect of their works, which are not authorized by the authors concerned or permitted by law", art. 11, WIPO *Copyright Treaty*.

¹⁹⁷ "(1) Contracting Parties shall provide adequate and effective legal remedies against any person knowingly performing any of the following acts knowing, or with respect to civil remedies having reasonable grounds to know, that it will induce, enable, facilitate or conceal an infringement of any right covered by this Treaty or the Berne Convention:

(i) to remove or alter any electronic rights management information without authority;
(ii) to distribute, import for distribution, broadcast or communicate to the public, without authority, works or copies of works knowing that electronic rights management information has been removed or altered without authority.

(2) As used in this Article, "rights management information" means information which identifies the work, the author of the work, the owner of any right in the work, or information about the terms and conditions of use of the work, and any numbers or codes that represent such information, when any of these items of information is attached to a copy of a work or appears in connection with the communication of a work to the public", art. 12, WIPO *Copyright Treaty*.

gestione dei diritti e riguardo alla messa in circolo di opere le cui informazioni elettroniche siano state rimosse o alterate senza autorizzazione.

Il *WIPO Performances and Phonograms Treaty* propone uno schema sostanzialmente analogo: amplia i diritti esclusivi di artisti interpreti o esecutori e di produttori di fonogrammi¹⁹⁸ e introduce il *three-step test* quale parametro che gli Stati firmatari devono rispettare nell'eventuale concessione di eccezioni o limitazioni ai diritti garantiti dal trattato¹⁹⁹.

Il trattato inoltre impone, a tutela di esecuzioni fissate su fonogrammi e dei fonogrammi stessi, l'adozione di misure analoghe a quelle previste dal *Copyright Treaty* relativamente alle misure tecnologiche di protezione ed ai *digital rights management*²⁰⁰.

I due trattati *WIPO* sono di qualche anno posteriori ad un altro trattato internazionale relativo alla proprietà intellettuale, promosso dalla *World Trade Organisation* (WTO).

Nel 1994 era stato siglato, infatti, lo *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, noto anche nella denominazione abbreviata di TRIPs. Si tratta di un accordo che copre un ambito più vasto di quello del diritto d'autore²⁰¹, includendo disposizioni riguardanti anche brevetti, marchi, disegni industriali e altri diritti di proprietà intellettuale.

Per la parte relativa al diritto d'autore, l'accordo TRIPs contiene alcune norme²⁰² che sono state successivamente riprese anche dai due trattati *WIPO*.

¹⁹⁸ Questi diritti ora comprendono il diritto alla distribuzione, al noleggio ed alla messa a disposizione al pubblico “*on demand*”, cfr. artt 8,9,10,12,13 e 14 del trattato.

¹⁹⁹ “Contracting Parties shall confine any limitations of or exceptions to rights provided for in this Treaty to certain special cases which do not conflict with a normal exploitation of the performance or phonogram and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the performer or of the producer of the phonogram”, art. 16 (2), *WIPO Performances and Phonograms Treaty*. Il primo comma dell'articolo 16 ribadisce la possibilità per gli stati di adottare le medesime eccezioni o limitazioni previste dalle legislazioni nazionali riguardo il diritto d'autore.

²⁰⁰ Art. 18 e 19, *WIPO Performances and Phonograms Treaty*.

²⁰¹ I firmatari dell'accordo TRIPs, ad ogni modo, si impegnano a rispettare le disposizioni della Convenzione di Berna, ad eccezione delle norme che riconoscono i diritti morali. Art. 9, TRIPs.

²⁰² Tra queste norme sono comprese l'equiparazione dei programmi per computer ad opere letterarie ai fini della loro tutela e del riconoscimento del valore di creazione intellettuale delle

In particolare l'articolo 13²⁰³ impone che eventuali eccezioni o limitazioni a diritti esclusivi siano conformi ai requisiti posti dal cosiddetto *three-step test*, anche qui delineato con una formula pressoché identica a quella impiegata dall'art 9 (2) della Convenzione di Berna e successivamente dai due trattati WIPO per i rispettivi ambiti.

Il *three-step test* trova applicazione anche nel diritto industriale come regolato dal TRIPs. L'articolo 30, infatti, ne impone l'impiego anche relativamente alle eventuali eccezioni poste a diritti esclusivi derivanti da brevetto, con una significativa variante: devono essere tenuti in considerazione anche i legittimi interessi di terze parti, oltre agli interessi dei titolari di brevetti²⁰⁴.

Tornando al diritto d'autore/copyright, il *three-step test* ha ridefinito i confini entro i quali le legislazioni nazionali, perlomeno di quegli Stati che hanno ratificato i trattati WIPO o il TRIPs, possono predisporre eccezioni o limitazioni ai diritti esclusivi di titolari di diritto d'autore o di diritti connessi.

Il risultato raggiunto mediante l'impiego di questo insieme di criteri è stato quello di lasciare, come precedentemente affermato, piena libertà agli stati circa la possibilità di prevedere eccezioni o limitazioni, in particolare in riferimento alla tipologia ed all'ambito delle eccezioni, disponendo al contempo delle regole che delimitino l'ampiezza di eventuali deroghe a diritti esclusivi derivanti da copyright.

Riguardo a quale sia, in concreto, questo margine di ampiezza ammesso dai trattati internazionali, rimangono aperti degli spazi alla interpretazione: il *three-step test*, infatti, si presenta come una clausola generale e necessita di un certo

banche dati in ragione della selezione o organizzazione dei dati in esse contenuti, art. 10 TRIPs, e del riconoscimento di diritti di noleggio gravanti su programmi per computer, opere cinematografiche e fonogrammi, artt. 11 e 14 (4), TRIPs.

²⁰³ "Members shall confine limitations or exceptions to exclusive rights to certain special cases which do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the right holder", art. 13, TRIPs.

²⁰⁴ "Members may provide limited exceptions to the exclusive rights conferred by a patent, provided that such exceptions do not unreasonably conflict with a normal exploitation of the patent and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the patent owner, taking account of the legitimate interests of third parties", art. 30, TRIPs.

grado di esegesi per essere applicato al caso concreto, operazione che deve essere svolta in relazione ad ogni singola eccezione di cui si vuole verificare la legittimità.

Ciò è dovuto, in buona misura, al fatto che questa norma è frutto di un compromesso intervenuto in sede dei negoziati per l'emendamento del 1967 della Convenzione di Berna: all'epoca, la maggioranza degli Stati parte alla Convenzione presentava, nelle legislazioni interne, disposizioni relative alle eccezioni applicabili al diritto di riproduzione; serviva, pertanto, un criterio che risultasse sufficientemente generico da permettere il mantenimento delle norme nazionali²⁰⁵.

Successivamente il *test* costituì un punto riferimento nella ricerca di una soluzione della spinosa questione delle eccezioni o limitazioni nei trattati internazionali. La sua natura sufficientemente indeterminata rendeva più facile per i negoziatori polarizzare il consenso degli Stati²⁰⁶ e ciò ha contribuito al successo del criterio ed alla sua incorporazione nell'accordo TRIPs e nei trattati WIPO, con un ambito applicativo esteso alla totalità delle eccezioni o limitazioni ammissibili. Ciò ha altresì comportato che il *test* possa dover essere impiegato da organismi giudiziari o para-giudiziari per la soluzione di casi concreti²⁰⁷, oltre che dagli Stati per la stesura delle loro leggi.

I tre criteri delineati sono portatori ciascuno di un diverso significato, e vanno applicati su base cumulativa, pertanto risulterebbe inammissibile un'eccezione o limitazione che non si conformasse anche ad uno solo dei

²⁰⁵ "...most Contracting States already conferred a right of reproduction and contained exemptions to that right. ...Therefore, a criterion was needed that was sufficiently vague for them to... maintain the exemptions they had", K. J. KOELMAN, *Fixing the three-step test*, *European Intellectual Property Review*, 2006, VIII, 407, 407. Cfr anche P. MARZANO, *Diritto d'autore e digital technologies*, Milano, 2005, 254.

²⁰⁶ "...the negotiators fell back on the three-step test that had proven to be unspecific enough for anyone to read in it what he wants and that therefore would not hinder the reaching of consensus", KOELMAN, *Fixing the three-step test*, cit., 407.

²⁰⁷ Ad esempio il panel incaricato della risoluzione delle dispute insorte relativamente all'interpretazione dell'accordo TRIPs; ma anche la Corte di Giustizia europea o eventualmente i giudici nazionali degli Stati membri all'Unione potrebbero doversi avvalere del test, qualora questioni relative ad una eccezione o limitazione fossero poste alla loro attenzione. Cfr KOELMAN, *Fixing the three-step test*, cit., 407 e ss.

requisiti²⁰⁸: l'uso in questione ricadrebbe, di conseguenza, nella potestà del titolare dei diritti, che potrebbe autorizzarlo alle proprie condizioni oppure vietarlo²⁰⁹.

Quanto alla singola portata di ciascuno degli “scalini” che compongono il *test*, il primo, limitando eventuali eccezioni o limitazioni a determinati casi specifici, intende evidentemente evitare la concessione di eccezioni generalizzate o di eccessiva ampiezza. Il secondo punto richiede di verificare che l'eccezione non confligga con il normale sfruttamento dell'opera. Con ciò si intende assicurare che l'eccezione o limitazione non entri in conflitto con l'uso commerciale che correntemente viene fatto dei diritti esclusivi garantiti in relazione alle opere protette, deprivandoli così di valore economico²¹⁰. Il cardine di questo criterio è costituito, dunque, dalle perdite economiche subite dai titolari dei diritti²¹¹. L'uso del termine “normale” fa sì che sia sufficiente considerare non tutti i possibili tipi di sfruttamento commerciale dei diritti²¹², ma solo quelli che nella prassi vengono realizzati e quelli che potrebbero, con

²⁰⁸ “The three conditions apply on a cumulative basis, each being a separate and independent requirement that must be satisfied. Failure to comply with any one of the three conditions results in the Article 13 exception being disallowed”, § 58 , pagina web del WTO sulla interpretazione del TRIPs, disponibile all'URL: « http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/analytic_index_e/TRIPs_e.htm » (ultimo accesso effettuato in data 26 Aprile 2011).

²⁰⁹ “The test is believed to require that all three hurdles are taken one-by-one in order for usage to be exempted. Thus, if one of the steps cannot be passed, the rights owner must be granted the right to prohibit the usage concerned”, KOELMAN, *Fixing the three-step test*, cit., 408.

²¹⁰ “We believe that an exception or limitation to an exclusive right in domestic legislation rises to the level of a conflict with a normal exploitation of the work ... if uses, that in principle are covered by that right but exempted under the exception or limitation, enter into economic competition with the ways that right holders normally extract economic value from that right to the work ... and thereby deprive them of significant or tangible commercial gains”, § 70, pagina web WTO, cit. .

²¹¹ “...losses to right-holders are decisive. That is to say, if it were to cost the right holder too much if usage of a work were exempted, he has to have exclusive control over that usage...”, KOELMAN, *Fixing the three-step test*, cit., 408.

²¹² “If ‘normal’ exploitation were equated with full use of all exclusive rights conferred by copyrights, the exception clause of Article 13 would be left devoid of meaning. Therefore, ‘normal’ exploitation clearly means something less than full use of an exclusive right.”, § 67, pagina web WTO, cit. .

un certo grado di probabilità e plausibilità, acquisire notevole importanza economica o pratica²¹³.

L'indagine, inoltre, dovrebbe essere condotta in relazione ad ogni singolo diritto esclusivo²¹⁴. Il terzo punto prevede che non venga arrecato un irragionevole pregiudizio ai legittimi interessi dei titolari dei diritti. Relativamente a questo criterio il nodo principale è chiarire quale sia il limite che costituisca l'irragionevolezza del danno²¹⁵, considerato che il verificarsi di una certa quantità di pregiudizio sia da presumersi non irragionevole²¹⁶. Per individuare questo limite è necessario fare riferimento alle condizioni di mercato per valutare quale sia il danno emergente, nonché, per quanto possibile, quello potenziale²¹⁷, arrecato in termini di mancati guadagni al titolare del diritto²¹⁸.

²¹³ “Thus it appears that one way of measuring the normative connotation of normal exploitation is to consider, in addition to those forms of exploitation that currently generate significant or tangible revenue, those forms of exploitation which, with a certain degree of likelihood and plausibility, could acquire considerable economic or practical importance”, § 69, pagina web WTO, cit. .

²¹⁴ “We agree ... that whether a limitation or an exception conflicts with a normal exploitation of a work should be judged for each exclusive right individually”, § 68, pagina web WTO, cit. .

²¹⁵ A tal proposito si ritiene che la previsione di un diritto di remunerazione possa alleviare l'intensità del danno subito, rendendolo “ragionevole”. Questa opzione non sarebbe, invece, disponibile relativamente al secondo *step*: non sarebbe, dunque, possibile evitare che un uso entri in conflitto con il normale sfruttamento dell'opera da parte dei titolari dei diritti semplicemente assegnando a questi ultimi un diritto a compenso: “it is believed that compensation can make the prejudice “reasonable”. However, it is commonly thought that a “conflict with the normal exploitation” cannot be resolved by indemnifying the right-holders”, KOELMAN, *Fixing the three-step test*, cit., 409.

²¹⁶ “The crucial question is which degree or level of ‘prejudice’ may be considered as ‘unreasonable’, given that, under the third condition, a certain amount of ‘prejudice’ has to be presumed justified as ‘not unreasonable’ ”, § 73, pagina web WTO, cit. .

²¹⁷ “We will consider the information on market conditions provided by the parties taking into account, to the extent feasible, the actual as well as the potential prejudice caused by the exemptions, as a prerequisite for determining whether the extent or degree of prejudice is of an unreasonable level”, § 75, pagina web WTO, cit. .

²¹⁸ “In our view, prejudice to the legitimate interests of right holders reaches an unreasonable level if an exception or limitation causes or has the potential to cause an unreasonable loss of income to the copyright owner”, § 73, pagina web WTO, cit. .

Si tratta, dunque, di un complesso di criteri di difficile applicazione, considerata la vaghezza di molti dei suoi termini²¹⁹.

In tempi recenti ci sono stati autorevoli inviti²²⁰ ad adottare una interpretazione equilibrata del *three-step test*, in modo da evitare che le eccezioni e limitazioni esistenti nelle legislazioni nazionali siano interpretate e applicate troppo restrittivamente e per far sì che la possibilità di introdurre nuove eccezioni e limitazioni non risulti eccessivamente compressa, a danno dell'interesse generale. Secondo quest'ottica non ci si dovrebbe troppo soffermare sui singoli criteri, ma si dovrebbe considerarne il bilanciamento complessivo²²¹. Sarebbe inoltre opportuno tenere in considerazione anche gli interessi di parti terze, oltre ai titolari dei diritti garantiti²²².

Ad ogni modo il *three-step test*, anche in considerazione dell'ampissima partecipazione ai trattati che lo hanno introdotto, costituisce punto di riferimento inamovibile in tema di eccezioni o limitazioni al copyright²²³.

²¹⁹ Cfr. T. MARGONI, *Il three-step test nel diritto d'autore: tra necessità di bilanciamento e mancanza di ragionevolezza*, *Dir. informazione e informatica*, 2009, 164.

²²⁰ Vedi, ad esempio, la Dichiarazione "A balanced interpretation of the three-step test in copyright law", sviluppata in seno al Max Plank Institute nel 2009, disponibile in traduzione italiana in *Dir. informazione e informatica*, 2009, I, 159. I firmatari riconoscono l'importanza del test nell'assicurare che gli interessi di autori e dei titolari di diritti di copyright e di diritti connessi non vengano irragionevolmente compressi da eccezioni e limitazioni troppo estese. Affermano però anche la loro preoccupazione circa l'incapacità dello stesso di garantire adeguati margini per l'impiego delle eccezioni e limitazioni, quale fondamentale strumento di bilanciamento e di adattabilità delle leggi sul diritto d'autore e sui diritti connessi, a detrimento degli scopi stessi di queste norme.

²²¹ Il modello cui trarre ispirazione potrebbe essere la *fair use doctrine* statunitense. Dei quattro punti che la compongono, infatti, i giudici sono tenuti a dare una applicazione bilanciata. KOELMAN, *Fixing the three-step test*, cit., 410.

²²² Vedi in particolare i punti 1, 4, 5 e 6 della Dichiarazione "A balanced interpretation of the three-step test in copyright law", citata, 162. Come esempio da seguire è indicato da più parti l'articolo 30 TRIPs, che ammette eccezioni o limitazioni a diritti derivanti da brevetto che non confliggano irragionevolmente con i legittimi interessi del titolare del brevetto, presi in considerazione i legittimi interessi di terze parti. L'inserimento dei criteri di ragionevolezza del conflitto e dell'esame di interessi terzi porterebbe maggiore equilibrio del *test*, rendendolo uno strumento utile a garantire l'interesse pubblico, senza comunque pregiudicare le aspettative dei titolari di diritti d'autore o diritti connessi. Cfr. KOELMAN, *Fixing the three-step test*, cit., 410 e Dichiarazione "A balanced interpretation of the three-step test in copyright law", citata, 160.

²²³ Alcuni legislatori hanno anche provveduto all'incorporazione di tale principio nelle proprie normative sul diritto d'autore. Questa è stata la decisione, tra gli altri, dell'Unione Europea (vedi art. 5(5) della direttiva 2001/29/CE, nonché le omologhe norme delle direttive

Anche le norme in tema di riproduzione privata ad uso personale di opere dell'ingegno, costituendo una deroga al diritto esclusivo di riproduzione spettante ai titolari di diritto d'autore o di diritti connessi relativamente alle proprie opere, devono pertanto conformarsi ai criteri dettati dal test.

1.7 Copia privata ed Unione Europea: dal Libro Verde del 1988 alla direttiva 2001/29/CE

L'accordo TRIPs ed i due trattati firmati sotto l'egida della WIPO hanno ovviamente esercitato un ruolo centrale nella definizione dei successivi orientamenti legislativi dell'Unione Europea in tema di diritto d'autore.

Relativamente all'ambito delle eccezioni e limitazioni ai diritti esclusivi stabiliti dalle leggi sul diritto d'autore, ed in particolare relativamente alla questione della cosiddetta copia privata, vi erano già state alcune rilevanti prese di posizione da parte delle istituzioni europee.

Una di esse è contenuta nel Libro Verde “il diritto d'autore e le sfide tecnologiche” del 1988²²⁴ della Commissione.

Nel terzo capitolo, denominato “riproduzione per uso personale di materiale audiovisivo”, la Commissione effettuava un'analisi del problema quale occorrente all'epoca, riassumeva le posizioni assunte dagli Stati membri e nel panorama internazionale, ed indicava alcune possibili soluzioni.

Innanzitutto la Commissione operava una distinzione tra la cosiddetta “pirateria”, ossia la riproduzione non autorizzata di opere protette a fini commerciali, e la “riproduzione a domicilio non autorizzata di materiale

91/250/CEE sulla tutela del software e 96/9/CE sulla tutela delle banche dati) e dell'Italia (vedi artt. 64 *quater*, 64 *sexies*, 71 *sexies* e 71 *nonies*, legge sul Diritto d'Autore).

²²⁴ Una copia delle versione in italiano del documento è disponibile in *Dir. informazione e informatica*, 1989, 631. Nel prosieguo di questa trattazione verrà fatto riferimento a questa copia.

audiovisivo, vale a dire la riproduzione del singolo consumatore per soddisfare le proprie esigenze personali”²²⁵.

Relativamente a questo secondo fenomeno, la Commissione prendeva atto delle crescenti proteste dei settori dell'industria maggiormente interessati²²⁶, che lamentavano il danno loro arrecato, e prendeva atto del fatto che solo alcuni degli Stati membri avessero adottato disposizioni tendenti ad introdurre un sistema atto a compensare gli aventi diritto²²⁷. In questi Stati, pertanto, la riproduzione ad uso personale doveva ritenersi lecita, laddove in altri Stati vigevano disposizioni che ne sancivano esplicitamente l'illegittimità²²⁸. Riguardo i restanti paesi, le cui legislazioni difettavano di norme esplicite in materia, doveva presumersi che gli atti di copia privata fossero illegali²²⁹. Questa diversificazione normativa costituiva, secondo la Commissione²³⁰, il naturale corollario della norma espressa nell'articolo 9(2) della Convenzione di Berna che, non entrando nel merito della questione delle riproduzioni ad uso personale, lasciava agli Stati la libertà di scegliere, seppur entro i limiti già visti, se apporre eccezioni o limitazioni al diritto esclusivo di riproduzione spettante ai titolari di diritti d'autore.

La Commissione notava che non erano ancora state avviate azioni legali nei confronti di privati autori di copie non autorizzate, ma notava altresì che la

²²⁵ Libro Verde sul diritto d'autore, 1988, 3.1.1., cit., 679. Nel medesimo paragrafo è, inoltre, riconosciuta la differenza tra questo fenomeno e le riproduzioni a carattere semi-privato, quali quelle realizzate per l'insegnamento, che sollevano questioni diverse e pertanto meritano, secondo la Commissione, trattazione separata.

²²⁶ Cfr § 3.1.4., Libro Verde sul diritto d'autore, cit., 680.

²²⁷ Cfr § 3.1.5., Libro Verde sul diritto d'autore, cit., 680, nonché § 3.4, ibidem, 682.

²²⁸ Si trattava di Regno Unito ed Irlanda, Paesi nei quali ancora oggi atti di riproduzione privata sono illeciti, con la parziale eccezione del riconoscimento di un *fair dealing* per quanto riguarda la registrazione di trasmissioni radiotelevisive.

²²⁹ Cfr. § 3.4.2. Libro Verde sul diritto d'autore, cit., 682. Nei § 3.4.14 e seguenti si rileva, tuttavia, che anche in altri Stati membri sono avviati procedimenti per giungere alla promulgazione di leggi istituenti un compenso per copia privata.

²³⁰ “Tale formulazione lascia agli Stati firmatari della Convenzione di Berna un margine di manovra sufficientemente ampio e, di conseguenza, non c'è da stupirsi che sotto il profilo giuridico la situazione abbia avuto evoluzioni diverse negli Stati membri”, § 3.3.1, Libro Verde sul diritto d'autore, cit., 681.

tendenza generale era quella di attribuire agli utenti la libertà di effettuare riproduzioni non autorizzate in assenza di un qualche meccanismo di compenso per gli aventi diritto, possibilità da considerarsi ammessa alla luce dell'articolo 9(2) della Convenzione di Berna²³¹.

Nel prosieguo del Libro Verde, si dà conto di una serie di studi promossi dalle associazioni di rappresentanza delle categorie maggiormente interessate al settore tendenti a dimostrare il calo delle vendite di esemplari di opere preregistrate da un lato e il contemporaneo aumento nelle vendite di cassette vergini dall'altro, nonché di un'altra serie di studi tendenti a dimostrare che gli atti di riproduzione ad uso personale riguardavano prevalentemente opere protette dal diritto d'autore.

La Commissione riconosceva l'accrescersi del fenomeno delle riproduzioni private ad uso personale, ma manteneva aperta la questione circa l'effettiva portata dei danni arrecati ai titolari dei diritti d'autore, dubbio derivante dalla difficoltà di ottenere dati certi relativamente ad un comportamento che aveva luogo entro le mura domestiche dei singoli utenti²³².

Infine la Commissione indicava le più rilevanti innovazioni tecnologiche occorse negli anni immediatamente precedenti, ossia l'introduzione di tecnologie digitali quali CD e DAT e di dispositivi tecnici di protezione, sia in ambito analogico che digitale²³³.

I paragrafi successivi del capitolo²³⁴ propongono un riassunto delle principali opinioni dei gruppi di interesse più rilevanti per il tema, ossia quelle dell'industria discografica, degli autori e dell'industria di elettronica audiovisiva. I temi trattati in questi punti trovano notevoli somiglianze con quelli presenti

²³¹ Cfr. § 3.3.3 e 3.3.4, Libro Verde sul diritto d'autore, cit., 681.

²³² “Se da un lato è evidente che notevoli quantità di materiale audiovisivo vengono copiate per uso privato, permane però l'interrogativo se tale riproduzione abbia un impatto negativo sullo sfruttamento di tali opere”, § 3.5.20, Libro Verde sul diritto d'autore, cit., 689; “Dato che la riproduzione per uso personale è per natura un atto privato, è difficile tracciarne un quadro preciso”, § 3.5.14, Libro Verde sul diritto d'autore, cit., 687.

²³³ Cfr. § 3.6.2 e seguenti, Libro Verde sul diritto d'autore, cit., 690.

²³⁴ Cfr. § 3.7.1 e ss., Libro Verde sul diritto d'autore, cit., 691.

nel dibattito occorso negli Stati Uniti nel periodo precedente la promulgazione dello AHRA: ciò testimonia come le medesime problematiche si siano presentate grossomodo contemporaneamente presso entrambe le sponde dell'Atlantico.

In particolare le case discografiche propendevano per l'adozione di misure atte a compensare i titolari dei diritti e per l'implementazione obbligatoria di misure anti-copia negli apparecchi e nei supporti di riproduzione destinati all'uso privato, perlomeno relativamente alla tecnologia DAT. I titolari dei diritti d'autore supportavano le posizioni dei discografici, manifestando tuttavia la preferenza per una normativa che legalizzasse la riproduzione domestica verso il pagamento di un compenso.

Dall'altra parte le opinioni espresse dai rappresentanti delle aziende produttrici di dischi vergini e organizzazioni dei consumatori, che ritenevano sovrastimato il danno arrecato dalle attività private di riproduzione di opere protette e ritenevano ad ogni modo inadatto il meccanismo del prelievo quale strumento per raccogliere una compensazione a favore dei titolari dei diritti. Relativamente alle misure tecniche di protezione, erano state formulate perplessità circa i rischi che questi dispositivi potessero inibire o rallentare lo sviluppo commerciale degli apparecchi basati sulle nuove tecnologie.

Si delineava, poi, una possibilità alternativa di remunerazione per i titolari dei diritti, ossia la possibilità di introdurre un "pagamento alla fonte"²³⁵: un sovrapprezzo pagato dall'utente al costo dell'esemplare dell'opera in cambio della facoltà di realizzarne copie ad uso personale. Il modello da mutuare sarebbe stato quello delle pay-tv o dell'accesso alle banche dati.

La Commissione, ammesso il fatto che la riproduzione ad uso personale aveva una certa incidenza negativa sullo sfruttamento economico delle opere protette, pur non esattamente quantificabile, esaminava pertanto le possibili

²³⁵ La Commissione appariva attribuire consistenti pregi a questa soluzione, ma registrava la contrarietà dell'industria fonografica, timorosa che un aumento del costo delle opere pre-registrate potesse deprimere il mercato. Cfr. § 3.7.11, Libro Verde sul diritto d'autore, cit., 693.

soluzioni. Nel farlo, affermava di doversi attenere ad alcuni principi di base. Innanzitutto, doveva esser salvaguardata, in favore dei titolari dei diritti su opere audiovisive, la possibilità di “impedire o quanto meno esigere un compenso su qualsivoglia riproduzione delle loro opere protette che inciderà negativamente, in misura sostanziale, sulle loro normali vendite”²³⁶. Non sarebbe dovuto esser possibile, dunque, sintetizzava la Commissione, “copiare un'opera protetta invece di acquistarla”²³⁷, allo scopo di tutelare gli investimenti creativi e finanziari sostenuti per la creazione dell'opera. Si sarebbero dovute ritenere lecite, al contrario, riproduzioni effettuate da esemplari regolarmente acquistati o da trasmissioni radiotelevisive, per le quali i titolari avevano già percepito una qualche remunerazione, diretta o indiretta.

La tutela del diritto d'autore, inoltre, non avrebbe dovuto impedire lo sviluppo delle tecnologie audiovisive.

La Commissione concludeva questa breve disamina sui principi da rispettare in materia affermando che non ci si sarebbe dovuti contentare di una risposta qualsiasi al problema; in assenza di una soluzione efficiente la migliore risposta forse sarebbe stata il non intervento del legislatore²³⁸.

Alla luce di questi principi, dunque, la Commissione procedeva ad indicare le misure che riteneva più appropriate.

Innanzitutto raccomandava l'adozione di provvedimenti che imponessero l'uso di dispositivi di protezione tecnologica applicati ai DAT. In particolare si sarebbe dovuto individuare un bilanciamento tra le necessità di tutela dei titolari dei diritti d'autore e la necessità di non comprimere eccessivamente le potenzialità della tecnologia DAT. La Commissione indicava come auspicabili, pertanto, misure tecniche che permettessero di controllare e inibire la

²³⁶ Cfr. § 3.10.2, Libro Verde sul diritto d'autore, cit., 695.

²³⁷ Cfr. § 3.10.2, Libro Verde sul diritto d'autore, cit., 695.

²³⁸ “Inoltre, non devono essere adottati rimedi «in mancanza di meglio», se ciò deve semplicemente significare sostituire un tipo di ingiustizie ad un altro. In materia di leggi «qualcosa» non è necessariamente meglio di niente; talvolta la miglior soluzione è l'astensione”. § 3.10.4, Libro Verde sul diritto d'autore, cit., 695.

possibilità di effettuare copie seriali e che lasciassero inalterati gli altri utilizzi²³⁹. Da un punto di vista legislativo la soluzione sarebbe stata, dunque, di vietare la produzione e l'importazione di apparecchi non conformi agli standard previsti, nonché la messa al bando di strumenti idonei ad inibire il funzionamento delle misure tecniche di protezione²⁴⁰. Veniva raccomandata anche la creazione di un circuito commerciale riservato agli usi professionali, e non accessibile al pubblico dei consumatori, per la vendita di DAT privi di protezioni anti-copia²⁴¹.

Relativamente al meccanismo del prelievo quale fonte di compenso per le riproduzioni private la posizione della Commissione era decisamente prudente. Innanzitutto rinunciava ad esprimere un giudizio circa le normative già esistenti in alcuni Paesi membri e dichiarava di non volerne chiedere l'eliminazione²⁴².

Professava, tuttavia, di non ritenere il sistema del prelievo una soluzione ottimale, per vari motivi: in primo luogo non sembrava produrre introiti sufficienti per assicurare una compensazione adeguata dei titolari dei diritti; non appariva, inoltre, rispondente agli interessi stessi dei titolari dei diritti, per il fatto che autorizzava una eccessiva libertà di copia²⁴³. La Commissione

²³⁹ “...riguardo al DAT, sarebbero auspicabili provvedimenti comunitari per imporre una certa protezione tecnica, purché si tratti di soluzioni praticabili sotto il profilo tecnico e che mantengano un equilibrio opportuno di tutti gli interessi in gioco”, § 3.10.5 Libro Verde sul diritto d'autore, cit., 695.

²⁴⁰ La Commissione si limitava a rilevare l'inattuabilità sul piano pratico di un'eventuale imposizione di misure analoghe nei confronti degli apparecchi analogici audio; cfr. §3.10.12, Libro Verde sul diritto d'autore, cit., 697. Relativamente alle tecnologie video, all'epoca esclusivamente analogiche, riteneva non opportuno prendere provvedimenti per rendere obbligatorie le misure tecniche anti-copia, per altro già impiegate in maniera efficace da alcuni produttori di cassette pre-registrate per impedirne la duplicazione. Questa scelta era motivata col fatto che la pratica di registrazione video per uso personale riguardava prevalentemente programmi televisivi, per la trasmissione dei quali i titolari già ricevevano un compenso, pertanto il danno economico loro inflitto era ridotto; cfr. § 3.9.2, Libro Verde sul diritto d'autore, cit., 694.

²⁴¹ Cfr. §3.10.9 e ss., Libro Verde sul diritto d'autore, cit., 696.

²⁴² “Per quanto riguarda i vantaggi e gli inconvenienti dei sistemi di prelievo, non è necessario né opportuno che la Commissione si pronunci a favore o contro tali sistemi, nella misura in cui essi sono già stati introdotti in alcuni Stati membri”, 3.10.19, Libro Verde sul diritto d'autore, cit., 698.

²⁴³ “...la Commissione non è convinta che il sistema del prelievo sia pienamente rispondente agli interessi dei titolari dei diritti, più in particolare degli artisti creatori, per il fatto che esso

raccomandava, dunque, di non assumere iniziative in materia, anche in virtù del fatto che le tecnologie analogiche allora in uso sarebbero potute diventare rapidamente obsolete e con esse eventuali norme che le avessero regolamentate²⁴⁴.

Rimaneva interessante in prospettiva futura, secondo la Commissione, la soluzione alternativa detta del “pagamento alla fonte”, che avrebbe istituito un meccanismo di compensazione proporzionale alle vendite²⁴⁵.

Nelle intenzioni della Commissione le misure proposte avrebbero dovuto ridurre la quantità di copie realizzate dai privati e, conseguentemente, innalzare le vendite, senza offrire una sanzione legislativa al fenomeno delle riproduzioni ad uso personale che provvedimenti di armonizzazione comunitaria avrebbero comportato.

La Commissione, insomma, aveva preso atto del problema, e aveva indicato alcune possibili iniziative da assumere relativamente a specifici aspetti della questione, in particolare circa l'implementazione di misure di protezione nei confronti dei DAT, una tecnologia allora nuova e della quale non si potevano conoscere gli effetti sul mercato.

La Commissione rimaneva su una posizione attendista, invece, riguardo alla possibilità di iniziative di armonizzazione legislativa di più ampio respiro, tese a dare soluzione uniforme alla questione, iniziative che avrebbero inevitabilmente portato o all'adozione in tutto il territorio della Comunità del meccanismo del prelievo o alla sua eliminazione negli Stati che già lo prevedevano.

sanziona comportamenti illimitati di duplicazioni per uso personale...” § 3.10.22, Libro Verde sul diritto d'autore, cit., 698.

²⁴⁴ “Qualsiasi iniziativa della Commissione in questo momento richiederebbe un impegno di tempo e risorse che rischierebbero di divenire obsolete tra un decennio con l'avanzare del progresso”, § 3.10.22 Libro Verde sul diritto d'autore, cit. 698.

²⁴⁵ La Commissione riconosceva che tale sistema aveva l'inconveniente di gravare su tutti gli acquirenti, indipendentemente dalla loro volontà o meno di realizzare copie dell'opera, e che poteva, altresì, costituire un incentivo proprio alla commissione di atti di riproduzione che si proponeva di compensare. § 3.10.24, Libro Verde sul diritto d'autore, cit., 699.

I principali argomenti che facevano propendere la Commissione alla inazione erano il riconoscimento della liquidità della situazione dell'epoca, troppo soggetta a mutamenti generati dalla rapida e continua evoluzione tecnologica, ed il rischio che l'introduzione generalizzata di un sistema di compensi basato sul prelievo avrebbe legittimato una altrettanto generalizzata libertà di copia.

Traspariva, dunque, il timore che un intervento comunitario affrettato sarebbe stato destinato ad essere travolto dalla evoluzione del mercato audiovisivo, che appariva imminente grazie alle tecnologie digitali. L'introduzione di una legislazione uniforme si sarebbe potuta rivelare controproducente, imponendo una soluzione ideata per il mercato analogico e non pensata per regolare eventuali nuove realtà.

La Commissione, nel suo Libro Verde del 1988, si dimostrava avversa al riconoscimento di una eccezione per uso personale al diritto esclusivo di riproduzione sulle opere protette, nel caso in cui le copie così realizzate fossero sostitutive degli esemplari messi in vendita dai legittimi titolari dei diritti; si professava al contrario favorevole a riproduzioni private effettuate a partire da una fonte per la quale fosse già stato versato un corrispettivo. La scelta per il non intervento in tema di equo compenso era dettata da motivi di opportunità e non esprimeva rifiuto a regolamentare il settore.

Meno di dieci anni dopo la Commissione tornava ad affrontare la questione della riproduzione privata di opere tutelate dal diritto d'autore, nel Libro Verde "il diritto di autore e diritti connessi nella società dell'informazione" del 1995.

Premessa essenziale all'analisi del problema era che, secondo la Commissione, la digitalizzazione delle opere avrebbe permesso nuovamente un controllo efficace sulle attività di riproduzione, controllo che era stato perso relativamente alle tecnologie analogiche: ciò avrebbe dovuto determinare una

rivisitazione della disciplina sul diritto di riproduzione e sulle eccezioni a tale diritto, in particolare in materia di copia privata²⁴⁶.

La domanda fondamentale, relativamente al diritto di riproduzione, era se il processo di digitalizzazione²⁴⁷ di opere protette ed il loro uso nel corso delle normali operazioni svolte mediante elaboratore dovessero ricadere nell'ambito di tale diritto²⁴⁸.

La Commissione riteneva che l'importanza della questione rendesse necessaria una risposta a livello comunitario, e manifestava favore per una risposta affermativa al quesito²⁴⁹.

A sostegno di questa posizione, era ricordato che l'articolo 9 della Convenzione di Berna tutelava il diritto esclusivo degli autori a vietare la riproduzione delle proprie opere in qualsiasi forma. Inoltre, secondo la Commissione, non si doveva deviare dal percorso intrapreso con la direttiva 91/250/CEE, che fondava la tutela dei programmi per elaboratore in buona parte sul diritto esclusivo di riproduzione²⁵⁰.

La Commissione, poi, rilevava la perdurante frammentazione del panorama legislativo degli Stati membri relativamente alle eccezioni al diritto di

²⁴⁶ "The development and spread of analogue systems of reproduction had made it impossible to control copying, and especially private copying, but the digitization of works and other protected matters means that strict control of reproduction can now be envisaged once again. The right of reproduction, and the exception to it, particularly for private copying, should be reviewed accordingly" sez. III, *Green Paper "Copyright and Related Rights in the Information Society"*, 1995, 49, disponibile all'URL: «http://europa.eu/documentation/official-docs/green-papers/index_en.htm».

²⁴⁷ "Numerizzazione" nella versione italiana del Libro Verde.

²⁴⁸ "The concept of reproduction has consequently to be reviewed, in order to determine whether the reproduction right should come into play in the ordinary use (digitization, intermediate copies, downloading into main memory) of the computers and other equipments which characterize the information society", *Green Paper "Copyright and Related Rights in the Information Society"*, cit., 50.

²⁴⁹ "...the fundamental importance of the reproduction right suggest that a Community response may be needed. ...the digitization of works and other protected matter should generally fall under the reproduction rights...", *Green Paper "Copyright and Related Rights in the Information Society"*, cit., 51.

²⁵⁰ "The definition should certainly be based on the approach taken in the Computer Programs Directive", *Green Paper "Copyright and Related Rights in the Information Society"*, cit., 50.

riproduzione, ed in particolar modo riguardo all'ambito dell'uso privato²⁵¹. Questa situazione avrebbe potuto creare degli ostacoli per il mercato di opere protette in formato digitale²⁵² e per la circolazione degli apparecchi legati al loro utilizzo²⁵³.

Si rendeva inoltre necessario un riesame in merito alla perdurante ammissibilità di una giustificazione legale per la riproduzione privata di materiale digitalizzato. La Commissione, infatti, riconosceva il fatto che le innovazioni tecnologiche avessero ampliato le possibilità di accesso alle opere dell'intelletto, rendendo possibile in ambito domestico la riproduzione di registrazioni audio o video. Riteneva però che questo rappresentasse una nuova forma di sfruttamento di tali opere e che recasse pregiudizio agli autori²⁵⁴.

In ambito analogico non era possibile controllare atti di riproduzione non autorizzati commessi da privati utenti e ciò aveva indotto alcuni Stati ad introdurre sistemi che garantissero una qualche remunerazione agli autori.

Le tecnologie digitali, invece, avrebbero consentito di esercitare tale controllo in futuro, fino ad inibire completamente la possibilità di copia.

Secondo la Commissione l'imposizione di prelievi sui prezzi di apparecchi e supporti di registrazione da destinare a compensi per le copie costituiva una risposta valida per i casi in cui la tecnologia non consentiva l'impedimento di

²⁵¹ Tale risultato, ancora una volta, veniva imputato alla indeterminatezza dell'articolo 9 (2) della Convenzione di Berna: "This is one of the most controversial provisions in the Convention, and the result has been uncertainty as to its exact scope, divergent interpretation by the authorities in different countries, and very different arrangements...", *Green Paper "Copyright and Related Rights in the Information Society"*, cit., 51.

²⁵² Si presentava il rischio, secondo la Commissione, che alcuni operatori del settore rifiutassero accesso ai loro servizi dai Paesi in cui fosse vigente una eccezione in favore della copia privata.

²⁵³ Il fatto che la copia privata fosse illegale in alcuni Stati, avrebbe potuto indurli ad imporre l'incorporazione di misure tecniche di protezione negli apparecchi di riproduzione, rendendone difficile il commercio con quei Paesi cui, avendo autorizzato nel loro territorio la riproduzione ad uso personale, non sarebbe stato possibile imporre l'adozione dei medesimi standard tecnici di protezione. Si correva, insomma, il rischio di creare barriere al mercato interno.

²⁵⁴ "This facilitates access to literary and artistic works by consumers. It is a new form of exploitation of such works, and damages the interests of rightholders", *Green Paper "Copyright and Related Rights in the Information Society"*, cit., 49. La versione italiana del Libro Verde fa uso di una connotazione meno forte, affermando che tale nuova forma di utilizzazione "può... portare pregiudizio agli interessi economici degli aventi diritto".

tali copie. Ma laddove fosse stato tecnicamente possibile inibire la copia privata, sarebbe venuta a cadere la giustificazione per ciò che costituiva un sistema di licenza legale²⁵⁵.

Per garantire una siffatta capacità di controllo sarebbe stato necessario, però, assicurare l'implementazione in tutti gli Stati membri dei necessari standard tecnici²⁵⁶.

Nella visione della Commissione, pertanto, la soluzione di questi problemi avrebbe richiesto inevitabilmente un certo grado di armonizzazione normativa²⁵⁷.

Ancora una volta, dunque, la Commissione manifestava un certo disfavore nei confronti dei sistemi di equo compenso basati sul prelievo quale strumento per regolamentare la questione delle riproduzioni private, reputando migliore una soluzione basata sull'adozione di strumenti tecnici di controllo, laddove possibile.

Nel 1995, un primo tentativo della Commissione²⁵⁸ di predisporre delle regole uniformi in tema di copia privata fu frustrato proprio per le eccessive differenze correnti tra le varie legislazioni nazionali in tema.

²⁵⁵ "...where there is the technical means to limit or prevent private copying, there is no further justification for what amounts to a system of statutory licence and equitable remuneration", *Green Paper "Copyright and Related Rights in the Information Society"*, cit., 50.

²⁵⁶ Alle misure tecniche di protezione ed identificazione era dedicata la sezione IX del Libro Verde. In questa sezione la Commissione accennava alla possibilità che la Comunità avrebbe potuto avere la necessità di intervenire normativamente in difesa di eventuali standard di protezione tecnica, sulla scia di quanto già fatto nella direttiva 91/250/CEE relativamente al divieto di detenzione o messa in circolazione a scopo commerciale di mezzi unicamente intesi a facilitare l'elusione di dispositivi tecnici posti a protezione di programmi per computer: "The Community may find it advisable to act in order to make technical systems of protection compulsory, on harmonized basis, once they have been developed and accepted by industry", *Green Paper "Copyright and Related Rights in the Information Society"*, cit., 82.

²⁵⁷ "The Commission takes the view that a degree of harmonization will be needed to resolve these problems", *Green Paper "Copyright and Related Rights in the Information Society"*, cit., 52.

²⁵⁸ Fu fatta circolare un proposta di direttiva, che tuttavia non venne mai pubblicata: *Proposition de Directive du Parlement Européen et du Conseil relative à l'harmonisation de certaines règles du droit d'auteur en des droits voisins applicables à la copie privée* [Proposed Directive of the European Parliament and Council Relating to the Harmonisation of Certain Rules for Royalties and Copyrights], Brussels, December 1995. Cfr N. HELBERGER, B. HUGENHOLTZ, *No place like home for making a copy: private copying in European copyright law and consumer law*, 22 *Berkeley Tech L. J.* 1061, 1064 (2007).

La questione delle riproduzioni ad uso privato è infine stata disciplinata a livello comunitario dalla direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2001, relativa all'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione.

Oggetto della direttiva è un ambito ben più vasto di quello riguardante la sola copia privata: le principali disposizioni riguardano la definizione di alcune facoltà esclusive derivanti dal diritto d'autore, l'armonizzazione delle norme nazionali riguardanti le eccezioni o limitazioni e la tutela degli strumenti di protezione tecnica delle opere protette.

La direttiva 2001/29/CE, nota anche come European Union Copyright Directive (o EUCD), si inserisce nella cornice disegnata dai trattati WIPO del 1996 rispetto ai quali pone le basi per una attuazione congiunta²⁵⁹.

Scopo della direttiva è quella di adattare il diritto di autore alla realtà tecnologica della cosiddetta "società dell'informazione", ossia alla nuova realtà dominata dalle tecnologie digitali e da internet, in modo da favorire la crescita e l'innovazione di un mercato europeo di contenuti digitali²⁶⁰. Come osservato nel sesto considerando alla direttiva, la necessità di uniformazione derivava dal rischio che legislazioni nazionali divergenti potessero creare ostacoli alla circolazione di prodotti basati sulla proprietà intellettuale, proprio nel momento in cui le tecnologie avrebbero consentito un significativo aumento delle possibilità di circolazione transfrontaliera di tali beni. Era indispensabile, pertanto, eliminare le incongruenze normative presenti tra gli Stati che potessero ostacolare il mercato interno o creare disarmonie nello sviluppo europeo della società dell'informazione; non era necessario, invece, "eliminare

²⁵⁹ Sia la Comunità che gli Stati membri sono firmatari dei due trattati. Cfr. il quindicesimo considerando della direttiva 2001/29/CE.

²⁶⁰ "The principal aim pursued by the European legislature when adopting the Directive in 2001 was to foster growth and innovation of digital content services in the European Union", L. GUIBAULT, T. RIEBER-MOHN, G. WESTKAMP, ED ALTRI, *Study on the implementation and effect in Member States' laws of directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society*, Institute for Information Law, Amsterdam, 2007, 1, disponibile all'URL: «http://www.ivir.nl/files/implementation_2001_29_EC/index_eng.html» (ultimo accesso effettuato in data 13 maggio 2011).

o prevenire le differenze che non incidono negativamente sul funzionamento del mercato interno²⁶¹.

La direttiva si propone di rafforzare il diritto d'autore in modo da creare un palcoscenico unitario europeo per la proliferazione del mercato dei beni legati alla proprietà intellettuale²⁶².

I passi in questa direzione comprendono il rafforzamento del diritto di comunicazione al pubblico delle opere o della messa a disposizione al pubblico di altri materiali protetti²⁶³ e del diritto di distribuzione²⁶⁴.

Nodo centrale rimane il diritto di riproduzione, che l'articolo 2 della direttiva descrive come il “diritto esclusivo di autorizzare o vietare la riproduzione diretta o indiretta, temporanea o permanente, in qualunque modo e forma, in tutto o in parte”²⁶⁵.

²⁶¹ Settimo considerando, direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2001, relativa all'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione.

²⁶² “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 alla creazione intellettuale”, nono considerando alla direttiva 2001/29/CE, citata.

²⁶³ L'articolo 3 della direttiva estende la facoltà esclusiva di autorizzare o vietare la comunicazione al pubblico delle opere alla loro messa a disposizione *on demand*, ossia “in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente”. Analoga facoltà è concessa ad artisti interpreti o esecutori, produttori di fonogrammi, produttori di prime fissazioni su pellicola e organismi di diffusione radiotelevisiva, relativamente ai rispettivi materiali protetti.

²⁶⁴ Agli autori è riconosciuto “il diritto esclusivo di autorizzare o vietare qualsiasi forma di distribuzione al pubblico dell'originale delle loro opere o di loro copie”, diritto che non si esaurisce se non “nel caso in cui la prima vendita o il primo atto di trasferimento di proprietà nella Comunità di detto oggetto sia effettuata dal titolare del diritto o con il suo consenso”, articolo 4, direttiva 2001/29/CE, citata.

²⁶⁵ Una definizione così ampia ricomprende nel novero degli atti di riproduzione, evidentemente, la fissazione di un'opera in formato digitale nella memoria di un computer o anche il mero atto di “caricamento” dell'opera nella memoria temporanea del computer al solo fine di permetterne l'utilizzo mediante il computer stesso. Questa norma echeggia la Dichiarazione finale del WIPO Copyright Treaty nella quale era confermato che il diritto di riproduzione di cui all'articolo 9 della Convenzione trovava applicazione anche in ambito digitale e comprendeva lo stoccaggio in forma digitale su supporto elettronico; cfr. M. Fabiani, *L'attuazione della direttiva CE su diritto di autore nella società dell'informazione- Una analisi comparativa*, *Dir. autore*, 2003, 331, 334.

Tale diritto è riconosciuto non solo agli autori ma anche ad alcune categorie di titolari di diritti connessi²⁶⁶.

A questi diritti fa da contraltare una serie di eccezioni o limitazioni, poste dall'articolo 5 in un elenco tassativo: ulteriori eccezioni non sono ammesse. Secondo il considerando n° 32, tale elenco è stato elaborato tenendo in considerazione le diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri. Scopo delle eccezioni è quello di garantire “un giusto equilibrio tra i diritti e gli interessi delle varie categorie di titolari nonché tra quelli dei vari titolari e quelli degli utenti di materiali protetti”²⁶⁷. Con la direttiva si provvede ad un riesame delle discipline nazionali in tema di eccezioni e limitazioni “alla luce del nuovo ambiente elettronico”²⁶⁸ e si procede ad una loro armonizzazione, seppur graduata²⁶⁹.

L'articolo 5, infatti, si limita a definire le tipologie di eccezioni o limitazioni ammissibili²⁷⁰, lasciando facoltà agli Stati di decidere quali eventualmente attuare nelle rispettive legislazioni domestiche e, in ultima istanza, anche di decidere come applicarle²⁷¹.

²⁶⁶ In particolare: a) agli artisti interpreti o esecutori relativamente alle fissazioni delle loro prestazioni artistiche; b) ai produttori di fonogrammi relativamente alle loro riproduzioni fonografiche; c) ai produttori delle prime fissazioni di una pellicola, relativamente all'originale ed alle copie delle pellicole; d) agli organismi di diffusione radiotelevisiva relativamente alle fissazioni delle loro trasmissioni. Cfr. art. 2, direttiva 2001/29/CE, citata.

²⁶⁷ Considerando n° 31, direttiva 2001/29/CE, citata.

²⁶⁸ Considerando n° 31, direttiva 2001/29/CE, citata.

²⁶⁹ Come già affermato nel Libro Verde del 1995, le differenze tra i regimi nazionali relativi alle eccezioni o limitazioni “...hanno effetti negativi diretti sul funzionamento del mercato interno nel settore del diritto d'autore e dei diritti connessi. ...Onde garantire il corretto funzionamento del mercato interno, tali eccezioni e limitazioni dovrebbero essere definite in modo più uniforme. Il grado di uniformazione dovrebbe dipendere dal loro impatto sul corretto funzionamento del mercato interno”, considerando n° 31, direttiva 2001/29/CE, citata.

²⁷⁰ L'articolo 5, comma 2, elenca le eccezioni ammissibili relativamente al diritto di riproduzione; il comma 3 elenca le eccezioni apportionabili al diritto di riproduzione ed al diritto di comunicazione al pubblico; il comma 4 facoltizza gli Stati a disporre una eccezione o limitazione al diritto di distribuzione nei medesimi casi in cui possono disporre una eccezione o limitazione al diritto di riproduzione, entro i limiti dettati dallo scopo della riproduzione permessa.

²⁷¹ Questo potrebbe contraddire in parte gli scopi della direttiva di assicurare una sufficiente uniformità legale tra gli Stati membri per favorire la creazione di un mercato comune di servizi digitali: “In view of the optional character of the list of limitations contained in articles 5(2) to 5(5) of the Directive, the harmonising effect is very modest at best. In practice, not only are

Vi è un'unica eccezione la cui attuazione è obbligatoria per gli Stati membri: quella prevista dal primo paragrafo dell'articolo 5, che esenta dal diritto di riproduzione quegli atti di riproduzione temporanea necessari in un procedimento tecnologico per permettere la trasmissione in rete di un'opera o materiale protetto, od un loro uso legittimo²⁷². Si tratta di quegli atti che comportano la copia temporanea del materiale per permetterne l'utilizzo in ambiente digitale ed in rete, ma privi di valore economico proprio²⁷³. Sono esentati non solo gli atti di riproduzione assolutamente necessari ma anche

Member States free to implement the limitations they want from the list, but they are also free to decide how they will implement each limitation. The fact that Member States have implemented the same limitation differently, giving rise to a mosaic of different rules applicable to a single situation across the European Community, could ultimately constitute a serious impediment to the establishment of cross-border services” Guibault, Rieber-Mohn, Westkamp, *Study on the implementation and effect in Member States' laws of directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society*, cit., 63.

²⁷² Al considerando n° 33 è specificato che l'uso è da considerarsi legittimo se autorizzato dal titolare o non limitato dalla legge. Gli usi limitati dalla legge sono, in prima istanza, quelli coperti da una eccezione o limitazione al diritto d'autore. Perciò, riproduzioni temporanee realizzate in ordine all'esercizio di facoltà concesse da una eccezione o limitazione sono esentate dall'esclusiva. Rimangono dubbi sulla possibilità di una interpretazione più ampia relativamente al requisito di assenza di restrizioni legali di cui al considerando n° 33, ossia su un'interpretazione che ricomprenda qualsiasi limitazione alle esclusive previste dal diritto d'autore, e sull'effettiva portata di un'eventuale interpretazione di questo genere: “The qualification “not restricted by law” primarily refers to copyright limitations. ...The reference to an absence of legal restrictions can also be interpreted more broadly than a mere reference to copyright limitations in the classical sense. In principle, any limitation of the copyright monopoly may be relevant, such as the (initial) definitions of the exclusive rights (reproduction, communicating to the public, distribution), the idea/expression dichotomy, the copyright term etc. Such a broad interpretation raises inter alia questions related to the secondary use of a work”, GUIBAULT, RIEBER-MOHN, WESTKAMP, *Study on the implementation and effect in Member States' laws of directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society*, cit.,34.

²⁷³ Sono atti di riproduzione che occorrono con il normale funzionamento degli elaboratori e delle reti informatiche, quali ad esempio le copie temporanee realizzate con funzione di “cache”, e che non comportano una fissazione stabile del materiale copiato. In assenza dell'esplicita esenzione posta dall'articolo 5 comma 1 della direttiva 2001/29/CE, però, atti di riproduzione di questo tipo riguardanti materiale protetto da diritto d'autore o da altri diritti connessi ricadrebbero nell'ambito dell'articolo 2 della direttiva; di conseguenza richiederebbero l'autorizzazione dell'avente diritto.

Secondo alcuni, però, sarebbe stata sufficiente una interpretazione ragionata del diritto di riproduzione per riconoscere la liceità di tali utilizzi; vedi la retorica domanda di Hugenholtz: “Did we really need an European lawmaker to tell us that caching and browsing are allowed without authorization?”, B. HUGENHOLTZ, *Why the Copyright Directive is unimportant, and possibly invalid*, 11 *European Int. Property*. R. 501, 502 (2000).

quelli che consentono una facilitazione del processo di trasmissione in rete²⁷⁴. Per quanto riguarda la legittimità dell'uso, di cui all'articolo 5, paragrafo 1 lettera b), essa dovrà essere verificata in base all'esistenza di una norma terza, che sancisca la legalità dell'uso finale a cui tende la riproduzione temporanea in questione²⁷⁵.

Il quinto comma dell'articolo 5 incorpora i criteri dettati dal *three-step test* nella direttiva, affermando che le eccezioni o limitazioni previste devono essere “applicate esclusivamente in determinati casi speciali che non siano in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera o degli altri materiali e non arrechino ingiustificato pregiudizio agli interessi legittimi del titolare”²⁷⁶. Tale scelta può sembrare ridondante, in quanto le tipologie di eccezioni contenute nei quattro commi precedenti sono state formulate in modo da essere già rispondenti ai requisiti fissati dal *test* stesso. È però sintomatica del favore del legislatore europeo per una interpretazione e applicazione in senso restrittivo delle eccezioni stesse, soprattutto in vista del possibile “accresciuto impatto economico che esse possono avere nel nuovo ambiente elettronico”²⁷⁷.

Il modello di armonizzazione posto dalla direttive è, dunque, abbastanza morbido²⁷⁸, e non garantisce una vera uniformità relativamente alle eccezioni o limitazioni al diritto d'autore praticate all'interno dell'Unione²⁷⁹.

²⁷⁴ Cfr. considerando 33 della direttiva 2001/29/CE.

²⁷⁵ Ad esempio, in caso di riproduzione temporanea nella memoria RAM di un computer effettuata per realizzare una copia privata, tale riproduzione sarà legittima, e dunque esentata ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 1 della direttiva solo in presenza di una norma nazionale che implementi una eccezione per riproduzione ad uso privato in conformità con l'articolo 5, paragrafo 2, lettera b). Per un esame più approfondito vedi: GUIBAULT, RIEBER-MOHN, WESTKAMP, *Study on the implementation and effect in Member States' laws of directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society*, cit., 33 e ss. .

²⁷⁶ Art. 5, paragrafo 5, direttiva 2001/29/CE, citata.

²⁷⁷ Considerando n° 44, direttiva 2001/29/CE, citata.

²⁷⁸ “In other words, the Directive generally lacks concrete guidelines that Member States are to follow in order to determine the scope and conditions of application of the limitations. Since in many cases, simply reproducing the wording of the Directive was not an option, most Member States have chosen to interpret the limitations contained in the Directive according to their own traditions”, GUIBAULT, RIEBER-MOHN, WESTKAMP, *Study on the implementation and effect in Member States' laws of directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society*, cit., 63.

La direttiva ammette, tra le altre, eccezioni in favore della reprografia²⁸⁰ e in favore della riproduzione ad uso privato di materiali audiovisivi, purché sia garantito un equo compenso ai titolari dei diritti. Il considerando n° 38 invita a porre delle distinzioni tra riproduzioni analogiche e digitali: queste ultime potrebbero avere un impatto maggiore sullo sviluppo della società dell'informazione e potrebbero richiedere un trattamento differenziato.

L'articolo 5, comma 2, lettera a), autorizza gli Stati membri a disporre una eccezione o limitazione al diritto di riproduzione per quanto riguarda “le riproduzioni su carta o supporto simile, mediante qualsiasi tipo di tecnica fotografica o di altro procedimento avente effetti analoghi, fatta eccezione per gli spartiti sciolti, a condizione che i titolari dei diritti ricevano un equo compenso²⁸¹”. La formulazione relativamente generica della norma concede una certa libertà nell'elaborazione di eccezioni per la reprografia, avendo come unici limiti l'obbligatorietà di compensare in misura equa gli aventi diritto e l'esclusione dall'ambito delle possibili eccezioni degli spartiti musicali sciolti.

La norma relativa alle eccezioni per la copia privata di materiale audiovisivo presenta vincoli più stringenti per i legislatori nazionali: l'articolo 5, comma 2, lettera b)²⁸² della direttiva la ammette solo se realizzata da una persona fisica, per uso privato, e per fini neppure indirettamente commerciali. Sono comprese riproduzioni effettuate su qualsiasi supporto, perciò non viene fatta una esplicita distinzione tra tecniche analogiche o digitali. I titolari dei diritti

²⁷⁹ È possibile notare, ad esempio, che gli Stati membri che già disponevano di un'eccezione per copia privata l'hanno mantenuta, seppur con delle modifiche, mentre negli altri, in particolare Irlanda e Regno Unito, le riproduzioni ad uso privato non autorizzate sono rimaste vietate. Se si è verificato un ravvicinamento tra le legislazioni nazionali, dunque, questo ha riguardato per lo più le eccezioni che erano già presenti nei vari tessuti normativi.

²⁸⁰ I regimi preesistenti alla direttiva in tema di reprografia non sono ritenuti porre un grave ostacolo al mercato interno, secondo quanto afferma il considerando n° 37.

²⁸¹ “*Fair compensation*”, nella versione inglese della direttiva.

²⁸² “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 protezione di cui all'articolo 6 all'opera o agli altri materiali interessati”.

devono ricever un equo compenso che tenga conto dell'eventuale applicazione di misure tecnologiche di protezione.

Il rapporto tra le eccezioni e limitazioni, ed in particolari quelle relative alla copia privata, e misure tecniche di protezione delle opere o degli altri materiali protetti è uno dei nodi centrali della direttiva 2001/29/CE, in quanto queste ultime possono ostacolare l'esercizio delle facoltà concesse agli utenti di un'opera dalle eccezioni o limitazioni stesse.

La direttiva, in osservanza degli obblighi assunti con i trattati WIPO del 1996, che prevedono obblighi per i firmatari in tema di tutela legale delle misure tecniche di protezione²⁸³, impegna gli Stati membri ad assicurare adeguata protezione contro l'elusione intenzionale di efficaci misure tecnologiche²⁸⁴. Gli Stati sono altresì tenuti a prendere provvedimenti contro la produzione, la distribuzione, la promozione o la detenzione a scopo commerciale di prodotti, o la prestazione di servizi che siano stati principalmente realizzati con lo scopo di rendere possibile, o di facilitare, l'elusione di efficaci misure tecnologiche; o che non abbiano, oltre all'elusione, altra finalità o uso commerciale rilevante; o che siano pubblicizzati o commercializzati per finalità di elusione²⁸⁵.

²⁸³ Vedi articolo 11, WIPO *Copyright Treaty* e articolo 18, WIPO *Performers and Phonograms Treaty*.

²⁸⁴ “Gli Stati membri prevedono un'adeguata protezione giuridica contro l'elusione di efficaci misure tecnologiche, svolta da persone consapevoli, o che si possano ragionevolmente presumere consapevoli, di perseguire tale obiettivo”, art. 6, paragrafo 1, direttiva 2001/29/CE.

²⁸⁵ “Gli Stati membri prevedono un'adeguata protezione giuridica contro la fabbricazione, l'importazione, la distribuzione, la vendita, il noleggio, la pubblicità per la vendita o il noleggio o la detenzione a scopi commerciali di attrezzature, prodotti o componenti o la prestazione di servizi, che:

- a) siano oggetto di una promozione, di una pubblicità o di una commercializzazione, con la finalità di eludere, o
- b) non abbiano, se non in misura limitata, altra finalità o uso commercialmente rilevante, oltre quello di eludere, o
- c) siano principalmente progettate, prodotte, adattate o realizzate con la finalità di rendere possibile di o facilitare l'elusione di efficaci misure tecnologiche”, art. 6, paragrafo 2, direttiva 2001/29/CE, citata.

In questo senso la direttiva 2001/29/CE adotta un livello di tutela più ampio di quello previsto dalla lettera dei due trattati WIPO, che si limitano a prevedere l'obbligo di garantire adeguata protezione giuridica contro l'elusione di misure tecnologiche di protezione. La direttiva europea vieta anche la produzione e la distribuzione di tecnologie prevalentemente dedicate

La direttiva definisce quali misure tecnologiche “le tecnologie, i dispositivi o componenti che, nel normale corso del loro funzionamento, sono destinati ad impedire o limitare atti, su opere o altri materiali protetti, non autorizzati dal titolare del diritto d'autore o del diritto connesso al diritto d'autore, così come previsto dalla legge”²⁸⁶. La direttiva, inoltre, introduce il concetto di efficacia della misura tecnologica²⁸⁷: è efficace quella misura che consente ai titolari dei diritti di controllare l'uso dei materiali protetti, mediante l'applicazione di un controllo all'accesso, o di una protezione, ad esempio la cifratura, o di un meccanismo di controllo delle copie che permetta di ottenere l'obiettivo della protezione.

Le misure tecnologiche di protezione applicate non dovrebbero impedire l'esercizio di quelle facoltà riconosciute dalle leggi nazionali mediante la disposizione di eccezioni o limitazioni ai diritti d'autore o ai diritti connessi.

all'elusione, senza che sia previsto alcun collegamento tra l'atto di elusione di una misura tecnologica ed una violazione del diritto d'autore: “The protection afforded under the Information Society Directive therefore goes far beyond the European Union’s international obligations since it can, in principle, be invoked for acts of circumvention accomplished for purposes that would be lawful under the copyright act”, GUIBAULT, RIEBER-MOHN, WESTKAMP, *Study on the implementation and effect in Member States' laws of directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society*, cit., 79. Le norme europee in materia sono simili a quelle poste dal Digital Millennium Copyright Act statunitense del 1998, incorporato nel title 17 dello U.S.Code; vedi, in particolare, le sec. 1201(a)(1)(A), 1201(a)(2), 1201(a)(3), 1201(b)(1) e 1201(b)(2). Sia la normativa europea che quella americana in questione sono state oggetto di forti critiche. Le principali riguardano l'effettiva capacità di queste norme di impedire atti di violazione di copyright, da un lato, e dall'altro il loro impatto negativo sulla ricerca scientifica, in particolare nell'ambito della crittografia. A tal proposito si segnala che le sections del title 17 successive a quelle sopraindicate contengono una serie di eccezioni, per la verità piuttosto restrittive, ai divieti posti in materia di elusione, e che il considerando n° 48 della direttiva 2001/29/CE afferma che la tutela giuridica delle misure di protezione non dovrebbe ostacolare la ricerca sulla crittografia. Permangono tuttavia forti dubbi sull'idoneità di queste misure a salvaguardare l'interesse pubblico. Per una disamina più approfondita dell'argomento vedi R. CASO, *Digital Rights Management*, Trento, 2006, 131 e ss., disponibile all'URL: «<http://www.jus.unitn.it/users/caso/pubblicazioni/drm/homeDRM.asp?cod=roberto.caso>» e G. S. LUNNEY, *The death of copyright: digital technology, private copying, and the Digital Millennium Copyright Act*, 87 *Va. L. Rev.* 813, 823 e ss. (2001).

²⁸⁶ Articolo 6, paragrafo 3, direttiva 2001/29/CE, cit. .

²⁸⁷ Articolo 6, paragrafo 3, direttiva 2001/29/CE, cit. .

Gli Stati sono invitati a favorire l'iniziativa spontanea dei titolari dei diritti, affinché permettano il pacifico godimento di tali facoltà, anche mediante la conclusione di accordi tra i titolari medesimi e le altre parti interessate²⁸⁸.

In mancanza di misure volontarie, sarà cura degli Stati assicurare in maniera adeguata l'effettivo esercizio delle eccezioni o limitazioni previste. Relativamente a questo compito, però, l'articolo 6, paragrafo 4, della direttiva pone una serie piuttosto articolata di distinzioni, che, oltre a complicare la lettura della norma, ne rendono ambigua la portata.

Gli Stati membri, infatti, sono obbligati ad intervenire per assicurare l'effettiva fruizione solo di alcune tipologie di eccezioni e limitazioni, e precisamente di quelle elencate dal primo comma dell'articolo 6, paragrafo 4²⁸⁹. Dovranno far sì, pertanto, che i beneficiari di queste eccezioni ottengano, dai titolari dei diritti, i mezzi necessari per fruirne, nella misura necessaria per fruirne e purché abbiano avuto accesso legale all'opera o al materiale protetto, anche in deroga alle tutele giuridiche previste contro l'elusione delle misure tecnologiche²⁹⁰.

Gli Stati possono, ma non sono tenuti a farlo, assumere iniziative analoghe nei confronti dei beneficiari di un'eccezione o limitazione prevista dall'articolo

²⁸⁸ Cfr. considerando n° 51, direttiva 2001/29/CE. Non sono specificate quali misure volontarie o quali accordi con terze parti i titolari dovrebbero intraprendere nello specifico, pertanto si ritiene sia primariamente loro compito decidere quali iniziative assumere. Cfr. anche GUIBAULT, RIEBER-MOHN, WESTKAMP, *Study on the implementation and effect in Member States' laws of directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society*, cit., 107 e ss. .

²⁸⁹ Si tratta delle eccezioni, previste dall'art.5, paragrafo 2, lettere a),c),d),e) e dall'articolo 5, paragrafo 3, lettere a), b), ed e) in materia di: reprografia; atti di riproduzione a fini non commerciali effettuati da biblioteche aperte al pubblico; registrazioni effimere realizzate da organismi di diffusione radiotelevisiva; riproduzioni di registrazioni radiotelevisive effettuate da istituzioni sociali pubbliche; usi didattici o a fini di ricerca scientifica; usi in favore di portatori di handicap; impieghi per finalità di pubblica sicurezza.

²⁹⁰ Cfr. art. 6, paragrafo 4, comma 1, direttiva 2001/29/CE. Non è dunque possibile per i singoli utenti procedere autonomamente alla rimozione della misura tecnologica che ostacoli l'esercizio di una facoltà legittimata da una eccezione o limitazione: "even if article 6(4) creates an obligation to provide the means to exercise a limitation, this obligation is imposed on rights owners and does not give users any authority to perform acts of circumvention themselves", GUIBAULT, RIEBER-MOHN, WESTKAMP, *Study on the implementation and effect in Member States' laws of directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society*, cit., 106.

5, paragrafo 2, lettera b) per la copia privata, a meno che i titolari non abbiano già consentito la riproduzione per uso privato in conformità all'articolo 5, paragrafo 2, lettera b), e paragrafo 5, che riproduce il *three-step test*. Non dovrà essere impedito ai titolari dei diritti, inoltre, di adottare misure adeguate relative al numero di riproduzioni, in conformità con queste disposizioni²⁹¹. I titolari dei diritti, di fatto, possono dunque assumere l'iniziativa e definire le modalità mediante le quali concedere la riproduzione ad uso privato al posto degli Stati, impiegando misure tecniche adeguatamente progettate.

Queste disposizioni, ad ogni modo, non si applicano a materiali messi a disposizione *on demand* e accompagnati da opportune clausole contrattuali²⁹², relativamente ai quali è possibile applicare qualsivoglia protezione tecnologica indipendentemente dall'esistenza di eccezioni o limitazioni che autorizzino l'uso inibito.

Nessuna disposizione è prevista in favore delle restanti eccezioni o limitazioni delineate dall'articolo 5; gli usi ammessi da queste eccezioni,

²⁹¹ “Uno Stato membro può inoltre adottare siffatte misure nei confronti del beneficiario di un'eccezione o di una limitazione prevista in conformità dell'articolo 5, paragrafo 2 lettera b), a meno che i titolari non abbiano già consentito la riproduzione per uso privato nella misura necessaria per poter beneficiare dell'eccezione o limitazione in questione e in conformità alle disposizioni dell'articolo 5, paragrafo 2 lettera b), e paragrafo 5, senza impedire ai titolari di adottare misure adeguate relativamente al numero di riproduzioni conformemente alle presenti disposizioni”, articolo 5, paragrafo 2, direttiva 2001/29/CE, citata.

²⁹² “Le disposizioni di cui al primo e secondo comma del presente paragrafo non si applicano a opere o altri materiali a disposizione del pubblico sulla base di clausole contrattuali conformemente alle quali i componenti del pubblico possono accedere a dette opere e materiali dal luogo e nel momento scelto individualmente”, articolo 6, paragrafo 4, comma 4, direttiva 2001/29/CE, citata. È possibile notare una discrepanza tra la versione italiana, che parla semplicemente di “clausole contrattuali”, e la versione inglese, che parla di “agreed contractual terms”. Il riferimento all'accordo può far pensare a clausole che le parti abbiano redatto assieme o perlomeno a clausole che siano state oggetto di una trattativa. Una siffatta interpretazione potrebbe modificare significativamente la portata della norma: “accordingly, the exception to the main rule of article 6(4) of the Directive could be interpreted as applying only in respect of the supply of online services for which the contracting parties have negotiated the terms of use. By contrast, the exception laid down in article 6(4), fourth paragraph, of the Information Society Directive would not apply in the case of services offered according to the terms of a non-negotiated standard form licence, such as iTunes, where the licensee had no opportunity to influence the content of the terms”, GUIBAULT, RIEBER-MOHN, WESTKAMP, *Study on the implementation and effect in Member States' laws of directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society*, cit., 112.

dunque, potranno essere inibiti da misure tecnologiche senza alcuna possibilità per gli utenti di ottenere un rimedio.

La tutela degli strumenti di esercizio dei diritti d'autore e dei diritti connessi delineata dalla direttiva si completa con la tutela delle informazioni sul regime dei diritti²⁹³. Anche tali disposizioni costituiscono attuazione degli obblighi assunti con la firma dei trattati WIPO *Copyright Treaty*²⁹⁴ e *Phonograms and Performances Treaty*²⁹⁵.

Si tratta delle informazioni, fornite dai titolari dei diritti, che identificano l'opera o il materiale protetto, l'autore o comunque il titolare dei diritti, e i termini o le condizioni di utilizzo del materiale protetto²⁹⁶. Possono anche essere fornite in forma di numero o codice, e devono essere associate ad una copia del bene protetto, oppure comparire in connessione ad un atto di comunicazione al pubblico di esso²⁹⁷.

Queste informazioni sono specialmente utili per la commercializzazione *on line* delle opere, permettendo di distribuire, assieme all'esemplare del bene, anche le sue regole di utilizzo²⁹⁸. Per prevenire la modifica non autorizzata delle informazioni la direttiva impone agli Stati di intervenire contro chiunque, intenzionalmente e senza autorizzazione, rimuova o alteri le informazioni elettroniche sulla gestione dei diritti, o distribuisca al pubblico esemplari di materiale protetto ai quali siano state rimosse o alterate le suddette informazioni, con la consapevolezza che tali atti possano indurre, abilitare, facilitare o nascondere una violazione del diritto d'autore o di diritto connesso²⁹⁹.

²⁹³ "Informazione sul regime dei diritti" nella versione italiana della direttiva; "rights management" nella versione inglese.

²⁹⁴ Art. 12 W.C.T. .

²⁹⁵ Art. 19 W.P.P.T. .

²⁹⁶ Art. 7, paragrafo 2, comma 1, direttiva 2001/29/CE, citata.

²⁹⁷ Art. 7, paragrafo 2, comma 2, direttiva 2001/29/CE, citata.

²⁹⁸ Cfr. considerando n° 55 della direttiva 2001/29/CE, citata.

²⁹⁹ "Gli Stati membri prevedono un'adeguata protezione giuridica contro chiunque compia consapevolmente senza averne diritto i seguenti atti:

a) rimuovere o alterare qualsiasi informazione elettronica sul regime dei diritti;

Con la direttiva 2001/29/CE si sanziona, dunque, la liceità delle eccezioni al diritto esclusivo di riproduzione per uso privato, purché accompagnate dalla previsione di un sistema di equo compenso che indennizzi i titolari della esclusiva. La direttiva impone un diritto ad equo compenso anche per la reprografia (articolo 5, paragrafo 2, lettera a)) e per le riproduzioni di trasmissioni radiotelevisive effettuate da istituzioni sociali pubbliche (articolo 5, paragrafo 2, lettera e)). L'esplicito avallo a sistemi di equo compenso per la copia privata rappresenta una parziale diversione dalle posizioni della Commissione nei Libri Verdi del 1988 e 1995, nei quali era espresso scetticismo nei confronti di tali sistemi. Ciò può essere letto come un tentativo di avvicinamento tra il blocco di Stati membri, appartenenti all'Europa continentale, che già aveva introdotto nelle legislazioni nazionali meccanismi di prelievo per garantire un'equa remunerazione e quegli stati che avevano rifiutato tale soluzione, in particolare i due Paesi di *common law*, ossia Regno Unito e Irlanda³⁰⁰.

È, tuttavia, rimasta una prerogativa degli Stati decidere se prevedere o meno una eccezione per le riproduzioni private nelle rispettive normative sul diritto d'autore³⁰¹.

Rimangono, inoltre, alcuni punti oscuri in tema di compatibilità tra copia privata e misure tecnologiche di protezione ed anche sulla natura giuridica della

b) distribuire, importare a fini di distribuzione, diffondere per radio o televisione, comunicare o mettere a disposizione del pubblico opere o altri materiali protetti ai sensi della presente direttiva o del capitolo III della direttiva 96/9/CE, dalle quali siano state rimosse o alterate senza averne diritto le informazioni elettroniche sul regime dei diritti;

ove chi compie tali atti sia consapevole, o si possa ragionevolmente presumere che sia consapevole, che con essi induce, rende possibile, agevola o dissimula una violazione di diritti d'autore o diritti connessi previsti dalla legge o del diritto sui generis di cui al capitolo III della direttiva 96/9/CE", art. 7, paragrafo 1, direttiva 2001/29/CE, cit. .

³⁰⁰ "By introducing the notion of 'fair compensation' the framers of the Directive have attempted to bridge the gap between those (continental-European) Member States having a levy system that provides for 'equitable remuneration', and those (such as the United Kingdom and Ireland) that have so far resisted levies altogether", GUIBAULT, RIEBER-MOHN, WESTKAMP, *Study on the implementation and effect in Member States' laws of directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society*, cit., 44.

³⁰¹ Regno Unito e Irlanda hanno mantenuto fermo il divieto di copia privata.

copia privata stessa, ossia se costituisca una licenza legale, cui corrisponde un diritto dell'utente a realizzare la copia a fronte della corresponsione del compenso, oppure se costituisca una mera difesa contro azioni per violazione di diritto d'autore intentate dai titolari nei confronti di utenti che abbiano realizzato una copia non autorizzata.

1.8 Analisi comparata delle normative sull'equo compenso per riproduzioni ad uso personale negli Stati membri dell'Unione a seguito della direttiva 2001/29/CE: alcuni esempi

1.8.1 Germania

La Germania ha dato attuazione alla direttiva 2001/29/CE mediante un emendamento³⁰² alla legge sul diritto di autore nel settembre 2003. Ulteriori modifiche sono state rimandate ad una riforma successiva³⁰³.

L'impianto di base della normativa tedesca sulle riproduzioni ad uso privato non è stato alterato: le novità più significative introdotte dalla riforma riguardano, infatti, le misure tecnologiche di protezione ed il loro rapporto con le eccezioni e limitazioni.

L'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva è stato trasposto in maniera pressoché letterale nell'appositamente introdotto paragrafo 44a.

La legge tedesca sul diritto non offre una definizione esplicita delle varie tipologie di riproduzione; reprografia e copia di materiali audiovisivi sono

³⁰² *Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft*, entrata in vigore il 12 settembre 2003.

³⁰³ Cfr. G. WESTKAMP, *The implementation of directive 2001/29/EC in the member States*, *Queen Mary Intellectual Property Research Institute*, Londra, 2007, 221, disponibile all'URL: « http://www.ivir.nl/publications/guibault/InfoSoc_Study_2007.pdf » (ultimo accesso effettuato in data 2 marzo 2011).

pertanto regolate nei medesimi paragrafi. Il paragrafo 53³⁰⁴ (1), che autorizzava la riproduzione in copie isolate di opere per uso privato, ha subito alcune modifiche in accordo con le previsioni della direttiva. Innanzitutto è ora esplicitamente riconosciuta la possibilità di realizzare copie mediante l'impiego di mezzi sia digitali che analogici. Le copie possono essere fatte eseguire anche da parti terze, oltre che dal fruitore della riproduzione. Tuttavia la riproduzione da parte di terzi in formato digitale non deve avere scopo di lucro. Cade, infine, la possibilità per le persone giuridiche di avvalersi di questa eccezione, facoltà ora ristretta alle persone fisiche³⁰⁵.

È stata ridotta la portata dell'eccezione di cui al paragrafo 53(2)(2), relativa alle riproduzioni ai fini di inclusione dell'opera in archivi personali: ora è possibile impiegare solo copie realizzate su carta con meccanismi fotomeccanici, da utilizzarsi esclusivamente in formato analogico. L'archivio, inoltre, non deve avere finalità commerciali né dirette né indirette³⁰⁶.

Quanto alle disposizioni che regolano il compenso gravante sugli apparecchi (macchine fotocopiatrici incluse) e sui supporti impiegati per le riproduzioni private, è prevista la loro modifica relativamente alla quantificazione del prelievo, per permettere una maggiore libertà negoziale alle parti coinvolte. La determinazione delle tariffe dovrà tener conto dell'effettivo impiego degli apparecchi coinvolti, ossia di quanto detti apparecchi siano mediamente utilizzati per realizzare copie private. L'adozione di misure tecnologiche di

³⁰⁴ Il § 53 della legge tedesca sul diritto d'autore regola le riproduzioni per uso privato e per altri usi personali. In particolare, il §53(1) detta la disciplina generale per le riproduzioni ad uso privato; il §53(2) dispone alcune eccezioni specifiche per ulteriori usi personali che fuoriescono dalla sfera eminentemente privata: 1) uso scientifico proprio, 2) uso per inclusione in archivi personali, 3) per informazione personale, 4) altri usi personali. Tali eccezioni, da ritenersi tassative, possono anche esser fatte realizzare verso pagamento.

³⁰⁵ Le persone giuridiche hanno mantenuto la possibilità di avvalersi delle eccezioni indicate dal § 53(2) e seguenti. WESTKAMP, *The implementation of directive 2001/29/EC in the member States*, cit., 223.

³⁰⁶ Westkamp, *The implementation of directive 2001/29/EC in the member States*, cit., 224.

protezione fa cadere il diritto ad ottenere il compenso relativamente alle opere di cui sia impedita la copia³⁰⁷.

Le disposizioni in tema di misure tecnologiche di protezione e di tutela delle informazioni sulla gestione dei diritti associate ad opere protette sono state trasposte nei paragrafi 95a, 95b e 95c.

Relativamente al rapporto tra eccezioni e limitazioni e misure tecniche di protezione, è stato implementato il primo comma dell'articolo 6, paragrafo 4, della direttiva, ma non il secondo. I titolari dei diritti che facciano uso di misure tecniche per proteggere le proprie opere sono tenuti, pertanto, a garantire l'esercizio delle sole eccezioni ivi indicate.

Per quanto riguarda le riproduzioni ad uso privato, risultano coperti dalla normativa solo gli usi specifici che ricadono nell'ambito delle eccezioni obbligatoriamente tutelate, quali le riproduzioni reprografiche o quelle effettuate per fini di ricerca scientifica³⁰⁸.

Il diritto ad ottenere i mezzi per beneficiare di una eccezione tutelata può essere fatto valere in giudizio, sia individualmente che in forma collettiva, da chiunque abbia avuto accesso legale all'opera³⁰⁹.

Il conflitto tra misure tecniche di protezione e la riproduzione per uso privato "generica", ossia quella regolata dal paragrafo 53(1) rimane un argomento insoluto.

La legge tedesca ha previsto, a difesa del consumatore, l'obbligo di indicare in maniera chiara e sufficiente se ad un prodotto è stata applicata una misura tecnica di protezione³¹⁰.

1.8.2 Francia

³⁰⁷ Westkamp, *The implementation of directive 2001/29/EC in the member States*, cit., 231.

³⁰⁸ Westkamp, *The implementation of directive 2001/29/EC in the member States*, cit., 238.

³⁰⁹ Westkamp, *The implementation of directive 2001/29/EC in the member States*, cit., 239.

³¹⁰ § 95 d, legge tedesca sul diritto d'autore. Cfr. Westkamp, *The implementation of directive 2001/29/EC in the member States*, cit., 231.

La legge di emendamento³¹¹ al *Code de la Propriété Intellectuelle* recante le disposizioni per l'attuazione della direttiva 2001/29/CE in Francia è entrata in vigore il 4 agosto 2006.

Come avvenuto in Germania, non sono state operate variazioni significative alle norme riguardanti le riproduzioni ad uso privato³¹².

La norma che autorizza la copia privata non è stata modificata dall'implementazione della direttiva.

L'articolo L122-5, che elenca le eccezioni e limitazioni al diritto di autore, stabilisce che l'autore non può impedire le copie o le riproduzioni strettamente riservate all'uso privato del copista e non destinate ad un'utilizzazione collettiva³¹³. Una norma analoga vige nei confronti dei titolari di diritti connessi³¹⁴.

Sempre nell'articolo L122-5 ha trovato collocazione la norma di cui all'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva, che istituisce un'eccezione per gli atti di riproduzione temporanea³¹⁵.

Nel medesimo articolo il legislatore francese ha deciso di incorporare le disposizioni costituenti il *three-step test*, che fa ora parte della legislazione francese sul diritto d'autore.

³¹¹ LOI n° 2006-961 du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.

³¹² Non è stato modificato neanche l'articolo L122-3, riguardante il diritto di riproduzione: "la reproduction consiste dans la fixation matérielle de l'oeuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte".

³¹³ Fatta eccezione per le copie di opere d'arte realizzate per scopi identici a quelli per cui era stato creato l'originale e per le copie di programmi per computer, diverse dalle copie di sicurezza, nonché per le copie di banche dati elettroniche. "Lorsque l'oeuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire :

2° Les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective, à l'exception des copies des oeuvres d'art destinées à être utilisées pour des fins identiques à celles pour lesquelles l'oeuvre originale a été créée et des copies d'un logiciel autres que la copie de sauvegarde établie dans les conditions prévues au II de l'article L. 122-6-1 ainsi que des copies ou des reproductions d'une base de données électronique", L122-5, 2°, *Code de la Propriété Intellectuelle*.

³¹⁴ Art. L211-3, *Code de la Propriété Intellectuelle*.

³¹⁵ Art. L122-5, 6°, *Code de la Propriété Intellectuelle*.

Sono intervenute alcune modifiche di dettaglio relativamente al meccanismo per la remunerazione della copia privata³¹⁶, fondato sul prelievo di una quota del prezzo dei supporti impiegabili per le riproduzioni; l'impianto di base è rimasto inalterato. Secondo il nuovo articolo L311-4, l'ammontare della remunerazione, da calcolare sulla base del tipo e della durata del supporto, deve tenere conto dell'utilizzazione di misure tecniche di protezione. Non è possibile, inoltre, richiedere la remunerazione per quegli atti di riproduzione privata per i quali sia già occorsa una compensazione finanziaria.

La disciplina riguardante le misure tecnologiche di protezione è stata inserita, principalmente, nei nuovi articoli da L331-5 a L331-10³¹⁷.

Il quarto comma dell'articolo L331-5 afferma che le misure tecniche di protezione non possono impedire l'uso libero dell'opera, o del materiale protetto, entro i limiti previsti dalla legge sul diritto d'autore o concessi dai titolari dei diritti.

La legge francese predispose, inoltre, alcune misure tendenti a garantire l'effettivo esercizio di alcune eccezioni o limitazioni³¹⁸, tra le quali è compresa la riproduzione ad uso privato, anche in presenza di misure tecnologiche di protezione.

L'articolo L331-7 autorizza i titolari dei diritti che fanno uso di misure di protezione ad impiegarle con lo scopo preciso di limitare il numero di copie realizzabili. Sono tenuti però a fare in modo che tali misure non impediscano l'esercizio effettivo delle eccezioni indicate; devono altresì cercare di predisporre le misure in accordo con le associazioni dei consumatori e con le altre parti interessate.

Il secondo comma dell'articolo subordina la possibilità di beneficiare effettivamente delle eccezioni indicate alla liceità dell'accesso all'opera o bene

³¹⁶ Regolato dal libro III, titolo I, del *Code de la Propriété Intellectuelle*.

³¹⁷ Westkamp, *The implementation of directive 2001/29/EC in the member States*, cit., 214.

³¹⁸ Vedi articolo L331-6. Si tratta di una lista di eccezioni, ampliata nel 2009 che comprende, oltre alla copia privata, eccezioni per: illustrazioni a fini di insegnamento, portatori di handicap, biblioteche, utenti di banche dati.

protetto, purché non porti pregiudizio al suo normale sfruttamento, né rechi irragionevole pregiudizio al titolare dei diritti. In altre parole, in presenza di protezioni tecniche che lo ostacolano, l'esercizio delle eccezioni indicate è garantito solo qualora le misure necessarie per renderlo effettivo non fuoriescano dai confini dettati dal *three-step test*.

L'articolo L331-8, che costituisce applicazione dell'articolo 6, paragrafo 4, comma 4, esenta da tale obbligo i titolari dei diritti relativamente ai materiali protetti messi a disposizione del pubblico *on demand*.

La legge francese prevede una disposizione specifica per le trasmissioni televisive: gli editori ed i distributori di servizi televisivi non possono ricorrere a misure tecniche che impediscano al pubblico di beneficiare dell'eccezione per copia privata, anche in formato digitale³¹⁹.

Vige, inoltre, l'obbligo di portare a conoscenza degli utilizzatori le condizioni di accesso ad un'opera, un videogramma, un programma o un fonogramma imposte mediante misure tecniche di protezione, nonché l'esistenza di eventuali limitazioni alla possibilità di copia privata³²⁰.

Un apposito compito di sorveglianza del rapporto tra eccezioni e limitazioni e misure tecniche di protezione è assegnato alla *Haute Autorité pour la diffusion des oeuvres et la protection des droits sur internet (HADOPI)*³²¹, una *authority* indipendente dotata di personalità giuridica.

Questo organismo deve vegliare che la messa in opera di misure di protezione non impedisca agli utenti di godere delle eccezioni indicate³²².

³¹⁹ Articolo L331-9, *Code de la Propriété Intellectuelle*.

³²⁰ Articolo L331-10, *Code de la Propriété Intellectuelle*.

³²¹ Tra gli obiettivi dell' *Haute Autorité* vi è il monitoraggio dell'uso di opere o altri beni protetti su reti di comunicazione, per tutelare i diritti d'autore e i diritti connessi e favorire lo sviluppo di un mercato legale di tali beni. A tal fine può raccomandare modifiche legislative ed essere consultata da Parlamento e Governo relativamente alle questioni di sua competenza. Cfr. L331-13, *Code de la Propriété Intellectuelle*.

³²² Deve verificare, inoltre, che le misure elettroniche di protezione impiegate non comportino, per problemi di interoperabilità o incompatibilità, restrizioni all'uso di un'opera o di altro materiale protetto ulteriori rispetto a quelle previste dal titolare dei diritti. L331-31, *Code de la Propriété Intellectuelle*.

Tutti i beneficiari di queste eccezioni, comprese le persone giuridiche, possono investire l'Autorità di qualunque controversia inerente restrizioni agli usi permessi causate dall'impiego di MTP³²³.

L'Autorità deve tentare una mediazione tra le parti, e l'eventuale conciliazione ha valore vincolante. In mancanza di una conciliazione l'Alta Autorità, sentite le parti, emette una decisione motivata di rigetto della domanda, oppure un'ingiunzione che prescriva le misure necessarie a garantire l'esercizio della eccezione o limitazione in questione³²⁴.

L'Autorità può inoltre essere consultata dai beneficiari delle eccezioni menzionate relativamente a qualunque questione riguardante il loro esercizio effettivo³²⁵.

L'insieme di queste norme dovrebbe assicurare una certa tranquillità di godimento di queste eccezioni o limitazioni

Tuttavia, alla prova dei fatti, la possibilità di realizzare copie private è risultata soccombente in presenza di misure tecnologiche di protezione che la impedivano.

Un celebre caso giudiziario francese³²⁶ riguardante la relazione tra MTP e copia privata è il cosiddetto caso *Mulholland Drive*: le misure di protezione applicate ad un DVD impedirono al legittimo acquirente di realizzare una copia analogica del film in esso contenuto (la celebre opera cinematografica *Mulholland Drive*, appunto). A seguito del giudizio da questi intentato nei confronti del produttore e del distributore del DVD, la Corte d'Appello affermò il diritto degli utenti a beneficiare dell'eccezione per copia privata in relazione ai beni acquistati e vietò la vendita di DVD dotati di protezioni che inibissero la copia.

³²³ L331-33, *Code de la Propriété Intellectuelle*.

³²⁴ La decisione è appellabile presso la Corte d'Appello di Parigi. L331-35, *Code de la Propriété Intellectuelle*.

³²⁵ L331-36, *Code de la Propriété Intellectuelle*.

³²⁶ Si tratta di un caso antecedente alla implementazione della direttiva EUCD ed alla introduzione dell'Alta Autorità.

La *Court de Cassation* ribaltò il giudizio nel febbraio del 2006. Dopo aver affermato che la copia privata costituisce un'eccezione e non un diritto riconosciuto in maniera assoluta³²⁷, stabilì che l'obbligo di vendere DVD senza protezioni tecniche avrebbe danneggiato il normale sfruttamento nell'opera, soprattutto tenendo conto dei rischi comportati dal nuovo ambiente digitale e dell'importanza economica della vendita di DVD per i produttori di film³²⁸. Dunque il rimedio necessario per permettere il godimento della eccezione per copia privata, ossia la rimozione delle MTP, sarebbe andato oltre l'ambito del *three-step test*³²⁹.

1.8.3 Spagna

La Spagna ha dato attuazione alla direttiva 2001/29/CE con la legge 23/2006³³⁰, che ha modificato la legge spagnola sulla proprietà intellettuale.

Questa legge è intervenuta anche sulle norme che regolavano la riproduzione ad uso privato ed il relativo meccanismo di equo compenso, apportandovi alcune modifiche. Le variazioni più significative hanno riguardato il novero dei prodotti assoggettati al prelievo.

È stato modificato anche il diritto di riproduzione, la cui definizione ora ricalca quella disposta dall'articolo 2 della EUCD, compresa, dunque, la riproduzione temporanea³³¹.

³²⁷ “après avoir relevé que la copie privée ne constituait qu’une exception légale aux droits d’auteur et non un droit reconnu de manière absolue à l’usager”, *Cour de cassation, Civ. 1ère ch.*, 28 *Fevrier* 2006, disponibile in: www.legalis.net.

³²⁸ “Qu’en statuant ainsi, alors que l’atteinte à l’exploitation normale de l’oeuvre, propre à faire écarter l’exception de copie privée s’apprécie au regard des risques inhérents au nouvel environnement numérique quant à la sauvegarde des droits d’auteur et de l’importance économique que l’exploitation de l’oeuvre, sous forme de DVD, représente pour l’amortissement des coûts de production cinématographique, la cour d’appel a violé les textes susvisés”, *Cour de cassation*, 28 *Fevrier* 2006, cit. .

³²⁹ Cfr. WESTKAMP, *The implementation of directive 2001/29/EC in the member States*, cit., 218.

³³⁰ *Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril*.

Nell'articolo 31, che apre il capitolo dedicato ai *limites* al diritto d'autore, è stato inserito un nuovo primo comma, che ha recepito l'eccezione relativa alle copie transitorie prive di rilevanza economica propria.

Il nuovo comma 2 dell'articolo 31 contiene la norma che autorizza le riproduzioni di opere già divulgate³³² se realizzate da una persona fisica per suo uso privato³³³. La copia può essere realizzata su qualunque supporto, ma solo a partire da opere cui si è avuto accesso in modo legale, e non può essere destinata ad usi collettivi o a fini di lucro. Il riferimento alla collettività dell'uso indica che la copia non deve uscire da un ambito privato: potrà, ad esempio, essere impiegata in un ristretto circolo familiare o amicale, ma non dovrà essere resa disponibile al pubblico³³⁴. La legge non chiarisce se sia possibile far eseguire la riproduzione da persone terze rispetto al beneficiario dell'eccezione³³⁵. Alla possibilità di copia privata fa da contraltare la previsione di un equo compenso (*compensación equitativa*) da calcolare tenendo conto dell'eventuale uso di misure tecniche di protezione.

L'eccezione generale per copia privata ricomprende anche la reprografia³³⁶.

La legge spagnola applica il prelievo per equo compenso sia sugli apparecchi, che sui supporti impiegabili per la riproduzione privata. Il compenso è dovuto in ragione dei diritti di proprietà intellettuale che non saranno riscossi a causa delle riproduzioni ad uso privato di opere divulgate sotto forma di libri o altre pubblicazioni assimilate, fonogrammi, videogrammi o qualunque altro supporto audiovisivo³³⁷.

³³¹ Art. 18, *Ley de Propiedad Intelectual* come modificata dalla *Ley 23/2006*.

³³² Sono esclusi dalla norma i programmi per elaboratore e le banche dati elettroniche.

³³³ La norma precedente usava la locuzione: riproduzioni "per uso privato del copiante"; ora, in accordo con la direttiva, è specificato che dell'eccezione possono beneficiare solamente le persone fisiche.

³³⁴ WESTKAMP, *The implementation of directive 2001/29/EC in the member States*, cit., 421.

³³⁵ WESTKAMP, *The implementation of directive 2001/29/EC in the member States*, cit., 421.

³³⁶ È però previsto un obbligo di remunerazione per alcune riproduzioni reprografiche effettuate in luoghi pubblici. In questo caso è possibile che si cumulino l'equo compenso gravante sulle macchine fotocopiatrici e licenza di riproduzione a carico degli operatori. Cfr. WESTKAMP, *The implementation of directive 2001/29/EC in the member States*, cit., 421.

³³⁷ Articolo 25, c. 1, *Ley de Propiedad Intelectual* come modificata dalla *Ley 23/2006*.

La riforma ha operato una distinzione tra prodotti impiegati per riproduzioni analogiche ed prodotti impiegati per riproduzioni digitali. I primi continuano ad essere assoggettati allo schema previgente, che comporta il pagamento di una somma fissa per unità venduta, relativamente agli apparecchi e di una somma proporzionale alla durata per i supporti³³⁸.

Per la determinazione dell'ammontare dei compensi gravanti su apparecchi e supporti digitali è prevista una procedura³³⁹ che vede coinvolte le società di gestione dei diritti e le associazioni di rappresentanza delle categorie su cui grava il pagamento. I ministeri della Cultura e dell'Industria, Turismo e Commercio, comunicano in maniera congiunta l'avvio della procedura alle parti interessate. Queste hanno quattro mesi per raggiungere un accordo e comunicarne i risultati. Entro tre mesi dal raggiungimento dell'accordo o dalla scadenza del termine, i ministeri della Cultura e dell'Industria, Turismo e Commercio dispongono l'elenco degli apparecchi e dei supporti che saranno gravati del prelievo e gli ammontari applicabili a ciascuno di essi, previa consultazione del *Consejo de Consumidores y Usuarios*. La determinazione dei ministeri è soggetta ad obbligo di motivazione qualora si discosti dall'accordo intercorso tra le parti interessate.

Non solo la quantificazione del prelievo, dunque, ma anche l'individuazione delle categorie di beni coinvolti è stabilita nel corso della procedura, di cui è prevista una revisione periodica biennale.

La legge detta una serie di principi di cui si deve tenere conto nella determinazione della base del compenso. Questi includono: il pregiudizio effettivamente arrecato ai titolari dei diritti della riproduzione, che non deve essere “*minimo*”; il grado di utilizzo degli apparecchi e dei supporti per la realizzazione delle riproduzioni; la loro capacità di immagazzinamento; la qualità delle riproduzioni; la disponibilità, il grado di impiego e l'effettività di

³³⁸ Il compenso dovuto per gli apparecchi reprografici varia a seconda della capacità di copia, espressa in copie al minuto. Art. 25, c. 5, *Ley de Propiedad Intelectual* cit. .

³³⁹ Articolo 25, c. 6, *Ley de Propiedad Intelectual* cit. .

misure tecniche di protezione; il tempo di conservazione delle riproduzioni. Gli importi dei compensi devono essere proporzionali al prezzo medio al pubblico di ciascun prodotto gravato.

La legge stabilisce anche i beni ed i soggetti esentati dal pagamento del compenso³⁴⁰. La riscossione dei compensi è affidata a società di gestione dei diritti³⁴¹. Le categorie debentrici sono tenute ad un obbligo di rendiconto³⁴².

Ai rapporti tra misure tecnologiche di protezione e limitazioni ai diritti d'autore è dedicato un apposito articolo³⁴³. La garanzia dell'effettivo esercizio delle facoltà concesse da una serie di eccezioni espressamente indicate, tra cui figura quella per copia privata, si basa, in prima istanza, sull'iniziativa dei titolari dei diritti. Questi, infatti, sono tenuti ad assicurare i mezzi adeguati per beneficiare delle eccezioni a coloro che abbiano avuto accesso legale all'opera o altro materiale protetto. In caso di mancata adesione spontanea a quest'obbligo, i beneficiari delle eccezioni possono fare ricorso alla giurisdizione ordinaria. I titolari dei diritti sono tuttavia liberi di adottare le soluzioni che ritengono necessarie, incluso l'impiego di misure tecniche, per limitare il numero di riproduzioni effettuabili ad uso privato. In questo caso cade, per i beneficiari dell'eccezione per copia privata, la possibilità di chiedere la rimozione delle misure tecniche adottate.

1.8.4 Italia

L'Italia è stato il terzo paese ad aver recepito la direttiva 2001/29/CE³⁴⁴, con il d.lgs. 9 aprile 2003, n. 68³⁴⁵. Questo decreto ha apportato emendamenti

³⁴⁰ Articolo 25, c. 7 e c. 24, *Ley de Propiedad Intelectual* cit. .

³⁴¹ Articolo 25, c. 8, *Ley de Propiedad Intelectual* cit. .

³⁴² Articolo 25, c. 13, *Ley de Propiedad Intelectual* cit. .

³⁴³ Articolo 161, *Ley de Propiedad Intelectual* cit. Le disposizioni di questo articolo non si applicano ai materiali messi a disposizione del pubblico *on demand*.

³⁴⁴ La rapidità con cui la cosiddetta *copyright directive* ha ricevuto attuazione nel nostro paese ha destato qualche perplessità. Sicuramente è stato rispettata la scadenza prevista dall'articolo 13

alla legge 22 aprile 1941, n. 633 sulla protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio, tra i quali l'introduzione al suo interno delle norme sull'equo compenso per copia privata, argomento precedentemente regolato dalla legge 5 febbraio 1992, n.93³⁴⁶.

L'articolo 13 l. 633/41 è stato riscritto per includere nel diritto esclusivo di riproduzione anche la moltiplicazione in copie temporanea o parziale³⁴⁷.

Importanti modifiche hanno riguardato il capo quinto³⁴⁸ del titolo primo, a partire dalla denominazione della rubrica, che da "utilizzazioni libere" è divenuta "eccezioni e limitazioni", in accordo con la terminologia applicata dalla direttiva EUCD.

L'eccezione dal diritto di riproduzione per gli atti di riproduzione temporanea è stata inserita in un articolo ad hoc³⁴⁹.

L'articolo 68, concernente l'eccezione in favore delle riproduzioni reprografiche per uso personale³⁵⁰, era già stato modificato dalla legge 4 settembre 2000, n. 248, nuove norme di tutela del diritto d'autore. La

della direttiva, che prevedeva come limite per l'attuazione il 22 dicembre 2002 (il decreto, approvato in via definitiva il 28 marzo 2003, aveva già ricevuto approvazione preliminare il 20 dicembre 2002). Si auspicava da più parti, tuttavia, una maggiore riflessione sul testo, ed il maggiore coinvolgimento del mondo accademico e delle categorie interessate. Cfr E. O. POLICELLA, *Le principali novità in materia di diritto d'autore introdotte dal d.lgs. N. 68/2003*, *Dir. ind.*, 2003, 372, 372 e M.S. SPOLIDORO, *Una nuova riforma per il diritto d'autore nella società dell'informazione*, *Corriere giur.*, 2003, 845, 845.

³⁴⁵ Cfr. P. AUTIERI, *La riforma del diritto d'autore*, *Dir. Ind.*, 2003, 205.

³⁴⁶ Anche questa legge è stata, di conseguenza, modificata dal decreto attuativo della direttiva europea.

³⁴⁷ "Il diritto esclusivo di riprodurre ha per oggetto la moltiplicazione in copie diretta o indiretta, temporanea o permanente, in tutto o in parte dell'opera, in qualunque modo o forma, come la copiatura a mano, la stampa, la litografia, l'incisione, la fotografia, la fonografia, la cinematografia ed ogni altro procedimento di riproduzione", art. 13, l. 633/41.

³⁴⁸ L'articolo 71 *nonies*, che apre la sezione "disposizioni comuni", precisa che le eccezioni e limitazioni previste dalla legge sul diritto d'autore, quando applicate a opere od altri materiali protetti messi a disposizione del pubblico *on demand*, non devono essere in contrasto con lo sfruttamento normale delle opere o degli altri materiali, né arrecare un ingiustificato pregiudizio agli interessi dei titolari. L'articolo 71 *decies* specifica che le eccezioni o limitazioni previste nel capo quinto si applicano anche ai diritti connessi "di cui ai capi I, I *bis*, II e III e, in quanto applicabili, agli altri capi del titolo II, nonché al capo I del titolo II *bis*".

³⁴⁹ Art. 68 bis, l. 633/41.

³⁵⁰ Per una panoramica della normativa italiana sulla riproduzione ad uso personale di opere protette, vedi: P. DI FABIO, *La nuova normativa sul diritto d'autore e la riproduzione per uso personale dell'opera dell'ingegno*, *Giustizia civ.*, 2003, X, 411.

formulazione originaria della norma consentiva, al primo comma, la riproduzione di opere per uso personale dei lettori, purché fatta a mano o con mezzi non idonei alla diffusione dell'opera al pubblico. Il secondo comma consentiva anche la copia di opere contenute nelle biblioteche, ad uso personale o per i servizi delle biblioteche medesime. Il terzo comma vietava la distribuzione al pubblico delle copie così realizzate e qualsiasi utilizzazione in conflitto con i diritti di utilizzazione economica spettanti agli autori. La legge 248/2000³⁵¹, pur mantenendo inalterato il primo comma, aveva modificato il resto dell'articolo, restringendo i confini di liceità della reprografia ad uso personale e contemporaneamente espandendo i diritti dell'autore dell'opera copiata³⁵². Rimaneva libera la copia delle opere conservate in biblioteche solo per le riproduzioni realizzate per servizi interni. Le fotocopie ad uso personale erano limitate al quindici per cento del totale dell'opera, pagine di pubblicità escluse, e verso il pagamento di un compenso in favore degli autori e degli editori³⁵³, cui erano tenuti i responsabili dei centri di riproduzione che avevano messo a disposizione gli apparecchi impiegati per la copia. La copia di opere esistenti presso le biblioteche pubbliche, realizzate all'interno delle stesse, era sottoposta al medesimo limite, salvo qualora si trattasse di “opera rara fuori dai cataloghi commerciali”³⁵⁴; il compenso, in forma forfetaria, sarebbe stato versato dalle biblioteche stesse, nei limiti degli introiti riscossi per il servizio e “senza oneri aggiuntivi a carico del bilancio dello Stato o degli enti dai quali le biblioteche dipendono”³⁵⁵. In sede di lavori preparatori alla legge 248/2000

³⁵¹ Art. 2, l. 248/2000.

³⁵² G. BONELLI, *Le nuove norme a tutela del diritto d'autore: un primo commento alla legge n. 248/2000*, *Dir. ind.*, 2000, 391, 392 e G. GALEAZZI, *Il diritto d'autore tra nuove e vecchie formulazioni?*, *Nuove leggi civ.*, 2000, 1218, 1228.

³⁵³ Il cui diritto a vietare la riproduzione delle proprie opere veniva, così, degradato a diritto a compenso per le copie realizzate; cfr. BONELLI, *Le nuove norme a tutela del diritto d'autore: un primo commento alla legge n. 248/2000*, cit., 250. In realtà ciò costituiva un ampliamento significativo della sfera dei diritti d'autore, considerato che veniva attribuito un diritto a compenso per utilizzazioni precedentemente ammesse in via gratuita, ed a fronte di una notevole restrizione della latitudine di queste utilizzazioni.

³⁵⁴ Art. 2, c. 2, l. 248/2000

³⁵⁵ Art. 2, c. 2, l. 248/2000

erano emersi alcuni dubbi circa la ragionevolezza dell'estensione del limite anche alle opere esistenti nelle biblioteche, che avrebbe comportato ostacoli significativi alla diffusione della cultura. Obiettivo principale della legge sarebbero dovuti essere i centri di copia commerciali, al fine di impedire la creazione di canali di distribuzione alternativi³⁵⁶, sottratti al controllo di autori ed editori.

Nonostante questi auspici, nella stesura finale della legge il limite del quindici per cento per le riproduzioni ad uso personale è rimasto anche relativamente alle opere conservate nelle biblioteche.

Il d.lgs. 68/2003 ha riformulato in maniera più organica l'articolo 68³⁵⁷, pur mantenendone in buona parte inalterata la disciplina. Sono state tuttavia apportate delle variazioni, alcune delle quali dettate dalla direttiva 2001/29/CE.

³⁵⁶ Cfr. GALEAZZI, *Il diritto d'autore tra nuove e vecchie formulazioni?*, cit., 1230.

³⁵⁷ “1. È libera la riproduzione di singole opere o brani di opere per uso personale dei lettori, fatta a mano o con mezzi di riproduzione non idonei a spaccio o diffusione dell'opera nel pubblico.

2. È libera la fotocopia di opere esistenti nelle biblioteche accessibili al pubblico o in quelle scolastiche, nei musei pubblici o negli archivi pubblici, effettuata dai predetti organismi per i propri servizi, senza alcun vantaggio economico o commerciale diretto o indiretto.

3. Fermo restando il divieto di riproduzione di spartiti e partiture musicali, è consentita, nei limiti del quindici per cento di ciascun volume o fascicolo di periodico, escluse le pagine di pubblicità, la riproduzione per uso personale di opere dell'ingegno effettuata mediante fotocopia, xerocopia o sistema analogo.

4. I responsabili dei punti o centri di riproduzione, i quali utilizzino nel proprio ambito o mettano a disposizione di terzi, anche gratuitamente, apparecchi per fotocopia, xerocopia o analogo sistema di riproduzione, devono corrispondere un compenso agli autori ed agli editori delle opere dell'ingegno pubblicate per le stampe che, mediante tali apparecchi, vengono riprodotte per gli usi previsti nel comma 3. La misura di detto compenso e le modalità per la riscossione e la ripartizione sono determinate secondo i criteri posti all'art. 181-ter della presente legge. Salvo diverso accordo tra la SIAE e le associazioni delle categorie interessate, tale compenso non può essere inferiore per ciascuna pagina riprodotta al prezzo medio a pagina rilevato annualmente dall'ISTAT per i libri.

5. Le riproduzioni per uso personale delle opere esistenti nelle biblioteche pubbliche, fatte all'interno delle stesse con i mezzi di cui al comma 3, possono essere effettuate liberamente nei limiti stabiliti dal medesimo comma 3 con corresponsione di un compenso in forma forfetaria a favore degli aventi diritto di cui al comma 2 dell'articolo 181-ter, determinato ai sensi del secondo periodo del comma 1 del medesimo articolo 181-ter. Tale compenso è versato direttamente ogni anno dalle biblioteche, nei limiti degli introiti riscossi per il servizio, senza oneri aggiuntivi a carico del bilancio dello Stato o degli enti dai quali le biblioteche dipendono. I limiti di cui al comma 3 non si applicano alle opere fuori dai cataloghi editoriali e rare in quanto di difficile reperibilità sul mercato.

Innanzitutto sono stati esclusi dalla eccezione gli spartiti e le partiture musicali, come imposto dall'articolo 5, paragrafo 2 (a), EUCD. La possibilità di realizzare liberamente copie delle opere conservate ai fini di impiego nei propri servizi interni è ora prevista a favore di biblioteche accessibili al pubblico, biblioteche scolastiche, musei pubblici o archivi pubblici, purché non sia perseguito alcun vantaggio economico o commerciale, diretto o indiretto³⁵⁸.

Sono stati mantenuti il limite previsto per le copie ad uso personale ed i relativi sistemi di compenso, a carico dei centri di riproduzione e delle biblioteche pubbliche³⁵⁹.

In questo modo l'eccezione in favore delle riproduzioni reprografiche presente in Italia risulta significativamente più restrittiva rispetto a quanto previsto dall'articolo 5, paragrafo 2, lettera a) della direttiva 2001/29/CE. Nella definizione dell'eccezione come formulata nella direttiva europea, infatti, non trovano spazio né la previsione di un tetto massimo della porzione che è possibile riprodurre di ciascuna opera, né la menzione dell'uso personale come requisito per rendere lecita la copia. Ad eccezione delle opere fuori dai cataloghi editoriali e rare in quanto di difficile reperimento sul mercato, alle quali non si applicano i limiti indicati³⁶⁰, è esclusa la possibilità di effettuare la copia privata di un'opera, nel senso di acquisirne la disponibilità di un esemplare a titolo definitivo³⁶¹. La legge, inoltre, impone un compenso, per

6. È vietato lo spaccio al pubblico delle copie di cui ai commi precedenti e, in genere, ogni utilizzazione in concorrenza con i diritti di utilizzazione economica spettanti all'autore", art. 68, l. 633/41.

³⁵⁸ Questa formulazione ricalca quella impiegata nell'articolo 5, paragrafo 2 (c), direttiva 2001/29/CE.

³⁵⁹ Il compenso grava, dunque, non su tutti i proprietari di macchine fotocopiatrici, ma solo su quei soggetti che le utilizzino, o le mettano a disposizione, per realizzare copie ad uso personale; cfr. M. Bertani, *La novella del 2000 alla legge d'autore*, *Corriere giur.*, 2000, 255, 258. In altri Paesi, ad esempio Spagna e Germania, si è scelto di far gravare il compenso direttamente anche sulle macchine fotocopiatrici, sotto forma di prelievo.

³⁶⁰ Purché si tratti di opere conservate presso biblioteche pubbliche, e le copie siano realizzate all'interno delle stesse.

³⁶¹ "... non esiste a ben vedere alcun generico diritto alla "copia privata", intesa quest'ultima come pretesa da parte del privato di acquisire a titolo stabile la disponibilità di un esemplare. E, infatti, al privato è consentito soltanto di poter accedere all'opera attraverso la lettura o il

pagina riprodotta, che sia almeno pari al prezzo medio a pagina per i libri, secondo una rilevazione statistica annuale. Ciò vuol dire che l'utente è costretto a pagare, per una semplice porzione dell'opera, un prezzo proporzionalmente equivalente, in media, al valore di mercato dell'intero libro. Questa determinazione, però, non tiene conto che il valore di un'opera nella sua integrità è tendenzialmente superiore al valore di una singola parte di essa, in termini di utilità per il lettore. A maggior ragione se si tratta di una parte relativamente piccola, quale è il 15 per cento previsto dalla norma.

Nella sezione II del capo quinto sono contenute le disposizioni inerenti alla riproduzione privata ad uso personale di fonogrammi e videogrammi. Queste norme sostituiscono e aggiornano le omologhe previsioni di cui all'articolo 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 93.

L'articolo 71 *sexies*³⁶² detta i requisiti per la legittimità della riproduzione privata: deve essere effettuata da una persona fisica per uso esclusivamente personale, senza finalità di lucro o commerciali, nel rispetto delle misure

prestito esterno, non già anche di poterla copiare” G. GALEAZZI, *Recenti interventi di armonizzazione del diritto d'autore, Nuove leggi civ.*, 2003, 827, 831.

³⁶² “1. 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*.

2. La riproduzione di cui al comma 1 non può essere effettuata da terzi. La prestazione di servizi finalizzata a consentire la riproduzione di fonogrammi e videogrammi da parte di persona fisica per uso personale costituisce attività di riproduzione soggetta alle disposizioni di cui agli articoli 13, 72, 78-*bis*, 79 e 80.

3. La disposizione di cui al comma 1 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.

4. Fatto salvo quanto disposto dal comma 3, i titolari dei diritti sono tenuti a consentire che, nonostante l'applicazione delle misure tecnologiche di cui all'articolo 102-*quater*, la persona fisica che abbia acquisito il possesso legittimo di esemplari dell'opera o del materiale protetto, ovvero vi abbia avuto accesso legittimo, possa effettuare una copia privata, anche solo analogica, per uso personale, a condizione che tale possibilità non sia in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera o degli altri materiali e non arrechi ingiustificato pregiudizio ai titolari dei diritti”, art. 71 *sexies*, l. 633/41.

tecnologiche eventualmente applicate all'opera da riprodurre. Non è possibile ricorrere a terzi per la realizzazione della copia³⁶³.

La terminologia riprende quella già impiegata dall'articolo 3, l. 93/92, salvo le modifiche introdotte in conformità con l'articolo 5, paragrafo 2, lettera b) della direttiva 2001/29/CE, dal quale la norma italiana si discosta leggermente, parlando di riproduzione privata ad uso personale in luogo dell'espressione "riproduzione ad uso privato" impiegata nella direttiva e ripresa in maniera tendenzialmente omogenea dagli altri Stati membri in sede di trasposizione nelle rispettive leggi nazionali dell'eccezione per riproduzione privata³⁶⁴. Peraltro la scelta italiana appare in coerenza lessicale con l'articolo 68 della legge sul diritto d'autore, che parlava di uso personale già nella versione originale del 1941. L'uso della formula "riproduzione privata ad uso personale", che quasi parrebbe costituire un'endiadi, potrebbe far pensare ad un ambito più circoscritto, previsto dalla legge italiana, per l'uso legittimo della copia realizzata privatamente. La maggioranza dei commentatori, tuttavia, è propensa a non dare peso a tali differenze e a considerare la locuzione come equivalente di uso privato, ossia di un uso che comprenda una cerchia di familiari ed amici, per quanto ristretta³⁶⁵.

³⁶³ Il secondo periodo del comma 2, dell'articolo 71 *sexies* specifica che la prestazione di servizi diretti a consentire la copia privata è regolata dalle disposizioni generali in tema di diritto esclusivo di riproduzione spettante ai titolari di un diritto d'autore o di diritti connessi, pertanto non è attività coperta dalla eccezione per le riproduzioni ad uso personale. Non sembrerebbe tuttavia vietata la riproduzione effettuata da terzi, per conto del beneficiario dell'eccezione, a titolo gratuito e per mera cortesia, cfr. POLICELLA, *Le principali novità in materia di diritto d'autore introdotte dal d.lgs. N. 68/2003*, cit., 382.

³⁶⁴ Vedi, a titolo di esempio, le leggi tedesche, francesi e spagnole. Cfr. supra, paragrafi 1.8.1 e ss.

³⁶⁵ "Quanto all'uso, la legge italiana parla di *uso personale*, con termine che potrebbe apparire più restrittivo del termine *privato*, non pare, però, che questo aggettivo "personale" vada inteso nel senso rigoroso di "individuale", così da escludere l'uso effettuato dai membri di una stessa famiglia", P. GRECO e P. VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, in *Trattato di dir. civ. it.* diretto da Vassalli, III, Torino, 1974, 169. Per un'opinione contraria, vedi: V. M. De Sanctis, *La copia privata nel d.lgs. 68/2003. Prime valutazioni*, *Dir. autore*, 2004, 115, 118.

Il terzo comma dell'articolo 71 *sexies*³⁶⁶ esclude la possibilità di realizzare copie private di opere distribuite *on demand*, qualora siano protette da misure tecniche³⁶⁷ oppure qualora l'accesso all'opera sia consentito sulla base di accordi contrattuali. Relativamente a questo punto la direttiva EUCD è attuata in maniera più restrittiva, dato che l'articolo 6, paragrafo 4, comma 4 intende escludere l'obbligo di rimozione di misure tecniche applicate ad opere distribuite *on demand*, mediante apposite clausole contrattuali, per favorire l'esercizio di una eccezione o la realizzazione di copie private. L'articolo 71 *sexies*, invece, finisce per vietare recisamente la copia privata di tali opere, solo che siano collegate ad un contratto o protette tecnologicamente³⁶⁸.

Fatta eccezione per questa modalità di distribuzione al pubblico, però, i titolari dei diritti relativi ad un'opera che decidono di proteggerla con misure tecnologiche sono tenuti a consentire la realizzazione di copie private, entro certi limiti. Secondo l'articolo 71 *sexies*, ultimo comma³⁶⁹, deve essere

³⁶⁶ “La disposizione di cui al comma 1 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”, Art. 71 *septies*, c.3, l. 633/41.

³⁶⁷ Le norme relative alle misure tecnologiche di protezione e alle informazioni elettroniche sul regime dei diritti, di cui agli articoli 6(3) e 7(2) EUCD, sono state attuate rispettivamente negli articoli 102 *quater* e 102 *quinqes* della legge sul diritto d'autore. Le disposizioni relative alla tutela di MTP e informazioni elettroniche, di cui agli articoli 6(2) e 7(1) EUCD, sono state attuate dall'articolo 171 *ter*, lettere f bis) e h), che prevedono sanzioni penali. Non è stato previsto alcunché, invece, circa l'elusione di misure tecnologiche di protezione. In Italia, dunque, al divieto di produzione e traffico di prodotti prevalentemente destinati all'elusione di misure tecnologiche di protezione non è stato accompagnato un divieto esplicito di elusione delle medesime. Una simile scelta, però, non si pone necessariamente in contrasto con l'articolo 6(1) EUCD, che impegna gli Stati ad assicurare una protezione legale adeguata contro gli atti di elusione: a tal fine può risultare sufficiente il bando degli strumenti necessari a perpetrare l'elusione, per di più rafforzato da sanzioni a carattere penale.

³⁶⁸ I due requisiti, quello dell'uso di MTP e della subordinazione dell'accesso alla presenza di accordi contrattuali, sembra trovare applicazione disgiunta, secondo una interpretazione letterale dell'art. 71 *sexies*, c. 3. : “La disposizione di cui al comma 1 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”.

³⁶⁹ “Fatto salvo quanto disposto dal comma 3, i titolari dei diritti sono tenuti a consentire che, nonostante l'applicazione delle misure tecnologiche di cui all'articolo 102 *quater*, la persona

consentito, a chi abbia acquisito il legittimo possesso di materiali protetti, o vi abbia avuto accesso legittimo, di effettuarne una copia privata, anche solo analogica, nonostante l'applicazione di misure tecnologiche di protezione e purché ciò non contrasti col normale sfruttamento dell'opera e non arrechi pregiudizio irragionevole ai titolari dei diritti. In presenza di MTP, dunque, la possibilità di copia ad uso personale potrebbe risultare limitata ad un unico esemplare in formato analogico, o addirittura nessuna copia qualora venga dimostrato che la rimozione delle protezioni determini una violazione del *three-step test*.

A queste norme si affiancano le disposizioni dell'articolo 71 *quinquies*, inerenti all'interazione tra misure di protezione tecnica ed eccezioni e limitazioni, diverse dall'eccezione per le riproduzioni ad uso privato di fonogrammi e videogrammi. I titolari dei diritti sono tenuti ad adottare idonee soluzioni per consentire ai beneficiari, su loro richiesta, l'esercizio delle facoltà ammesse da una serie di eccezioni³⁷⁰ e nei limiti previsti dalle stesse, purché abbiano acquisito il possesso legittimo di un esemplare dell'opera, oppure vi abbiano avuto accesso legittimo. Le modalità di esercizio possono essere stabilite mediante la conclusione di accordi con le associazioni di rappresentanza dei beneficiari delle eccezioni. Tali obblighi non sussistono per i materiali distribuiti *on demand*³⁷¹. In caso di controversie sorte relativamente all'esercizio di dette eccezioni in presenza di misure di protezione, la legge cerca di favorire la mediazione tra le parti. Sia le associazioni di gestione dei

fisica che abbia acquisito il possesso legittimo di esemplari dell'opera o del materiale protetto, ovvero vi abbia avuto accesso legittimo, possa effettuare una copia privata, anche solo analogica, per uso personale, a condizione che tale possibilità non sia in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera o degli altri materiali e non arrechi ingiustificato pregiudizio ai titolari dei diritti", Art. 71 *septies*, c.4, l. 633/41.

³⁷⁰ Si tratta delle eccezioni di cui agli artt. 55, 68, commi 1 e 2, 69, comma 2, 70, comma 1, 71 *bis* e 71 *quater*, cfr. art. 71 *quinquies*, c. 2, l. 633/41.

³⁷¹ Cfr. art. 71 *quinquies*, c. 3, l. 633/41. Sussiste sempre, per i titolari dei diritti che abbiano apposto misure tecnologiche a tutela delle loro opere, l'obbligo di rimuovere le protezioni per consentirne l'uso a fini di pubblica sicurezza o per assicurare il corretto svolgimento di un procedimento amministrativo, parlamentare o giudiziario, a richiesta dell'autorità competente, art. 71 *quinquies*, c. 1, l. 633/41.

diritti d'autore e dei diritti connessi, sia le associazioni rappresentanti dei beneficiari delle eccezioni possono intavolare trattative al riguardo. In mancanza di accordo, entrambe le parti possono rivolgersi al comitato permanente per il diritto d'autore, affinché esperisca un tentativo di conciliazione. La relativa procedura è regolata dall'articolo 194 bis³⁷². Trascorsi novanta giorni dalla promozione del tentativo di conciliazione, la domanda potrà essere fatta valere in giudizio ordinario³⁷³.

L'articolo 71 *septies*, anch'esso introdotto *ex novo*, riguarda la determinazione dell'equo compenso per copia privata. Questo spetta ad autori e produttori di fonogrammi, ai produttori originari di opere audiovisive, agli artisti interpreti ed esecutori ed ai produttori di videogrammi, e i loro aventi causa³⁷⁴. Gli artisti interpreti ed esecutori sono oggi, dunque, esplicitamente indicati quali soggetti titolari di un diritto a compenso per copia privata³⁷⁵.

I prodotti sui quali è effettuato il prelievo sono sia gli apparecchi che i supporti di registrazione. La legge distingue tra apparecchi destinati esclusivamente alla registrazione, per i quali il compenso è costituito da una quota del prezzo pagato dall'acquirente finale al rivenditore, e apparecchi polifunzionali, ossia per apparecchi suscettibili di usi ulteriori oltre alla registrazione. Per questi ultimi si applica una quota calcolata sul prezzo di un apparecchio con caratteristiche equivalenti a quelle della componente interna

³⁷² La procedura prevede la nomina di una commissione speciale, composta da rappresentanti dei ministeri e da esperti del settore. La parte convenuta ha trenta giorni per presentare le proprie osservazioni, qualora non accetti le richieste della controparte. Se la conciliazione riesce, viene redatto un processo verbale, che costituisce titolo esecutivo. Altrimenti la commissione formula una proposta per la definizione della controversia. Se la proposta non è accettata, i termini di essa sono riassunti a verbale, che sarà acquisito nel successivo giudizio ordinario. Cfr. art. 194 bis, l. 633/41.

³⁷³ Art. 194 bis, c. 7 e 8, l. 633/41.

³⁷⁴ Art. 71 *septies*, c.1, l. 633/41

³⁷⁵ Vigente la vecchia normativa di cui alla l. 93/92, gli artisti interpreti e esecutori non erano indicati come soggetti aventi titolo ad una pretesa autonoma, ma ricevevano una quota dei proventi ricavati dai produttori di fonogrammi e videogrammi.

destinata alla registrazione; altrimenti, in caso d'impossibilità di eseguire tale calcolo per equivalente, si applica un importo fisso per apparecchio³⁷⁶.

Per i supporti, definiti come “supporti analogici, supporti digitali, memorie fisse o trasferibili destinate alla registrazione di fonogrammi o videogrammi”, il compenso è una somma proporzionale alla capacità di registrazione³⁷⁷. Nel 2007 è stato aggiunto³⁷⁸ un periodo dedicato ai sistemi di videoregistrazione da remoto, per i quali il compenso dovuto dal soggetto che presta il servizio ed è commisurato alla remunerazione ottenuta per la prestazione del servizio stesso³⁷⁹.

Per la determinazione in concreto dei compensi, la legge rimanda ad un decreto del Ministero per i beni e le attività culturali, il quale deve previamente consultare il comitato permanente sul diritto d'autore, di cui all'articolo 190 legge sul diritto d'autore, e le associazioni di categoria maggiormente rappresentative dei produttori degli apparecchi e dei supporti interessati. La determinazione del compenso deve tenere conto dell'eventuale uso di misure tecnologiche di protezione e della “differente incidenza della copia digitale rispetto alla copia analogica”³⁸⁰. È prevista una revisione periodica del decreto con cadenza triennale.

Per quanto riguarda i soggetti debitori del compenso, essi sono i produttori o gli importatori nel territorio dello Stato dei beni indicati allo scopo di trarne profitto³⁸¹.

Sussiste un obbligo di rendiconto a carico dei soggetti debitori del compenso nei confronti della SIAE, alla quale devono dichiarare con cadenza trimestrale le vendite effettuate ed i compensi dovuti, con contemporaneo

³⁷⁶ Art. 71 *septies*, c.1, l. 633/41.

³⁷⁷ Art. 71 *septies*, c.1, l. 633/41.

³⁷⁸ Dal d.l. 31 dicembre 2007, n. 248.

³⁷⁹ Art. 71 *septies*, c.1, l. 633/41.

³⁸⁰ Art. 71 *septies*, c.2, l. 633/41. Questi criteri rispecchiano quelli posti dai considerando 38 e 39, nonché dall'art. 5 (2)(b) della direttiva EUCD.

³⁸¹ Alla prima versione del 3 comma dell'articolo 71 *septies*, che parlava di “fini commerciali”, è stata sostituita la corrente formulazione in forza del d. l. 22 marzo 2004, n. 72.

versamento degli importi. I distributori degli apparecchi e dei supporti sono responsabili in solido, in caso di mancata corresponsione del compenso³⁸².

L'articolo si conclude con la previsione di sanzioni amministrative per la violazione degli obblighi a carico dei soggetti tenuti al pagamento³⁸³.

Rimane centrale, ovviamente, il ruolo della SIAE, che si occupa sia della riscossione che della ripartizione delle somme dovute a titolo di equo compenso³⁸⁴.

Il d.lgs. 68/2003 aveva provveduto a dare una determinazione provvisoria ai compensi previsti dall'articolo 71 *septies*, in attesa dell'emanazione del decreto ministeriale previsto³⁸⁵. Per i compensi in questa fase transitoria si distingueva tra supporti analogici e supporti digitali, i quali erano ulteriormente divisi in supporti dedicati alla registrazione audio e video e non dedicati, ossia che consentono di registrare qualsiasi tipo di informazioni. La quota era indicata mediante una cifra fissa per ogni ora di registrazione, oppure in funzione della capienza del supporto³⁸⁶.

³⁸² Art. 71 *septies*, c.3, l. 633/41. L'obbligo di rendiconto, inizialmente non previsto dalla l. 93/92, vi era stato inserito dall'art. 18 della legge 248/2000.

³⁸³ “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”, Art. 71 *septies*, c. 4, l. 633/41.

³⁸⁴ Il compenso per le riproduzioni audio è ripartito a metà tra gli autori ed i produttori di fonogrammi; questi ultimi provvedono a versare la metà di quanto così ricevuto agli artisti interpreti o esecutori. Il compenso per il settore video è ripartito per il trenta per cento agli autori, il restante settanta per cento è suddiviso equamente tra produttori originari di opere audiovisive, produttori di videogrammi e artisti interpreti o esecutori. La cifra di spettanza a questi ultimi è destinata per il cinquanta per cento all' IMAIE, che riserva questi fondi per le attività di studio e ricerca, nonché per i fini di promozione, formazione e di sostegno professionale degli artisti, come previsto dall'art. 7 della l. 93/92.

³⁸⁵ Art. 39, d.lgs. 68/2003. La data indicata quale termine del periodo transitorio era il 31 dicembre 2005.

³⁸⁶ I compensi per i supporti in via provvisoria erano i seguenti:

a) supporti audio analogici: 0,23 euro per ogni ora di registrazione; b) supporti audio digitali dedicati, quali minidisc, CD-R audio e CD-RW audio: 0,29 euro per ora di registrazione. Il compenso è aumentato proporzionalmente per i supporti di durata superiore; c) supporti digitali non dedicati, idonei alla registrazione di fonogrammi, quali CD-R dati e CD-RW dati: 0,23 euro per 650 megabyte; d) memorie digitali dedicate audio, fisse o trasferibili, quali flash memory e cartucce per lettori MP3 e analoghi: 0,36 euro per 64 megabyte; e) supporti video analogici: 0,29 euro per ciascuna ora di registrazione; f) supporti video digitali dedicati quali

Per quanto riguarda gli apparecchi, erano indicati solamente gli “apparecchi esclusivamente dedicati alla registrazione analogica o digitale audio o video”³⁸⁷, per i quali era previsto il pagamento del tre per cento sul prezzo di listino al rivenditore. Rimanevano temporaneamente esentati dal prelievo gli apparecchi polifunzionali.

L'articolo 71 *septies* ha subito modifiche successive³⁸⁸, dirette a fissare un termine per l'emanazione del decreto del Ministero per i beni culturali ed a concludere la fase transitoria, mettendo così a regime il meccanismo dell'equo compenso. In ultimo è stata fissata la data del 31 dicembre 2009.

Il decreto in questione è stato firmato il 30 dicembre 2009³⁸⁹, stabilendo così le tipologie di prodotti cui applicare il prelievo e le relative quote³⁹⁰. È stato notevolmente ampliato il ventaglio dei beni coinvolti. In particolare sono state inclusi le memorie digitali e gli hard disk, sia fissi, ossia stabilmente incorporati in un dispositivo, che removibili.

Come indicato dall'articolo 71 *septies*, il compenso per i supporti è costituito da una cifra fissa determinata in funzione della capacità di registrazione o

DVHS, DVD-R video e DVD-RW video: 0,29 euro per ora, pari a 0,87 euro per un supporto con una capacità di registrazione di 180 minuti. Il compenso è aumentato proporzionalmente per i supporti di durata superiore; g) supporti digitali idonei alla registrazione di fonogrammi e videogrammi, quali DVD Ram, DVD-R e DVD-RW: 0,87 euro per 4,7 gigabyte. Il compenso è aumentato proporzionalmente per i supporti di durata superiore. Art 39, d.lgs. 68/2003. Il testo dell'articolo 39 era stato successivamente modificato dal decreto Urbani (d.l. 22 marzo 2004, n. 72, convertito con l. 21 maggio 2004, n.128), che sostituiva la determinazione dei compensi previsti dalla lettera d) (0,36 euro per gigabyte anziché per megabyte) ed introduceva la lettera h-*bis* (che disponeva un compenso per gli apparecchi esclusivamente destinati alla masterizzazione di CD e DVD e per il software finalizzato alla masterizzazione, fissato nel valore del 3 per cento dei prezzi di listino dei prodotti). Queste modifiche hanno avuto vita relativamente breve, perché le lettere d) ed h-*bis*) dell'art 39, d.lgs. 68/2003 furono abrogate dall'articolo 3, c 3-*sexies* del d.l. 31 gennaio 2005, n. 7 convertito in legge 31 marzo 2005, n. 43.

³⁸⁷ Art. 39, lett h), d.lgs. 68/2003.

³⁸⁸ *In primis* era intervenuta la l. 28 febbraio 2008, n. 31, che, convertendo in legge il d. l. 31 dicembre 2007, n. 248, aveva stabilito come data limite il 31 dicembre 2008. Il d.l. 30 dicembre 2008 aveva poi prorogato la scadenza di un anno.

³⁸⁹ Decreto 30 dicembre 2009 del Ministro per i beni e le attività culturali.

³⁹⁰ Precedentemente era stato consultato il Comitato permanente sul diritto d'autore, ed era stata svolta, il 10 dicembre 2009, un'audizione presso il Ministero, con i rappresentanti delle associazioni dei titolari dei diritti, i rappresentanti delle associazioni dei produttori di supporti o apparecchi ed i consumatori, rappresentati dal Consiglio nazionale dei Consumatori e degli utenti.

memorizzazione del supporto³⁹¹. In molti casi è indicato un tetto massimo al compenso³⁹². È stata diminuita la quota del compenso per alcuni supporti non dedicati, ossia i CD ed i DVD dati, in vista della diminuzione delle vendite di questi prodotti e del loro minor uso quali supporti per la realizzazione di riproduzioni private³⁹³.

Per gli apparecchi di registrazione dedicati e per i masterizzatori di supporti il compenso è costituito dal cinque per cento del prezzo³⁹⁴. Per gli apparecchi polifunzionali la percentuale è calcolata sul prezzo commerciale di un apparecchio con caratteristiche equivalenti alla componente interna destinata alla registrazione³⁹⁵. Per gli apparecchi polifunzionali dotati di memoria o hard disk fissi, però, è dovuto il solo compenso commisurato alla capacità di registrazione di questi ultimi³⁹⁶.

È stato deciso, infine, di optare per un compenso fisso³⁹⁷ per computer e telefoni cellulari dotati di funzione di registrazione e riproduzione audio e video³⁹⁸. Tale scelta è dovuta alla natura fortemente ibrida³⁹⁹ di queste due

³⁹¹ I supporti inclusi nell'elenco ora comprendono: Blu Ray disks, HD-DVD, chiavette USB, hard disk esterni, memorie o hard disk integrati in apparecchi multimediali portatili, memorie o hard disk integrati in lettori mp3 o altri apparecchi Hi-Fi, hard disk esterni multimediali utilizzabili in associazione ad apparecchi TV o Hi-Fi, memorie o hard disk integrati in videoregistratori, decoder o simili. L'elenco si chiude con una norma di chiusura, che fissa un compenso per memorie o hard disk integrati in altri dispositivi non menzionati, con funzione di registrazione e riproduzione di contenuti audio e video, art. 2, lett. x) allegato tecnico "Determinazione del compenso per la copia privata di fonogrammi e videogrammi ai sensi dell'articolo 71-*septies* della legge 22 aprile 1946, n. 633" al decreto 30 dicembre 2009 del Ministro per i beni e le attività culturali.

³⁹² Ad esempio, la quota destinata a compenso non può superare i 7 euro (9 dal terzo anno) per le chiavette usb ed i 12 euro (20 dal terzo anno) per gli hard disk esterni, vedi allegato tecnico al decreto 30 dicembre 2009, cit. .

³⁹³ Cfr. relazione illustrativa al decreto 30 dicembre 2009, cit., 11.

³⁹⁴ Il prezzo di riferimento è quello indicato dal soggetto obbligato nella documentazione fiscale, art.2 lett. n), allegato tecnico al decreto 30 dicembre 2009, cit. .

³⁹⁵ Art. 2 lett. n bis), allegato tecnico al decreto 30 dicembre 2009, cit. .

³⁹⁶ Art. 3, allegato tecnico al decreto 30 dicembre 2009, cit. .

³⁹⁷ In luogo del criterio della capacità di registrazione proposto inizialmente dal comitato permanente per il diritto d'autore, cfr. relazione illustrativa al decreto 30 dicembre 2009, cit., 8.

³⁹⁸ Per i computer il compenso è di 2,40 euro per gli apparecchi dotati di masterizzatore interno e di 1,90 euro per quelli che ne sono privi, art. 2, lett. y), allegato tecnico al decreto 30 dicembre 2009, cit. Per i telefoni cellulari, o meglio per le memorie o gli hard disk integrati in un "dispositivo avente primaria funzione di comunicazione e dotato di funzione di

tipologie di apparecchio, che si connotano per l'ampia possibilità d'usi diversi, pur essendo incidentalmente idonei ad essere impiegati per la realizzazione di riproduzioni private.

1.9 La normativa canadese

Il Canada offre un esempio extraeuropeo di paese che ha espressamente riconosciuto la liceità delle riproduzioni musicali ad uso privato, imponendo un compenso a favore dei titolari dei diritti delle opere riprodotte. Tale compenso è ricavato applicando un prelievo (*copying levy*) su alcuni prodotti impiegati ordinariamente per le registrazioni audio domestiche⁴⁰⁰.

La norma canadese è entrata in vigore il 19 marzo 1998, quale *Part VIII del Copyright Act*⁴⁰¹, dopo un'intensa azione di *lobbying* portata avanti dai rappresentanti delle industrie discografiche, preoccupate per l'aumento del fenomeno della copia privata⁴⁰². Inizialmente pensata per le tecnologie di copia analogica, la legge canadese aveva incluso le sole cassette vergini tra i prodotti costituenti la base del compenso⁴⁰³. Successivamente il prelievo è stato esteso ad altri supporti, quali i CD, ma gli apparecchi di registrazione o altri prodotti, che si potrebbero definire di tipo ibrido, sono rimasti esclusi dall'obbligo.

registrazione e riproduzione multimediale audio e video: compenso fisso di euro 0,90 centesimi", art. 2, lett. w), ibidem.

³⁹⁹ "trattandosi, deve evidenziarsi, di prodotti che possono essere qualificati, agli effetti della presente normativa, tanto come *apparecchi*, quanto come *supporti*", relazione illustrativa al decreto 30 dicembre 2009, cit., 8.

⁴⁰⁰ F. TABATAI, *Note: a tale of two Countries: Canada's response to the peer-to-peer crisis and what it means for the United States*, 73 *Fordham L. Rev.* 2321 (2005), 2334.

⁴⁰¹ J. F. DE BEER, *Copyrights, Federalism, and the Constitutionality of Canada's Private Copying Levy*, (2006) 51 *McGill L.J.* 735, 751.

⁴⁰² "In Canada, Parliament created the private copying exemption in response to the lobbying efforts of the Canadian recording industry to exempt certain acts of private copying from copyright infringement in return for a system of levies on blank audio recording media to compensate copyright owners for their losses due to "home sharing" of analogue tapes during the 1980s and 1990s", G. R. HAGEN, N. ENGFIELD, *Canadian Copyright Reform: P2P Sharing, Making Available and the Three-Step Test*, 3 *UOLTJ* 477, 482 (2006).

⁴⁰³ DE BEER, *Copyrights, Federalism, and the Constitutionality of Canada's Private Copying Levy*, cit., 752.

La *section 80* del *Copyright Act* canadese afferma che non costituisce violazione di copyright la riproduzione di un'opera incorporata in una registrazione sonora, realizzata su un supporto di registrazione audio per l'uso privato della persona che ha prodotto la copia. La stessa disciplina è estesa anche ai diritti connessi a quelli dell'autore dell'opera, ossia alle esecuzioni di artisti interpreti o esecutori (*performer's performance*) ed alle registrazioni di opere od esecuzioni (*sound recording in which a musical work, or a performer's performance of a musical work, is embodied*)⁴⁰⁴. La riproduzione privata non è però lecita se effettuata per una serie di scopi, quali la vendita, il noleggio, la distribuzione anche a fini non commerciali, la comunicazione al pubblico mediante telecomunicazione o l'esecuzione della copia in pubblico⁴⁰⁵.

La *section 79* si apre offrendo la definizione rilevante, in tema di copia privata, di supporto di registrazione audio: è un supporto di registrazione, di qualsiasi formato, sul quale può esser riprodotta una registrazione sonora, di un tipo ordinariamente impiegato da consumatori individuali per questo scopo⁴⁰⁶. La definizione, dunque, si presta a ricomprendere qualsiasi tipologia di supporto audio.

Autori, esecutori e produttori⁴⁰⁷ hanno diritto a ricevere un compenso (*remuneration*) dai fabbricanti e dagli importatori a fini di commercio di supporti

⁴⁰⁴ “(1) Subject to subsection (2), the act of reproducing all or any substantial part of
(a) a musical work embodied in a sound recording,
(b) a performer's performance of a musical work embodied in a sound recording, or
(c) a sound recording in which a musical work, or a performer's performance of a musical work, is embodied

onto an audio recording medium for the private use of the person who makes the copy does not constitute an infringement of the copyright in the musical work, the performer's performance or the sound recording”. Sec. 80 (1), *Copyright Act*.

⁴⁰⁵ Sec. 80(2), *Copyright Act*.

⁴⁰⁶ “In this Part, “audio recording medium” means a recording medium, regardless of its material form, onto which a sound recording may be reproduced and that is of a kind ordinarily used by individual consumers for that purpose”, sec. 79, par. 1, *Copyright Act*.

⁴⁰⁷ Hanno titolo a ricevere la remunerazione per copia privata solo gli esecutori o i produttori di registrazioni che abbiano cittadinanza canadese, o sede legale in Canada qualora il produttore sia una persona giuridica, oppure siano cittadini di paesi che riconoscano a soggetti canadesi i medesimi benefici; cfr sec. 79, sec 85, *Copyright Act*. Tale scelta, che costituisce applicazione della clausola della reciprocità di trattamento, ha suscitato tuttavia alcuni dubbi

di registrazione vergini per le riproduzioni ad uso privato delle loro opere⁴⁰⁸. I soggetti debitori del compenso sono tenuti a versarlo ad un organismo di gestione dei diritti⁴⁰⁹, verso il quale hanno anche un obbligo di rendiconto⁴¹⁰.

Non sono sottoposti al pagamento della *levy* i supporti destinati all'esportazione, ed effettivamente esportati, nonché i supporti destinati a società od associazioni di persone con disabilità percettive⁴¹¹.

L'organismo deputato alla fissazione dell'ammontare dei compensi e delle modalità di riscossione è il *Board of copyright*. Il *Board* provvede a questo compito tenendo conto delle indicazioni ricevute dalle *collecting society* e dalle parti interessate⁴¹². I compensi così determinati devono essere "*fair and equitable*"⁴¹³.

La *collecting society* incaricata della riscossione si occupa anche della successiva distribuzione dei proventi, secondo i criteri indicati dal *Board of copyright*⁴¹⁴.

La *copying levy* canadese, dunque, si applica soltanto a supporti di registrazione audio. Sono stati compiuti alcuni tentativi, da parte della CPCC⁴¹⁵ e da parte del *Board of copyright*, di ampliare il novero di prodotti sui quali far valere il diritto al compenso. Tali tentativi non sono stati portati a termine con successo, finora.

circa il rispetto, da parte del Canada, delle sue obbligazioni internazionali. Cfr. A. F. CHRISTIE, J. DAVIDSON, F. ROTSTEIN, *Canada's Private Copying Levy - Does it Comply With Canada's International Treaty Obligations?*, *Intellectual Property Journal*, Vol. 20, No. 1, 111-134, 2006, disponibile all'URL: «<http://ssrn.com/abstract=980845>» (ultimo accesso effettuato in data 3 febbraio 2011).

⁴⁰⁸ Sec. 81, *Copyright Act*.

⁴⁰⁹ La *Canadian Private Copying Collective* è l'organismo creato *ad hoc* dalle associazioni rappresentanti dei titolari dei diritti d'autore e dei diritti connessi relativi alle opere musicali in Canada. Cfr. CHRISTIE, DAVIDSON, ROTSTEIN, *Canada's Private Copying Levy - Does it Comply With Canada's International Treaty Obligations?*, cit., 114.

⁴¹⁰ Sec. 81, *Copyright Act*.

⁴¹¹ Sec. 81, sec 86, *Copyright Act*.

⁴¹² Sec. 83, *Copyright Act*.

⁴¹³ Sec. 83(9), *Copyright Act*. La determinazione del Board dell'anno 2007 è stata la seguente: cassetta audio di 40 minuti o più, 0,29 dollari canadesi; CD-R e CD-RW, 0,21 dollari canadesi; CD-R audio, CD-RW audio e MiniDisk, 0,77 dollari canadesi, cfr. CHRISTIE, DAVIDSON, ROTSTEIN, *Canada's Private Copying Levy - Does it Comply With Canada's International Treaty Obligations?*, cit., 114.

⁴¹⁴ Sec. 84, *Copyright Act*.

⁴¹⁵ *Canadian Private Copying Collective*, la società che si occupa della gestione dei prelievi in Canada.

Nel 2003 la CPCC aveva proposto una nuova determinazione dei compensi per le riproduzioni private, che includesse anche altri supporti, quali i DVD e le *memory card* removibili, nonché le memorie fisse permanentemente incorporate in registratori digitali audio, ossia lettori Mp3 o apparecchi simili⁴¹⁶. Il *Board* ritenne che supporti quali DVD e memorie removibili fossero prodotti non usati ordinariamente per effettuare riproduzioni ad uso privato e pertanto non fossero da assoggettare al prelievo⁴¹⁷. Impose, però, il pagamento del compenso sulle memorie non removibili incorporate in lettori Mp3 o apparecchi simili.

Una rappresentanza dei principali produttori e importatori di supporti, la *Canadian Storage Media Alliance*, si oppose alla decisione del *Board* e, nel 2004, la *Federal Court of Appeal*⁴¹⁸ accolse il ricorso presentato contro la determinazione dei compensi, impedendo che potessero essere applicati alle memorie incorporate in apparecchi di registrazione.

Il *Board*, a sostegno della propria decisione, aveva affermato che gli apparecchi digitali di registrazione fossero impiegati comunemente per le riproduzioni ad uso privato. Le memorie incorporate in detti apparecchi, dunque, rientravano nella definizione di supporti di registrazione audio ai sensi della normativa sulla riproduzione ad uso privato. Il prelievo non sarebbe stato applicato sui dispositivi, che non rientravano nell'ambito della legge sui compensi per copia privata, ma sulla loro memoria interna⁴¹⁹.

La Corte canadese respingeva queste argomentazioni, sottolineando che l'elemento determinante per l'applicazione del compenso era il dispositivo, e

⁴¹⁶ Cfr. *Canada (Canadian Private Copying Collective) v. Canadian Storage Media Alliance*, [2004] F.C.A. 424, 2004 Fed.C.C. LEXIS 2023, al punto 8.

⁴¹⁷ *Canada (Canadian Private Copying Collective) v. Canadian Storage Media Alliance*, cit., al punto 137.

⁴¹⁸ *Canada (Canadian Private Copying Collective) v. Canadian Storage Media Alliance*, cit.. In questa sentenza la Corte canadese affrontò anche altre importanti questioni, quali il riconoscimento della costituzionalità della normativa sui compensi ed il riconoscimento della natura non fiscale dei medesimi. Cfr. anche DE BEER, *Copyrights, Federalism, and the Constitutionality of Canada's Private Copying Levy*, cit., 752.

⁴¹⁹ *Canada (Canadian Private Copying Collective) v. Canadian Storage Media Alliance*, cit., al punto 149. Cfr. anche E. FKARAS, *The failures and promises of Canada's alternative compensation system for private reproduction of copyrighted recordings*, 2 *Shidler J. L. Com. & Tech.* 16 (2006).

non la memoria⁴²⁰: non era possibile distinguere tra una memoria digitale destinata ad un computer ed una destinata ad un lettore Mp3 fintantoché non fossero state incluse nel rispettivo apparecchio.

Il *Board*, pertanto, aveva errato nella sua decisione: era compito del Parlamento stabilire se i registratori audio digitali, come i lettori Mp3, potessero essere inclusi nel novero dei prodotti sottoposti al prelievo di una somma quale compenso per le riproduzioni private⁴²¹. Nella decisione della Corte è anche adombrata la possibilità che l'uso di lettori Mp3 per la realizzazione di copie private possa costituire una violazione di copyright, in quanto tale uso non sarebbe coperto dalla eccezione prevista dalla legge⁴²².

Lo schema canadese di compensazione per la copia privata può essere idealmente collocato a mezza via tra le normative europee e la disciplina dettata dallo AHRA americano. Quest'ultimo sottopone a prelievo sia apparecchi di registrazione digitale che i relativi supporti, mentre il *Copyright Act* canadese include i soli supporti. Il criterio per la determinazione delle tipologie di prodotti che costituiscono la base per il calcolo del compenso è, però, più ampio: la normativa americana riguarda prodotti il cui scopo principale (*primary purpose*) sia la realizzazione di copie private⁴²³, laddove quella canadese è

⁴²⁰ "It can be seen from the Board's own reasoning and from the tariff which it certified that it is the device that is the defining element of the levy and not the memory incorporated therein. The Board cannot establish a levy and determine the applicable rates by reference to the device and yet assert that the levy is being applied on something else", *Canada (Canadian Private Copying Collective) v. Canadian Storage Media Alliance*, cit., punto 152.

⁴²¹ "...it is for Parliament to decide whether digital audio recorders such as MP3 players are to be brought within the class of items that can be levied under Part VIII. As Part VIII now reads, there is no authority for certifying a levy on such devices or the memory embedded therein", *Canada (Canadian Private Copying Collective) v. Canadian Storage Media Alliance*, cit., punto 164.

⁴²² "If, indeed, digital audio recorders (or the memories embedded therein) fall outside the scope of the definition, copyright infringement could result from the use of such devices to private copy", *Canada (Canadian Private Copying Collective) v. Canadian Storage Media Alliance*, cit., 147. Cfr. anche DE BEER, *Locks & Levies*, cit., 151.

⁴²³ Cfr. 17 U. S. Code 1001 (3).

applicata a prodotti ordinariamente impiegati a questi scopi⁴²⁴. Il risultato è che in Canada sono gravati beni quali i CD che negli Stati Uniti sono esclusi⁴²⁵.

Al contempo il sistema canadese non è esteso come quello della maggior parte degli Stati membri dell'Unione Europea, nei quali l'equo compenso è ricavato, oltre che dagli apparecchi, anche da una serie di beni di natura ibrida, quali i lettori Mp3, e da altri prodotti non appositamente dedicati alla copia privata, quali telefoni cellulari, computer, ed altri tipi di memorie digitali.

⁴²⁴ Cfr. sec. 79, par. 1, *Copyright Act*.

⁴²⁵ Conseguentemente i proventi derivanti da compensi per copia privata sono superiori in Canada, cfr. DE BEER, *Locks & Levis*, cit., 162.

Capitolo 2. L'equo compenso tra diritto esclusivo di riproduzione, misure tecnologiche di protezione e tecnologie digitali

2.1 Il diritto ad equo compenso secondo una prospettiva economica

Le leggi che hanno introdotto sistemi di equo compenso per le riproduzioni ad uso privato rappresentano la risposta giuridica ad un problema pratico: ridurre l'incidenza economica dei danni causati agli autori in termine di mancate vendite causate dal diffondersi della copia privata.

Il diritto garantisce agli autori la possibilità di beneficiare economicamente, e non solo, delle loro opere istituendo un monopolio artificiale sull'uso delle medesime: chiunque è tenuto a trattare con l'autore di un'opera per poter acquisire il diritto di usarla⁴²⁶.

Possono essere avanzate diverse spiegazioni⁴²⁷ su questa impostazione delle leggi sul diritto d'autore. Un primo *rationale* è dato dall'esigenza di acquisire efficienza economica: per assicurare ai creatori di opere proventi sufficienti a permetterne la sussistenza e ad incentivare la produzione di nuove opere, si consegna loro un monopolio sullo sfruttamento dei frutti del loro lavoro⁴²⁸. Un secondo motivo è dato da ragioni di giustizia o equità⁴²⁹: il lavoro di artisti ed autori arricchisce l'intera società; è giusto, quindi, tributare loro un riconoscimento che comprenda anche la possibilità di godere di benefici

⁴²⁶ Questo come regola generale. La legge, infatti, individua dei margini entro i quali l'uso delle opere protette rimane libero: vedi, ad esempio, il *fair use* statunitense o le eccezioni e limitazioni previste nel diritto italiano.

⁴²⁷ Se ne possono citare le più varie, dalla più pragmatica esigenza del potere pubblico di controllare le attività di stampa, cfr. *supra* nota n°10, al diritto naturale, mutuato da Locke, per cui l'autore, avendo creato con il suo lavoro l'opera, ne è il naturale proprietario; Cfr DAVIES, *Copyright and the Public Interest*, cit.,14.

⁴²⁸ In tal modo si sopporta una minore efficienza statica, dettata dal monopolio sulle opere, per perseguire un'efficienza dinamica sul lungo periodo, ossia favorire la creazione di nuove opere. Questo criterio è ben presente nella cosiddetta *copyright clause* della Costituzione statunitense, così come nello *Statute of Anne* britannico.

⁴²⁹ Cfr. DAVIES, *Copyright and the Public Interest*, cit., 14. Di tale concezione si trova traccia nell'assegnazione di un diritto morale degli autori ad essere riconosciuti come tali, tipica delle legislazioni europee continentali.

economici⁴³⁰. Obiettivo ultimo, in definitiva, è il favorire la circolazione delle idee, cercando un equilibrio tra la necessità di diffusione delle opere dell'intelletto e la necessità di assicurare una adeguata remunerazione agli autori⁴³¹.

Il diritto esclusivo di riproduzione, una delle esclusive regolate dal diritto d'autore⁴³², assegna al creatore di un'opera la facoltà di autorizzare o vietare le attività di moltiplicazione in copie dell'opera⁴³³. In tal senso il diritto di riproduzione ha caratteristiche simili ad un diritto di proprietà⁴³⁴: chi vuole realizzare una o più copie di un'opera deve acquistare il diritto a farlo, negoziando con l'autore i termini di concessione di una licenza. Nessuno può legittimamente moltiplicare in copie un'opera senza averne acquisito il titolo a farlo, così come nessuno può appropriarsi di un bene privato, come una mela od una motocicletta, senza averne acquistato il diritto dal legittimo proprietario.

⁴³⁰ Secondo una visione tradizionale, l'approccio europeo continentale e l'approccio di *common law* al diritto d'autore si differenzerebbe proprio per questo: le leggi sul *copyright* hanno come primo obiettivo l'efficienza economica, e solo secondariamente la remunerazione degli autori, fattore al contrario centrale per il *droit d'auteur*; cfr. REYES, *Can the Common Law Adequately Justify a Home Taping Royalty Using Economic Efficiency Alone?*, cit., 241 e ss. Si rileva da più parti, tuttavia, un ravvicinamento tra le due tradizioni, in particolare per via di un maggior ricorso, anche nei sistemi di civil law, a giustificazioni di carattere socio-economico a fondamento delle leggi sul diritto d'autore, soprattutto da parte dell'Unione Europea. Cfr K. J. KOELMAN, *Copyright Law & Economics in the Copyright Directive: Is the Droit d'Auteur Passe?*, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, VII, 2004, 603.

⁴³¹ Consentendo a questi ultimi di rivolgersi al mercato per ottenere un profitto per i loro sforzi, si permette loro di guadagnare indipendenza economica e, conseguentemente, di godere di maggiore libertà espressiva. Cfr. N. ABRIANI, G. COTTINO, M. RICOLFI, *Diritto industriale*, Padova, 2001, 353.

⁴³² Il diritto di riproduzione, così come altre facoltà esclusive previste in favore degli autori, sono stati successivamente estesi ai titolari di diritti connessi, in particolare ai produttori di fonogrammi e videogrammi, e ad artisti interpreti o esecutori. Vedi, in particolare, le convenzioni di Berna e Roma, nonché i trattati W.C.T e W.P.P.T. .

⁴³³ Cfr. art 13, l. 633/41.

⁴³⁴ In questa ottica il diritto di riproduzione esclusiva può essere comparato ad una *property rule*: "An entitlement is protected by a property rule to the extent that someone who wishes to remove the entitlement from its holder must buy it from him in a voluntary transaction in which the value of the entitlement is agreed upon by the seller", CALABRESI, MELAMED, *Property rules, liability rules and inalienability: one view of the cathedral*, cit., 1092.

Un autore può realizzare profitti licenziando in esclusiva ad un altro soggetto, un editore ad esempio, la facoltà di moltiplicazione in copie di una sua opera. L'editore tratta con l'autore e gli paga il prezzo che questi considera sufficiente a remunerare i propri sforzi creativi⁴³⁵. L'editore potrà, a sua volta, realizzare profitti facendo commercio degli esemplari dell'opera⁴³⁶: detenendo l'esclusiva su quella determinata opera, potrà praticare un prezzo che gli consenta di recuperare gli investimenti effettuati e di ottenere dei guadagni⁴³⁷. Se un soggetto terzo, in violazione dell'esclusiva, avviasse un'intrapresa di riproduzione dell'opera al fine di lucrare sul commercio delle copie, interverrebbero le sanzioni previste dalla legge ad impedire l'attività illecita. In questo modo il diritto tutela le possibilità di guadagno degli autori e dei loro licenziatari.

Esistono però anche altre categorie di soggetti che possono essere interessati alla realizzazione di copie di un'opera. Ad esempio, l'acquirente di un esemplare di un lavoro protetto da diritto d'autore potrebbe desiderarne un'ulteriore copia, per metterla a disposizione della famiglia o per un altro uso privato, senza alcuna finalità di lucro. Egli avrà due scelte: o acquistare un altro esemplare dell'opera, pagandone nuovamente il prezzo, oppure provvedere personalmente alla realizzazione della copia. In questa seconda ipotesi dovrà contattare il titolare del diritto di esclusiva sull'opera e negoziare i termini per

⁴³⁵ In realtà non sempre l'autore può trattare da una posizione di forza. Spesso sarà l'editore a far valere il proprio potere contrattuale e ad imporre il valore delle *royalties* da corrispondere all'autore: "the typical new band has very little negotiating power with record labels, and the advance rarely covers the recording and promotion costs, which are usually charged to the band", M. CONNOLLY, A.B. KRUEGER, *Rockonomics: the economics of pop music*, Princeton University, 2005, 8 e ss., disponibile all'URL: «<http://www.irs.princeton.edu/pubs/pdfs/499.pdf>» (ultimo accesso effettuato in data 21 giugno). Cfr. anche OECD report, "Digital Broadband Content: Music", 2005, 44 e ss., disponibile all'URL: «<http://www.oecd.org/dataoecd/13/2/34995041.pdf>» (ultimo accesso effettuato in data 21 giugno).

⁴³⁶ Vedi artt. 17 e 18 bis, l. 633/41. Il diritto di riproduzione, pur essendo una facoltà indipendente, viene spesso esercitato assieme alla facoltà esclusiva di distribuzione dell'opera. Cfr. P. AUTERI, in *Diritto Industriale, Proprietà Intellettuale e Concorrenza* (a cura di P. SPADA, M. RICOLFI), Torino, 2009, 586.

⁴³⁷ Avendo ottenuto la licenza esclusiva per la riproduzione in serie dell'opera, potrà agire come monopolista nello sfruttamento commerciale delle copie.

una licenza di riproduzione ad uso privato. Tale negoziazione presenta tuttavia numerose difficoltà: innanzitutto l'aspirante copiatore dovrà individuare il titolare dei diritti, che potrà essere, ad esempio, l'editore cui l'autore ha ceduto l'esclusiva sull'opera. Successivamente i due dovranno negoziare i termini per la concessione della licenza. In particolare l'accordo sul prezzo può rappresentare un elemento di difficoltà, perché l'editore vorrà ottenere una somma che si avvicini il più possibile al guadagno netto che avrebbe ottenuto dalla vendita di una copia in più, mentre l'aspirante copiatore spingerà per massimizzare il suo risparmio, che in questo caso è dato dalla riduzione del costo della copia rispetto al prezzo di un esemplare "originale". La trattativa risulterebbe ulteriormente complicata qualora fossero in molti a voler copiare privatamente l'opera. La maggiore domanda di licenze per riproduzioni private, inoltre, ne farebbe salire il prezzo. Infine, ad accordo intercorso, si renderebbero necessari dei controlli per verificare che i termini della licenza siano effettivamente rispettati. Queste difficoltà sono esemplificative dei costi di transazione: costi di ricerca, costi di negoziazione, costi di esecuzione⁴³⁸. Tali costi rendono difficile il verificarsi di una allocazione efficiente dei benefici, e potrebbero portare al fallimento della negoziazione⁴³⁹. Nel caso della concessione di licenze di riproduzione di opere ad uso privato, è possibile ridurre in maniera significativa alcuni di questi costi. Per quanto riguarda i costi di ricerca, ad esempio, è relativamente facile abatterli creando un organismo che raccolga e gestisca l'offerta di opere da riprodurre. Tutti i titolari dei diritti cederebbero a questo ente la facoltà di negoziare licenze di riproduzione privata delle loro

⁴³⁸ COOTER, MATTEI, MONATERI, PARDOLESI, ULEN, *Il mercato delle regole- Analisi economica del diritto civile*, cit., 98.

⁴³⁹ "Often the cost of establishing the value of an initial entitlement by negotiation is so great that even though a transfer of the entitlement would benefit all concerned, such a transfer will not occur"; CALABRESI, MELAMED, *Property rules, liability rules and inalienability: one view of the cathedral*, cit., 1106.

opere. In questo modo i singoli utenti-copiatori avrebbero un unico referente con cui trattare⁴⁴⁰.

Questa è la soluzione che viene adottata per la gestione collettiva di diritti d'autore quando la gestione individuale è troppo complicata o costosa. Sono le *collecting societies* ad occuparsi, ad esempio, delle licenze per l'esecuzione di musica in locali aperti al pubblico.

Una *collecting society* cui fosse affidata la gestione in esclusiva delle licenze di riproduzione ad uso privato di tutte, o di gran parte delle opere disponibili potrebbe, inoltre, ridurre i costi di negoziazione praticando delle clausole standard e disponendo un tariffario prestabilito⁴⁴¹. Non muterebbero di molto, però, i costi di esecuzione legati al controllo del rispetto dei termini delle licenze, che comprenderebbero il monitoraggio delle attività di tutti i licenziatari.

I costi di negoziazione rimarrebbero comunque alti, anche se si adottassero gli accorgimenti sopraindicati, e si andrebbe incontro ad un fallimento del mercato⁴⁴².

⁴⁴⁰ Un esempio di questa modalità di esercizio dei diritti d'autore sono le licenze estese collettive, in forza delle quali una maggioranza dei titolari dei diritti si consorza per predisporre delle licenze standard per determinati usi a favore dei singoli utenti che ne facciano richiesta. Le medesime licenze possono essere rese obbligatorie dalla legge nei confronti dei titolari che non hanno preso parte al consorzio.

⁴⁴¹ In questo caso, però, l'ente di gestione collettivo avrebbe il monopolio non solo sulla singola opera, come accade per l'autore, ma lo avrebbe sul controllo di tutte le opere. In questo modo si troverebbe in una posizione di grande vantaggio nei confronti di coloro che volessero ottenere una licenza di riproduzione. Se tutti gli autori dovessero negoziare da sé la cessione delle licenze, un aspirante licenziatario avrebbe a disposizione una gran varietà di beni sostitutivi: nel caso non riuscisse ad ottenere ad un prezzo contenuto la licenza per l'opera *x*, potrebbe trovare valide alternative nelle opere *y*, *z*, etc; ogni opera sarebbe un sostituto, per quanto imperfetto, di altre opere, e ciò contribuirebbe a tenere basso il livello delle licenze. Se un ente collettivo controlla tutta l'offerta delle opere può imporre un prezzo monopolistico. I singoli utenti potrebbero decidere di associarsi a loro volta per aggregare la domanda, ma operazioni di questo genere presentano sovente notevoli difficoltà, se non altro per il grado di dispersione degli individui da coinvolgere.

⁴⁴² La copia privata, "almeno parzialmente, rappresenta una ipotesi di "market failure", di impossibilità, di fallimento, di ogni ragionevole tentativo da parte del titolare dei diritti sull'opera di negoziare, con l'infinita pluralità di consumatori di essa, il costo di una licenza per la realizzazione di un'ulteriore copia dell'opera", MARZANO, *Diritto d'autore e digital technologies*, cit., 286.

Il caso delle riproduzioni ad uso privato è ulteriormente complicato da un ulteriore elemento: la possibilità, ed i costi, di *enforcement*⁴⁴³ del diritto esclusivo. Le leggi sul diritto d'autore, assicurando ad alcuni soggetti la titolarità dell'uso esclusivo dei beni protetti, creano artificialmente quella caratteristica che i beni derivanti dalla creazione intellettuale in natura non avrebbero: l'escludibilità, ossia la possibilità di impedire a soggetti terzi di beneficiare di quel bene. Per fare un esempio: Caio possiede una motocicletta. Egli può, in maniera relativamente facile, impedire ad altri di utilizzarla applicandovi un lucchetto o conservandola in un garage chiuso. Se Tizio volesse acquistare la motocicletta, dovrebbe negoziare con Caio i termini per il trasferimento di proprietà. Qualora la negoziazione fallisse, Tizio potrebbe decidere di violare il diritto di proprietà di Caio e appropriarsi ugualmente della moto; per farlo, però, dovrebbe superare una serie di ostacoli (il lucchetto, il garage). Dovrebbe inoltre tenere conto della reazione della legge alla sua azione. Caio, accorgendosi della sparizione della motocicletta, sporgerebbe denuncia del furto e Tizio avrebbe notevoli difficoltà a godere del bene rubato: se andasse in giro sulla motocicletta correrebbe il rischio di essere arrestato. La scelta di Tizio in ordine alla commissione del furto, in effetti, dovrebbe essere determinata da questi elementi: il beneficio derivante dal possesso del bene verso i possibili costi, rappresentati dalla severità della sanzione, combinata con la probabilità che la sanzione sia effettivamente comminata⁴⁴⁴.

La motocicletta è un tipico esempio di bene privato, rivale al consumo, ossia usufruibile da un solo individuo alla volta, ed escludibile nei confronti di

⁴⁴³ Ossia la possibilità di garantire l'effettività di un diritto ed i relativi costi che è necessario sopportare.

⁴⁴⁴ Tutto ciò assumendo che Tizio sia una persona razionale, che compia le sue scelte per massimizzare i benefici ottenuti. Ai costi sopraindicati dovrebbero aggiungersi, ovviamente, i costi materiali legati all'esecuzione del furto.

soggetti terzi. Anche la tutela di un diritto di proprietà su un bene privato comporta dei costi, ovviamente⁴⁴⁵.

Per quanto riguarda le riproduzioni ad uso privato di opere dell'intelletto⁴⁴⁶ il bene in questione, ossia la facoltà di riproduzione dell'opera, e indirettamente l'opera stessa, presenta caratteristiche simile ad un bene pubblico⁴⁴⁷: di natura è non rivale al consumo ed è difficile impedirne l'uso da parte di terzi, una volta che l'opera sia stata pubblicata.

Chiunque, se è disposto a sopportarne i costi, potrebbe realizzare copie di un'opera una volta avuto accesso ad un esemplare di essa. Interviene, dunque, la legge, che assegna all'autore un diritto esclusivo sull'uso della propria opera, replicando artificialmente le caratteristiche di escludibilità del bene privato. Ovviamente il diritto d'autore va difeso. Sono perciò previste sanzioni a carico di chi intraprenda un'attività di riproduzione e di commercio di opere protette senza averne ottenuto la licenza.

A stretto rigore, anche chi realizza copie isolate di opere protette per mero uso privato, senza farle circolare in pubblico, dovrebbe chiedere l'autorizzazione al legittimo titolare dell'opera⁴⁴⁸. Se non lo facesse, potrebbe incorrere in sanzioni. Tali sanzioni, però, avrebbero una scarsa probabilità di essere applicate, in quanto l'azione vietata si svolge interamente in ambito privato: sia il confezionamento che l'uso delle copie non autorizzate avvengono nelle case dei singoli utenti-copiatori. Assicurare che le copie private siano effettuate in modo lecito comporterebbe costi altissimi, tali da rendere

⁴⁴⁵ Nell'esempio di prima, questi costi sarebbero rappresentati dalle spese sostenute dalla polizia per la ricerca della motocicletta, le spese processuali per giungere alla condanna di Tizio, etc. Questi costi sono sopportati dallo stato, ossia dalla collettività degli individui.

⁴⁴⁶ Non si vuole fare alcun accostamento tra le riproduzioni private e furti. Il paragone di cui sopra è a scopo meramente illustrativo.

⁴⁴⁷ Caratteristiche del bene pubblico sono: la non rivalità al consumo (o indivisibilità), ossia il consumo del bene da parte di un individuo non ne impedisce il consumo altrui; la non escludibilità, ossia l'impossibilità, fisica od economica, di impedirne l'uso ad altri consumatori. Cfr. COOTER, MATTEI, MONATERI, PARDOLESI, ULEN, *Il mercato delle regole- Analisi economica del diritto civile*, cit., 64.

⁴⁴⁸ A meno ché, beninteso, la legge non preveda una esenzione per le riproduzioni di natura privata.

inefficiente l'*enforcement* del diritto di riproduzione rispetto ai benefici da esso prodotti. Una simile modalità di accertamento, inoltre, implicando un controllo continuo casa per casa, presterebbe il fianco ad ulteriori obiezioni: ad esempio il rispetto della privacy⁴⁴⁹.

Dunque, l'utente privato di una opera protetta da diritto d'autore potrebbe valutare i benefici, derivanti dall'ottenere la copia sostenendo i soli costi materiali, superiori ai costi, derivanti dall'eventuale scoperta e punizione della violazione commessa. Potrebbe, in altre parole, decidere razionalmente di fare una copia dell'opera senza chiedere l'autorizzazione al legittimo titolare, fidando che tale violazione non venga mai scoperta.

Esistono, in realtà, alcuni fattori in grado di ridurre la quantità di copie non autorizzate anche in assenza di una protezione legale⁴⁵⁰.

Una prima causa è data dai costi di produzione della copia e dalla qualità della copia stessa. La copia privata, infatti, può costituire un sostituto imperfetto dell'originale e pertanto portare ridotti benefici all'utente rispetto ad un esemplare "autentico".

Alti costi di realizzazione e bassa qualità della copia ottenuta abbassano il numero di riproduzioni effettuate dai privati.

Questa era la situazione corrente in passato, fino alla metà del secolo scorso, grossomodo. Fabbricare riproduzioni di opere richiedeva alti costi ed una organizzazione di tipo imprenditoriale. L'unica modalità di riproduzione disponibile a tutti era la copia a mano, che non permetteva di ottenere esemplari di qualità paragonabile ai libri a stampa.

In un tale frangente socio-economico, le poche riproduzioni effettuate da utenti privati avevano scarsissima rilevanza. Numerosi paesi ammettevano

⁴⁴⁹ Considerazioni sulla privacy degli utenti erano anche alla base della sentenza *Personalausweise*, nella quale la Corte Suprema Federale Tedesca rigettò la domanda dei rappresentanti dei titolari di diritti d'autore intesa a obbligare i venditori di apparecchi di riproduzione privata a registrarne gli acquirenti: *Personalausweise, Bundesgerichtshof* [BGH], May 25, 1964, [1965] *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* [GRUR] 104 (106) (F.R.G).

⁴⁵⁰ W. Landes, R. Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property*, Cambridge (Massachusetts), 2003, 41.

esplicitamente la legittimità della riproduzione ad uso privato senza scopo di lucro, altri paesi semplicemente tralasciavano di regolare il fenomeno⁴⁵¹.

L'evoluzione della tecnica, però, mutò la situazione. Da una parte nascevano nuove opportunità di sfruttamento delle opere, in particolare quelle musicali e cinematografiche⁴⁵²; dall'altra erano messi a disposizione del pubblico nuovi e sempre più perfezionati strumenti per realizzare copie private delle opere stesse⁴⁵³.

A fronte dell'intensificarsi del fenomeno della copia privata gli autori, ma soprattutto gli editori loro licenziatari⁴⁵⁴, cominciarono a temere che queste riproduzioni sarebbero entrate in concorrenza coi loro prodotti, facendo calare i profitti.

I tentativi di instaurare una pratica commerciale in forza della quale i privati avrebbero dovuto ottenere una apposita licenza di riproduzione, prima di effettuare le copie ad uso privato, si risolsero in un fallimento⁴⁵⁵.

Negoziazioni di tale genere, infatti, soffrono della presenza di elevati costi di transazione, come visto prima. Non è possibile, in questi casi, ottenere una allocazione efficiente delle risorse affidandosi alle trattative tra privati.

Secondo il corollario al teorema di Coase, “quando i costi transattivi sono alti a sufficienza da impedire la negoziazione, l'uso efficiente delle risorse dipende dall'allocazione di diritti operata dall'ordinamento giuridico”⁴⁵⁶.

Le associazioni rappresentanti i titolari di diritti d'autore e di diritti connessi fecero proprio questo corollario, in sostanza: chiesero, e per lo più

⁴⁵¹ Cfr. *supra*, capitolo 1, paragrafo 1.

⁴⁵² Basti pensare alla possibilità di commercializzare esemplari di opere riprodotte su dischi e cassette, e successivamente, CD e DVD.

⁴⁵³ Dapprima i registratori audio a bobina aperta, poi quelli che facevano uso di cassette; successivamente i videoregistratori. In ultimo i masterizzatori CD e DVD.

⁴⁵⁴ In questo frangente si intendono compresi nella categoria i produttori fonografici e videografici.

⁴⁵⁵ Cfr. *supra*, capitolo 1.2.

⁴⁵⁶ Cfr. COOTER, MATTEI, MONATERI, PARDOLESI, ULEN, *Il mercato delle regole- Analisi economica del diritto civile*, cit.96. Il teorema di Coase afferma che “quando i costi transattivi sono zero, la negoziazione privata conduce ad un uso efficiente delle risorse, indipendentemente dalla conformazione dei diritti posta in essere dall'ordinamento giuridico”, *ibidem*, 95.

ottennero⁴⁵⁷, un intervento del legislatore affinché operasse un'allocatione più efficiente dei diritti. Più efficiente dal loro punto di vista, per lo meno⁴⁵⁸. Soprattutto, furono gli esponenti dell'industria discografica e cinematografica a compiere i maggiori sforzi di *lobbying*⁴⁵⁹.

Avevano tutti gli incentivi a premere per una modifica della legge: con la norma previgente, che le riproduzioni private fossero permesse o meno, non ottenevano nessun provento da queste attività.

Con le riforme istituenti il diritto a compenso per le riproduzioni ad uso privato, invece, ottennero proventi che costituivano quasi interamente profitto, in quanto derivavano da opere i cui costi di produzione erano già stati sopportati⁴⁶⁰.

Una reazione fu intrapresa da un secondo gruppo di interesse organizzato, ossia i produttori e gli importatori di apparecchi e supporti impiegati per le riproduzioni private, a cui viene imposto il pagamento diretto del compenso. Questi temevano che l'aumento del prezzo finale dei loro prodotti ne facesse calare le vendite. L'aumento dei prezzi può avere rilevanza limitata, tuttavia, dato che i prodotti in questione non hanno sostituti sul mercato. Ciò tende a rendere la domanda per questi prodotti relativamente inelastica⁴⁶¹. Il prezzo del

⁴⁵⁷ Come visto al capitolo 1, alcuni stati non hanno introdotto un diritto a compenso per copia privata. Vedi, ad esempio, Irlanda e Regno Unito.

⁴⁵⁸ Questa evoluzione si può riscontrare nella grande maggioranza dei paesi nord-occidentali, anche se con risultati diversi. Basti pensare alla differenza che corre tra lo AHRA statunitense e le normative europee sull'equo compenso.

⁴⁵⁹ È l'industria di produzione e distribuzione di opere di intrattenimento (musicali e cinematografiche), infatti, a trarre la maggior parte dei propri profitti dalla vendita di dischi, DVD, come anche dalla vendita di file Mp3 musicali. Rispetto a queste forme di commercio, gli autori percepiscono sì un guadagno, ma contano principalmente su altre fonti di reddito, quali le esibizioni dal vivo ed il *merchandising*. Cfr. CONNOLLY, KRUEGER, *Rockonomics: the economics of pop music*, cit., 10 e ss.; OECD report, "Digital Broadband Content: Music", cit., 40 e ss. .

⁴⁶⁰ "Since the costs of creating the existing works have already been borne, the additional revenue generated by the extension of their copyrights is almost entirely profit", W. LANDES, R. POSNER, *The Political Economy of Intellectual Property Law*, Washington, 2004, 15, disponibile all'URL: «http://www.aei.org/docLib/20040608_Landes.pdf» (ultimo accesso effettuato in data 3 maggio 2011).

⁴⁶¹ L'elasticità della domanda, in economia, indica la sensibilità della domanda rispetto alla variazione dei prezzi: maggiore è l'elasticità della domanda, maggiore sarà l'impatto di un mutamento di prezzo. Al contrario, in caso di domanda inelastica, un aumento dei prezzi non

compenso, che gravando uniformemente su tutti i beni coinvolti si comporta in modo simile ad una tassa, potrà essere traslato abbastanza facilmente sui consumatori.

La categoria che avrebbe beneficiato maggiormente del mantenimento dello status quo, ossia gli utenti-consumatori, ha fallito, invece, nell'organizzare una pressione efficace sul legislatore a difesa dei propri interessi. A fronte dei costi da sostenere per far valere le proprie ragioni, ai consumatori mancava l'incentivo del profitto: anche in caso di successo della loro azione l'unico vantaggio ottenibile sarebbe stata la possibilità di realizzare copie senza pagare il compenso⁴⁶².

A ben vedere, la promulgazione delle normative sull'equo compenso potrebbe essere illustrata alla luce della cosiddetta "teoria della scelta pubblica" (*theory of the public choice*): la crescente domanda dei titolari dei diritti d'autore di una regolamentazione del settore ha finito per determinare l'azione del legislatore⁴⁶³.

Si è giunti, così, all'instaurazione del meccanismo del compenso: gli autori e gli altri aventi diritto perdono lo *jus excludendi* sulle proprie opere, relativamente alle riproduzioni ad uso privato ed in cambio ricevono un compenso dalla vendita degli strumenti impiegati, o meglio, impiegabili per la realizzazione delle copie⁴⁶⁴.

farà diminuire in maniera significativa la domanda. Uno dei fattori che influisce sulla elasticità è la presenza di beni sostitutivi. Cfr. J. STIGLITZ, *Principi di Microeconomia*, Torino, 2003, 74 e ss. .

⁴⁶² Tutto quello che potevano ottenere, insomma, era un vantaggio competitivo. Cfr. LANDES, POSNER, *The Political Economy of Intellectual Property Law*, cit., 15

⁴⁶³ Secondo la teoria della scelta pubblica, il comportamento del legislatore, o più in generale dei processi di governo, può essere interpretato come il risultato dell'interazione di domanda e offerta. Secondo questa prospettiva, minoranze ben organizzate possono influenzare con successo, e secondo i propri interessi, la redazione delle leggi. Cfr. LANDES, POSNER, *The Political Economy of Intellectual Property Law*, cit. 10; Koelman, *Copyright Law & Economics in the Copyright Directive: Is the Droit d'Auteur Passe?*, cit., 638.

⁴⁶⁴ Per una opinione sulla inadeguatezza di una giustificazione dell'equo compenso basata sulla sola efficienza economica: REYES, *Can the Common Law Adequately Justify a Home Taping Royalty Using Economic Efficiency Alone?*, cit., 235 e ss.

Il sistema del compenso, dunque, muta la natura del diritto di riproduzione, almeno per quanto riguarda la copia privata: da un diritto equiparabile al diritto di proprietà (*property rule*), in forza del quale per copiare privatamente un'opera è necessario ottenere una licenza, si passa ad una sorta di diritto di risarcimento (*liability rule*⁴⁶⁵), per cui non è possibile impedire la copia, ma si viene in qualche modo compensati per essa. Ovviamente, il compenso non costituisce che una approssimazione del valore della copia⁴⁶⁶.

L'equo compenso, infatti, non può che essere raccolto da società di gestione collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi. Essendo impossibile sapere esattamente quante copie siano state effettuate di ciascuna opera, la distribuzione dei proventi ottenuti deve essere eseguita su base statistica⁴⁶⁷. In questo modo la probabilità che alcuni beneficiari vengano compensati in misura inferiore o superiore a quanto spetta loro in realtà è elevata. Soprattutto, una ripartizione effettuata su base statistica e quindi sostanzialmente sulla base delle maggiori o minori vendite realizzate dai differenti artisti, finisce per convogliare una quota prevalente dei compensi nelle mani dei soggetti che già dominano il mercato fonografico e videografico, lasciando alle produzioni di nicchia solo le briciole. In questo modo si consolida la posizione dominante di pochi, già benestanti, spingendo ulteriormente verso il margine etichette indipendenti, artisti emergenti ed i generi meno commerciali. Ciò rischia di

⁴⁶⁵ Cfr. CALABRESI, MELAMED, *Property rules, liability rules and inalienability: one view of the cathedral*, cit., 1105.

⁴⁶⁶ "Liability rules represent only an approximation of the value of the object", CALABRESI, MELAMED, *Property rules, liability rules and inalienability: one view of the cathedral*, cit., 1125.

⁴⁶⁷ Tendenzialmente, una maggior sofisticazione del sistema comporta maggiori costi di gestione. Dati due estremi (ad esempio: "distribuzione in parti uguali per tutti" contro "calcolo esatto delle singole quote di spettanza") la scelta dovrà cadere su una soluzione di compromesso tra il mantenimento di bassi costi e l'equità delle ripartizioni eseguite. A. KUR, J. SCHOVSBO, *Expropriation or Fair Game for All? The Gradual Dismantling of the IP Exclusivity Paradigm*, *Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper n° 09-14*, 2009, 6, disponibile all'URL: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1508330, ultimo accesso effettuato in data 6 aprile 2011.

determinare una riduzione nell'offerta complessiva di opere dell'intelletto, un risultato che penalizza il benessere collettivo⁴⁶⁸.

L'inefficienza maggiore del sistema è però quella che riguarda il sovvenzionamento incrociato (*cross-subsidization*) dei consumatori⁴⁶⁹: i compensi, infatti, sono applicati uniformemente su tutti i prodotti astrattamente suscettibili di essere impiegati per la realizzazione di copie private⁴⁷⁰. I consumatori che acquistano quei prodotti per usi diversi dalla copia privata, ad esempio per la conservazione di dati personali, devono pagare un sovrapprezzo imposto per un'attività di cui non usufruiscono. In questo modo finanziano le riproduzioni private degli altri utenti, che così non sopportano interamente i costi delle copie⁴⁷¹, ed i beneficiari dei compensi ricevono denaro anche da individui che nulla debbono loro.

Il fatto che le normative prevedano dei meccanismi per esentare i prodotti destinati ad usi professionali, o ad alcuni beneficiari di altre eccezioni al diritto d'autore, riduce in una certa misura il problema, ma non lo elimina.

C'è da rilevare, inoltre, che in fase di elaborazione delle leggi sull'equo compenso è stata prestata scarsa attenzione ai vantaggi che la copia privata può apportare all'interesse pubblico ed anche ai benefici che possono derivarne direttamente ai titolari di diritti d'autore.

Per quanto riguarda questi ultimi, infatti, non è detto che ogni copia fabbricata privatamente si traduca in una copia "originale" venduta in meno: ad esempio, se faccio una copia di un album musicale e lo passo ad un amico che non lo avrebbe mai acquistato, non riduco in alcun modo le vendite di

⁴⁶⁸ A parziale correttivo di questo problema, molti Stati prevedono che parte dei compensi siano destinate ad iniziative di formazione culturale, a scopi mutualistici per gli artisti meno abbienti o ad altri fini redistributivi. Tuttavia tali quote sono sovente piuttosto ridotte.

⁴⁶⁹ J. DE BEER, *The Role of Levies in Canada's Digital Music Marketplace*, *Canadian Journal of Law & Technology*, Vol. 4, N° 3, 153, 2005, 160.

⁴⁷⁰ Questo è vero in particolare per le discipline sull'equo compenso esistenti oggi in Europa continentale.

⁴⁷¹ Il costo totale dei compensi grava, infatti, su tutti gli acquirenti dei prodotti in questione. Se a pagare fossero solo gli acquirenti che effettivamente usano quei prodotti per la realizzazione di copie private, essi dovrebbero farsi carico dell'intero ammontare dei compensi, di conseguenza si troverebbero a sostenere dei costi maggiori.

quell'album⁴⁷². La maggiore diffusione di un'opera determinata dalla copia privata potrebbe inoltre contribuire ad ampliare il mercato delle opere di quell'artista⁴⁷³, facendone aumentare la notorietà. Inoltre la possibilità di fare copie dell'esemplare di un'opera ne aumenta il valore per il potenziale acquirente, che sarà disposto a pagarlo un prezzo più alto⁴⁷⁴.

Infine la diffusione di apparecchi a funzionalità miste, che incorporano cioè sia una funzione di registrazione che una funzione di esecuzione, ha creato nuove possibilità di guadagno per i produttori ed i distributori di opere. La crescente diffusione di videoregistratori, ad esempio, ha permesso ai produttori di opere cinematografiche di ampliare con profitto il mercato degli *home video*, vendendo o noleggiando copie di film agli utenti privati. I benefici economici così ottenuti potrebbero addirittura aver compensato le perdite derivate dalle registrazioni private⁴⁷⁵.

Tornando a considerazioni di interesse generale, la copia privata è un mezzo, a basso costo, di diffusione di opere dell'intelletto tra il pubblico: liberalizzarla fa sì che un maggior numero di persone abbia accesso a fonti di cultura⁴⁷⁶. Il processo di creazione intellettuale trae giovamento dalla possibilità di trarre ispirazione dalle opere del passato⁴⁷⁷. La più vasta possibilità d'accesso a disposizione del pubblico fa sì che potenziali nuovi autori attingano stimoli dalle opere già esistenti. In questo modo è possibile aspettarsi un aumento nella produzione di opere per il futuro, a beneficio dell'interesse della collettività.

⁴⁷² Cfr. LANDES, POSNER, *The Economic Structure of Intellectual Property*, cit., 45.

⁴⁷³ Ciò costituisce applicazione del cosiddetto *exposure effect*, cfr. D. GALLETI, *Le utilizzazioni libere: copia privata*, *Annali it. dir. autore*, 2002, 146, 160.

⁴⁷⁴ LANDES, POSNER, *The Economic Structure of Intellectual Property*, cit., 45.

⁴⁷⁵ A tale proposito, è difficile affermare chi abbia beneficiato maggiormente, se i produttori di apparecchi di riproduzione o i produttori di opere: K. J. KOELMAN, *The levitation of copyright: an economic view of digital home Copying, levies and DRM*, 2004, 6, disponibile all'URL: « http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=682163 » (ultimo accesso effettuato in data 2 marzo 2011).

⁴⁷⁶ In questo senso la copia privata potrebbe costituire un correttivo del monopolio affidato ai titolari di diritti d'autore, a vantaggio del benessere collettivo.

⁴⁷⁷ LANDES, POSNER, *The Economic Structure of Intellectual Property*, cit., 66 e ss. .

Non è provato in maniera incontrovertibile, infine, il nesso tra l'aumentare della copia privata e la diminuzione delle vendite lamentate dagli editori di opere audiovisive⁴⁷⁸.

È necessario riconoscere, tuttavia, che l'evoluzione tecnologica permette oggi la realizzazione, a costi prossimi allo zero, di copie di alta qualità e in quantità potenzialmente infinite. Ciò fa sì che la copia privata possa entrare in concorrenza con lo sfruttamento economico delle opere protette che i titolari fanno mettendone in commercio gli esemplari da loro prodotti.

Ciò non avrebbe dovuto, però, esimere i legislatori, sia nazionali sia europei, dal tenere in adeguata considerazione interessi e punti di vista ulteriori, oltre a quelli dei rappresentanti dei titolari di diritti d'autore, nella redazione delle norme sull'equo compenso⁴⁷⁹ e sul diritto d'autore in generale. L'unico ambito in cui trova spazio un qualche coinvolgimento degli utenti è il procedimento di fissazione delle tariffe, relativamente alle quali è, con qualche differenza tra i vari ordinamenti, solitamente prevista la consultazione di associazioni di consumatori o di altri enti.

Un ulteriore aspetto da valutare, nell'analisi dei benefici economici apportati dalle leggi sull'equo compenso, è la loro capacità o meno di ridurre i conflitti giudiziari, che comportano dei costi per i litiganti, ovviamente, ma anche per la società nel suo complesso. Come abbiamo visto, la prima norma sulla copia privata fondata sul prelievo di un compenso direttamente da apparecchi e supporti di riproduzione è seguita ad una serie di cause legali, intentate dai titolari di diritti d'autore nei confronti di produttori e distributori di detti

⁴⁷⁸ Sono molteplici le cause che possono determinare una contrazione delle vendite, diverse dalla copia privata: un periodo di crisi economica, il mutare della composizione della popolazione (una diminuzione del numero di giovani più inclini a spendere in musica) o l'emersione di nuove forme di intrattenimento (internet, videogiochi, etc.) combinata con una riduzione dell'offerta musicale, etc. Cfr. OECD report, *Digital Broadband Content: Music*, cit., 23 e ss. .

⁴⁷⁹ Ad esempio, la considerazione degli effetti positivi della copia privata in ordine di maggior diffusione di opere culturali, appena accennata nel Libro Verde della Commissione del 1995, è completamente assente dagli obiettivi della direttiva 2001/29/CE, che pure mira alla creazione di un mercato di questi beni, in formato digitale.

prodotti⁴⁸⁰. Con l'introduzione delle leggi sulla copia privata tali conflitti sono cessati, in Europa. Si è però aperta una nuova stagione di contenziosi inerenti la disciplina stessa dell'equo compenso ed in particolare inerente le modalità di esercizio dell'obbligo al pagamento⁴⁸¹.

Si sarebbe potuta ottenere la cessazione di tali controversie anche in un secondo modo, ossia stabilendo per via legislativa la liceità delle copie private, senza la previsione di alcun compenso.

Una strada simile, almeno in apparenza, è stata quella intrapresa dalla Corte Suprema degli Stati Uniti nel caso Sony Betamax⁴⁸². In quella occasione, infatti, la domanda attorea di bloccare la vendita dei registratori e di ottenere una quota dei profitti realizzati, fu respinta sulla base dell'idoneità dell'apparecchio in causa ad essere impiegato per usi legittimi e segnatamente della liceità dell'impiego del Sony Betamax a fini di *time-shifting*. Ciò non costituiva, però, un'autorizzazione generalizzata alla copia privata. Questa sentenza, infatti, riconosceva esplicitamente la liceità solo di una parte delle riproduzioni ad uso privato, ossia delle registrazioni di programmi radiotelevisivi effettuate al fine di consentirne la fruizione ad un diverso orario. Non è possibile trovarvi analogo riconoscimento nei confronti di altre modalità di copia privata, quale, ad esempio, la riproduzione da esemplari preregistrati al fine di consentirne la condivisione tra familiari. La sentenza della Corte Suprema, inoltre, non costituì un argine efficace nei confronti di successive pretese dei titolari di diritti di copyright nei confronti di produttori di dispositivi di registrazione destinati ai privati. Ne è una dimostrazione la successiva lite che vide protagonista ancora una volta la Sony, per via della sua tecnologia DAT. Ne seguì la promulgazione dello AHRA, che ha istituito nel panorama legale statunitense una *levy* a titolo di compenso per le copie private, anche se con un

⁴⁸⁰ Il riferimento è alle cause tedesche dell'inizio seconda metà del secolo scorso, culminate con la sentenza della Corte Suprema Federale Tedesca *Personalansweise* del 1964. Cfr. *supra*: cap 1.2 .

⁴⁸¹ Per una breve rassegna di casi giurisprudenziali riguardanti l'equo compenso per copia privata in Italia, vedi *infra*: cap. 2.3 .

⁴⁸² 464 U.S. 417, (1984).

ambito di applicazione più ristretto delle normative europee. Anche lo AHRA, però, ha fallito nell'evitare ulteriori cause contro dispositivi elettronici⁴⁸³, nonostante l'apposita norma intesa ad evitare liti nei confronti dei produttori di tali apparecchi⁴⁸⁴.

Forse, in termini di capacità deflattiva di cause legali, le leggi europee si sono dimostrate più efficienti. Anche se, in definitiva, hanno finito per assoggettare a compenso molte attività che negli Stati Uniti sono considerate rispondenti alla norma sul *fair use*.⁴⁸⁵

Ad ogni modo le normative sulla copia privata poco hanno potuto fare di fronte all'emersione di un nuovo fenomeno, quello della condivisione *on line* di opere in formato digitale, altrimenti conosciuto come *file-sharing*. Il “ring” giudiziario è passato, così, dal mondo delle riproduzioni di supporti fisici incorporanti esemplari di opere all'universo intangibile del digitale, con cause, intentate dai titolari di copyright/diritto d'autore, che hanno coinvolto produttori di tecnologie⁴⁸⁶, esercenti servizi di telecomunicazione⁴⁸⁷ e singoli utenti⁴⁸⁸.

⁴⁸³ Vedi, ad esempio, il caso *Rio Diamond*, 180 F.3d 1072, 1074 (9th Cir. 1999).

⁴⁸⁴ 17 U. S. Code 1008.

⁴⁸⁵ Questo vale sicuramente per il *time-shifting*, in forza della citata sentenza *Sony Betamax*. Qualche dubbio sussiste in relazione allo *space-shifting*, ossia alla copia destinata ad essere impiegata in un ambito privato diverso dall'abitazione (ad esempio la copia di un cd realizzata su nastro analogico destinata all'ascolto in auto). Un corollario moderno dello *space-shifting* è il *format-shifting*, ossia la compressione di file audio digitali, in modo da poter essere riprodotti su lettori Mp3. Secondo la *Court of Appeal* del caso *Rio Diamond*, lo *space-shifting* può essere considerato *fair use*, cfr. *RLAA v. Diamond Multimedia System Inc.*, cit., 1079. Al contrario, il *Register of Copyright* statunitense sostiene che lo *space-shifting* non possa essere considerato tale, perchè limiterebbe la distribuzione di contenuti *on line*: vedi la Raccomandazione del *Register of Copyrights* in RM 2002-4, 129-131, disponibile all'URL: «<http://www.copyright.gov/1201/docs/registerrecommendation.Pdf>». Cfr. W. W. FISHER, J. G. PALFREY, ED ALTRI, *iTunes: How Copyright, Contract, and Technology Shape the Business of Digital Media, A Case Study*, Berkman Center Publication Series (2004), 67 e ss., disponibile all'URL: «http://cyber.law.harvard.edu/publications/2004/iTunes_whitepaper» (ultimo accesso effettuato un data 13 maggio 2011).

⁴⁸⁶ Vedi le cause che hanno determinato la chiusura di servizi quali Napster (*A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (2001)) e Grokster (*MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.*, 545 U.S. 913 (2005)).

2.2 Relazione tra equo compenso, copia privata e diritto esclusivo di riproduzione nell'ordinamento italiano

Fino alla emanazione del d.lgs. 68/2003, che ha espressamente riconosciuto la liceità delle riproduzioni ad uso privato di fonogrammi e videogrammi, la questione della legalità della copia privata era tema altamente dibattuto.

L'argomento può essere inquadrato in una prospettiva più generale, ossia se esista un ambito privato entro il quale il diritto d'autore non trovi piena applicazione, essendo destinato a regolare l'utilizzo pubblico delle opere, oppure se le privative d'autore si estendano sin dentro la sfera privata degli utilizzatori dell'opera e se sia, di conseguenza, concesso ai titolari dei diritti di controllare qualsiasi uso ulteriore delle opere stesse⁴⁸⁹. Secondo quest'ottica, solo il mero godimento dell'opera sarebbe libero. Vi è spazio per una lettura intermedia, secondo la quale l'uso privato “può rientrare o non rientrare nell'esclusiva d'autore, a seconda che la utilizzazione incida o non incida sulle probabilità di guadagno di cui l'opera è suscettibile”⁴⁹⁰.

Per quanto riguarda il campo della facoltà esclusiva di riproduzione, le opinioni maggioritarie sostengono la posizione più restrittiva, nel senso più favorevole agli autori, per cui in assenza di una esplicita esenzione dall'esclusiva imposta dalla legge, qualsiasi riproduzione, anche privata, ricade nell'ambito

⁴⁸⁷ In particolare gli Internet Service Provider. Cfr OECD report, *Digital Broadband Content: Music*, cit., 99 e ss. .

⁴⁸⁸ Cfr. K. GROENNINGS, *Costs and Benefits of the Recording Industry's Litigation Against Individuals*, 20 *Berkeley Tech. L.J.* 571 (2005); M. SAG, *Twelve Year-Olds, Grandmothers, and Other Good Targets for the Recording Industry's File Sharing Litigation*, *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, Vol. 4, No. 2, 133 (2006).

⁴⁸⁹ Cfr. P. MARCHETTI, L. C. UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Padova, 2007, 1698.

⁴⁹⁰ V. DE SANCTIS, *Autore (diritto di)*, *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1959, 394.

dell'esclusiva d'autore⁴⁹¹. La soluzione di ammettere la copia privata sarebbe una soluzione di compromesso, dettata dalla impossibilità di controllare questa attività⁴⁹². L'evoluzione del diritto d'autore in ambito internazionale, che ha via via riconosciuto ambiti sempre più estesi al diritto di sfruttamento esclusivo da parte degli autori⁴⁹³ e successivamente anche a favore dei titolari di diritti connessi⁴⁹⁴, parrebbe corroborare, quantomeno *ex post*, questa ricostruzione. Non mancano opinioni che hanno tentato di ricostruire un più ampio spazio di libertà⁴⁹⁵.

Relativamente alla riproduzione privata di opere audiovisive, la legge 93/92, che ha introdotto nel nostro ordinamento la norma sull'equo compenso, non ha preso posizione in maniera esplicita circa la natura lecita o meno di tali riproduzioni, ed ha così alimentato un ampio dibattito sul tema⁴⁹⁶.

Tale incertezza si è riverberata anche sulla natura del compenso e sull'effetto arrecato dalla norma al diritto esclusivo di riproduzione.

⁴⁹¹ Così GRECO, VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, cit., 167: "... è opinione comune che non tutti i generi di opere dell'ingegno siano suscettibili di libera riproduzione, sia pure per l'uso privato del riproduttore... Dal testo dell'art. 68 pare doversi dedurre che il nostro legislatore ha adottato una soluzione rigorosamente restrittiva... la libera riproduzione, infatti, è riconosciuta nei confronti dell'uso personale dei «dettori», parola questa, che esclude ogni riferimento alle opere delle arti figurative, sia statiche che cinematografiche. ...non è libera la riproduzione dell'opera musicale mediante incisione su disco nastro o filo...è chiaro, infatti, che chi incide sul proprio magnetofono un'opera musicale ... userà poi quel nastro o filo non già per leggere, ma per ascoltare". Così anche PIOLA CASELLI, *Trattato del diritto di autore e del contratto di edizione*, Torino, 1927, 426 e ss.

⁴⁹² Cfr. L. C. Ubertazzi, *Diritto di autore, Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione commerciale*, Torino, 1987, 440. Secondo un'altra opinione, però, l'esenzione per la copia privata non potrebbe essere motivata solo in virtù della circostanza che la repressione di tale pratica sarebbe costosa ed inutile, cfr: Galletti, *Le utilizzazioni libere: copia privata*, cit., 146, 154.

⁴⁹³ Vedi, *in primis*, Convenzione di Berna, artt. 9 e 14, ed i più recenti trattati W.C.T. e TRIPs.

⁴⁹⁴ Vedi la Convenzione di Roma ed i trattati W.P.P.T. e TRIPs.

⁴⁹⁵ Ad esempio T. Ascarelli indica come limite per i diritti esclusivi l'uso personale: "Il diritto esclusivo di utilizzazione ... concerne l'utilizzazione del materiale in una attività con terzi; non la sua utilizzazione per il consumo personale" T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali: istituzioni di diritto industriale*, Milano, 1960, 384; ancora: "l'esclusiva del titolare del relativo diritto concern[e] atti o attività destinate a terzi (e non all'uso personale dell'utente)...", *ibidem*, 741. Cfr anche MARCHETTI, UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, cit., 1531.

⁴⁹⁶ "Ora agli autori compete un diritto di credito verso i produttori e gli importatori di supporti di registrazione audio e video e di apparecchi di registrazione... E legittimamente ci si domanda se, nelle situazioni disciplinate dalla legge, tale diritto di credito rimpiazza l'esclusiva oppure si affianchi ad essa", ABRIANI, COTTINO, RICOLFI, *Diritto industriale*, cit., 417.

Una prima opinione afferma che la copia privata sarebbe stata interamente liberalizzata, a fronte della previsione di un compenso in favore degli autori⁴⁹⁷. Il mancato pagamento non comporterebbe il venir meno di tale libertà ed i titolari dei diritti non potrebbero far valere rimedi inibitori per impedire la riproduzione privata in caso di omessa prestazione del compenso da parte dei soggetti obbligati⁴⁹⁸.

Secondo una visione opposta, il pagamento del compenso è requisito essenziale per la liceità delle riproduzioni, e non una semplice remunerazione dell'attività creativa altrui, di cui ci si sia appropriati lecitamente⁴⁹⁹. L'autore avrebbe a disposizione le tutele tipiche dell'esclusiva, inibitoria e ripristinatoria, nei confronti dei privati che realizzassero copie di opere protette impiegando strumenti per i quali non sia stato assolto il diritto a compenso⁵⁰⁰.

Circa il diritto esclusivo di riproduzione, secondo alcuni commentatori sarebbe degradato a mero diritto a compenso in forza di una licenza legale⁵⁰¹; il prelievo sugli strumenti di riproduzione sarebbe una modalità aggiornata di

⁴⁹⁷ A. NIUTTA, *Una quota del prezzo di vendita dei supporti (nastri) per la registrazione video e audio quale compenso per la riproduzione privata per uso personale*, *Giur. comm.*, 1993, I, 607, 619; M. BERTANI, *Diritto d'autore ed uso personale non "sanzionabile"*, *Annali it. dir. autore*, 2000, 349, 366.

⁴⁹⁸ BERTANI, *Diritto d'autore ed uso personale non "sanzionabile"*, cit., 366. Secondo l'Autore, ciò sarebbe conseguenza del fatto che i soggetti gravati sono i produttori dei prodotti impiegabili per la riproduzione privata, e non i soggetti che materialmente realizzano le copie. Ciò spezzerebbe il nesso sinallagmatico tra copia privata e diritto a compenso.

⁴⁹⁹ L. NIVARRA, *L'equo compenso degli autori*, *Annali it. dir. autore*, 2005, 114, 129.

⁵⁰⁰ NIVARRA, *L'equo compenso degli autori*, cit., 129. Nivarra opera una distinzione tra le utilizzazioni libere *tout court* e le riproduzioni private, sia reprografiche ex art. 68 legge autore, sia di fonogrammi o videogrammi ex art. 71 *sexies*. Quest'ultime non potrebbero essere considerate forme libere di utilizzazione per le loro potenzialità dannose nei confronti dei margini di profitto dell'autore. In entrambi i casi, dunque, a fronte di un uso sussisterebbe un diritto di credito spettante all'autore; in caso di mancato pagamento, però, per le utilizzazioni libere "*tout court*" non potrebbe che dare luogo a rimedi contrattuali, mentre per le riproduzioni private l'autore manterrebbe la possibilità di esperire rimedi inibitori.

⁵⁰¹ Una licenza legale è una licenza imposta dalla legge al titolare dell'esclusiva. Questi perde lo *jus excludendi*, sostituito da un diritto personale (di credito) ad un compenso nei confronti dei beneficiari indicati; Cfr. P. SPADA, in *Diritto industriale, proprietà intellettuale e concorrenza* (a cura di P. SPADA, M. RICOLFI), Torino, 2009, 28. Sostiene l'affievolimento della licenza volontaria in licenza legale, per rendere effettivo il diritto sostanziale, che altrimenti "sarebbe rimasto lettera morta": COLLOVÀ, *Prime note sull'art. 3 della legge 5 Febbraio 1992 n.93 in materia di diritti per le registrazioni senza scopo di lucro*, cit., 455, 467; concorda con la natura di licenza legale della copia privata: NIUTTA, *Una quota del prezzo di vendita dei supporti (nastri) per la registrazione video e audio quale compenso per la riproduzione privata per uso personale*, cit., 619.

pagamento delle *royalties* per quella che costituirebbe una modalità di utilizzazione secondaria delle opere: diretta da parte di chi realizza la copia privata, indiretta da parte dei venditori degli strumenti⁵⁰².

Secondo un'ulteriore ricostruzione, il diritto d'autore riconoscerebbe una remunerazione per tutti gli atti di utilizzazione delle opere estranei al contenuto dell'esclusiva. La copia privata, proprio per l'impossibilità di essere controllata, sarebbe al di fuori dell'ambito dell'esclusiva d'autore, che pertanto non risulterebbe degradata⁵⁰³: il compenso, in questo caso, rappresenterebbe quella remunerazione dovuta in forza dell'uso privato dell'opera⁵⁰⁴.

L'emanazione del d.lgs. 68/2003 sembrerebbe aver chiuso il dibattito inerente la liceità⁵⁰⁵ delle riproduzioni private ad uso personale di videogrammi e fonogrammi, che l'articolo 71 *sexies* ora consente esplicitamente⁵⁰⁶. A questa eccezione o deroga al diritto esclusivo di riproduzione corrisponde un diritto al compenso in favore dei titolari dell'esclusiva⁵⁰⁷. Rimane non chiara, invece, la natura giuridica della copia privata: se si tratti di un diritto individuale dell'utente o di una mera eccezione⁵⁰⁸, dunque escludibile tramite apposite

⁵⁰² NIUTTA, 619 e ss. Secondo l'autore, inoltre, la liceità delle riproduzioni ad uso privato trarrebbe fondamento dall'interesse pubblico alla diffusione della cultura, dato che queste riproduzioni promuovono una maggior circolazione ed utilizzazione delle opere dell'intelletto.

⁵⁰³ SARTI, *Copia privata e diritto d'autore*, cit., 56.

⁵⁰⁴ SARTI, *Copia privata e diritto d'autore*, cit., 38 e ss. Secondo l'Autore, le privative intellettuali avrebbero una "doppia anima": "attribuiscono un'esclusiva sull'utilizzazione economica dell'opera; e contemporaneamente riconoscono una remunerazione a fronte di ogni forma di sfruttamento della creazione", ibidem, 46.

⁵⁰⁵ Cfr. V. M. DE SANCTIS, *La copia privata nel d.lgs. 68/2003. Prime valutazioni*, *Dir. autore*, 2004, 115, 121.

⁵⁰⁶ Entro i limiti visti *supra*, cap. 1.8.4.; in particolare, tale eccezione non si applica ai materiali accessibili a richiesta dal pubblico, vedi art. 71 *sexies*, c. 3.

⁵⁰⁷ Art. 71 *septies*, l. 633/41.

⁵⁰⁸ Vedi, ad esempio, l'opinione di P. Spada, secondo cui la copia privata non potrebbe essere oggetto di un diritto, in quanto configurata dalla direttiva 2001/29/CE quale eccezione o limitazione, per di più facoltativa. Tuttavia, recepita nel nostro ordinamento l'eccezione di cui all'art. 5(2)(b) della direttiva, la copia privata sarebbe divenuta "attività libera e materia di una pretesa giustiziabile contro gli aventi diritto", nei limiti previsti dalla legge; P. SPADA, *Copia privata ed opere sotto chiave*, *Riv. Dir. Ind.*, 2002, VI, 591, 593.

clausole contrattuali⁵⁰⁹, come avviene per i materiali posti a disposizione *on demand*⁵¹⁰.

Si può parlare, invece, di applicazione di una soluzione “ibrida”⁵¹¹ per quanto riguarda la reprografia.

In ambito di riproduzioni ad uso personale, spesso alla reprografia manca quella connotazione, “privata”, tipica della riproduzione di fonogrammi o videogrammi. Questo perché la copia di opere audiovisive è solitamente effettuata mediante l'impiego di apparecchi propri dell'utente, in casa propria, mentre il più delle volte l'individuo che voglia realizzare una copia di un'opera scritta ad uso personale si appoggia agli apparecchi messi a disposizione da biblioteche o da soggetti imprenditoriali *ad hoc*⁵¹².

Per quanto riguarda le riproduzioni fatte presso queste strutture la legge italiana detta una disciplina particolare⁵¹³: vi è una deroga alla esclusiva di riproduzione, con conseguente previsione di un obbligo al compenso a favore dei titolari del diritto. La deroga è, però, solamente parziale, in quanto si applica solamente nei confronti di una porzione dell'opera (il 15 per cento, pagine di pubblicità escluse). Relativamente al resto dell'opera, deve

⁵⁰⁹ Questo dubbio rimane serpeggiante in tutta l'Unione Europea, visto il silenzio mantenuto dalla direttiva 2001/29/CE al riguardo. Costituiscono una eccezione il Belgio, la cui legge sul diritto d'autore del 1998 ha dichiarato imperative numerose eccezioni e limitazioni, copia privata inclusa, ed il Portogallo, la cui legge di trasposizione della EUCD ha dichiarato nulle le clausole volte ad impedire il normale esercizio degli usi liberi garantiti dalla legge. HELBERGER, HUGENHOLTZ, *No place like home for making a copy: private copying in European copyright law and consumer law*, cit., 1074.

⁵¹⁰ Cfr. art. 71 sexies, c. 3, l. 633/41.

⁵¹¹ AUTERI, in *Diritto industriale, proprietà intellettuale e concorrenza* (a cura di P. SPADA, M. RICOLFI), cit., 588.

⁵¹² Cionondimeno in alcuni paesi dell'Unione Europea, come Spagna e Germania, si è deciso di praticare il prelievo per copia privata anche sulle macchine fotocopiatrici e sui dispositivi analoghi. L. GUIBAULT, *The reprography levies across the European Union*, Institute for Information Law, Amsterdam, 2003, disponibile all'URL: « <http://www.ivir.nl/publications/guibault/introconcl.htm> » (ultimo accesso effettuato in data 2 marzo 2011).

⁵¹³ Vedi art. 68, commi 3, 4 e 5, l. 633/41.

considerarsi permanente lo *jus excludendi*. Una deroga integrale vale solo per le opere rare e fuori dai cataloghi editoriali⁵¹⁴.

Rimangono libere, e non sottoposte ad alcuna previsione di compensi, quelle riproduzioni di cui al comma 1 dell'articolo 68, legge sul diritto d'autore, ossia le riproduzioni effettuate "a mano o con mezzi non idonei a spaccio o diffusione dell'opera in pubblico". Questo requisito, se interpretato restrittivamente, sembrerebbe escludere la possibilità di impiegare macchine fotocopiatrici o apparecchi analoghi privati per la realizzazione di copie ad uso personale. Questo in quanto riproduzioni fotostatiche di un'opera sarebbero astrattamente idonee alla messa in circolazione in pubblico dell'opera. Una tale interpretazione è oggi da considerarsi, per lo più, superata. Innanzitutto anche una copia a mano è, in astratto, idonea ad esser fatta circolare⁵¹⁵, pertanto una siffatta interpretazione rischierebbe di escludere la legittimità della copia in sé⁵¹⁶. Il discrimine dovrebbe situarsi, dunque, non tanto nell'astratta idoneità dei mezzi di riproduzione, ma nella presenza di un'organizzazione che, in ragione della disponibilità di mezzi e capacità di distribuzione, sia idonea alla diffusione in pubblico⁵¹⁷. In questo caso, ossia nel caso di un'organizzazione aziendale volta ad offrire al pubblico un servizio di copiatura di testi, valgono i limiti previsti dal comma terzo dell'articolo 68⁵¹⁸. Nelle ipotesi non diversamente regolate, invece, varrà la norma del primo comma. Dunque si deve ritenere lecita la copia privata ad uso personale di opere a mezzo di reprografia, realizzata con dispositivi privati, fermo restando, ovviamente, il divieto di messa in circolazione delle copie e di utilizzazione in concorrenza con lo sfruttamento economico dell'opera.

⁵¹⁴ In questo caso, d'altronde, l'uso da parte dell'utente dell'opera a fini di riproduzione non si pone in concorrenza neppure indiretta con il normale sfruttamento dell'opera.

⁵¹⁵ Questo era vero già in passato, ma a maggior ragione oggi, tenuto conto della facilità di comunicare tramite internet una copia realizzata mediante battitura al computer, o anche eseguendo una scansione di una copia manoscritta.

⁵¹⁶ DI FABIO, *La nuova normativa sul diritto d'autore e la riproduzione per uso personale dell'opera dell'ingegno*, cit., 430.

⁵¹⁷ GALLETTI, *Le utilizzazioni libere: copia privata*, cit., 177 e ss. .

⁵¹⁸ GALLETTI, *Le utilizzazioni libere: copia privata*, cit., 179.

2.3 Riproduzioni ad uso privato e misure tecnologiche di protezione: una difficile convivenza.

Il riconoscimento della liceità delle riproduzioni private ad uso personale operato dal nostro legislatore ha lasciato irrisolti alcuni punti oscuri circa la questione dell'interazione tra copie private e misure tecnologiche di protezione.

Come abbiamo visto, l'articolo 71 *sexies*, primo comma, legge autore, consente la possibilità di realizzare copie private di fonogrammi e videogrammi nel rispetto delle misure tecnologiche di protezione apposte all'opera da riprodurre⁵¹⁹. Ciò sembrerebbe escludere per gli utenti di un'opera la possibilità di procedere autonomamente alla realizzazione di una copia, qualora questa operazione sia impedita da dispositivi di protezione⁵²⁰. In questo caso, perché l'utente possa beneficiare dell'eccezione, si rende necessario l'intervento di un secondo soggetto⁵²¹.

È previsto, a carico di chi faccia uso di misure tecnologiche di protezione, un generico obbligo di consentire la effettuazione di una copia privata del materiale protetto, anche solo in forma analogica, sempreché ciò non ne pregiudichi il normale sfruttamento commerciale, né arrechi irragionevole pregiudizio ai titolari dei diritti⁵²².

⁵¹⁹ “È consentita la riproduzione privata di fonogrammi e videogrammi... nel rispetto delle misure tecnologiche di cui all'articolo 102-*quater*”. Art. 71 *sexies* l. 633/41.

⁵²⁰ C'è da chiedersi se l'utente che decidesse di procedere alla riproduzione, eludendo le protezioni tecnologiche, incorrerebbe nell'illecito di cui all'art. 174 *ter*, che punisce, oltre ad altre azioni, chiunque abusivamente riproduce, anche avvalendosi di strumenti atti ad eludere le misure tecnologiche di protezione, opere o materiali protetti. In altre parole: è sufficiente l'elusione di misure tecnologiche di protezione per rendere abusiva ai sensi di questo articolo la riproduzione privata?

⁵²¹ Come nota P. Spada: “L'eccezione ad una esclusiva è *self executing* (si attegga come immunità all'esclusiva), l'eccezione ad un dispositivo anticopia può esigere un comportamento di chi se ne è avvalso”, SPADA, *Copia privata ed opere sotto chiave*, cit., 597.

⁵²² Art. 71 *sexies*, c. 4, l. 633/41.

Non è chiaro, però, come si sostanzierebbe tale obbligo, ossia quali iniziative dovrebbero prendere i titolari dei diritti per garantire agli utenti delle opere la possibilità di effettuarne una copia ad uso personale. Non è chiaro, soprattutto, di quali rimedi disponga l'utente cui la copia sia impedita, in caso di rifiuto da parte del titolare dei diritti ad adempiere al suo obbligo⁵²³. Secondo alcune opinioni, sussisterebbe un "diritto" alla copia privata, spettante a chi detenga "possesso legittimo" dell'opera, o vi abbia avuto "accesso legittimo"⁵²⁴. In caso di mancata iniziativa spontanea di chi abbia usato dispositivi anticopia per rendere effettivo l'esercizio di questa facoltà, questa potrebbe essere fatta valere in giudizio⁵²⁵. I titolari dei diritti potrebbero sempre eccepire, ad ogni modo, che qualsiasi intervento teso a permettere la copia privata arrecherebbe un irragionevole danno ai loro interessi⁵²⁶, nonostante la previsione a loro

⁵²³ L'art. 71 *sexies*, infatti, non dispone di una previsione analoga a quella dell'art. 71 *quinquies*, che predispone una procedura di conciliazione tra titolari di diritti su un'opera e utenti cui sia impedito da una misura tecnologica l'esercizio di una delle eccezioni indicate nell'articolo. A ben vedere, tuttavia, nemmeno l'articolo 71 *quinquies* offre molti spunti per individuare le misure concrete che i titolari di diritti dovrebbero prendere per garantire l'esercizio delle eccezioni previste. Il rimedio a favore dei beneficiari di queste eccezioni, dunque, si traduce in un tentativo obbligatorio di conciliazione prima di poter esperire un ordinario ricorso giudiziario.

⁵²⁴ Art. 71 *sexies*, c. 4, l. 633/41.

⁵²⁵ "Si tratta... di un diritto dell'utilizzatore l'esercizio del quale, se non reso già possibile dagli aventi diritto tramite un appropriato dispositivo, può tradursi in una pretesa alla rimozione del dispositivo anticopia da far valere in sede giudiziaria", SPADA, *Copia privata ed opere sotto chiave*, cit., 598.

⁵²⁶ A tal proposito c'è chi sostiene che il garantire la possibilità di una copia privata, anche solo analogica, in presenza di MTP, arrecherebbe irragionevole pregiudizio agli interessi dei titolari dell'opera: la rimozione o attenuazione del dispositivo di protezione aprirebbe la strada a riproduzioni incontrollate. Ciò renderebbe la copia privata non conforme col *three-step test*: "È chiaro tuttavia che se, allo stato della tecnica esistente, la necessità di consentire la effettuazione di una copia anche solo analogica mettesse a repentaglio la efficacia delle misure tecniche di protezione, o comunque la possibilità per gli aventi diritto di impedire o limitare atti non autorizzati aventi ad oggetto le loro opere allora, proprio in virtù del "three step test", questa facoltà di copia non sarebbe più praticabile in quanto di fatto contrastante con il normale sfruttamento dell'opera (e segnatamente il diritto esclusivo di riproduzione), e causa di ingiustificato pregiudizio agli aventi diritto su di essa ... Si sarebbe così raggiunto esattamente quel risultato che il "three step test" intende evitare: per rendere possibile al privato la effettuazione di una copia privata, si esporrebbe l'avente diritto sul fonogramma o videogramma interessato a subire una quantità indeterminata e potenzialmente infinita di duplicazioni oltre la prima (e quindi illegittime), di fatto impedendogli la gestione e la difesa dei propri diritti esclusivi, a partire da quello di riproduzione... si deve pertanto concludere che, non essendo tecnicamente possibile esercitare la facoltà di copia privata in modo da

favore di un compenso inteso proprio a ridurre tale pregiudizio⁵²⁷, paralizzando così la domanda dell'utente volta ad ottenere l'esercizio della sua facoltà di riproduzione ad uso personale⁵²⁸. L'insieme di questi fattori potrebbe rendere vana la disposizione di cui al quarto comma dell'articolo 71 *sexies*⁵²⁹ e, con essa, l'eccezione per copia privata, almeno in presenza di dispositivi anticopia.

salvaguardare il diritto esclusivo di riproduzione, così come le MTP poste a sua tutela, la prima deve cedere il passo al secondo”, G. BONELLI, Diritto di riproduzione, misure tecniche di protezione e copia privata, *Dir. Ind.*, 2010, 183. Se così fosse, però, perderebbe interamente di significato la norma di cui al c. 4, art. 71 *sexies*, l. 633/41. Se, inoltre, il concedere una copia privata, anche solo analogica, di opere protette da misure tecnologiche contrastasse col loro normale sfruttamento commerciale e arrecasse irragionevole danno ai loro titolari impedendo la gestione dei diritti esclusivi loro spettanti, a fortiori ciò varrebbe anche per le copie private di opere non protette tecnologicamente. Anche queste ultime possono essere fatte oggetto di riproduzioni illimitate, mettendo a repentaglio l'effettività del diritto esclusivo di riproduzione. Non si può ritenere, infatti, che la natura delle privative d'autore differisca a seconda dell'uso o meno di MTP. Se tutto ciò fosse esatto, allora qualsiasi copia privata risulterebbe difforme dai requisiti posti dal three-step test, e l'Italia, per aver previsto un'eccezione per le riproduzioni private, sarebbe in violazione dei propri obblighi internazionali.

⁵²⁷ “it is believed that compensation can make the prejudice «reasonable”, KOELMAN, *Fixing the three-step test*, cit., 409; cfr. supra, cap. 1.6 .

⁵²⁸ In questo caso, però, i titolari dei diritti dovrebbero rinunciare, per converso, a qualsiasi compenso per copia privata relativamente alle opere per cui la possibilità di effettuare tale copia sia negata.

⁵²⁹ Ad ulteriore critica di questa disposizione, è stato osservato come il fatto che la concessione di una riproduzione in formato analogico sia considerata sufficiente ad assolvere l'obbligo dei titolari dei diritti a garantire la facoltà di copia privata costituisca un'ulteriore beffa per gli utenti: “Anche volendo tralasciare l'assurdo anacronismo consistente nel prevedere che l'obbligo di consentire la copia privata agli utenti legittimi dell'opera possa essere soddisfatto dai titolari dei diritti anche consentendone una mera copia analogica ..., il legislatore dimostra di avere le idee piuttosto confuse sulla distinzione tra copia analogica e copia digitale. Se ciò che viene richiesto per far salvo l'interesse a procurarsi una copia privata ad uso personale di un'opera è che essa possa essere in qualche modo riprodotta, al limite anche solo in formato analogico ..., non v'è alcun bisogno di richiedere la collaborazione dei titolari dei diritti in ordine alla rimozione di device di protezione eventualmente apposti. Nella misura in cui un fonogramma possa essere ascoltato ed un videogramma visualizzato, sarà sempre almeno possibile accostare alla fonte del suono un registratore ed alla fonte dell'immagine una telecamera e «riprodurre» in questo modo l'opera dell'ingegno. Gli utenti di fonogrammi e videogrammi possono comunque, pertanto, indipendentemente dalla circostanza che i titolari lo consentano o meno, effettuare una copia analogica (di pessima qualità come è evidente) delle opere in questione, e ciò sicuramente «nonostante l'applicazione delle misure tecnologiche di cui all'articolo 102- quater». L'obbligo gravante in capo ai titolari dei diritti previsto da tale norma mi sembra si risolva, dunque, solo in una beffarda bolla di sapone”, G. SPEDICATO, *Le misure tecnologiche di protezione del diritto d'autore nella normativa italiana e comunitaria*, 66, disponibile all'URL: <http://www.giorgiospedicato.it/wp-content/uploads/2011/01/download-252-kb.pdf>; pubblicato anche in S. BISI, C. DI COCCO

Questo problema, ed altri, possono essere spiegati, in parte, dall'incerto approccio del legislatore europeo alla questione della relazione tra misure tecnologiche di protezione e riproduzioni private⁵³⁰. A più riprese la Commissione aveva espresso perplessità in ordine alle normative sul compenso per copia privata vigenti in alcuni Stati membri, manifestando la sua preferenza per l'adozione di misure volte a favorire e a tutelare l'adozione di misure tecniche da parte dei titolari dei diritti a protezione delle loro opere⁵³¹.

La disciplina dettata dalla direttiva 2001/29/CE costituisce, da questo punto di vista, un compromesso: da un lato predispone una tutela giuridica dei dispositivi di protezione adottati dai titolari dei diritti relativamente alle loro opere⁵³², dall'altro autorizza a prevedere un'eccezione al diritto di riproduzione in favore delle copie private che preveda un equo compenso per i titolari dei diritti⁵³³.

L'obiettivo del legislatore europeo, come emerge dalla lettura dei considerando alla direttiva, era di creare un'infrastruttura legale che permettesse l'instaurarsi di un mercato interattivo per le opere dell'intelletto⁵³⁴, con particolare attenzione per i modelli di business *on line*⁵³⁵, assumendo che l'uso di

(a cura di), *La gestione e la negoziazione automatica dei diritti sulle opere dell'ingegno digitali: aspetti giuridici e informatici*, Bologna, 2007, 171-244.

⁵³⁰ A titolo esemplificativo della poca chiarezza dell'approccio del legislatore europeo, si segnala l'art 6(4), che autorizza gli Stati membri a prevedere adeguate disposizioni per assicurare l'esercizio della eccezione per copia privata in presenza di MTP, ma omette di fornire indizi circa la natura concreta che tali disposizioni dovrebbero avere. Tale incertezza sembra essersi riversata integralmente nel quarto comma dell'art. 71 *sexies* della legge sul diritto d'autore nostrana.

⁵³¹ Vedi i Libri Verdi del 1988 e del 1955; cfr. *supra*: capitolo 1.7.

⁵³² Nonché delle informazioni elettroniche sulla gestione dei diritti su di esse: artt. 6 e 7 della direttiva.

⁵³³ Art. 5 (2)(b), direttiva 2001/29/CE.

⁵³⁴ Cfr., in particolare, il considerando n° 53: "The protection of technological measures should ensure a secure environment for the provision of interactive on-demand services, in such a way that members of the public may access works or other subject-matter from a place and at a time individually chosen by them".

⁵³⁵ "Undoubtedly, the aim of the European Commission was to create a solid legal framework for the development and growth of digital rights management systems, which would foster the development of 'pay-as-you-go' (on-demand) type business models, in which users would pay for each use of every (portion of a) work retrieved from the internet", L. GUIBAULT, B. HUGENHOLTZ, S. VAN GEFFEN, *The future of levies in a digital environment: final report*, Institute for

misure tecnologiche di protezione avrebbe impedito, in futuro, la commissione di atti non autorizzati sulle opere protette⁵³⁶ e avrebbero reso possibile una gestione articolata dei diritti⁵³⁷.

L'uso di misure tecnologiche di protezione sembrerebbe offrire numerosi vantaggi. Innanzitutto permettono di rendere effettivo un regime di escludibilità delle opere dell'intelletto in formato digitale, rendendo possibile un controllo all'accesso. Oppure possono essere progettate per impedire o regolare la copia dell'opera⁵³⁸. Soprattutto, se usate in abbinamento con un sistema digitale di gestione dei diritti⁵³⁹, permettono di disciplinare le condizioni d'uso del materiale protetto, in modo tale che all'utente siano permessi solo gli utilizzi previsti dalla licenza per cui ha pagato⁵⁴⁰. In altre parole, le MTP non solo rendono applicabile una *property rule* nei confronti di opere protette in

Information Law, Amsterdam, 2003, 35 disponibile all'URL: « <http://www.ivir.nl/publications/other/DRM&levies-report.pdf> » (ultimo accesso effettuato in data 2 marzo 2011).

⁵³⁶ “Technological development will allow rightholders to make use of technological measures designed to prevent or restrict acts not authorised by the rightholders of any copyright, rights related to copyright or the sui generis right in databases”, considerando n° 47, direttiva 2001/29/CE.

⁵³⁷ “Technological development will facilitate the distribution of works, notably on networks, and this will entail the need for rightholders to identify better the work or other subject-matter, the author or any other rightholder, and to provide information about the terms and conditions of use of the work or other subject-matter in order to render easier the management of rights attached to them”, considerando n° 55, direttiva 2001/29/CE.

⁵³⁸ Vedi, ad esempio, i dispositivi di SCMS, che impediscono la realizzazione di copie digitali in serie.

⁵³⁹ I *Digital Rights Management*, o DRM, sono dei dispositivi che, facendo uso di varie tecnologie digitali, consentono di rendere effettiva la disciplina contrattuale predisposta per l'uso di un materiale protetto dal suo titolare. Un DRM può comprendere più componenti, ciascuna con una diversa funzione. Solitamente è presente un watermark, ossia una tecnologia che permetta di includere nel file le informazioni relative all'opera, all'autore ed alle clausole contrattuali, in un formato che è leggibile solamente dalla macchina. Possono essere incluse al file anche informazioni relative all'utente autorizzato alla fruizione (fingerprinting). Spesso sono usate delle misure tecnologiche di protezione, basate sulla crittografia digitale, per regolare l'accesso al file e gli utilizzi consentiti. Ad ogni modo, la presenza di queste componenti non è essenziale al funzionamento dei DRM. Cfr. GUIBAULT, HUGENHOLTZ, VAN GEFFEN, *The future of levies in a digital environment: final report*, cit., 3.

⁵⁴⁰ “DRM does three key things (...). First, it encrypts content to keep it unavailable from unauthorised users. Second, it provides a licence system for controlling who can access the content, what can be done with it under specific circumstances. Third, it authenticates the identity of the user, a required step for accessing the different usage rights awarded by the licence”, OECD report, *Digital Broadband Content: Music*, cit., 61.

formato digitale, per cui il titolare dell'opera può riappropriarsi della sua facoltà esclusiva di riproduzione, ma consentono anche un abbattimento dei costi transattivi, automatizzando il rispetto delle clausole contrattuali predisposte dal titolare dei diritti. Riducono anche i costi di gestione, rendendo possibile una distribuzione più rapida ed economica⁵⁴¹. Ampliano, inoltre, la possibilità di modulare l'offerta di prodotti in formato digitale⁵⁴². In questo modo ogni utente può scegliere di pagare per l'uso specifico che gli interessa, anziché avere un prezzo standard per tutti, favorendo una più efficiente discriminazione dei prezzi⁵⁴³.

In conclusione, l'uso di misure tecnologiche di protezione abbinata a DRM potrebbe far venire meno *in nuce* la razionalità del prelievo sui prodotti di riproduzione privata⁵⁴⁴. Questo non solo perché col loro impiego è, almeno

⁵⁴¹ Non solo, infatti, vengono a mancare i costi di magazzino e di trasporto per gli esemplari fisici, ma diventa possibile una distribuzione con un ridotto numero di intermediari, fino alla transazione diretta tra autore e fruitore dell'opera. Non si deve trascurare l'emersione di altri costi ed altri intermediari, però. Un negozio per la vendita di musica in formato digitale on line richiede, ad esempio, la creazione di un sistema di pagamento sicuro, che sovente comporta l'intervento di altre figure professionali. Anche l'implementazione di DRM comporta costi, di ricerca e di gestione. Cfr. OECD report, *Digital Broadband Content: Music*, cit., 54 e ss. e 84 e ss.

⁵⁴² Mediante l'uso di DRM è possibile offrire il medesimo contenuto con modalità diverse. Ad esempio, si può distribuire un file Mp3 di prova utilizzabile per soli dieci ascolti. Oppure un file senza limiti di ascolto, ma copiabile su un dispositivo mobile solo 5 volte. Ad una maggiore ampiezza d'uso può esser fatto corrispondere un maggior prezzo, e viceversa.

⁵⁴³ Si parla di discriminazione di prezzo in riferimento alla pratica di stabilire, per il medesimo bene, prezzi diversi per clienti diversi (o mercati diversi). Questa pratica sfrutta le differenze tra i prezzi di riserva di ciascun cliente, ossia il prezzo massimo che questi è disposto a pagare per quel determinato bene. Con un'accorta strategia di discriminazione del prezzo, in teoria, il venditore monopolista può far pagare a ciascun cliente un prezzo pari al suo prezzo di riserva, massimizzando il profitto; STIGLITZ, *Principi di Microeconomia*, cit., 251. I DRM favoriscono la discriminazione di prezzi perché impediscono l'arbitraggio (un cliente ottiene un bene ad un dato prezzo e poi lo vende ad un altro cliente, al quale sarebbe stato richiesto un prezzo più alto). I DRM, bloccando la rivendita del bene, inibiscono questa possibilità. Ad ogni modo, lo stabilire prezzi diversi per lo stesso bene può essere positivo anche per il lato della domanda, nella misura in cui permetta a più clienti di ottenere il bene ad un prezzo inferiore o pari al proprio prezzo di riserva, laddove un prezzo unitario (ed elevato) costituirebbe una barriera all'acquisto per gran parte dei clienti.

⁵⁴⁴ "New technologies, notably DRM systems, may alter the equation. If these systems bring down the costs of contracting and enforcement, the liability rule may no longer be justified. One could then argue that it would be better to allow the "invisible hand" of the free market to achieve an optimal allocation of resources. The "rough justice" – or rather: "rough accounting" – that the levy scheme provides should be abolished in order to ensure that the

teoricamente, possibile impedire la copia privata. Ma soprattutto perché permetterebbero di correggere quella situazione che aveva portato all'instaurazione dei compensi, ossia l'impossibilità per i privati di ottenere una licenza apposita senza doversi imbarcare in estenuanti negoziazioni. Tutto questo a beneficio del benessere collettivo⁵⁴⁵.

Ovviamente le misure tecnologiche di protezione ed i DRM presentano anche degli inconvenienti⁵⁴⁶. I problemi principali sono dati dalla necessità di interoperabilità tra misure tecniche e dispositivi e dal rispetto della privacy.

Per quanto riguarda la prima questione, la presenza di MTP potrebbe inibire il funzionamento di un prodotto digitale su alcuni apparecchi. Questo perché, per essere efficienti, le misure di protezione necessitano di un ambiente tecnologico appositamente disegnato per il loro utilizzo. Non sempre, però, i produttori di beni elettronici raggiungono l'accordo sugli standard da applicare, col risultato che alcuni prodotti in formato digitale funzionano solo se usati con determinati apparecchi e non con altri. A volte tale effetto è il risultato di

sum paid by users and received by rightholders is related to actual value, which is the case if it is established by negotiating stakeholders. The inefficiencies of all purchasers of recording equipment and blank recording media paying the same sum, while some copy more than others, and of the repartition to rightholders being based on rough estimates, should be avoided.¹⁶ Because DRM systems would facilitate to directly experience the value of usage, supply and demand would be better matched, which would, in turn, bring maximum social welfare somewhat closer”, KOELMAN, *The levitation of copyright: an economic view of digital home Copying, levies and DRM*, cit., 5.

⁵⁴⁵ Non manca chi si spinge a sostenere che i DRM, una volta giunta alla piena efficienza e capacità d'uso, renderebbero inutile la presenza di eccezione o limitazione al diritto d'autore, e pertanto le relative norme dovrebbero essere significativamente compresse. A questa corrente di pensiero se ne oppone un'altra, per cui le eccezioni e limitazioni al diritto d'autore non sono semplicemente dei correttivi di una situazione di market failure, ma sono strumenti la cui funzione è bilanciare il rafforzamento delle prerogative derivanti dal diritto d'autore. Sarebbero dunque norme fondate su esigenze di tutela dell'interesse pubblico, e in quanto tali dovrebbero essere difese da un uso troppo aggressivo di sistemi di digital rights management. Cfr. MARZANO, *Diritto d'autore e digital technologies*, cit., 251.

⁵⁴⁶ “DRMs enable content offerings that may be more tailored to consumer demand and that may increase consumer choice and satisfaction, provided prices reflect the nature and the quality of services offered. However, there are also concerns over transparency, technological problems and comparatively restrictive terms of usage rights. In sum, the social and economic dimension of DRMs may necessitate further study”, OECD report, *Digital Broadband Content: Music*, cit., 12.

una deliberata strategia aziendale per frammentare il mercato⁵⁴⁷. Senza tener conto della possibilità che vengano impiegate MTP per proteggere materiali non tutelati dal diritto d'autore o del rischio di perdere la possibilità di accesso a determinati contenuti per via dell'obsolescenza delle misure tecniche che li proteggono⁵⁴⁸.

I problemi legati alla privacy sono dovuti al fatto che alcuni DRM, in particolare quelli più avanzati, richiedono l'identificazione dell'utente nel corso del loro normale funzionamento. Il considerando n° 57 della direttiva 2001/29/CE richiede che i DRM siano progettati in conformità con la disciplina posta dalla direttiva 95/46/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 ottobre 1995, sulla protezione degli individui riguardo al trattamento dei dati personali e alla libera circolazione di tali dati.

La direttiva in questione, comunque, consente l'identificazione degli utenti nella misura in cui sia necessario per l'esecuzione di un contratto⁵⁴⁹. È possibile che lo sviluppo di tecnologie a difesa della privacy (*privacy-enhancing technologies* o PETs) e la loro incorporazione nei sistemi di DRM possa ridurre i problemi legati alla privacy degli utenti⁵⁵⁰. Queste tecnologie sono ancora da verificare, però, e non è detto che vengano implementate in assenza di un obbligo legale a farlo⁵⁵¹.

È da verificare, inoltre, il grado di accettazione da parte degli utenti dei DRM. Innanzitutto perché si presentano solitamente come clausole

⁵⁴⁷ F. J. CABRERA BLAZQUEZ, Digital Rights Management systems (DRMs): recent developments in Europe, 17 Media L. & Pol'y 2 (2007), 13 e ss. .

⁵⁴⁸ CABRERA BLAZQUEZ, Digital Rights Management systems (DRMs): recent developments in Europe, cit., 10.

⁵⁴⁹ Art. 7 (b) direttiva 95/46/CE. Cfr. anche GUIBAULT, HUGENHOLTZ, VAN GEFFEN, The future of levies in a digital environment: final report, cit., 34.

⁵⁵⁰ GUIBAULT, HUGENHOLTZ, VAN GEFFEN, The future of levies in a digital environment: final report, cit., 33.

⁵⁵¹ C'è, infatti, un forte incentivo a raccogliere il maggior quantitativo di dati possibile sugli utenti e sulle loro abitudini, considerato il valore commerciale e di marketing di queste informazioni; inoltre, in definitiva, sussiste la necessità di identificare l'utente qualora gli si voglia intentare causa per la violazione di clausole contrattuali regolate da DRM perpetrata mediante l'elusione delle protezioni tecniche; KOELMAN, The levitation of copyright: an economic view of digital home Copying, levies and DRM, cit., 8.

unilateralmente imposte dal venditore del prodotto, riguardo alle quali l'acquirente può solamente prestare accettazione, oppure rinunciare all'acquisto⁵⁵². In seconda istanza si presenta un problema di trasparenza per i consumatori, in quanto la disciplina posta nei contratti d'uso non è sempre facilmente intellegibile e spesso non sono evidenziate le limitazioni d'uso imposte⁵⁵³. Potrebbe altresì essere il fatto che alcuni usi siano di per sé limitati a creare resistenze tra i consumatori. Secondo alcune opinioni, inoltre, non sarebbe corretto impiegare DRM che impediscano l'accesso ai prodotti dell'intelletto. In questo senso, i compensi potrebbero essere un buon compromesso per garantire a tutti la possibilità d'accesso e attribuire comunque una remunerazione agli autori. D'altra parte si osserva che i prelievi sui prodotti ne fanno salire il prezzo e ne disincentivano l'impiego, anche per usi non in violazione di diritti d'autore⁵⁵⁴.

È possibile, dunque, elencare numerosi argomenti contrapposti per far pendere la bilancia a favore di un uso estensivo di DRM o per il mantenimento di meccanismi di equo compenso basati sul prelievo di quote dei prezzi di vendita di apparecchi di riproduzione⁵⁵⁵. Sintetizzando, e semplificando un po', i principali *content providers*, quali le grandi etichette discografiche ed i produttori cinematografici traggono giovamento dall'uso di DRM nella distribuzione dei loro prodotti, beneficiando così della possibilità di controllare gli usi disponibili agli utenti e della possibilità di creare nuove opportunità di mercato.

⁵⁵² CABRERA BLAZQUEZ, Digital Rights Management systems (DRMs): recent developments in Europe, cit., 19.

⁵⁵³ A questo riguardo, il § 95 d della legge tedesca sul diritto d'autore impone di indicare in maniera sufficientemente chiara la presenza di misure di protezione in un prodotto venduto al pubblico.

⁵⁵⁴ KOELMAN, The levitation of copyright: an economic view of digital home Copying, levies and DRM, cit., 9 e ss. .

⁵⁵⁵ "This article ... merely intends to show that both a levy scheme and a system based on (either statutory or technological) exclusivity may have social costs and benefits. Economic arguments can be made both in favor and against either approach. At this stage, it cannot be determined which approach is the most desirable from an economic point of view"; KOELMAN, The levitation of copyright: an economic view of digital home Copying, levies and DRM, cit., 12.

Permettono inoltre di praticare più facilmente, e più efficacemente, operazioni di discriminazione dei prezzi⁵⁵⁶. Anche i produttori di apparecchi di riproduzione potrebbero premere per una maggior diffusione dei DRM, che permettesse l'eliminazione dei prelievi sui propri prodotti. L'uso di DRM, però, costringe i produttori di apparecchi elettronici ad adattare i loro prodotti per consentirne l'uso con materiali protetti. In caso di mancanza di interoperabilità, infatti, alcuni dispositivi potrebbero trovarsi esclusi dal mercato delle opere in formato digitale e questo creerebbe delle resistenze nel settore; se non sulla adozione di DRM, per lo meno sulla decisione di quali standard tecnici impiegare.

Piccoli editori ed autori, nonché gli artisti esecutori, al contrario, rimangono esclusi dalla gestione dei DRM, saldamente in mano ai grossi intermediari. Queste categorie potrebbero preferire il mantenimento degli schemi di compensazione per copia privata, che perlomeno garantiscono un certo flusso di entrate⁵⁵⁷ ripartite in maniera equitativa, bilanciando in una certa misura la disparità di potere tra artisti e aziende discografiche⁵⁵⁸.

Tutto ciò evidenzia che, anche all'interno della categoria dei titolari di diritti e delle altre categorie interessate alla questione, possono emergere vedute divergenti sull'opportunità o meno di eliminare le norme sull'equo compenso in favore di un uso diffuso di MTP e DRM⁵⁵⁹.

Questo vale anche per i consumatori, ovviamente: da un lato i consumatori di opere di intrattenimento potrebbero preferire il mantenimento dei compensi, in cambio di una libertà di copia privata e per evitare gli inconvenienti legati all'applicazione di DRM. Dall'altro lato i consumatori di

⁵⁵⁶ DE BEER, *Locks & Levies*, cit. 166.

⁵⁵⁷ J. REINBOTHÉ, Private copying, levies and DRMs against the background of the EU copyright framework, DRM Levies Conference, 8th September 2003, disponibile all'URL «http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/documents/2003-speech-reinbothe_en.htm» (ultimo accesso effettuato in data 2 marzo 2011)

⁵⁵⁸ DE BEER, *Locks & Levies*, cit. 166.

⁵⁵⁹ “Analysis reveals conflicting views about the appropriate policy measures between and within these groups. The diversity of perspectives may lead to compromise solutions where aspects of multiple proposals are implemented”, DE BEER, *Locks & Levies*, cit. 165.

elettronica non hanno alcun interesse a pagare sovrapprezzi sui prodotti di riproduzione per modalità di impiego di cui non usufruiscono⁵⁶⁰.

L'Unione Europea ha cercato di mantenere aperte entrambe le opzioni, offrendo un modello di tutela giuridica forte alle misure tecnologiche di protezione ed ai sistemi di gestione dei diritti e permettendo al contempo il mantenimento di meccanismi di equo compenso per copia privata⁵⁶¹.

Ciò ha creato problemi di interazione tra le due discipline: alcune MTP, infatti, sono efficaci nell'inibire all'utente medio la possibilità di realizzare una riproduzione ad uso privato⁵⁶². Questo fatto, unito al divieto di elusione delle protezioni, rende eventualmente impossibile ottenere una copia privata in modo legale⁵⁶³, anche in presenza di un'apposita eccezione e del pagamento del relativo compenso.

Il considerando n° 35 cerca di recuperare un equilibrio, prevedendo che laddove i titolari dei diritti abbiano già ricevuto una remunerazione in qualche forma, ad esempio come parte del prezzo di una licenza, è da escludere il pagamento di un ulteriore compenso. Ciò fa sì che nessun compenso dovrebbe essere dovuto per le riproduzioni di opere cedute dai titolari mediante licenze

⁵⁶⁰ Ovviamente queste categorie non sono reciprocamente chiuse: molti consumatori di elettronica sono anche consumatori di prodotti di intrattenimento. Cfr. DE BEER, *Locks & Levies*, cit. 171.

⁵⁶¹ "The framers of the EC Copyright Directive, however, have not chosen between a scenario of levies and one of DRM. Instead, they have tried in vain to square the circle, by permitting digital private copying exceptions, subject to 'fair compensation' (Art. 5.2 b), and at the same time rigorously protecting so-called 'technical protection measures' (Art. 6) and rights management information (Art. 7)", GUIBAULT, HUGENHOLTZ, VAN GEFFEN, *The future of levies in a digital environment: final report*, cit., 34.

⁵⁶² Le protezioni usate in alcuni DVD in commercio impediscono la realizzazione di copie, anche analogiche, del videogramma contenuto nel disco. Vedi, ad esempio, il caso francese "Mulholland Drive", *infra* nel paragrafo.

⁵⁶³ Spesso sono a disposizione degli utenti, anche i meno esperti, dispositivi tecnologici in grado di superare le misure tecniche poste dai distributori delle opere. Tuttavia la messa in circolazione, a qualsiasi titolo, di tali strumenti è illegale, vedi art. 6 EUCD ed art. 171 ter, lett. f *bis*).

che prevedano una possibilità di copia, possibilità per cui l'utente ha già pagato versando il prezzo per la licenza⁵⁶⁴.

Inoltre per la determinazione dell'equo compenso si deve tenere in piena considerazione il grado di utilizzo di misure tecnologiche di protezione. Questa affermazione sembra implicare che, laddove le riproduzioni private siano rese impossibili o molto difficilmente realizzabili, il pagamento del compenso sia fuori questione⁵⁶⁵.

Un'applicazione letterale di questo principio sarebbe difficilmente praticabile, così come una applicazione letterale dell'articolo 5 (2)(b) della Copyright Directive, che prevede che l'equo compenso tenga conto dell'impiego o non impiego di misure tecnologiche di protezione. Questo semplicemente perché, spesso, i medesimi contenuti sono distribuiti in formati diversi, alcuni protetti ed altri no. Inoltre ogni singolo avente diritto dovrebbe notificare alle società di gestione dei compensi l'eventuale uso di MTP fatto sulle proprie opere, operazione che, quand'anche fosse possibile, risulterebbe complicata dal fatto che sovente non sono i singoli aventi diritto a controllare la distribuzione dei propri lavori ed il conseguente uso di DRM. Una soluzione realistica al problema potrebbe essere l'impiego di rilevazioni statistiche per determinare per quali tipologie di opere venga fatto maggior uso di protezioni tecniche e ridurre di conseguenza l'ammontare dei compensi⁵⁶⁶.

⁵⁶⁴ Nessun compenso dovrebbe essere dovuto, dunque, per un file Mp3 venduto tramite internet con una licenza che permetta di effettuarne 5 copie su CD, ad esempio: essendo la possibilità di copia (limitata) un termine della licenza, questo utilizzo è già stato remunerato pagando il prezzo del file. Cfr. GUIBAULT, HUGENHOLTZ, VAN GEFFEN, *The future of levies in a digital environment: final report*, cit., 37.

⁵⁶⁵ "What the Directive does not say, but is clearly implied by its instruction to take 'account of the application or non-application of technological measures', is that compensation would be wholly unjustified in cases where private copying has been made technically impossible, or at least practically infeasible", GUIBAULT, HUGENHOLTZ, VAN GEFFEN, *The future of levies in a digital environment: final report*, cit., 37.

⁵⁶⁶ GUIBAULT, HUGENHOLTZ, VAN GEFFEN, *The future of levies in a digital environment: final report*, cit., 42 e ss.

Tuttavia, per quanto riguarda l'Italia, ma non solo⁵⁶⁷, non pare che la presenza o meno di protezioni tecnologiche sia tenuta in considerazione nella determinazione dei compensi per la riproduzione privata⁵⁶⁸.

Il risultato finale è che i consumatori possono trovarsi a pagare doppi compensi per il diritto di effettuare una copia privata: una prima volta sotto forma di prelievo direttamente sul prezzo degli apparecchi ed una seconda volta sotto forma di licenza al titolare dei diritti. Oppure possono trovarsi impossibilitati alla realizzazione di una copia di un'opera regolarmente acquistata⁵⁶⁹.

Si può citare, come esempio, il caso francese dell'azione intentata da un privato, coadiuvato da un'associazione di consumatori, a causa dell'impossibilità di realizzare una copia in VHS di un film da lui comprato, per via delle protezioni tecnologiche presenti nel DVD. La Cassazione francese⁵⁷⁰ respinse le richieste, motivando la decisione, tra l'altro, col fatto che la copia privata sia un'eccezione e non un diritto che gli utenti possano far valere in

⁵⁶⁷ “despite the fact that TPMs are prevalent in the marketplace... no member state has yet taken account of this. ... Likewise, the levies on blank media such as CDs have been calculated without regard to the extent to which TPMs either license private copying or make it impossible”, DE BEER, *Locks & Levies*, cit. 178.

⁵⁶⁸ Il comma 2, art. 71 *septies*, l. 633/41 prescrive questa osservanza. Tuttavia il decreto 30 dicembre 2009 del Ministro per i beni e le attività culturali per la determinazione del compenso per “copia privata”, e la relativa relazione illustrativa, pur richiamando l'obbligo in esame, non chiariscono in alcun modo come per l'ammontare dei compensi fissato si sarebbe effettivamente tenuto in considerazione dell'uso di misure di protezione. Laddove si è ritenuto di ridurre il quantitativo del compenso in forza di altre considerazioni, invece, ciò è stato puntualmente esplicitato nella relazione illustrativa. È il caso, ad esempio, dei CD e DVD, la cui quota destinata a compenso è stata ridotta in osservazione del diminuito uso di questi prodotti per la realizzazione di riproduzioni private, oppure dei telefoni cellulari e dei *personal computer*, per cui si è optato per una remunerazione a quota fissa in vista della loro natura polifunzionale.

⁵⁶⁹ “Consumers can easily find themselves caught in the middle of a copyright regime that prohibits the circumvention of DRM systems in order to access or copy digital content, but at the same time mandates levy payments to compensate for copying that either cannot occur or is already licensed”, DE BEER, *Locks & Levies*, cit. 177; cfr. anche GUIBAULT, HUGENHOLTZ, VAN GEFFEN, *The future of levies in a digital environment: final report*, cit., 1.

⁵⁷⁰ *Cour de Cassation* (1 re ch. civ.), 28 février 2006, *Studio Canal, Universal Pictures video France et SEV c/ S. Perquin et Ufc que Choisir*, disponibile all'URL: [«http://www.foruminternet.org/telechargement/documents/cass2_0060228.pdf»](http://www.foruminternet.org/telechargement/documents/cass2_0060228.pdf).

giudizio in via di azione⁵⁷¹. Successivamente a tale decisione è stata istituita, come si è già ricordato, un'autorità indipendente tra i cui compiti rientra quello di trovare soluzione alle controversie sorte per la presenza di misure di protezione che impediscano l'esercizio di alcune eccezioni specificamente individuate dalla legge⁵⁷². Tale soluzione, però potrebbe essere avversa ai consumatori ed in favore dell'uso di misure tecniche di protezione.

In attesa di vedere eventuali sviluppi legislativi, l'equo compenso per copia privata e le misure tecniche di protezione si avviano verso una difficile convivenza. Anche ammettendo che si raggiungano degli standard di protezione efficaci, infatti, non è detto che i DRM diventino la realtà commerciale prevalente, in fatto di distribuzione di opere dell'intelletto. Al di là degli eventuali problemi di interoperabilità, i consumatori potrebbero riuscire ad esprimere in maniera sufficiente la loro preferenza per prodotti non limitati da DRM, influenzando di conseguenza l'offerta.

Alcuni studi eseguiti su consumatori europei di contenuti audio e video in formato digitale, ad esempio, hanno evidenziato l'interesse per la possibilità di copiare contenuti video, anche solo per funzionalità di *time shifting*⁵⁷³. È emersa, inoltre, una tendenziale disponibilità a pagare un prezzo maggiore per file musicali privi di restrizioni relative alla copia ed alla condivisione con altri utenti, e che siano utilizzabili su dispositivi diversi⁵⁷⁴. L'uso di misure tecniche

⁵⁷¹ Cfr J. WINN, N. JONDET, *The Boundaries of Copyright and Trademark/Consumer Protection Law: a new deal for end users? Lessons from a French innovation in the regulation for interoperability*, 51 *Wm and Mary L. Rev.* 547 (2009), 563. Cfr. anche CABRERA BLAZQUEZ, *Digital Rights Management systems (DRMs): recent developments in Europe*, cit., 9 e ss. .

⁵⁷² Cfr. *supra*, capitolo 1.8.2 .

⁵⁷³ Cfr N. DUFFT ed altri, INDICARE, *Digital Video Usage and DRM, Results from a European Consumer Survey*, Berlino, (2006) , 26 e ss. Disponibile all'URL: «<http://www.indicare.org/tiki-page.php?pageName=Downloads>», (ultimo accesso effettuato in data 15 giugno 2011).

⁵⁷⁴ In particolare circa i due terzi degli intervistati, posti davanti all'alternativa tra file a possibilità di copia limitata dal costo di 50 centesimi e file a copia illimitata ad 1 euro, hanno espresso la loro preferenza per questi ultimi. Oltre l'ottanta per cento preferisce file operabili su dispositivi diversi, e una leggera maggioranza pagherebbe di più per file di cui sia concessa la condivisione in ambito privato. N. DUFFT ed altri, INDICARE, *Digital Audio Usage and DRM, Results from a European Consumer Survey*, Berlino (2005) , 25 e ss. Disponibile all'URL:

di protezione, inoltre, spesso danneggia gli acquirenti legittimi, ai quali comprime la possibilità d'uso degli esemplari regolarmente comprati, mentre lascia di fatto indisturbati gli utenti di copie illegittime, che possono usufruire liberamente di esemplari illegalmente acquisiti⁵⁷⁵. Ciò potrebbe addirittura costituire un incentivo nei confronti degli acquirenti di opere audiovisive a procurarsi illegalmente tali opere.

Una prima indicazione di mercato, in questo senso, può essere tratta dalla scelta, operata dalla Apple, di vendere sulla sua piattaforma iTunes file musicali privi di sistemi di DRM⁵⁷⁶. Una strada simile è oggi battuta da numerosi produttori di opere videoludiche, che rinunciano, almeno in parte, ad un uso aggressivo di protezioni tecniche per puntare sulla prestazione di servizi aggiuntivi a favore degli acquirenti dei propri prodotti⁵⁷⁷.

È anche vero, però, che l'uso di DRM può avvantaggiare i consumatori nella misura in cui determini un ampliamento dell'offerta dei contenuti o anche solo delle modalità di distribuzione e fruizione di essi⁵⁷⁸, almeno fino a quando

«<http://www.indicare.org/tiki-page.php?pageName=Downloads>», (ultimo accesso effettuato in data 15 giugno 2011).

⁵⁷⁵ Ad esempio, il legittimo proprietario di un esemplare di un'opera cinematografica su DVD incontra normalmente grosse difficoltà nell'ottenere una copia ad uso personale per via delle MTP usate dai produttori di tali prodotti. Potrebbe dover ricorrere in giudizio per chiedere tutela della sua facoltà ad ottenere una riproduzione privata, e vedersi respinta la propria domanda. Al contrario, chi si procura una copia illecita del film tramite internet non soffre di tali restrizioni. In ultima analisi, è più facile procurarsi una copia illegale che realizzare una copia privata in maniera lecita, anche per chi abbia comprato il prodotto originale. Un risultato ottimale, se si vuole offrire un incentivo ad infrangere la legge.

⁵⁷⁶ Inizialmente i file musicali acquistabili tramite iTunes incorporavano delle significative limitazioni in termini di numero di copie realizzabili: erano possibili solo 5 riproduzioni su CD e 5 riproduzioni su altri computer. Erano disponibili file privi di queste limitazioni ad un prezzo superiore. A partire dal 2009 sono state rimosse queste limitazioni su tutti i file in offerta, anche se ciò ha comportato un aumento di prezzo per alcuni di essi. Il *watermarking* dei file, comprese le informazioni che identificano l'acquirente, è stato mantenuto.

⁵⁷⁷ Ad esempio distribuendo contenuti aggiuntivi a seguito di una registrazione *on line* che dimostri la regolarità dell'acquisto. In questo modo si favorisce la fidelizzazione del cliente, e si rendono meno appetibili copie illecite. A ben vedere, tuttavia, questa strategia è diretta anche a colpire il mercato dell'usato.

⁵⁷⁸ Senza DRM a garantire il rispetto delle modalità contrattuali di utilizzo, ad esempio, difficilmente le imprese avrebbero sviluppato i servizi di distribuzione *on demand* di opere dell'intelletto.

non diventi una “gabbia” entro la quale costringere la fruizione di opere dell'intelletto.

Da questo punto di vista, è stato suggerito che una soluzione più efficiente ai problemi derivanti agli utenti dall'uso di misure tecnologiche di protezione potrebbe essere data dalle leggi in difesa dei consumatori, che dispongono di rimedi più incisivi⁵⁷⁹, piuttosto che dal diritto d'autore⁵⁸⁰.

In effetti questa traslazione prospettica porterebbe al centro dell'attenzione l'utente quale consumatore di opere dell'intelletto⁵⁸¹, mentre le leggi sul diritto d'autore sono maggiormente orientate alla difesa dei titolari dei diritti d'autore e dei diritti connessi⁵⁸².

D'altra parte, oggi, contratti e regole tecnologiche hanno acquisito un peso una volta sconosciuto relativamente alle riproduzioni in ambito domestico⁵⁸³, rendendo questo fenomeno un po' meno privato.

⁵⁷⁹ In particolare possono soccorrere i consumatori le norme sugli obblighi di informazione relative ai prodotti e le norme contro le pratiche commerciali scorrette. Su questo tema, vedi estensivamente: HELBERGER, HUGENHOLTZ, *No place like home for making a copy: private copying in European copyright law and consumer law*, cit., 1085 e ss.

⁵⁸⁰ Vedi, ad esempio, M. Spolidoro in riferimento alla norma di cui al c. 4, art 71 *sexies*, legge autore: “per funzionare meglio essa dovrebbe diventare attivabile da associazioni di consumatori o da autorità preposte alla tutela dei consumatori. In altre parole, la norma dovrebbe «uscire» dal diritto d'autore ed entrare nel «codice del consumo»”, SPOLIDORO, *Le eccezioni e le limitazioni*, cit., 206.

⁵⁸¹ HELBERGER, HUGENHOLTZ, *No place like home for making a copy: private copying in European copyright law and consumer law*, cit. 1078.

⁵⁸² Le associazioni rappresentanti gli interessi di queste categorie, ed in particolare i grossi editori di prodotti audiovisivi, non hanno mancato di far sentire la propria influenza, in fase di stesura delle leggi di copyright/diritto d'autore, sia presso i legislatori nazionali che in sedi internazionali o transnazionali.

⁵⁸³ “Consumer law is a logical choice when looking for ways to give legal effect to information consumers' interests in private copying. Private copying in today's information markets has become a matter of contracts and electronic rules between commercial suppliers and information consumers. Unlike copyright law, consumer law targets the commercial relationship between these two parties with the goal to ensure standards of fairness, equality, and transparency”, HELBERGER, HUGENHOLTZ, *No place like home for making a copy: private copying in European copyright law and consumer law*, cit. 1093.

2.4 Breve rassegna giurisprudenziale italiana in tema di equo compenso per copia privata

Le norme sull'equo compenso, fin dalla loro prima introduzione, suscitarono alcune conflittualità. Furono soprattutto i soggetti obbligati alla corresponsione del compenso, i produttori e gli importatori di apparecchi e supporti di registrazione, ad intentare cause legali avverso la SIAE o a subirle per iniziativa della società di gestione. La disciplina dettata dalla legge 5 febbraio 1992, n. 93, norme a favore delle imprese fonografiche e compensi per le riproduzioni private senza scopo di lucro, fu così più volte argomento di dibattito presso i tribunali italiani. Le controversie sorsero, per lo più, al momento della richiesta della SIAE di versare il dovuto, oppure in tema di obbligo di rendiconto. Le argomentazioni poste contro la legge coinvolgevano spesso la presunta illegittimità costituzionale delle norme e la loro non conformità coi trattati della Comunità Europea. Anche la legittimazione ad agire della SIAE era spesso dibattuta.

Dall'analisi delle sentenze emerge che, spesso, le contestazioni erano dovute all'oscurità di alcuni punti della legge 93/92 o al silenzio di questa su alcuni profili fondamentali. Queste cause sono risultate utili, dunque, per meglio definire il puntuale funzionamento della normativa italiana sull'equo compenso per copia privata.

Una prima sentenza⁵⁸⁴ riguarda la opposizione proposta dalla Thomson Computer Electronics Marketing S.p.a. ad un decreto ingiuntivo⁵⁸⁵ ottenuto dalla SIAE per il mancato pagamento dei compensi previsti dalla legge 93/92.

⁵⁸⁴ Trib. Milano 19 giugno 1995, in *Dir. autore*, 1995, 454.

⁵⁸⁵ Decreto emesso in data 22 luglio 1993, al quale era stata concessa provvisoria esecutività dal Trib. Milano, ordinanza 2 febbraio 1994, in *Annali it. dir. autore*, 1994, 532. Nella suddetta ordinanza, il tribunale di Milano riservava al collegio la decisione in ordine alla legittimità costituzionale e comunitaria della l. 93/92, contestata dalla opponente al decreto, in quanto non presentavano un grado sufficiente di apparenza di fondamento. Respingeva inoltre come prive di fondamento la ulteriore contestazione fondata sulla presunta mancanza di legittimazione ad agire della SIAE relativamente al compenso in causa, in forza della

La Thomson contestava preliminarmente la mancanza di legittimazione ad agire della SIAE, argomento rapidamente liquidato dal giudice in forza dell'attribuzione all'ente di gestione in causa dei compiti di riscossione e ripartizione del compenso, operata dall'articolo 3 della legge 93/92. Risultava pertanto evidente in capo alla SIAE il “potere-dovere di attivarsi per garantire l'adempimento coattivo della prestazione”⁵⁸⁶: era impensabile un'azione portata avanti da una “folla più o meno indeterminata di autori e produttori”⁵⁸⁷. In questo frangente la SIAE era portatrice di un compito “sostanzialmente pubblicistico”, che si esplicava anche “nella fase (patologica) del mancato ed inesatto adempimento”⁵⁸⁸.

La Thomson, poi, contestava l'arbitrarietà e la illogicità delle condizioni fissate dalla SIAE, relativamente all'obbligo di rendiconto, al luogo di pagamento ed al tempo di pagamento. Sotto il primo profilo, il giudice ritenne tale obbligo insito nel dovere di reciproca correttezza gravante sul debitore e sul creditore ai sensi dell'art. 1175 c.c. Il luogo dell'adempimento doveva essere quello delineato dal soggetto collettore, in rispetto dell'art. 1182 c.c. Per il tempo del pagamento, il giudice ritenne congrui i termini stabiliti dalla SIAE⁵⁸⁹.

Più interessanti, sotto un profilo generale, le contestazioni portate dalla Thomson relativamente alla legittimità costituzionale della legge 93/92. La parte attrice, infatti, sosteneva l'irragionevolezza della legge nella parte in cui

“competenza demandata in via generale alla SIAE In materia di accertamento e riscossione di tributi, contributi e diritti nel settore del diritto d'autore”, e in forza dell' “espresso conferimento di competenza (di cui all'art. 3, c. 4 e 6, legge 93/92)... che implica – in via di interpretazione estensiva – il potere di riscossione coattiva in caso di inadempimento spontaneo”, Trib Milano ordinanza cit., 532.

⁵⁸⁶ Trib. Milano 19 giugno 1995, cit., 455.

⁵⁸⁷ Trib. Milano 19 giugno 1995, cit., 455.

⁵⁸⁸ Trib. Milano 19 giugno 1995, cit., 456.

⁵⁸⁹ La SIAE richiedeva pagamenti trimestrali: entro un termine di 15 giorni dalla scadenza di ciascun trimestre l'obbligato avrebbe dovuto presentare un rendiconto; successivamente, avrebbe avuto un termine di altri 15 giorni per il pagamento, decorrenti dal ricevimento della fatturazione del dovuto predisposta dalla SIAE stessa. Tutto ciò “a fronte dell'incontestabile debenza del compenso al momento dell'effettuazione dell'operazione imponibile”, ossia al momento del primo atto di vendita dei prodotti in questione da parte dei soggetti obbligati, Trib. Milano 19 giugno 1995, cit., 457.

non distingueva tra i materiali sottoposti a prelievo sulla base del loro uso finale concreto; ne sosteneva l'irragionevolezza, inoltre, nella parte in cui indicava come soggetti obbligati i produttori e gli importatori, laddove i rivenditori sarebbero stati più idonei ad effettuare tale controllo. Il tribunale respingeva questi argomenti, affermando che ragioni di effettività della normativa in questione implicavano l'applicazione del compenso in base "all'idoneità del materiale rispetto alla concretizzazione della fattispecie contributiva", essendo sufficiente, per il legislatore, "la constatazione dell'*id plerumque accidit*, dell'uso generalizzato e normale ad opera della clientela"⁵⁹⁰. La possibilità di un controllo da parte dei rivenditori sarebbe stata una "mera petizione di principio"⁵⁹¹.

La Thomson contestava, inoltre, la natura discriminatoria dell'articolo 3, legge 93/92, che, a suo dire, destinando a compenso una quota del prezzo di vendita al rivenditore, gravava del compenso i produttori e gli importatori che vendevano i prodotti in questione ad un rivenditore, ma esimeva da tale obbligo i soggetti che intrattenevano rapporti commerciali disintermediati col pubblico. Contestava, infine, l'illegittimità della previsione della misura fissa del compenso, anziché essere questo calcolato in base all'opera registrata. Il tribunale riteneva errata l'interpretazione indicata dell'articolo 3, in quanto la *ratio legis* era "del tutto incompatibile con tale ipotesi di esenzione"⁵⁹². La seconda questione era, invece, inammissibile, perché non era pensabile che il compenso si raccordasse ad un fatto posteriore alla nascita dell'obbligo⁵⁹³.

Per concludere, i rilievi più interessanti in ordine alla presunta non conformità della legge al diritto comunitario si appuntavano sulla possibile

⁵⁹⁰ Trib. Milano 19 giugno 1995, cit., 458.

⁵⁹¹ Trib. Milano 19 giugno 1995, cit., 458.

⁵⁹² Trib. Milano 19 giugno 1995, cit., 458.

⁵⁹³ Il presupposto dell'imposizione del compenso, infatti, era la cessione dei materiali al rivenditore. Non era possibile, pertanto, calcolarne l'ammontare in relazione alle opere concretamente registrate, operazione che sarebbe avvenuta in un momento successivo; Trib. Milano 19 giugno 1995, cit., 458.

natura di misura d'effetto equivalente⁵⁹⁴ ad una restrizione quantitativa alle importazioni dei compensi per copia privata, relativamente ai prodotti in questione, ed al rischio di una doppia imposizione a carico degli importatori da paesi che adottavano un meccanismo di compensazione analogo. Quanto al secondo punto, il tribunale lo riteneva “puramente accademico”⁵⁹⁵, in quanto non erano state addotte prove che dimostrassero l'avvenuta duplicazione dei pagamenti. L'analisi relativa al primo punto era più elaborata: il tribunale ricordava la piena legittimità di “restrizioni all'iniziativa imprenditoriale volte a tutelare gli interessi morali ed economici degli aventi diritto sull'opera dell'ingegno”⁵⁹⁶. Era da escludere, ad ogni modo, la natura discriminatoria delle norme in questione, in quanto esse trovavano analoga applicazione per i produttori nazionali e per gli importatori da altri paesi.

Questa causa costituisce un esempio abbastanza rappresentativo delle principali questioni affrontate dalle corti italiane relativamente alla disciplina sul compenso per riproduzioni private di fonogrammi e videogrammi.

In un'altra occasione, la SIAE intentava un'azione legale nei confronti di una azienda debitrice, la S. G. s.p.a., per ottenere l'accertamento dell'obbligo di quest'ultima alla presentazione di rendiconti periodici delle vendite dei prodotti assoggettati a compenso, anche per il futuro, e dell'obbligo a versare il relativo compenso maturato di volta in volta⁵⁹⁷. La difesa sollevava in primo luogo delle questioni pregiudiziali⁵⁹⁸. In particolare presentava questione di legittimità

⁵⁹⁴ Il diritto dell'Unione Europea vieta l'introduzione di dazi doganali e di restrizioni quantitative alle importazioni tra gli Stati membri, nonché le misure di effetto equivalente. Vedi gli artt. 30 e 34 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea oggi in vigore.

⁵⁹⁵ Trib. Milano 19 giugno 1995, cit., 460.

⁵⁹⁶ Trib. Milano 19 giugno 1995, cit., 459.

⁵⁹⁷ Causa decisa con sentenza dal Trib. Monza 7 marzo 1997, in *Annali it. dir. autore*, 1997, 896.

⁵⁹⁸ Una questione riguardava l'asserita mancanza di legittimazione attiva della SIAE, argomento che però venne respinto con motivazioni sostanzialmente analoghe a quelle espresse dal Tribunale di Milano nella sentenza 19 giugno 1995, precedentemente esaminata. In breve: la legittimazione dell'ente di gestione era fondata sull'art. 3 della l. 93/92, che gli attribuiva il compito di raccogliere e ripartire i compensi in questione. Ciò non toglieva che i titolari del diritto al compenso fossero gli autori (e gli altri soggetti indicati dalla legge), e che questi avessero legittimazione ad intervenire adesivamente ai giudizi promossi dalla SIAE per far valere tale diritto; Trib. Monza 7 marzo 1997, cit., 897.

costituzionale dell'articolo 3 della legge 93/92, in relazione al principio di uguaglianza sancito dall'articolo 3 della Costituzione: il sottoporre a prelievo indiscriminatamente tutti i prodotti potenzialmente idonei alla riproduzione privata di opere protette, senza distinguere i casi di utilizzo per finalità ulteriori ed estranee all'ambito della legge, avrebbe costituito una sorta di presunzione assoluta di violazione del diritto d'autore, con la conseguenza irrazionale di disciplinare in maniera identica situazioni diverse⁵⁹⁹. Secondo il Tribunale, posto che lo scopo della legge 93/92 era di attribuire ai soggetti indicati un compenso per la copia ad uso personale di fonogrammi e videogrammi, appariva "logico che la vendita dei supporti e degli apparecchi di registrazione, offrendo la possibilità di una utilizzazione riproduttiva delle opere protette, [fosse] soggetta al prelievo a prescindere dall'accertamento in concreto dell'uso che il privato intend[esse] farne"⁶⁰⁰. Questo sistema superava il meccanismo dello *jus excludendi* consentendo "di preservare la libertà effettuale di riprodurre le opere protette"⁶⁰¹. Secondo la ricostruzione effettuata dal tribunale, il compenso non costituiva un corrispettivo per le riproduzioni realmente effettuate, ma si poneva come corrispettivo della mera facoltà di realizzare copie private⁶⁰². Tale lettura offre un interessante spunto, in via di retrospettiva, circa quale avrebbe potuto essere una formulazione più esplicita, e forse più

⁵⁹⁹ Un ulteriore profilo di illegittimità addotto dalla difesa era la presunta disparità di trattamento cogli importatori, che avrebbero beneficiato di una esenzione dal pagamento, o comunque di modalità differenti e più vantaggiose. Il Tribunale respingeva questo argomento, affermando che: "una corretta interpretazione (estensiva) della norma in discussione induce ad escludere la prospettata esenzione a favore degli importatori e produttori (per fini commerciali) che vendono direttamente al pubblico, dato che il senso della disposizione è di applicare il prelievo sul primo atto di scambio che si verifichi nel territorio dello Stato", Trib. Monza 7 marzo 1997, cit., 899; non mutava l'applicazione della norma che tale atto fosse una cessione ad un rivenditore od una vendita diretta al pubblico, ibidem.

⁶⁰⁰ Trib. Monza 7 marzo 1997, cit., 898.

⁶⁰¹ Trib. Monza 7 marzo 1997, cit., 898.

⁶⁰² "Il compenso non si pone come corrispettivo di una *riproduzione effettiva*, per accertare la quale sarebbero necessari controlli talmente capillari da apparire assolutamente impraticabili, ma come corrispettivo della mera *facoltà* di riproduzione", Trib. Monza 7 marzo 1997, cit., 898. Il Tribunale concludeva affermando che: "essendo conferita a qualsiasi acquirente la possibilità di utilizzare il supporto di registrazione per fini riproduttivi di opere protette, l'uso diverso che in concreto ne verrà fatto diventa irrilevante ai fini della legge", ibidem.

corretta, dell'articolo 3, legge 93/92. Questo articolo, al comma primo, affermava semplicemente il diritto di autori e produttori ad esigere una quota sul prezzo di vendita dei prodotti indicati “quale compenso per la riproduzione privata per uso personale e senza scopo di lucro di fonogrammi e videogrammi”⁶⁰³. Se il diritto al compenso fosse stato previsto espressamente in forza di una facoltà di riproduzione privata, probabilmente sarebbero risultate più chiare le finalità della norma, che non pretendeva affatto di ancorare i compensi alle copie effettuate in concreto, stante l'impossibilità di accertarne la quantità effettiva. Si sarebbe, inoltre, fatta luce in ordine alla liceità delle riproduzioni ad uso personale.

Tornando all'esame della sentenza, le successive argomentazione del tribunale si appuntavano su questioni di carattere sostanziale. L'obbligo della società convenuta a pagare il compenso, ed il relativo diritto della SIAE ad esigerlo, poggiava sull'articolo 3 della legge 93/92 e non era contestabile. Secondo il Tribunale di Monza, però, non esisteva alcun obbligo di rendiconto a carico della società debitrice. Tale obbligo non era previsto testualmente dalla legge, e non poteva ritenersi implicito nell'obbligo di pagamento del compenso⁶⁰⁴. L'obbligo del rendiconto, secondo il tribunale, è collegato “al fine di verificare l'esercizio di una attività gestoria svolta in via sostitutiva per conto di altri soggetti”⁶⁰⁵. Ma ciò non era il caso degli importatori e produttori dei beni sottoposti a compenso, che agivano “esclusivamente per proprio conto ed interesse”⁶⁰⁶. D'altra parte, la mancanza di un obbligo di rendiconto non ostava “alla possibilità per la SIAE di esercitare utilmente il diritto alla riscossione”: questa poteva sempre avvalersi della via giudiziaria, oppure disporre *ex officio* un accertamento tecnico “inteso ad estrapolare i dati necessari alla quantificazione

⁶⁰³ Art. 3, c. 1, l. 93/92.

⁶⁰⁴ Trib. Monza 7 marzo 1997, cit., 899. Relativamente a questo punto, la decisione del Tribunale di Monza si discosta dall'opinione espressa dal Tribunale di Milano nella sentenza 19 giugno 1995, nella quale un obbligo di rendiconto era ricavato dal dovere delle parti di attenersi a principi di correttezza reciproca ai sensi dell'art. 1175 c.c.; vedi *supra*, cap. 2.3 .

⁶⁰⁵ Trib. Monza 7 marzo 1997, cit., 899.

⁶⁰⁶ Trib. Monza 7 marzo 1997, cit., 899.

del compenso dalle scritture contabili”⁶⁰⁷. In questa occasione, tuttavia, il Tribunale non mancava di sottolineare come un regolamento di attuazione della legge avrebbe permesso una disciplina più snella ed efficiente delle procedure di riscossione.

La sentenza si chiudeva con l'affermazione del principio per cui, se era vero che l'obbligazione al pagamento sorgeva al momento della vendita dei beni in questione, per aversi una messa in mora del debitore era necessaria una “intimazione o richiesta scritta da parte della SIAE volta a sollecitare il pagamento”⁶⁰⁸. In altre parole, trovava applicazione l'ordinaria disciplina prevista dal codice civile, all'articolo 1219.

Un'altra causa dal carattere sostanzialmente omologo a quella appena illustrata, e svoltasi pressoché in concomitanza, è quella che vide la SIAE avversa alla Redi Electronics S.p.a.⁶⁰⁹. Anche in questa occasione la società di gestione chiedeva la condanna della convenuta al pagamento dei compensi maturati ed il riconoscimento dell'obbligo di questa a presentare rendiconti periodici, secondo le istruzioni fornite dalla SIAE stessa. La Redi Electronics S.p.a. si opponeva alle richieste adducendo l'incostituzionalità dell'articolo 3 della legge 93/92, per violazione dell'articolo 3 della Costituzione, in quanto assoggettava indiscriminatamente al pagamento del compenso per copia privata tutti i supporti di registrazione e gli apparecchi di registrazione audio, senza ammettere la possibilità di dimostrare la destinazione in concreto di tali prodotti a scopi diversi ed estranei alla normativa in questione. Affermava inoltre l'inesistenza di un termine fissato dalla legge per l'adempimento dell'obbligo al pagamento del compenso e l'inesistenza di un obbligo di rendiconto a proprio carico⁶¹⁰.

⁶⁰⁷ Trib. Monza 7 marzo 1997, cit., 899.

⁶⁰⁸ Trib. Monza 7 marzo 1997, cit., 899.

⁶⁰⁹ Decisa con sentenza dal Trib. Vicenza 30 settembre 1997, in *Dir. autore*, 1999, 138.

⁶¹⁰ La convenuta asseriva, inoltre, la mancanza di legittimazione ad agire della SIAE in quanto priva del potere di rappresentanza di tutte le categorie aventi diritto al compenso, e perché priva del potere di rappresentanza giudiziale anche dei suoi iscritti. Questi argomenti erano

Il Tribunale respingeva come manifestamente infondata la questione di illegittimità costituzionale avanzata dalla difesa. Nelle motivazioni alla decisione è effettuato un breve riepilogo delle condizioni che avevano portato alla promulgazione della norma sui compensi per copia privata, che secondo il Tribunale veneto costituiva “una forma di licenza legale sostitutiva della licenza facoltativa che esaurisce il diritto degli autori e dei produttori dei fonogrammi nello stesso momento in cui lo garantisce dalla violazione”⁶¹¹. Tale norma non poteva comportare una violazione del principio di proporzionalità affermato dall'articolo 3 della Costituzione, perché attuava una compensazione tra i sacrifici sopportati dagli aventi diritto al compenso e i sacrifici gravanti sui soggetti debitori del compenso stesso. I primi dovevano tollerare che utenti privati realizzassero copie delle proprie opere, ed i secondi erano giustamente tenuti al pagamento del compenso in quanto beneficiari dell'aumentato valore di mercato dei loro prodotti di registrazione, determinato proprio dalla possibilità per gli acquirenti di realizzare copie di opere protette⁶¹². Secondo il Tribunale, per completare l'analisi relativa a questo profilo di illegittimità costituzionale, era necessario considerare anche la posizione degli acquirenti, sui quali era verosimile sarebbe venuto in ultimo a gravare il compenso, sotto forma di un aumento dei prezzi dei prodotti in questione. Anche per questi soggetti il pagamento era giustificato, in quanto con esso veniva “ad essere acquisita la facoltà di utilizzare i registratori anche per la riproduzione delle opere protette”, altrimenti inibita⁶¹³.

In questo frangente non appaiono troppo stringenti le argomentazioni di natura economica avanzate dal Tribunale di Vicenza, in quanto basate su assunti non puntualmente verificabili e non controbilanciate dall'esame di

presto liquidati dal Tribunale, secondo cui l'articolo 3, c. 4, l. 93/92 definiva la SIAE quale “Ente di gestione esclusiva del compenso”, e in quanto tale svolgeva “una funzione propria che esula[va] dallo schema di mandato con rappresentanza”. D'altra parte i singoli aventi diritto risultavano impossibilitati ad agire in prima persona. Trib. Vicenza 30 settembre 1997, cit., 140.

⁶¹¹ Trib. Vicenza 30 settembre 1997, cit., 143.

⁶¹² Trib. Vicenza 30 settembre 1997, cit., 143.

⁶¹³ Trib. Vicenza 30 settembre 1997, cit., 144.

elementi diversi, quali ad esempio i benefici in termine di ampliamento del mercato per le opere protette grazie alla maggior diffusione di apparecchi di riproduzione ed esecuzione. Sarebbe forse stato sufficiente e più persuasivo un ragionamento, peraltro adombrato dal Tribunale, che avesse fatto leva sulla natura di compromesso della norma sul compenso per copia privata, necessaria a garantire equilibrio tra due interessi contrapposti ed entrambi costituzionalmente protetti: l'interesse degli autori a percepire una remunerazione per la propria attività da un lato e gli interessi della collettività ad una maggior diffusione di beni culturali dall'altro⁶¹⁴.

Per quanto riguarda l'esame nel merito delle domande della SIAE il Tribunale, riconosciuta alla società di gestione la titolarità del diritto a percepire i compensi stabiliti dalla legge, affermava anche il suo diritto ad ottenere il rendiconto delle vendite dei prodotti rilevanti. Tale obbligo discendeva direttamente dall'applicazione dell'articolo 1175 del codice civile⁶¹⁵. La società convenuta, per conformarsi ai doveri di lealtà e correttezza di cui all'articolo citato, era tenuta a collaborare perché si realizzasse l'adempimento nei termini previsti dalla legge 93/92 e ciò non poteva non comportare la consegna alla parte creditrice degli “strumenti necessari alla verifica dell'intervenuta soddisfazione delle proprie pretese”⁶¹⁶.

Infine, secondo il Tribunale di Vicenza, non esistevano “effettive questioni in ordine al tempo dell'adempimento”. L'articolo 3 della legge 93/92 faceva sorgere l'obbligazione al pagamento al momento dell'atto di vendita dei prodotti indicati. Il termine indicato dalla SIAE per l'effettivo pagamento, tuttavia, comportava “il sensibile spostamento in avanti dell'obbligo di pagamento rispetto al termine di adempimento direttamente discendente dalle

⁶¹⁴ Un argomento simile è stato utilizzato da App. Milano 29 dicembre 1998, in *Dir ind.*, 1999, 184, con commento di G. MORRETTA.

⁶¹⁵ Su questo punto il Tribunale di Vicenza concordava col Tribunale di Milano, sentenza 19 giugno 1995, cit. *Contra*, come visto *supra*, Trib. Monza 7 marzo 1997, cit. .

⁶¹⁶ Trib. Vicenza 30 settembre 1997, cit., 146.

norme di legge”, pertanto non solo era congruo, ma andava addirittura a beneficio della parte debitrice⁶¹⁷.

La normativa sul compenso per copia privata del 1992 fu sottoposta anche al vaglio della Corte d'appello di Milano⁶¹⁸. Anche in questo caso la causa aveva avuto origine da una iniziativa della SIAE per far valere l'obbligo di rendiconto nei confronti della Philips s.p.a. relativamente ai prodotti venduti in Italia ed ottenere il pagamento dei relativi compensi. La Corte d'appello fu investita della causa a seguito del ricorso della Philips, che aveva subito una decisione sfavorevole in primo grado.

Ancora una volta la prima questione ad essere esaminata è la asserita carenza di legittimazione attiva da parte della SIAE. A tal proposito la Corte d'appello notava che la SIAE esercitava “un'attività gestoria retribuita nel campo dell'intermediazione dei servizi”⁶¹⁹. La SIAE svolgeva tale attività di intermediazione in via esclusiva ed era incaricata anche di altre funzioni di interesse pubblico: rientrava nella normalità dei suoi compiti istituzionali la rappresentanza per l'esercizio di diritti d'autore e per la percezione di proventi inerenti all'utilizzazione economica di opere tutelate. Dunque, anche se l'articolo 3, comma 1 della legge 93/92 assegnava ad autori e produttori “il diritto di esigere” il compenso per copia privata, tale disposizione doveva essere interpretata assieme a quella del quarto comma del medesimo articolo, che prevedeva che il compenso fosse “corrisposto” alla SIAE. In particolare si doveva far uso di un criterio teleologico per armonizzare l'interpretazione letterale, per cui l'esercizio dell'azione per ottenere il pagamento dei compensi spettava alla SIAE⁶²⁰. Un'indicazione ulteriore in tal senso era la previsione che la SIAE fosse anche incaricata della ripartizione dei compensi, previa trattenuta

⁶¹⁷ Trib. Vicenza 30 settembre 1997, cit., 147.

⁶¹⁸ App. Milano 29 dicembre 1998, cit., 184.

⁶¹⁹ App. Milano 29 dicembre 1998, cit., 186.

⁶²⁰ Non si poteva, secondo la Corte, “attribuire all'espressione verbale di «esigere» un significato esteso all'esercizio del diritto di azione, negandolo invece a quella complementare di «corrispondere»”, App. Milano 29 dicembre 1998, cit., 187.

delle spese: ciò attribuiva ad essa un compito di gestione e di disposizione, non esercitabile se disgiunto da un potere di accertamento ed esazione⁶²¹.

Quanto al termine per l'adempimento⁶²², secondo la Corte la vendita dei beni da parte dei produttori o degli importatori costituiva il fatto generatore dell'obbligo e rendeva immediatamente certo e liquido il debito di questi soggetti. Non era pertanto necessaria una determinazione giudiziale del termine ai sensi dell'articolo 1183 c.c., primo comma⁶²³. Pertanto il termine poteva essere stabilito unilateralmente dalla SIAE⁶²⁴. La scadenza del termine avrebbe determinato automaticamente la mora del debitore, ai sensi dell'articolo 1219, comma 2, n° 3⁶²⁵.

La Corte d'Appello milanese affermava, poi, la sussistenza dell'obbligo di rendiconto da parte del soggetto debitore dei compensi sulla base del fatto che, svolgendo questi una attività nell'interesse di altri, aveva il dovere di comunicare gli atti posti in essere ed in particolare gli atti dai quali scaturivano partite di dare e avere. Secondo la Corte il produttore e l'importatore, “trasferendo sul prezzo al rivenditore l'onere riferito al compenso spettante ad autori e produttori, [venivano] a percepire una quota del prezzo che dalla legge 93/92 è destinata al soddisfacimento di un diritto di terzi”⁶²⁶. In altre parole, al momento della riscossione del prezzo dei beni dal rivenditore, i soggetti debitori del compenso si trovavano la disponibilità di somme spettanti alla

⁶²¹ Secondo la Corte una interpretazione diversa avrebbe reso inapplicabile la legge. App. Milano 29 dicembre 1998, cit., 187.

⁶²² Secondo la Philips il termine non poteva esser fatto coincidere con quello indicato dalla SIAE: la legge n.93 avrebbe difettato di tale determinazione, in quanto il riferimento alla «vendita al rivenditore» serviva solo alla determinazione dell'ammontare dei compensi, ed era privo di valenza cronologica. App. Milano 29 dicembre 1998, cit., 187.

⁶²³ Il primo comma dell'art. 1183, c.c. prevede: “Se non è determinato il tempo in cui la prestazione deve essere eseguita, il creditore può esigerla immediatamente. Qualora tuttavia, in virtù degli usi o per la natura della prestazione ovvero per il modo o il luogo dell'esecuzione, sia necessario un termine, questo, in mancanza di accordo delle parti, è stabilito dal giudice”.

⁶²⁴ App. Milano 29 dicembre 1998, cit., 188.

⁶²⁵ App. Milano 29 dicembre 1998, cit., 188. L'art. 1219, c. 2, n°3, c.c. prevede che non sia necessaria la costituzione in mora del debitore quando è scaduto il termine, se la prestazione deve essere eseguita al domicilio del creditore.

⁶²⁶ App. Milano 29 dicembre 1998, cit., 188.

SIAE in forza della legge. Non potevano pertanto esimersi, anche in rispetto dei principi di buona fede, dalla presentazione a quest'ultima dei rendiconti sulle vendite effettuate.

La Philips aveva contestato l'illegittimità costituzionale della norma di cui all'articolo 3 della legge, affermando che i compensi previsti costituivano un indebito finanziamento dell'industria fonografica⁶²⁷. La riproduzione ad uso privato di esemplari posti in commercio e regolarmente acquistati, per i quali cioè erano già stati pagati i diritti, non poteva arrecare un danno economico sensibile agli interessi degli autori. Per la Corte, però, tali riproduzioni rappresentavano “una nuova forma di sfruttamento economico” dell'opera dell'ingegno⁶²⁸. La normativa di cui alla legge 93/92 rispondeva ad una duplice esigenza: permettere le riproduzioni private senza scopo di lucro, per favorire la diffusione di prodotti di valore culturale, e assicurare ai titolari di diritti d'autore e di diritti connessi la ricezione di un compenso da parte di coloro che beneficiavano direttamente (i privati riproduttori) o indirettamente (i produttori e gli importatori di supporti e apparecchi) della loro attività creativa.

La ricorrente aveva posto anche una serie di questioni riguardante la conformità della normativa in questione col diritto comunitario.

In particolare asseriva che i compensi per copia privata costituissero tasse di effetto equivalente a dazi doganali o misure di effetto equivalente a restrizioni quantitative all'importazione⁶²⁹. Il compenso, dunque, avrebbe avuto finalità

⁶²⁷ Un ulteriore motivo addotto dalla ricorrente riguardava l'ambito applicativo della legge, che dichiarava «beni di interesse nazionale» i soli strumenti di diffusione culturale. L'art. 3, pertanto, avrebbe dovuto limitare il diritto alla percezione dei compensi alle sole opere protette e non assegnarlo indiscriminatamente a tutti i fonogrammi e videogrammi. La Corte d'appello rigettava l'argomento affermando che la legge sul diritto d'autore proteggeva le opere d'ingegno dal carattere creativo, senza fare esclusioni o discriminazioni relativamente al loro contenuto. Non era irrazionale, dunque, che la legge non operasse distinzioni basate sul contenuto dei fonogrammi e dei videogrammi, perché una tale distinzione sarebbe risultata arbitraria. App. Milano 29 dicembre 1998, cit., 189.

⁶²⁸ App. Milano 29 dicembre 1998, cit., 189.

⁶²⁹ Rispettivamente artt. 12 e 30 del Trattato istitutivo della Comunità, nella versione in vigore ai tempi della sentenza. Vedi, ora artt. 30 (“I dazi doganali all'importazione o all'esportazione o le tasse di effetto equivalente sono vietati tra gli Stati membri. Tale divieto si applica anche ai dazi doganali di carattere fiscale”) e 34 (“Sono vietate fra gli Stati membri le restrizioni

protezionistiche, gravando su una produzione quasi interamente estera (quella degli apparecchi e dei supporti) e finanziando una nazionale italiana (quella dei fonogrammi).

Tale lettura non fu condivisa dalla Corte milanese. Innanzitutto i compensi in esame non erano tasse, in quanto non erano destinati “allo Stato o ad un altro ente pubblico”⁶³⁰. La Corte riconosceva che, tuttavia, misure economiche destinate a finanziare attività di cui beneficiassero unicamente prodotti nazionali, pur se prive di carattere fiscale, erano da considerarsi misure di effetto equivalente vietate dal Trattato comunitario. Nel caso in esame, però, la causa del compenso previsto dalla legge 93/92 era “da individuare essenzialmente nella tutela dei diritti di proprietà intellettuale e dei diritti di utilizzazione economica connessi”⁶³¹. Il pagamento imposto, quindi, costituiva “adempimento della prestazione dovuta a titolo di corrispettivo per la concessione di un uso rientrante fra i poteri connessi alla proprietà industriale”, non rappresentava “una alterazione del mercato e della concorrenza e non crea[va] distorsioni e ostacoli nella circolazione dei beni”⁶³². La Corte ammetteva che il pagamento del compenso avrebbe potuto condurre ad un aumento del prezzo finale dei beni in questione, costituendo così un potenziale ostacolo indiretto agli scambi intracomunitari. Ma ciò non appariva risolutivo, poiché l'ordinamento comunitario permetteva restrizioni all'importazione, all'esportazione ed al transito di beni giustificati da esigenze di tutela della proprietà industriale e commerciale, a meno che non costituissero un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri⁶³³.

quantitative all'importazione nonché qualsiasi misura di effetto equivalente”) del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea.

⁶³⁰ Corte d'app. di Milano, 29 dicembre 1998, cit., 191.

⁶³¹ App. Milano 29 dicembre 1998, cit., 191.

⁶³² App. Milano 29 dicembre 1998, cit., 191.

⁶³³ App. Milano 29 dicembre 1998, cit., 192. La Corte d'appello in questo punto delle motivazioni cita la difesa proprietà intellettuale quale *ratio* del compenso introdotto dalla legge

La Philips, in ultimo, eccepiva la non conformità al principio comunitario di proporzionalità⁶³⁴ dell'indiscriminata applicazione del compenso per copia privata alla totalità dei supporti e degli apparecchi di registrazione, anche qualora le probabilità di utilizzo a fini di riproduzioni per uso personale dovessero essere escluse in vista della destinazione del materiale. Secondo la Corte d'appello, il principio di proporzionalità avrebbe trovato applicazione se la legge in esame avesse recato ostacolo alla libera circolazione delle merci e questo non era il caso della legge 93/92. Ad ogni modo il principio in questione risultava rispettato. Il prelievo, infatti, era collegato ad un dato oggettivo ed incontestabile⁶³⁵, ossia la vendita dei beni rilevanti ai rivenditori. Questo costituiva il primo atto di una catena di vendite che si sarebbe conclusa con la cessione dei prodotti ai privati. In quella fase il prezzo, sul quale sarebbe

93/92. Successivamente riconduce la natura del compenso ad un corrispettivo dovuto in forza della concessione di "un uso rientrante fra i poteri connessi alla proprietà industriale" (App. Milano 29 dicembre 1998, cit., 191). In realtà proprietà industriale e proprietà intellettuale non possono essere considerate espressioni di valore equivalente: se è vero che la prima è fatta ricadere nell'ambito della seconda, la proprietà intellettuale non si esaurisce nella proprietà industriale, in quanto comprende anche il diritto d'autore. Appare abbastanza evidente che l'ambito di riferimento della legge 93/92 fosse proprio il diritto d'autore, e non la proprietà industriale, che si occupa prevalentemente di brevetti, marchi e disegni industriali. Ovviamente non è ipotizzabile che la Corte d'appello di Milano abbia fatto confusione tra i due ambiti. Lo spostamento d'accento operato dai giudici sulla proprietà industriale era utile ai fini della motivazione: l'art. 36 del Trattato ammetteva restrizioni agli scambi se dettati da ragioni di difesa della proprietà industriale. Ricondurre la legge 93/92 sotto quell'ambito era strumentale, dunque, ad avvalersi della copertura offerta dall'art. 36 del Trattato. Cfr. art 36 del Trattato sul funzionamento della Unione Europea oggi in vigore: "Le disposizioni degli articoli 34 e 35 lasciano impregiudicati i divieti o restrizioni all'importazione, all'esportazione e al transito giustificati da motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale e commerciale. Tuttavia, tali divieti o restrizioni non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri". Forse la Corte avrebbe potuto fondare altrimenti la sua motivazione, facendo riferimento al carattere di valore protetto della proprietà intellettuale da parte della Comunità. Per ulteriori riferimenti: L. MENOZZI, *Diritto d'autore, proprietà industriale, proprietà intellettuale, Dir. autore*, 2009, 68.

⁶³⁴ Secondo questo principio, elaborato dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea e codificato nell'articolo 5 del Trattato sull'Unione Europea, le disposizioni nazionali devono perseguire un obiettivo legittimo rispetto all'ordinamento comunitario, devono essere idonee alla realizzazione dell'obiettivo perseguito e non devono oltrepassare i limiti di quanto necessario al fine di conseguire l'obiettivo.

⁶³⁵ App. Milano 29 dicembre 1998, cit., 193.

stato calcolato il compenso, era più contenuto del prezzo finale al pubblico, risultando in un compenso più basso e, conseguentemente, in un minor sacrificio per gli importatori ed i produttori⁶³⁶. Inoltre tale atto di vendita mutava “la destinazione puramente astratta e potenziale alla riproduzione in una attitudine concreta e attuale”⁶³⁷. Una corretta interpretazione della legge, inoltre, consentiva di escludere dall'applicazione della legge quei materiali che per la loro natura fossero risultati oggettivamente inidonei alla riproduzione privata. In ogni caso, secondo la Corte, “l'eventuale utilizzazione diversa non rilevante sul diritto d'autore [era] da considerare assolutamente marginale”⁶³⁸. Per finire, non esistevano sistemi che consentissero “di verificare in concreto la destinazione effettiva di apparecchi e supporti di registrazione da parte dei singoli acquirenti”. Tale uso era da considerarsi “assolutamente discrezionale e libero (se senza fini di lucro)” e sfuggiva “a qualunque possibilità di controllo”⁶³⁹.

All'ultima argomentazione posta dalla ricorrente, che affermava che la legge difettesse dei criteri di suddivisione dei compensi tra gli aventi diritto, la Corte ribatteva che tale compito era affidato alla SIAE in forza dell'articolo 3, comma 4 della legge 93/92. Una ripartizione che applicasse criteri oggettivi e suscettibili di controllo era possibile, ad esempio, commisurando l'ammontare di spettanza ad ogni avente diritto in maniera proporzionale alle vendite realizzate dallo stesso.

La sentenza della Corte di Milano, oltre ad essere la prima emessa da giudici d'appello, si presenta notevolmente articolata e dettagliata⁶⁴⁰. Tale livello di

⁶³⁶ La difesa della Philips aveva provato ad indicare i rivenditori al pubblico, quale soggetto più idoneo ad assolvere l'obbligazione al compenso. In effetti, se questo fosse stato fatto gravare sui rivenditori al dettaglio, gli importatori ed i produttori sarebbero stati interamente esentati da qualsiasi sacrificio. A ragion veduta, dunque, questi soggetti premevano affinché venisse trovato nel rivenditore il soggetto più idoneo al versamento del compenso.

⁶³⁷ App. Milano 29 dicembre 1998, cit., 193.

⁶³⁸ App. Milano 29 dicembre 1998, cit., 193.

⁶³⁹ App. Milano 29 dicembre 1998, cit., 193.

⁶⁴⁰ Cfr. G. MORRETTA, *Copia privata e diritto al compenso*, nota a App. Milano 29 dicembre 1998, in *Dir. ind.*, 1999, 195.

approfondimento risultava necessario, d'altronde, considerata la vaghezza della legge 93/92, soprattutto relativamente alle modalità di riscossione e di ripartizione dei compensi introdotti⁶⁴¹.

Anche la nuova normativa dettata dal d.lgs 168/2003 è stata oggetto di alcune pronunce giudiziali.

In una occasione la ASMI⁶⁴² aveva intentato causa alla SIAE per ripetere quanto versato a titolo di compenso ai sensi delle disposizioni di cui agli articoli 71 *sexies* e seguenti della legge sul diritto d'autore, nonché per ottenere l'accertamento della non debenza di tali compensi per il futuro⁶⁴³. La Sezione Specializzata per la proprietà intellettuale del Tribunale di Milano non entrò nel merito della causa, ritenendo di dover accogliere l'eccezione di incompetenza sollevata dalla SIAE. La sentenza⁶⁴⁴ in questione contiene comunque qualche spunto interessante. Secondo il Tribunale il foro competente per le controversie sorte in tema di compensi per le riproduzioni private ad uso personale era situato in Roma, dove aveva sede la SIAE. Sotto tale profilo non avevano rilevanza le sedi locali della società di gestione, in quanto si trattava di sedi con funzioni meramente esecutive, organizzative o di vigilanza, e non dotate di potere di rappresentanza dell'ente⁶⁴⁵. Trattandosi di prestazioni di somme di denaro, il luogo di adempimento dell'obbligazione era quello del domicilio del creditore, come indicato dall'articolo 1183 c.c., terzo comma,

⁶⁴¹ MORRETTA, *Copia privata e diritto al compenso*, cit., 196.

⁶⁴² Associazione Supporti e Sistemi Multimediali Italiana.

⁶⁴³ A fondamento della domanda erano state presentate delle censure di incompatibilità col diritto comunitario delle norme in questione. In particolare per l'omessa considerazione dell'eventuale uso di misure tecnologiche di protezione, della diversa incidenza di copia analogica o digitale e per l'omessa differenziazione tra supporti e apparecchi non suscettibili di impiego per la riproduzione di opere protette. Era affermata anche l'incostituzionalità di alcune disposizioni, ad esempio dell'art. 39 del d.lgs 68/2003, che predisponneva una determinazione transitoria dei compensi, per l'irragionevolezza di tale determinazione e per la violazione del principio di parità di trattamento e di non discriminazione. Cfr G. MARI, *Un'importante pronuncia in tema di competenza territoriale in materia di copia privata e forse qualcosa di più*, nota a Trib. di Milano, 24 aprile 2008, in *Il Diritto di Autore*, 2008, IV, 555, 555 e ss. .

⁶⁴⁴ Trib. Milano 24 aprile 2008, in *Dir. autore*, 2008, 552, con commento di G. MARI.

⁶⁴⁵ Trib. Milano 24 aprile 2008, cit., 553.

ossia Roma⁶⁴⁶. La parte attrice aveva provato ad argomentare la competenza del Tribunale milanese sostenendo che il criterio rilevante per la causa fosse il luogo di conclusione del contratto: dato che le obbligazioni in esame nascevano *ex lege* in funzione della vendita dei beni rispetto ai quali era dovuto il compenso e poiché le imprese attrici avevano sede a Milano, lì si sarebbero perfezionate le fattispecie negoziali da cui traevano origine le obbligazioni di pagamento⁶⁴⁷.

Il Tribunale rigettava tale tesi, però, asserendo che l'obbligazione di pagamento non nasceva “dalle singole vendite ma dai rendiconti trimestrali che devono essere presentati a SIAE per i relativi controlli, e dunque a Roma”. Appare curiosa questa ricostruzione operata dalla sezione specializzata milanese, in quanto sembra far derivare l'obbligazione di pagamento dei compensi da un fatto, i rendiconti trimestrali, che i produttori e gli importatori di supporti ed apparecchi sono tenuti a presentare proprio in forza dell'obbligo di corrispondere i compensi per copia privata⁶⁴⁸.

La Sezione Specializzata del Tribunale di Roma ha avuto modo di specificare meglio il momento in cui sorge l'obbligo del pagamento⁶⁴⁹. L'articolo 71 *septies* della legge sul diritto d'autore dispone che i soggetti tenuti al pagamento dei compensi presentino ogni tre mesi un rendiconto, dal quale emergano le cessioni effettuate e l'ammontare dei compensi dovuti, che devono essere corrisposti contestualmente. Pertanto, secondo il Tribunale di

⁶⁴⁶ Trib. Milano 24 aprile 2008, cit., 554.

⁶⁴⁷ Secondo il Tribunale, però, la tesi non era convincente in quanto, in materia di vendita, il contratto si deve ritenere perfezionato nel luogo ove l'acquirente riceve l'accettazione del suo ordine: nel caso in esame, le sedi dei clienti delle imprese attrici. Il Tribunale, però, constatava l'omessa presentazione di prove inerenti acquisti di supporti ad opera di soggetti residenti a Milano. Trib. Milano 24 aprile 2008, cit., 554.

⁶⁴⁸ La spiegazione della posizione del Tribunale di Milano risiederebbe nel fatto che, in materia di compensi per copia privata, ci si troverebbe di fronte ad una fattispecie complessa, per cui l'obbligazione (al compenso) diventa certa, liquida ed esigibile solo nel momento perfezionativo della presentazione dei rendiconti, cfr. MARI, *Un'importante pronuncia in tema di competenza territoriale in materia di copia privata e forse qualcosa di più*, nota a Trib. Milano 24 aprile 2008, cit., 562.

⁶⁴⁹ Trib. Roma, 2008, in *Dir. autore*, 2009, 331.

Roma, “il fatto costitutivo dell'obbligo di pagamento è la cessione dei beni elencati dalla norma”, laddove per cessione si intende il passaggio di proprietà di detti beni in forza dell'atto di compravendita, mentre “il momento in cui l'obbligo di pagamento deve essere eseguito è quello del rendiconto relativo alle cessioni effettuate nel trimestre precedente”⁶⁵⁰.

Anche la spinosa questione dell'interazione tra misure tecnologiche di protezione e copia privata è stata portata all'attenzione delle corti italiane. In una recente sentenza⁶⁵¹, il Tribunale di Milano ha deciso sulla causa intentata da un privato contro la Universal Picture Italia s.r.l. . Motivo del contendere era l'impossibilità riscontrata dal privato di realizzare una copia ad uso personale di un DVD regolarmente acquistato, per via delle protezioni tecniche presenti nel disco. L'attore aveva chiesto, inutilmente, istruzioni in ordine alla possibilità di ottenere una copia ai sensi dell'articolo 71 *sexies* legge autore. Aveva pertanto deciso di adire le vie legali per ottenere l'accertamento della violazione del proprio diritto ad ottenere una copia ad uso personale, nonché la condanna della società convenuta ad attivarsi al fine di consentire la realizzazione della copia in questione⁶⁵².

Il Tribunale rigettava le richieste. L'articolo 71 *sexies*, comma quarto, prevedeva sì un obbligo per i titolari dei diritti a consentire la realizzazione di una copia privata a chi avesse ottenuto il legittimo possesso o accesso all'opera. L'esercizio di tale diritto era però subordinato alla condizione che questo non contrastasse col normale sfruttamento dell'opera e non arrecasse irragionevole pregiudizio ai titolari dei diritti. Il tribunale sottolineava, poi, che il diritto alla copia privata di cui all'articolo 71 *sexies*, era stato introdotto nel nostro ordinamento in forza dell'articolo 5, paragrafo 2, lettera b) della direttiva 29

⁶⁵⁰ Trib Roma, 2008, cit., 331.

⁶⁵¹ Trib. Milano, 1 luglio 2009, *Dir. ind.*, 2009, 584, con commento di S. ALVANINI.

⁶⁵² Secondo la convenuta, il diritto a copia privata doveva intendersi subordinato alla possibilità tecnica di consentire una sola copia. Tale possibilità non sussisteva relativamente alle MTP disponibili all'epoca della produzione del DVD in questione, dunque “un corretto bilanciamento di interessi determinava la prevalenza dell'interesse dei titolari dei diritti patrimoniale sull'opera”, Trib. Milano, 1 luglio 2009, *Il Diritto Industriale*, 2009, cit, 584.

/2001/CE, che autorizzava gli Stati membri ad introdurre un'eccezione o limitazione al diritto esclusivo di riproduzione su opere dell'intelletto. Il diritto alla copia privata così introdotto, dunque, si poneva “quale eccezione o limitazione al diritto esclusivo di riproduzione che costituisce uno dei profili più significativi ed economicamente rilevanti dei diritti di utilizzazione economica delle opere protette”⁶⁵³. Ai due diritti, il diritto esclusivo di riproduzione ed il diritto alla copia privata, non poteva essere attribuita una parità di condizione. Semmai, si poteva ritenere che l'assolutezza dell'esclusiva di riproduzione fosse limitata dal diritto del legittimo possessore dell'esemplare dell'opera, entro i presupposti indicati dall'articolo 71 *sexies* quarto comma, che riproponeva il contenuto dell'articolo 5, paragrafo 5 della direttiva, ossia il *three-step test*. Secondo il tribunale, tali presupposti non sussistevano nel caso in esame: all'epoca in cui era stato acquistato il DVD, non esistevano misure tecniche in grado di consentire la realizzazione di un'unica copia, anche solo analogica. L'alternativa sarebbe stata quella di rinunciare *in toto* all'impiego di tali misure. Ma questa alternativa avrebbe condotto alla libera riproducibilità dell'opera, determinando “proprio quell'obiettivo contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera nonché un ingiustificato pregiudizio ai titolari dei diritti di utilizzazione dell'opera”⁶⁵⁴. In queste condizioni, non poteva essere ritenuta illecita l'applicazione di misure tecniche di protezione e si dovevano ritenere mancanti quei presupposti che rendevano “esercitabile in concreto il diritto alla riproduzione privata dell'opera”⁶⁵⁵. Secondo il Tribunale la sussistenza dei pregiudizi arrecati ai titolari dei diritti doveva essere valutata alla luce dell'attuale diffusione delle tecnologie digitali, che permettono la realizzazione di copie qualitativamente identiche all'originale, e alla luce dell'“esistenza di un fenomeno di pirateria diffusa di nota e indubbia rilevanza”⁶⁵⁶.

⁶⁵³ Trib. Milano 1 luglio 2009, cit., 585.

⁶⁵⁴ Trib. Milano 1 luglio 2009, cit., 585.

⁶⁵⁵ Trib. Milano 1 luglio 2009, cit., 585.

⁶⁵⁶ Trib. Milano 1 luglio 2009, cit., 586.

Il riferimento alla pirateria, fatto dal Tribunale milanese, sembra far derivare l'irragionevolezza del pregiudizio arrecato ai titolari dei diritti dalla possibilità che DVD senza protezioni vengano riprodotti a fini di operare un commercio illecito delle copie abusive, dunque, più che dall'incidenza di una copia privata non limitata ad un unico esemplare, magari analogico⁶⁵⁷. Il risultato finale è che, in assenza di misure tecniche di protezione che consentano la realizzazione di copie limitate, il diritto alla copia privata è vanificato⁶⁵⁸. Questa sentenza costituisce un incentivo per le aziende produttrici e distributrici a far uso di misure tecnologiche restrittive, sapendo che non verrà loro imposto di rimuoverle nemmeno per consentire l'effettuazione di una singola copia⁶⁵⁹. Al contrario, il riconoscimento di una tutela in favore dell'acquirente del DVD e la conseguente condanna della convenuta a consentire la realizzazione della copia ad uso personale, avrebbero posto un forte incentivo allo sviluppo di tecnologie di protezione più flessibili, favorendo in questo modo un più equilibrato bilanciamento di interessi.

2.5 La copia privata nell'era digitale: il prelievo sugli apparecchi digitali. Il modello è ancora adeguato?

⁶⁵⁷ In questa sentenza non è stato preso in considerazione il compenso versato ai titolari di diritti d'autore o diritti connessi ai sensi dell'articolo 71 *septies*. La questione dei compensi, in effetti, non era in discussione nella causa. I compensi per copia privata, però, costituiscono una entrata economica non irrilevante per i titolari dei diritti, e non subordinata, allo stato concreto, all'assenza di misure anticopia. Sarebbe forse stata opportuna, perciò, quantomeno una valutazione dell'incidenza di detti compensi in relazione alla ragionevolezza o meno del danno arrecato dalla rimozione delle MTP.

⁶⁵⁸ “Deve dunque ritenersi che – allo stato della tecnica quantomeno riferibile al 2004 – l'apposizione di misure tecnologiche di protezione che impediscono anche l'esecuzione di una sola copia non costituisce violazione del diritto di copia privata di cui all'art. 71 *sexies* l. autore”, Trib. Milano 1 luglio 2009, cit, 586.

⁶⁵⁹ A ben vedere, infatti, l'attore nella causa riportata non chiedeva la rimozione delle MTP da tutti gli esemplari di DVD in commercio, chiedeva solamente che la Universal si attivasse per consentirgli di fare una copia del DVD in suo possesso. Cfr S. ALVANINI, *Misure tecnologiche di protezione e copia privata*, nota a sentenza Trib. Milano 1 luglio 2009, *Dir. ind.*, 2009, 586, 593.

L'introduzione di un equo compenso finanziato mediante il prelievo di una quota del prezzo dei prodotti impiegati da utenti privati per la realizzazione di riproduzioni di opere protette è una soluzione ideata in un'epoca in cui le tecnologie analogiche erano l'unica realtà.

Con l'introduzione delle nuove tecnologie digitali, la base del compenso, ossia il novero dei prodotti sui quali è praticato il prelievo, è stata via via allargata. Così alle audiocassette a nastro magnetico ed ai VHS si sono aggiunti i CD ed i DVD. Nel primo decennio del nuovo secolo la rivoluzione digitale ha ormai compiuto il suo corso e le tecnologie analogiche sono finite in soffitta, almeno per quanto riguarda le dotazioni domestiche dei privati, che per fruire di musica o film fanno uso ormai di sole apparecchiature digitali. Perfino l'uso di supporti fisici sembra esser destinato sul viale del tramonto, a causa dell'emersione di nuovi formati digitali, ad esempio i file Mp3, e dell'incalzare di nuove modalità di distribuzione di contenuti, soprattutto mediante internet.

Quale effetto ha avuto l'applicazione dei sistemi di equo compenso basati sul prelievo alla nuova realtà digitale?

Inizialmente, ad essere sottoposti al regime dei compensi erano esclusivamente apparecchi e supporti destinati alla registrazione audio e video. Il loro scopo primario, in altre parole, era riprodurre suoni e immagini su supporti durevoli. Erano pertanto idonei a riprodurre anche suoni e immagini protette dal diritto d'autore, quali opere musicali e cinematografiche. Erano ovviamente suscettibili anche di utilizzi che non riguardavano opere protette. Gli apparecchi, in particolare, erano non solo dispositivi di registrazione, ma servivano anche per l'esecuzione di opere pre-registrate, immesse sul mercato dai legittimi titolari. I supporti potevano essere impiegati per registrazioni di carattere personale. Tuttavia, in forza della loro destinazione, ossia le abitazioni di privati cittadini, che rendeva impossibile accertarne in concreto le modalità d'uso, fu ritenuto congruo sottoporre tali beni al regime del prelievo a

compensazione delle copie private per le quali eventualmente sarebbero stati utilizzati. Gli argomenti addotti per giustificare questa scelta sono stati molteplici, come abbiamo visto. Basterà qui ricordare l'idea per cui i titolari di diritti d'autore abbiano diritto ad essere compensati per l'ulteriore beneficio tratto dalle loro opere⁶⁶⁰ e che le somme trattenute dal prezzo di supporti e apparecchi di registrazione costituiscono il compenso per la facoltà di copia privata, che risulta così liberalizzata⁶⁶¹. Non era mancata, però, la consapevolezza che alcuni prodotti di registrazione, per la loro natura⁶⁶² o per la loro destinazione⁶⁶³, dovessero essere esclusi dal meccanismo dei prelievi⁶⁶⁴.

Le tecnologie digitali hanno determinato un incisivo mutamento di scenario. Da un lato le capacità di riproduzione dei dispositivi accessibili ai privati sono di gran lunga migliorate, sia in termini di qualità che in termini di quantità delle copie realizzabili. Dall'altro lato lo sviluppo tecnico di apparecchi e di supporti di riproduzione audiovisiva ha incrementato le caratteristiche di polifunzionalità insite in detti prodotti⁶⁶⁵. I CD ed i DVD non hanno come funzione primaria la registrazione di suoni o immagini. Loro funzione primaria è l'immagazzinamento di dati in formato digitale. Tali dati, ovviamente, possono anche essere opere musicali o cinematografiche protette in formato digitale. Come anche altre tipologie di opere tutelate da diritto d'autore⁶⁶⁶.

⁶⁶⁰ Cfr. a proposito del cosiddetto *time shifting*: SARTI, *Copia privata e diritto d'autore*, cit., 50; cfr. anche App. Milano 29 dicembre 1998, cit., 189.

⁶⁶¹ Trib. Monza 7 marzo 1997, cit. .

⁶⁶² Ad esempio le cassette per i dittafoni o per le segreterie telefoniche.

⁶⁶³ I medesimi apparecchi ed i supporti a disposizione dei privati potevano anche essere destinati ad un'attività professionale. I medesimi apparecchi ed i supporti a disposizione dei privati potevano anche essere destinati ad un'attività professionale.

⁶⁶⁴ Le normative sull'equo compenso per copia privata contenevano disposizioni volte a garantire questa esclusione, in vario modo. Dalla esenzione di alcune tipologie espressamente indicate di prodotti, scelta adottata in Italia, ad un meccanismo di rimborso dei compensi versati da professionisti per prodotti acquistati in relazione alla loro attività, come in Francia. Vedi *supra*: cap. 1.4 e 1.5.

⁶⁶⁵ GUIBAULT, HUGENHOLTZ, VAN GEFFEN, *The future of levies in a digital environment: final report*, Institute for Information Law, Amsterdam, 2003, cit., 40.

⁶⁶⁶ Ad esempio fotografie. O programmi per elaboratore.

A differenza delle cassette analogiche, però, i dischi digitali, ed i relativi masterizzatori, sono suscettibili di un più ampio ventaglio di usi che non riguardano il diritto d'autore⁶⁶⁷. L'aver esteso a tali prodotti l'applicazione dei prelievi ha fatto sì che un maggior numero di individui sia gravato di un compenso per una facoltà di copia in realtà non esercitata. A questo punto, la strada per ulteriori ampliamenti dell'ambito di applicazione della normativa sull'equo compenso per copia privata era aperta⁶⁶⁸.

Per quanto riguarda l'Italia⁶⁶⁹, con il decreto 30 dicembre 2009⁶⁷⁰, recante nuova la determinazione dei compensi, è stato compiuto il passo ulteriore: sono stati inclusi nell'obbligo di pagamento ulteriori tipologie di prodotti, in particolare memorie digitali, hard disk esterni, lettori Mp3, telefoni cellulari e *personal computer*, nonché, in generale, qualsiasi dispositivo dotato di una memoria interna.

La tendenza, dunque, è quella ad ampliare l'applicazione dei prelievi a tutti i dispositivi elettronici⁶⁷¹ astrattamente idonei ad effettuare copie di opere, protette o meno⁶⁷².

⁶⁶⁷ Tra gli usi più comuni, il salvataggio di dati personali, la creazione di copie di back up di software, etc.

⁶⁶⁸ "Applying levies to multi-purpose digital machines such as PC's would necessarily lead to further expansion of levies to all sorts of other hardware equipped with memory chips: radio and television sets, digital cameras, digital video units, telephones, car stereo's, automobile information systems, watches, kitchen appliances, et cetera. If levies were indeed imposed on all digital media and equipment, an increasingly large number of users would end up paying a 'copyright tax' without actually using copyrighted content", GUIBAULT, HUGENHOLTZ, VAN GEFFEN, *The future of levies in a digital environment: final report*, Institute for Information Law, Amsterdam, 2003, cit., 41.

⁶⁶⁹ Ma provvedimenti di analogia portata erano già stati adottati in precedenza in altri paesi dell'Unione Europea, ad esempio la Francia.

⁶⁷⁰ Decreto 30 dicembre 2009 del Ministro per i beni e le attività culturali, per la determinazione del compenso per la copia privata di fonogrammi e videogrammi.

⁶⁷¹ Ormai è sempre più difficile distinguere tra "supporti" e "apparecchi di registrazione", data la crescente presenza sul mercato di prodotti che incorporano simultaneamente funzioni di riproduzione e di conservazione dei dati; per questo motivo la distinzione tra le categorie sopra citate sta probabilmente perdendo la sua rilevanza pratica.

⁶⁷² Tale caratteristica, ossia il trovare applicazione nei confronti di tutti i prodotti potenzialmente destinati alle riproduzioni domestiche senza alcuna prova dell'uso effettivo a tali scopi, è un elemento connesso alle leggi sull'equo compenso. Ciò è dovuto, ovviamente, alla mancanza della possibilità concreta di monitorare gli utilizzi fatti in privato dei prodotti tecnicamente idonei alla riproduzione. Siffatta caratteristica, dunque, era presente anche con

Leggendo il lungo elenco di prodotti inclusi nel novero dei beni per cui è dovuto un compenso, però, si ha la sensazione che si sia tenuto conto esclusivamente di questa loro astratta idoneità alla riproduzione e si siano completamente trascurate le potenzialità d'uso ulteriori e, in alcuni casi, assolutamente prevalenti.

Per fare alcuni esempi, la lettera o) dell'allegato tecnico al decreto citato impone un compenso per le “memorie trasferibili o removibili”. Entro tale categoria sono comprese le schede di memoria di tipo SD, tipicamente utilizzate nelle fotocamere digitali per la memorizzazione di foto o filmati. La successiva lettera p) riguarda le “chiavette USB”, la cui funzione primaria è permettere il salvataggio rapido e la portabilità di dati personali. La lettera v) include le memorie integrate in decoder “di qualsiasi tipo satellitare, terrestre o via cavo”. Si tratta di apparecchi, ormai indispensabili per la ricezione di un qualsiasi segnale televisivo⁶⁷³, rispetto ai quali la presenza di una memoria interna costituisce una funzionalità ulteriore il cui utilizzo potrebbe essere assolutamente marginale. Alcuni *decoder*, inoltre, sono legati alla sottoscrizione di un abbonamento da parte dell'utente⁶⁷⁴ o comunque sono regolati da un contratto tra l'utente ed un *content provider*⁶⁷⁵. I termini per la realizzazione di copie private delle opere trasmesse, ed i relativi pagamenti, potrebbero essere

riferimento agli apparecchi ed ai supporti analogici. Quegli oggetti, lo si ripete, avevano come funzione unica quella di registrare suoni o immagini. La destinazione di tali prodotti al mercato delle utenze private, dunque, poteva ragionevolmente far supporre che un numero rilevante di essi sarebbe stato impiegato per riproduzioni di opere tutelate dal diritto d'autore, pur in assenza di fatti, o anche di indagini statistiche affidabili che potessero confermarne tale modalità d'uso. Ciò non è più vero per i moderni dispositivi digitali, le cui funzionalità vanno ben oltre quella di riprodurre filmati o suoni. Quantomeno, la probabilità che questi prodotti siano utilizzati per scopi di riproduzione di opere audiovisive è ridotta proporzionalmente alla loro capacità di essere utilizzati altrimenti. Viene a mancare, dunque, quel “nesso di probabilità” che rendeva tollerabile l'inevitabile discrepanza tra uso reale del bene ed uso potenziale cui era destinato il compenso.

⁶⁷³ Già necessari per la fruizione di canali TV satellitari, sono ormai necessari anche per la decodificazione del segnale televisivo terrestre, oggi trasmesso in formato digitale.

⁶⁷⁴ Ne è un esempio il servizio offerto dalla rete televisiva satellitare Sky.

⁶⁷⁵ Ad esempio le carte prepagate offerte da alcuni operatori televisivi terrestri per la fruizione di contenuti a pagamento, oppure alcuni servizi di televisione *on demand* prestati tramite internet, come l'offerta di Telecom Alice.

incluse nelle clausole del contratto di fornitura del servizio televisivo⁶⁷⁶. In caso di contenuti offerti *on demand*, inoltre, si applica la disposizione di cui al comma 3, articolo 71 sexies, legge 633/41 e nessun compenso è di conseguenza dovuto.

Considerazioni simili si possono effettuare in relazione alla lettera x) dell'allegato tecnico, che fissa una sorta di clausola residuale con la quale si assoggettano a prelievo le memorie integrate in dispositivi con funzione di registrazione e riproduzione audio e video non espressamente indicati. Una definizione così generica rischia di far ricadere in questa categoria residuale un numero rilevante di apparecchi relativamente ai quali un uso per finalità di copia privata potrebbe risultare meramente teorico, a fronte della destinazione a compenso di una quota significativa⁶⁷⁷. L'impossibilità di prevedere quali eventuali nuove tipologie di dispositivi potrebbero, in futuro, ricadere nell'ambito di applicazione di tale categoria residuale avrebbe forse dovuto indurre il Ministero ad un approccio più prudente.

Per questi ed altri prodotti si è deciso, però, di applicare un compenso proporzionale alla capacità di memorizzazione dati, quasi a dare per acquisito che tutta la memoria disponibile in tali prodotti sia utilizzata per riprodurre copie di opere protette⁶⁷⁸.

⁶⁷⁶ Cfr. M. PIERANI, M. BULFON, *Continuavano a chiamarlo equo compenso*, *Consumatori, diritti e mercato*, 2010, I, 23, disponibile anche all'URL: <http://www.altroconsumo.it/continuavano-a-chiamarlo-equo-compenso-s271513.htm> (ultimo accesso effettuato in data 16 giugno 2011).

⁶⁷⁷ Le quote spaziano dai 0,64 € per apparecchi dotati di memoria fino a 256 mb, ai 16,10 € per gli apparecchi con memoria oltre 400 gb (a partire dal secondo anno di vigenza del decreto), vedi lettera x) dell'allegato tecnico al decreto.

⁶⁷⁸ L'ammontare dei compensi per questi beni varia dagli 0,36 euro per una chiavetta USB, ai 4 euro per un hard disk esterno, ai circa 30 euro per hard disk integrati in decoder o registratori. Una nota a parte va fatta per i CD. È stato deciso di ridurre l'ammontare del compenso gravante su questi supporti in vista del minor uso fattone dal pubblico per la riproduzione privata di opere (0,22 euro per i CD audio e 0,15 euro per i CD dati, rispetto ai precedenti 0,29 euro e 0,23 euro, rispettivamente), cfr. relazione illustrativa al decreto 30 dicembre 2009 del Ministro per i beni e le attività culturali. In realtà, in considerazione della odierna diffusione dei lettori di file musicali tipo Mp3, sarebbe stata forse più opportuna una radicale esclusione dei CD dal novero dei prodotti sottoposti a prelievo per copia privata. È presumibile, infatti, che supporti di questo genere siano ormai usati in assoluta prevalenza per altri fini.

Il decreto ministeriale, inoltre, affida alla SIAE la previsione di eventuali esenzioni da applicarsi ad apparecchi o supporti, teoricamente inquadrabili in una delle categorie delineate dall'allegato tecnico, che per caratteristiche tecniche o per la loro destinazione commerciale risultano di fatto inidonei alla riproduzione privata⁶⁷⁹.

Affinché a questi prodotti non sia praticato il prelievo per equo compenso risulta, dunque, necessaria l'iniziativa della SIAE, che in questo frangente si trova, però, in conflitto di interessi, in quanto ogni esenzione comporta una riduzione dei proventi raccolti dalla società medesima⁶⁸⁰. Le esenzioni ad oggi applicate dalla SIAE per queste tipologie di prodotti risultano abbastanza esigue⁶⁸¹. Una categoria esentata è data dai “supporti vergini di fatto inidonei alla “copia privata” ”⁶⁸², ossia prodotti che per la limitata capacità e qualità di registrazione sono di fatto inidonei alla riproduzione di fonogrammi e videogrammi. I prodotti indicati come esempio di questa categoria sono i floppy disk e le microcassette audio destinate alle segreterie telefoniche. Come è evidente, si tratta di prodotti ormai scomparsi dal commercio, ed è pertanto lecito dubitare della significatività di questa esenzione.

⁶⁷⁹ Art. 4, allegato tecnico al decreto 30 dicembre 2009, cit., che indica i “casi di uso professionale di supporti o apparecchi” e “taluni apparati per videogiochi” quali esempi di situazioni in cui possono intervenire esenzioni dal prelievo, su iniziativa della SIAE ed in accordo con i rappresentanti dei soggetti obbligati al compenso.

⁶⁸⁰ In ogni caso si può dubitare della correttezza del decreto in questione, che non prendendo posizione in tema di esenzioni in favore di prodotti di fatto non destinati alla copia privata, sui quali non dovrebbe gravare alcun prelievo, crea una grave lacuna e questa situazione di conflitto di interesse. Vedi a proposito il commento di G. SCORZA, *Equo compenso a norma UE, Il Punto Informativo*, 2010, disponibile all'URL: «<http://punto-informativo.it/3025513/PI/Commenti/equo-compenso-norma-ue.aspx>» (ultimo accesso effettuato in data 21 luglio 2011). A ben vedere, forse, il “peccato originale” grava sul d. lgs. 68/2003, che fallisce nel prevedere indicazioni non solo precise, ma addirittura sufficienti, per guidare la successiva attività amministrativa di determinazione dei compensi e prevenire incongruenze e aporie quali quella sopra indicata.

⁶⁸¹ Vedi il sito internet della SIAE, nella sezione dedicata alla copia privata, URL: «http://www.siae.it/CopiaPrivata.asp?click_level=3700.1100.0102&link_page=MusicaMFV_CopiaPrivataEsenzioni.htm» (ultimo accesso effettuato in data 21 luglio 2011).

⁶⁸² Vedi sito SIAE, pagina web citata.

Più rilevante, invece, è l'altra esenzione, che riguarda le console per videogiochi⁶⁸³. Le moderne console per videogiochi, infatti, sono dotate di hard disk interno e di funzionalità avanzate simili, in potenza, a quelle di un *personal computer*. Ciò rende queste macchine, almeno in teoria, suscettibili di essere utilizzate per la registrazione e riproduzione di contenuti audio e video e pertanto riconducibili nell'ambito della categoria residuale di cui alla lettera x) dell'allegato tecnico al decreto ministeriale sull'equo compenso. Si tratta, però, di prodotti progettati, commercializzati ed impiegati per tutti altri scopi. Giustamente, dunque, la SIAE ed i rappresentanti delle aziende produttrici hanno assunto l'iniziativa per esentarli dall'applicazione del prelievo. Il fatto che tale soluzione sia frutto di una negoziazione tra le parti in causa successiva alla determinazione dei compensi, tuttavia, non fa che rafforzare la sensazione che una maggior prudenza e accuratezza sarebbe stata auspicabile in sede di redazione del decreto ministeriale.

Correttamente, al contrario, si è deciso di adottare un compenso fisso ad unità venduta per computer e telefoni cellulari. I primi sono macchine caratterizzate dall'estrema flessibilità d'uso, perciò è ragionevole l'applicazione di un compenso ridotto e non parametrato alle capacità dell'hard disk in dotazione alle singole macchine. Per quanto riguarda i telefoni cellulari, è evidente che la loro utilità primaria risieda nelle funzioni di comunicazione interpersonale⁶⁸⁴.

Un'analisi a parte la merita la categoria dei lettori portatili di file Mp3 e di altri formati di file audio⁶⁸⁵. Questi dispositivi sembrerebbero il bersaglio

⁶⁸³ La SIAE afferma di aver sottoscritto un protocollo applicativo per l'esenzione di dette console dotate di hard disk interno. Tale esenzione ha però validità fino a marzo 2012. Vedi sito SIAE, pagina web citata.

⁶⁸⁴ Bisogna rilevare, però, che molti modelli di telefoni presenti sul mercato integrano anche una funzione di lettore Mp3. È difficile valutare il grado di utilizzo di questa funzionalità da parte del pubblico.

⁶⁸⁵ Ai lettori Mp3 sono assimilabili i lettori portatili multimediali, ossia in grado di riprodurre sia suoni che filmati. Entrambe queste tipologie di dispositivi sono sottoposte al prelievo di una somma in relazione alla capacità della memoria integrata, vedi lettere r) e s) dell'allegato al decreto ministeriale citato.

perfetto per l'equo compenso, essendo il loro scopo primario quello di riprodurre file musicali. In realtà, a ben vedere, questi dispositivi sono stati prodotti in primo luogo per consentire l'ascolto di file acquistati mediante download da negozi di musica *on line*⁶⁸⁶. Si tratta, dunque, di canzoni per le quali è già stata pagata una licenza d'uso, a cui sono talvolta apposti dei sistemi di DRM. Trattenere una quota del prezzo degli apparecchi necessari a fruire di queste opere in favore dei titolari dei diritti costituisce una duplicazione del compenso a carico degli acquirenti e può far legittimamente sorgere dubbi circa l'eventualità di trovarsi di fronte ad un fenomeno di sovracompensazione.

Senza contare che è stata proprio la diffusione dei lettori digitali portatili ad aprire queste nuove possibilità di mercato, ossia la vendita di file tramite internet, per lo sfruttamento economico di opere audiovisive⁶⁸⁷.

In conclusione, dunque, pare che sia mancata, da parte del ministero, una valutazione, anche di mercato, sull'uso effettivo dei prodotti in questione⁶⁸⁸, oltre al fatto che sia stato sostanzialmente ignorato l'eventuale impiego di misure tecnologiche di protezione⁶⁸⁹.

⁶⁸⁶ I lettori digitali possono essere usati anche per riprodurre file ottenuti tramite servizi di condivisione su reti p2p. Data l'origine illecita di tali file, però, essi non rientrano nell'ambito della normativa sul compenso per copia privata. Rientrano in quest'ambito, invece, le copie di CD realizzate riversandone il contenuto su un computer in formato Mp3 o in altro formato simile, operazione cosiddetta di *format shifting*. Ciò è vero anche per la trasformazione di CD effettuata dal legittimo proprietario, se si ritiene valido il principio per cui all'autore spetterebbe una remunerazione per ogni utilità aggiuntiva tratta dall'opera dall'utente finale (cfr. Sarti, *Copia privata e diritto d'autore*, cit., 50). In questo caso è già stata attribuita una remunerazione al momento dell'acquisto del CD, ma l'utente trarrebbe una ulteriore utilità dalla possibilità di fruire del medesimo contenuto in un formato differente.

⁶⁸⁷ Lo stesso potrebbero fare i lettori multimediali, alcuni dei quali dispongono di collegamento ad internet, per il mercato *on line* di file video, quali videoclip musicali o show televisivi.

⁶⁸⁸ Impresione in parte corroborata dal fatto che sia stato previsto un compenso per i supporti che adoperano lo standard HD-DVD. Tale tecnologia è però uscita di mercato già da qualche anno, a causa della predominanza acquisita dal blu-ray disk.

⁶⁸⁹ L'unico margine che consenta di supporre che una tale valutazione sarà effettuata in futuro in sede di riesame della determinazione dei compensi ai sensi dell'art. 71 *septies* legge autore è la previsione, all'art. 5 dell'allegato tecnico al decreto ministeriale. Tale disposizione prevede la costituzione di un "tavolo tecnico", presso la Presidenza del Consiglio, col fine di "monitorare le dinamiche reali del mercato dei supporti e degli apparecchi interessati dal prelievo per la copia privata e formulare proposte ai fini dell'aggiornamento del decreto", art. 5 allegato tecnico al decreto 30 dicembre 2009 del Ministro per i beni e le attività culturali. Non fa ben sperare, circa la reale obiettività di tale iniziativa, l'elenco dei soggetti invitati al Tavolo dal

Un'ulteriore ipotesi di esenzione dal prelievo che il decreto avrebbe forse dovuto predisporre in maniera esplicita, onde evitare possibili dubbi, è l'esenzione in favore dei prodotti non destinati alla messa in vendita al consumatore in Italia, ma destinati all'esportazione verso paesi terzi o alla spedizione verso altri Stati dell'Unione Europea. Non si tratterebbe, in effetti, di una vera e propria esenzione, in quanto i prodotti non destinati al consumo nazionale ma alla vendita all'estero non ricadono nell'ambito di applicazione della norma sull'equo compenso italiana, in quanto devono ritenersi regolati dalle leggi dello Stato di destinazione finale. Questa conclusione è corroborata da una recente sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea⁶⁹⁰ secondo la quale “spetta allo Stato membro che ha istituito un sistema di prelievo per copia privata a carico del fabbricante o dell'importatore di supporti di riproduzione di opere protette, e nel territorio del quale si produce

decreto. Potranno partecipare, “oltre alle pubbliche amministrazioni interessate, anche le associazioni di categoria maggiormente rappresentative dei titolari dei diritti e dei produttori di apparecchi e supporti nonché la SIAE”, art 5, ibidem. Manca qualsiasi riferimento alle associazioni dei consumatori, che avrebbero contribuito a dare ai lavori una prospettiva meno concentrata sul punto di vista di una singola categoria, permettendo una valutazione probabilmente più equilibrata degli interessi in gioco.

⁶⁹⁰ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, causa c-462/09, sentenza 16 giugno 2011. La causa originaria era sorta a seguito della vendita a cittadini olandesi di supporti vergini per la registrazione effettuata tramite internet da una azienda con sede in Germania. Questa azienda non aveva corrisposto il compenso previsto per la vendita dei beni in questione dalla normativa sulla copia privata olandese, ed era stata per questo citata in giudizio. Secondo la difesa dell'azienda venditrice, però, la spedizione dei prodotti era fatta in nome e per conto degli acquirenti, e pertanto questi ultimi dovevano essere considerati gli importatori dei beni ai fini della legge olandese sull'equo compenso per copia privata. La Corte rileva che la direttiva 2001/29/CE non indica esplicitamente quali siano i soggetti gravati in concreto dell'obbligo di pagare l'equo compenso per copia privata, e che sulla questione gli Stati membri godono di ampia discrezionalità (paragrafo 23 della sentenza). In linea di principio dovrebbe essere l'individuo privato che realizza la copia non autorizzata il primo responsabile del pagamento (paragrafo 26). In forza delle difficoltà pratiche legate alla individuazione dei vari soggetti privati, tuttavia, è concesso agli Stati imporre il pagamento a carico di coloro che mettono a disposizione le apparecchiature destinate alla riproduzione privata, anziché agli utenti finali di dette apparecchiature (paragrafo 27). Il legislatore olandese aveva, secondo questo schema, “scelto di istituire un sistema di riscossione dell'equo compenso dovuto a titolo dell'eccezione per copia privata presso il fabbricante o l'importatore dei supporti destinati alla riproduzione delle opere protette” (paragrafo 37). A questo fine, non rileva che i soggetti obbligati, in quanto venditori professionali, siano stabiliti in un altro Stato: spetta comunque alle autorità dello Stato di importazione, ed in particolar modo alle autorità giurisdizionali, interpretare la normativa nazionale in modo da garantire l'effettiva riscossione del compenso (paragrafi 39 e ss.).

il pregiudizio causato agli autori dall'utilizzo a fini privati di loro opere da parte di acquirenti che vi risiedono, garantire che tali autori ricevano effettivamente l'equo compenso destinato ad indennizzarli di tale pregiudizio⁶⁹¹. Se uno Stato membro decide di istituire un'eccezione per copia privata, dunque, l'obbligo di pagamento dell'equo compenso è collegato alle attività (potenziali) di riproduzione privata messe in atto dagli individui risiedenti in quello Stato ed alla fabbricazione o all'importazione degli strumenti necessari nel territorio del medesimo. Se, dunque, l'equo compenso va assolto nello Stato di importazione dei prodotti in questione, ciò significa che nessun compenso è per essi dovuto all'interno dello Stato di origine dai quali sono stati esportati.

Il riconoscimento esplicito della non debenza di alcun compenso per i prodotti destinati all'esportazione, tuttavia, è stato di fatto lasciato all'iniziativa della SIAE⁶⁹².

Ancora più pressante è il problema delle esenzioni per quei prodotti che, teoricamente compresi dal decreto ministeriale nel novero dei beni da sottoporre a prelievo, ne dovrebbero essere esclusi in quanto destinati ad usi professionali. Anche in questo caso parlare di esenzione è forse poco appropriato, in quanto i beni non destinati a consumatori privati dovrebbero *ipso facto* essere estranei all'ambito della norma.

Il decreto ministeriale non assume alcuna decisione sul problema, che è demandato alla negoziazione tra la SIAE e le associazioni di rappresentanza dei soggetti obbligati al pagamento del compenso⁶⁹³.

A tal fine la SIAE promuove la sottoscrizione, da parte delle aziende interessate, di protocolli applicativi per l'esenzione dall'applicazione del

⁶⁹¹ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, causa c-462/09, cit., paragrafo 41.

⁶⁹² Vedi ancora il sito internet della SIAE alla pagina web sulla copia privata, citata.

⁶⁹³ Art. 4, allegato tecnico al decreto 30 dicembre 2009, cit. Non si possono, a tal proposito, non rinnovare i dubbi espressi precedentemente circa l'opportunità di affidare in questo campo l'iniziativa ad un ente, la SIAE, che si trova in una situazione di conflitto di interessi.

compenso dei supporti vergini destinati al settore medicale⁶⁹⁴. Sono inoltre esentati i supporti vergini acquistati da imprese di duplicazione e destinati alla realizzazione di esemplari preregistrati⁶⁹⁵.

Per quanto riguarda eventuali altri usi professionali, per i quali non sia possibile ottenere un'esenzione preventiva, non rimane che esperire richiesta di rimborso alla SIAE medesima.

Appare piuttosto evidente che l'effettiva esclusione dal pagamento del compenso di prodotti impiegati nel corso di attività professionali sia ben lontana dall'essere garantita⁶⁹⁶.

Tutti questi elementi hanno portato numerose critiche ad addensarsi sul decreto del Ministero per i beni e le attività culturali⁶⁹⁷.

⁶⁹⁴ Vedi sito internet della SIAE, pagina web sulla copia privata, citata. Questo protocollo è rivolto alle imprese commerciali che cedono supporti (CD-R e DVD-R) vergini a "soggetti pubblici o imprese private che operano in campo medicale ed utilizzano i prodotti nell'ambito dell'attività di diagnostica medica strumentale".

⁶⁹⁵ È necessario, però, che l'impresa di duplicazione abbia previamente ricevuto una apposita certificazione dalla SIAE. Vedi sito internet SIAE, pagina web citata.

⁶⁹⁶ "Considerato che la vigente disciplina impone l'obbligo di pagamento dell'equo compenso in un novero di ipotesi nelle quali esso non potrebbe essere preteso alla stregua della disciplina europea nonché, a ben vedere, in forza della stessa legge italiana sul diritto d'autore, la SIAE ogni anno incassa, a titolo proprio di equo compenso, milioni di euro in più rispetto a quelli dovuti. Si tratta di milioni e milioni di euro che dovrebbero, evidentemente, essere rimborsati ai produttori, importatori o distributori che li hanno indebitamente versati, non potendo sottrarsi a tale obbligo. ... Spesso, di tali importi, non viene neppure richiesto il rimborso o in ragione della complessità della relativa procedura o, più semplicemente, perché i soggetti che hanno proceduto al loro versamento hanno frattanto provveduto a riaddebitarlo a valle, magari ai consumatori finali", SCORZA, *Equo compenso a norma UE*, cit. .

⁶⁹⁷ Gli argomenti principali espressi contro il decreto ministeriale sono: a) aver aderito quasi completamente alle richieste prospettate dai rappresentanti delle categorie di aventi diritto al compenso, a discapito delle proposte fatte da associazioni di consumatori e rappresentanti dell'industria; b) non aver reso visibile la quantificazione del compenso, che risulta mimetizzato nel prezzo finale, con conseguente scarsità di trasparenza per l'acquirente finale. c) aver agito sulla base di una delega (l'art. 71 septies, c. 2, legge autore) eccessivamente generica (manca la definizione di criteri guida precisi) che consegna di fatto la determinazione dei compensi all'arbitrio del Governo, in violazione dell'art. 76 della Costituzione; d) aver imposto una prestazione patrimoniale per decreto, violando la riserva di legge imposta dall'art. 23 della Costituzione; Cfr ALVANINI, FLORIDIA, *Equo compenso per copia privata: di male in peggio*, cit., e PIERANI, BULFON, *Continuavano a chiamarlo equo compenso*, cit. .

L'associazione Altroconsumo, inoltre, ha presentato un esposto alla Commissione Europea contro la norma italiana sul compenso per copia privata, che rappresenterebbe un aiuto di Stato illegittimo nei confronti dell'industria audiovisiva nazionale e contro la SIAE, per abuso di posizione dominante. Vedi all'URL: < <http://www.altroconsumo.it/20100215/1-esposto-di->

Queste problematiche non sono, ad ogni modo, una prerogativa italiana: anche altri Paesi europei stanno affrontando questioni analoghe relativamente alle rispettive norme sull'equo compenso, in particolare per quanto riguarda l'applicazione indifferenziata dei prelievi su tutti i prodotti astrattamente idonei alla riproduzione. Ciò potrebbe essere un indice significativo delle ambiguità insite in queste normative e della difficoltà derivanti dalla loro applicazione all'attuale realtà tecnologica e commerciale.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha avuto modo di prendere posizione sull'applicazione della eccezione prevista dall'art. 5(2)(b) della direttiva 2001/29/CE nella decisione sul caso “Padawan”⁶⁹⁸, a seguito di un rinvio pregiudiziale operato da un tribunale spagnolo e riguardante proprio l'interpretazione di quella norma⁶⁹⁹. Pur traendo origine il caso dalla normativa sull'equo compenso per copia privata vigente in Spagna, le considerazioni effettuate dalla Corte nella sentenza hanno carattere generale, e di esse si dovrà tenere conto in tutta l'Unione Europea.

altroconsumo-alla-commissione-europea-Attach_s266983.pdf » (ultimo accesso effettuato in data 16 giugno 2011).

⁶⁹⁸ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, causa C-467/08, sentenza 21 ottobre 2010, disponibile all'URL: « <http://curia.europa.eu/> ».

⁶⁹⁹ Rinvio pregiudiziale effettuato in data 31 ottobre 2008 dalla *Audiencia Provincial de Barcelona*, Causa C-467/08. Cfr. PIERANI, BULFON, *Continuavano a chiamarlo equo compenso*, cit., 25. Le domande poste dai giudici spagnoli erano varie. In particolare è stato richiesto alla Corte di chiarire se: 1) il sistema di equo compenso adottato dagli Stati debba garantire un equo bilanciamento tra gli interessi degli aventi diritti di proprietà intellettuale da un lato e le persone direttamente o indirettamente tenute al pagamento dei compensi dall'altro; 2) se, in caso di prelievo praticato rispetto a dispositivi e supporti digitali, l'ammontare imposto debba essere collegato al presunto uso di quei prodotti per la realizzazione di copie private, con il risultato che il prelievo sarebbe giustificato solo qualora sia possibile presumere che i dispositivi ed i supporti digitali siano usati per copia privata; 3) se il sistema spagnolo, imponendo il prelievo di una somma destinata a compenso per copia privata indiscriminatamente a tutti i dispositivi e i supporti di registrazione digitale, violi la direttiva 29/2001 nella misura in cui manchi una sufficiente correlazione tra l'equo compenso e la limitazione per copia privata che lo giustifica, in quanto il compenso sia applicato in buona parte a situazioni non comprese nella limitazione. Il testo completo del rinvio, in lingua inglese, è disponibile all'URL: « <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:019:0012:0013:EN:PDF> ».

La causa originale aveva visto opposte la SGAE⁷⁰⁰ alla Padawan, un'azienda manifatturiera di supporti digitali per la registrazione e di lettori Mp3, e riguardava in particolare l'applicazione indiscriminata dell'equo compenso a tutti i supporti ed apparecchi digitali⁷⁰¹.

La Corte, nell'affrontare la questione, opera alcune analisi preliminari riguardo il concetto di *fair compensation* introdotto relativamente alla copia privata dalla direttiva 2001/29/CE. Si tratta, secondo la Corte, di un concetto autonomo del diritto dell'Unione Europea, che deve trovare applicazione uniforme presso tutti gli Stati membri⁷⁰². Questi sono liberi di decidere se adottare o meno un'eccezione per copia privata, ma se decidono di farlo devono garantire la corresponsione dell'equo compenso in maniera conforme ai limiti previsti dalla direttiva.

La Corte ricorda che il considerando n° 31 alla direttiva prevede il mantenimento di un equo bilanciamento (*fair balance*) tra gli interessi dei titolari di diritti d'autore e gli interessi degli utilizzatori di opere protette⁷⁰³. In accordo ai considerando n° 35 e n° 38, scopo dell'equo compenso è compensare “adeguatamente” i titolari dei diritti per gli usi non autorizzati delle loro opere e un criterio per calcolare il livello di tale compenso deve essere trovato nel possibile danno arrecato dall'uso non autorizzato, senza dimenticare che danni di entità minima non dovrebbero dar luogo a compensazione⁷⁰⁴. Ne segue che l'equo compenso debba necessariamente essere calcolato sulla base del danno causato ai titolari dei diritti dall'introduzione della eccezione per copia

⁷⁰⁰ La SGAE (*Sociedad General de Autores y Editores*) è l'organismo spagnolo deputato, oltre ad altri compiti di gestione di diritti d'autore, alla raccolta dei compensi per copia privata.

⁷⁰¹ La Padawan si era rifiutata di eseguire il pagamento dei compensi, ad essa richiesti dalla SGAE, per i propri prodotti, affermando che il prelievo applicato indiscriminatamente a tutti i supporti digitali e senza distinzione tra prodotti destinati all'uso privato o ad altri usi commerciali o professionali, come previsto dalla legge spagnola, fosse incompatibile con la direttiva 2001/29/CE.

⁷⁰² Corte di Giustizia dell'Unione Europea, causa C-467/08, cit., paragrafi 33 e 37.

⁷⁰³ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, causa C-467/08, cit., paragrafo 43.

⁷⁰⁴ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, causa C-467/08, cit., paragrafi 38 e ss.

privata⁷⁰⁵. La persona direttamente responsabile del danno è l'utente privato che, senza autorizzazione, effettua la copia dell'opera protetta⁷⁰⁶. È nella disponibilità degli Stati, però, istituire un meccanismo di prelievo di una quota del prezzo dei prodotti utilizzati dai privati per la realizzazione delle copie e il cui pagamento gravi sui soggetti che mettono a disposizione del pubblico tali beni⁷⁰⁷.

Deve sussistere, tuttavia, un collegamento tra l'applicazione del prelievo per equo compenso ad apparecchi, supporti e dispositivi digitali per la riproduzione ed il loro uso a fini di copia privata⁷⁰⁸. L'applicazione indiscriminata a tutti i tipi di prodotti per la riproduzione digitale non può pertanto essere considerata conforme all'articolo 5(2)(b) della direttiva 2001/29/CE, ad esempio nei casi in cui essi siano acquistati per scopi evidentemente non connessi alla copia privata⁷⁰⁹. Qualora tali prodotti siano messi a disposizione di persone fisiche per usi privati non è necessario dimostrare che siano stati utilizzati in concreto per la realizzazione di copie. È possibile, infatti, presumere che questa tipologia di utenti trarrà pieno beneficio

⁷⁰⁵ “It follows that fair compensation must necessarily be calculated on the basis of the criterion of the harm caused to authors of protected works by the introduction of the private copying exception”, Corte di Giustizia dell'Unione Europea, causa C-467/08, cit., paragrafo 42.

⁷⁰⁶ La Corte sottolinea, tuttavia, la difficoltà pratica nel rintracciare tutti i privati cui dovrebbe in teoria essere demandato il pagamento del compenso. La Corte suggerisce, inoltre, che le singole attività di riproduzione privata prese separatamente risulterebbero causare un danno solo minimo agli interessi dei titolari dei diritti, e pertanto potrebbero non dare adito ad un obbligo di pagamento del compenso ai sensi del considerando n° 35 alla direttiva 2001/29/CE. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, causa C-467/08, cit., paragrafo 46.

⁷⁰⁷ Questo meccanismo è compatibile con la nozione di equo bilanciamento tra gli interessi in causa in quanto i soggetti tenuti al pagamento possono passare agli utenti finali il gravame finanziario sostenuto. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, causa C-467/08, cit., paragrafi 48 e ss..

⁷⁰⁸ “It must be held from the outset that a system for financing fair compensation such as that described in paragraphs 46 and 48 of this judgment is compatible with the requirements of a ‘fair balance’ only if the digital reproduction equipment, devices and media concerned are liable to be used for private copying and, therefore, are likely to cause harm to the author of the protected work. There is therefore, having regard to those requirements, a necessary link between the application of the private copying levy to the digital reproduction equipment, devices and media and their use for private copying”, Corte di Giustizia dell'Unione Europea, causa C-467/08, cit., paragrafo 52.

⁷⁰⁹ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, causa C-467/08, cit., paragrafo 53.

delle funzionalità dei prodotti in questione, inclusa la possibilità di realizzare copie⁷¹⁰.

Non è possibile, al contrario, applicare in maniera indiscriminata il prelievo per equo compenso, soprattutto per quanto riguarda apparecchi, supporti o dispositivi di riproduzione digitale non messi a disposizione di utenti privati e chiaramente destinati ad usi diversi dalla copia privata⁷¹¹.

In altre parole la Corte ha approvato il principio di base dell'equo compenso, per cui esso viene finanziato tramite il prelievo di una quota del prezzo della prima vendita dei prodotti utilizzabili a fini di copia privata. Ha però ribadito che l'applicazione di questo meccanismo deve essere improntata al rispetto di un equo bilanciamento di interessi. Se dunque è lecito, anche in forza di considerazioni di carattere pratico, applicare una *levy* a beni destinati a consumatori privati senza che sia dimostrato l'effettivo uso di detti beni per la realizzazione di riproduzioni private e quindi su una base esclusivamente presuntiva, non è lecito applicare la *levy* indiscriminatamente a tutti i beni astrattamente idonei alla copia privata. Quantomeno i prodotti destinati ad utenze professionali, dunque, dovrebbero essere esentati dal pagamento. È significativo il fatto che la Corte si sia espressa in questo senso soprattutto per quanto riguarda gli apparecchi ed i supporti digitali⁷¹², in quanto ciò sembra denotare la necessità di una maggior attenzione nella determinazione dei compensi relativi a questi prodotti, suscettibili di una larga varietà di utilizzi.

⁷¹⁰ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, causa C-467/08, cit., paragrafi 54 a 58.

⁷¹¹ “Article 5(2)(b) of Directive 2001/29 must be interpreted as meaning that a link is necessary between the application of the levy intended to finance fair compensation with respect to digital reproduction equipment, devices and media and the deemed use of them for the purposes of private copying. Consequently, the indiscriminate application of the private copying levy, in particular with respect to digital reproduction equipment, devices and media not made available to private users and clearly reserved for uses other than private copying, is incompatible with Directive 2001/29”, Corte di Giustizia dell'Unione Europea, causa C-467/08, cit, paragrafo 59.

⁷¹² Le domande poste dal tribunale spagnolo riguardavano espressamente i prodotti digitali, quindi è normale che la Corte si sia espressa al loro riguardo. Tuttavia la Corte, nelle sue conclusioni dirette alla normativa sull'equo compenso in generale, non manca di invitare a prestare particolare attenzione all'ambito digitale. Vedi, ad esempio, il paragrafo 59 della sentenza.

La Corte conclude la sua decisione affidando, come da prassi, alle autorità giudiziali nazionali il controllo effettivo della conformità delle leggi interne al diritto dell'Unione Europea⁷¹³. Spetterà ai tribunali nazionali degli Stati membri che hanno introdotto un'eccezione per copia privata valutare se le rispettive disposizioni sull'equo compenso siano in accordo con i criteri sopra esposti.

Recentemente il *Conseil d'Etat*⁷¹⁴ francese ha dichiarato illegittima la disciplina sul compenso per copia privata vigente in Francia proprio sulla base delle considerazioni espresse dalla Corte di Giustizia nel caso “Padawan”, a seguito di un ricorso promosso da alcune importanti aziende e associazioni del settore elettronico⁷¹⁵.

Per quanto riguarda la normativa italiana, come visto sopra, il decreto contenente la determinazione dei compensi per copia privata non stabilisce espressamente ipotesi di esenzione per quei prodotti non destinati a consumatori privati, ma lascia l'incombenza all'iniziativa delle parti in causa, in particolare della SIAE. Quest'ultima ha sì previsto alcune ipotesi di esenzione, ma assai esigue, riguardando queste i soli prodotti acquistati da imprese di duplicazione ed i CD e DVD vergini destinati ad essere impiegati quali supporti per diagnosi mediche⁷¹⁶. Si può lecitamente dubitare che tali ipotesi, seppur unite alle procedure di rimborso previste dalla SIAE stessa, siano sufficienti a rendere la norma italiana conforme ai criteri indicati dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea⁷¹⁷.

⁷¹³ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, causa C-467/08, cit, paragrafi 60 e ss. .

⁷¹⁴ *Conseil d'Etat Section du contentieux* 17 giugno 2011, disponibile all'URL: «<http://www.legalis.net/spip.php?article3188>» . Con questa sentenza la corte francese ha annullato la decisione recante la determinazione dei compensi emessa dalla commissione incaricata a tale compito dalla legge francese sul diritto d'autore.

⁷¹⁵ C. TAMBURRINO, *Francia, equo compenso mitigato*, *Punto Informatico*, 2011, disponibile all'URL: «<http://punto-informatico.it/3198657/PI/News/francia-equo-compenso-mitigato.aspx>» (ultimo accesso effettuato in data 21 luglio 2011).

⁷¹⁶ Vedi sito internet SIAE, alla pagina web dedicata alla copia privata, cit, e cfr. *supra* nel testo.

⁷¹⁷ SCORZA, *Equo compenso a norma UE*, *Il Punto Informatico*, 2010, cit. . Secondo l'Autore, le procedure di rimborso non sono una soluzione viabile a causa della loro insita complessità e per via dello scarso incentivo ad intraprenderle da parte dei soggetti obbligati, che in fin dei conti possono facilmente scaricare il prezzo del compenso sui loro acquirenti. Ciò determinerebbe il versamento, a titolo di compenso, di ingenti somme in realtà non dovute

È da chiedersi, inoltre, se sia opportuno rimandare all'iniziativa delle parti il compito di supplire alle manchevolezze dell'autorità amministrativa delegata dalla legge alla determinazione dei compensi, come è stato fatto dal decreto ministeriale 30 dicembre 2009⁷¹⁸.

Si ha, quindi, la sensazione che non ci sia stata una reale meditazione sulla corrispettività tra l'ammontare del compenso previsto per i prodotti e le normali modalità di utilizzo di questi presso il grande pubblico. Una valutazione più accurata di questa correlazione sarebbe opportuna per non perdere di vista il carattere di equità del compenso, che dovrebbe costituire il faro del legislatore, o di chi per lui, nel fissare le quote dei prelievi. Altrimenti si corre il rischio di lasciar intendere che si voglia procedere ad una "tassazione" preventiva in favore dei titolari di diritti d'autore⁷¹⁹. Ciò, a sua volta, potrebbe indurre ad una caduta di prestigio delle leggi sul diritto d'autore e, in definitiva, addirittura ad un aumento di comportamenti di copia indiscriminata nella convinzione che tali riproduzioni siano già state compensate dai prelievi⁷²⁰. Un

perché pagate in relazione a prodotti chiaramente non destinati alla realizzazione di copie private.

⁷¹⁸ Secondo una opinione tale decreto sarebbe illegittimo, in forza della decisione della Corte di Giustizia nella causa c-467/08 (causa "Padawan"), e pertanto inidoneo a fondare un'imposizione patrimoniale quale l'equo compenso. In mancanza di un nuovo decreto di determinazione dei compensi, corretto alla luce della sentenza europea, nessun compenso sarebbe dunque dovuto e quelli già versati dovrebbero essere rimborsati ai sensi dell'art. 2033 c.c.. S. ALVANINI, *Compenso, finalmente equo*, nota a sentenza 21 ottobre 2010, Corte di Giustizia dell'Unione Europea, causa c-467/08, in *Dir. ind.*, 2011, 89.

⁷¹⁹ GUIBAULT, HUGENHOLTZ, VAN GEFFEN, *The future of levies in a digital environment: final report*, cit., 40 e ss. .

⁷²⁰ Tale convinzione può risultare rafforzata da affermazioni imprecise e ambigue quali la seguente, pubblicata sul sito ufficiale della SIAE nella sezione dedicata alla copia privata: "La Copia Privata è il compenso che si applica, tramite una royalty sui supporti vergini fonografici o audiovisivi in cambio della possibilità di effettuare registrazioni di opere protette dal diritto d'autore. In questo modo ognuno può effettuare una copia con grande risparmio rispetto all'acquisto di un originale. Prima dell'introduzione della copia privata, non era possibile registrare copie di opere tutelate. In Italia, come nella maggior parte degli Stati dell' Europa Unita (con l'eccezione della Gran Bretagna, dove riprodurre copie anche ad uso privato è considerato reato) è stata concessa questa possibilità, a fronte di una royalty forfetaria per compensare del mancato acquisto gli autori e tutta la filiera dell' industria culturale", sito internet SIAE, URL: «http://www.siae.it/utilizzaopere.asp?link_page=MusicaMFV_CopiaPrivataNormativa.htm&open_menu=yes» (ultimo accesso effettuato in data 20 giugno 2011).

risultato paradossale, per una legge che si propone come obiettivo quello di ridurre l'incidenza della copia privata rispetto ai diritti di utilizzazione economica delle opere dell'intelletto.

La conseguenza immediata, ad ogni modo, è stata quella di aumentare in maniera significativa il carico economico gravante sui consumatori di beni elettronici, indipendentemente da un effettivo e riscontrato incremento del fenomeno della copia privata. In questo modo si creano delle posizioni di rendita economica in favore delle categorie di aventi diritto al compenso⁷²¹, che rischiano di rallentare l'innovazione del settore discografico e cinematografico, finanziando modelli di produzione e distribuzione in via di obsolescenza anziché fornire incentivi allo sviluppo di nuove alternative⁷²².

Basti pensare che il servizio di maggior successo di vendita di file musicali è stato creato da una azienda che ha come *core business* la produzione di apparecchi elettronici, e non la musica⁷²³.

Ricalibrare la base del compenso in maniera più equilibrata, tuttavia, è operazione difficile. Un'indicazione sulla strada da seguire può essere ricavata dalla sopracitata sentenza “Padawan”, nella quale la Corte di Giustizia, pur approvando il meccanismo di base dell'equo compenso a carico dei prodotti di riproduzione destinati ai consumatori, indica nella valutazione del danno

⁷²¹ Nell'anno 2007 i proventi raccolti a titolo di compensi per copia privata dalla SIAE si aggiravano sull'ordine dei 70 milioni, in calo negli anni successivi: 60 milioni circa per l'esercizio 2008 e oltre 44 milioni per l'esercizio 2009, prima che la base di calcolo dei compensi venisse allargata. Dati pubblicati dalla SIAE tramite il suo sito ufficiale, vedi URL:«http://www.siae.it/Siae.asp?click_level=0100.0600&link_page=Siae_RapportoAnnuale.htm#doc» (ultimo accesso effettuato in data 20 giugno 2011).

⁷²² Aprire a nuove modalità di mercato comporta il rischio di “cannibalizzare” le vecchie fonti di guadagno. Spesso l'industria discografica è poco incline a rimodellare le proprie strutture produttive, sulle quali ha effettuato ingenti investimenti, caratterizzate da elevati costi fissi iniziali, bassi costi marginali, ed economie di scala. Cfr. OECD report, *Digital Broadband Content: Music*, cit., 36 e ss. Il beneficiare di rendite economiche quali i compensi per copia privata, che portano guadagni aggiuntivi senza la necessità di intraprendere nuove spese, rischia di costituire un disincentivo ulteriore alla innovazione.

⁷²³ Il riferimento è ovviamente alla Apple ed al servizio iTunes, anche se è probabile che iTunes sia stato ideato come volano per la vendita di apparecchi iPod, prodotti dalla stessa Apple, più che per lo scopo di distribuire musica in sé. Cfr. N. LUCCHI, *Intellectual Property Rights in Digital Media: A Comparative Analysis of Legal Protection, Technological Measures, and New Business Models under EU and U.S. Law*, 53 *Buffalo L. Rev.* 1111(2005), 1184 e ss. .

effettivamente arrecato ai titolari dei diritti uno dei criteri guida per la determinazione del compenso stesso⁷²⁴.

Per ottenere una revisione della normativa in tal senso occorrerebbe convincere i titolari dei diritti, e le società di gestione collettiva dei compensi, a rinunciare ad una fonte di guadagno garantita, seppur di difficile gestione. Senza la collaborazione di queste categorie, bisognerebbe passare necessariamente per una revisione legislativa che ridefinisca in senso restrittivo i criteri da applicare nella determinazione dei compensi. Non è però facile mettere in moto la macchina legislativa e, una volta avviata, è difficile sapere esattamente dove condurrà⁷²⁵.

Esperienze passate, infatti, insegnano che gli emendamenti alle leggi sui diritti d'autore tendono a rafforzare le posizioni dei titolari di tali diritti, estendendone l'ambito di applicazione o intensificandone le tutele.

L'equo compenso per copia privata ha a che fare solo indirettamente con la remunerazione degli autori. Rappresenta, più che altro, uno strumento che permette a titolari di diritti d'autore o diritti connessi di appropriarsi di parte

⁷²⁴ Pur riguardando in particolare i prodotti da destinare ad usi professionali, infatti, questa sentenza può essere utile anche per considerazioni di carattere generale sull'equo compenso che, come ricorda la Corte di Lussemburgo, deve essere improntato ad un equo bilanciamento di interessi tra i titolari dei diritti su opere protette e gli utenti di queste opere; Corte di Giustizia dell'Unione Europea, causa C-467/08, cit., paragrafo 43. Alcune indicazioni aggiuntive si possono ricavare dalle conclusioni dell'Avvocato Generale relative alla medesima causa. Secondo l'Avvocato Generale sarebbe opportuno, nella determinazione del livello dei compensi, prendere in considerazione le circostanze specifiche di ciascun caso (paragrafo 81 della opinione relativa alla causa c-467/08). L'equo compenso deve essere inteso quale una appropriata ricompensa per gli usi effettuati dei materiali protetti, tenute in considerazione tutte le circostanze della copia privata permessa: nel calcolo dell'equo compenso gli Stati membri sono tenuti ad assicurare un equo bilanciamento di interessi tra le parti coinvolte (“The concept of ‘fair compensation’ must be understood as a payment to the rightholder which, taking into account all the circumstances of the permitted private copying, constitutes an appropriate reward for the use of his protected work or other subject-matter. Regardless of the system used by each Member State to calculate fair compensation, the Member States are obliged to ensure a fair balance between the persons affected”, paragrafo 112 dell'opinione).

⁷²⁵ Vedi, a mero titolo illustrativo, la chiosa di Robert Merges sul processo legislativo in tema di copyright: “Simplicity is desirable, but legislating is an ugly process. Judging by recent history, legislation produces ugly results in copyright matters as well”, R. MERGES, *Compulsory Licensing vs. the Three “Golden Oldies”: Property Rights, Contracts, and Markets*, *Cato Policy Analysis* N° 508, 2004, 9, disponibile all'URL: «<http://www.cato.org/pubs/pas/pa-508es.html>» (ultimo accesso effettuato in data 20 luglio 2011).

dei benefici generati da un mercato diverso da quello delle opere dell'intelletto, ossia dalla commercializzazione di beni di consumo utilizzabili per la riproduzione di suoni e filmati⁷²⁶. Ove si è proceduto alla implementazione di tale strumento, lo si è fatto sulla base dell'assunto che fosse giusto attribuire loro tali benefici, in forza del maggior valore attribuito ai beni in questione dalla possibilità di riprodurre opere protette e del danno loro arrecato in termini di mancate vendite. È difficile valutare quanto questo assunto sia corretto⁷²⁷, anche in considerazione del fatto che le leggi istitutive del compenso sono state spesso precedute da vigorose attività di *lobbying* da parte delle categorie interessate. Tali leggi hanno rappresentato, in sostanza, un compromesso ottenuto dai titolari dei diritti per tollerare attività di riproduzione su cui non potevano esercitare alcun controllo. Ciò non implica che sia in assoluto sbagliato riconoscere una qualche remunerazione per queste riproduzioni, pur nella consapevolezza che si tratta di una compensazione necessariamente imprecisa⁷²⁸. Tale consapevolezza, però, dovrebbe ispirare cautela nel fare uso di una simile strategia.

Ad ogni modo, la previsione di un equo compenso per copia privata può mantenere una sua utilità anche oggi, se permette di ottenere un corretto bilanciamento tra gli interessi dei fruitori privati di opere ad avere copie

⁷²⁶ Questi benefici sono costituiti dai guadagni ottenuti dalle imprese che fanno commercio dei prodotti elettronici sui quali è applicato il prelievo. Ma sono anche costituiti dalla maggiore spesa che gli acquirenti devono sopportare per fruire di tali prodotti. Senza l'applicazione del prelievo, i produttori/importatori otterrebbero l'intero ammontare delle vendite e gli utenti fruirebbero dei medesimi beni ad un costo verosimilmente inferiore.

⁷²⁷ "Cassette recorders allowed consumers to use taped copies to replace the purchase of originals. During the period of growth of cassettes, however, there was also a large increase in the sales of prerecorded albums. Clearly, the existence of cassette recorder/players seems to have had a positive overall impact on record producers, although we can not say that the growth might not have been more robust had the recording (copying) potential of cassettes been removed", S. LIEBOWITZ, *Will MP3 downloads Annihilate the Record Industry? The Evidence so Far*, University of Texas at Dallas, 2003, 16, disponibile all'URL: «http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=414162» (ultimo accesso effettuato in data 26 giugno 2011).

⁷²⁸ Non essendo possibile sapere quali opere siano copiate, la redistribuzione in dettaglio dei compensi è effettuata su base statistica, col risultato che i maggiori benefici vanno agli autori le cui opere detengono già una quota importante di mercato ed agli editori che detengono i diritti sulle loro opere.

aggiuntive (e a basso costo) di esse e l'interesse dei titolari dei diritti a vedersi riconoscere una remunerazione proporzionata per tale facoltà. Non tutte le opere, ad esempio, sono protette da DRM che ne impediscano la copia, per cui può essere considerato ragionevole attribuire agli autori di queste opere una compensazione. Inoltre, molti utenti valutano positivamente la possibilità di avere delle riproduzioni da usare nel loro ambito privato e potrebbero preferire pagare un sovrapprezzo per questa possibilità, piuttosto che subire le imposizioni dettate da misure tecnologiche. Non deve diventare, però, una duplicazione della remunerazione già percepita.

L'estensione avvenuta in maniera pressoché automatica alle tecnologie digitali di una norma costruita in riferimento a tecnologie analogiche potrebbe aver snaturato il carattere dell'istituto, da equo compenso per le riproduzioni private a *royalty* indiscriminata su qualsiasi prodotto tecnicamente in grado di riprodurre filmati e suoni, con un nesso di collegamento sempre più tenue con l'effettivo utilizzo di tali apparecchi.

È opportuna, dunque, un'attenta riflessione sulla perdurante adeguatezza delle norme sull'equo compenso per copia privata⁷²⁹. Occorrono delle linee guida più precise alle quali ispirare la determinazione del compenso, per fare sì che esso rimanga il giusto corrispettivo per le attività di riproduzione di opere dell'intelletto realizzate per uso privato e non si trasformi in una rendita a favore degli aventi diritto. Un primo passo in questa direzione dovrebbe essere una ridefinizione in senso restrittivo dei criteri adottati per la determinazione dei prodotti sui quali far valere il prelievo e per la determinazione dei quantitativi stessi, in modo che tali criteri rispecchino più fedelmente il reale utilizzo di questi prodotti da parte dei privati cittadini a fini di realizzazione di copie personali.

⁷²⁹ Leggi, a tal proposito, l'opinione di G. Mazziotti, *Ma quel compenso non è equo*, *Lavoce.info*, 2010, disponibile all'URL: «<http://www.lavoce.info/articoli/pagina1001780.html>» (ultimo accesso effettuato in data 3 luglio 2011).

Capitolo 3. Il possibile futuro del sistema del “prelievo”: L'equo compenso applicato al file-sharing?

3.1 Le proposte per una legalizzazione della condivisione in rete di materiali protetti dal diritto d'autore

Le leggi sull'equo compenso oggi in vigore non trovano applicazione relativamente ad un fenomeno che, a prima vista, sembrerebbe strettamente apparentato con la copia privata, ossia la condivisione non autorizzata di opere protette dal diritto d'autore tramite internet. Tale attività è stata resa possibile dalle moderne reti telematiche⁷³⁰ e dalle tecnologie *peer-to-peer*⁷³¹, oltre che dalla creazione di formati digitali compressi⁷³², che hanno permesso agli utenti di computer connessi ad internet di effettuare il cosiddetto *file-sharing*, cioè di condividere con altri utenti i dati contenuti nei loro hard disk, o in una porzione di questi.

Detto in breve, gli utenti di reti *peer-to-peer* possono scegliere da un vastissimo catalogo⁷³³ opere dell'intelletto e copiarle sulla propria macchina, senza preoccuparsi di chiedere l'autorizzazione al titolare dei diritti sull'opera in questione, nell'eventualità che questa sia tutelata da diritto d'autore. Questo

⁷³⁰ Alla fine degli anni novanta, quando nacque il fenomeno, la capacità di trasmissione delle reti informatiche era limitata, e ad essere scambiati erano per lo più file musicali. Con la creazione della banda larga, e lo sviluppo di formati compressi anche per i file video, la condivisione si è estesa ad opere cinematografiche ed a software.

⁷³¹ In una rete *peer-to-peer*, anziché avere una struttura gerarchica *client-server*, per cui ogni computer (*client*) è connesso ad un server centrale tramite il quale ha accesso ai dati immessi in rete, ogni computer funge contemporaneamente da *client* e da *server* per altri computer. In altre parole, ogni computer connesso ad una rete *peer-to-peer* può avere accesso, parziale o integrale, ai dati contenuti negli altri computer e effettuarne una copia. Appositi software facilitano la ricerca e la condivisione dei file, che possono essere copiati da più computer contemporaneamente, accelerando la velocità dell'operazione. Questa caratteristica rende le reti *peer-to-peer*, o p2p in forma abbreviata, particolarmente efficienti per la trasmissione di dati.

⁷³² Si tratta di formati in grado di contenere musica e filmati in un file di dimensioni ridotte e senza un sensibile decadimento qualitativo. Il primo e più famoso formato digitale audio compresso è l'Mp3, al quale poi ne sono seguiti numerosi altri. Per i file video alcuni tra i formati più comuni sono divx e avi.

⁷³³ Questo catalogo è costituito dai file messi a disposizione da tutti gli utenti connessi alla rete.

comportamento sembra molto simile a quello di un qualunque privato che duplichi un cd musicale usando il proprio computer, senza aver ottenuto una licenza di riproduzione per le canzoni contenute in quel CD. In entrambi i casi si ottiene una copia non autorizzata di un'opera protetta ad uso privato e senza scopo di lucro. Lo scambio non autorizzato di opere protette su internet è però un'attività illecita, anche se effettuato senza scopo di lucro⁷³⁴. Il *file-sharing* di materiali tutelati dal diritto d'autore, comportando la condivisione di tali materiali con una platea potenzialmente illimitata di utenti, si intreccia col diritto di messa a disposizione del pubblico introdotto dal WIPO *Copyright Treaty*⁷³⁵, oltre a comportare una violazione del diritto esclusivo di riproduzione.

I titolari di diritti d'autore hanno reagito veementemente contro questo tipo di pratiche, intentando numerose cause contro i fornitori di software *peer-to-peer*⁷³⁶ e contro i singoli utenti accusati di aver scambiato opere protette⁷³⁷, con alterni successi⁷³⁸.

Più recentemente si è assistito ad un cambiamento di strategia, che ora punta decisamente al coinvolgimento dei fornitori dei collegamenti alla rete

⁷³⁴ Vedi, ad esempio l'art. 171 a-bis) e l'art. 174 bis, l. 633/41.

⁷³⁵ Vedi art. 8 WCT; artt. 10, 12, 14, WPPT. Cfr. poi, art. 3 direttiva 2001/29/CE e artt. 16, 72, 78 ter, 79, 80 l. 633/41.

⁷³⁶ Vedi le cause che hanno determinato la chiusura di servizi quali Napster (*A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (2001)) e Grokster (*MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.*, 545 U.S. 913 (2005)).

⁷³⁷ Cfr. K. GROENNINGS, *Costs and Benefits of the Recording Industry's Litigation Against Individuals*, 20 *Berkeley Tech. L.J.* 571 (2005); M. SAG, *Twelve Year-Olds, Grandmothers, and Other Good Targets for the Recording Industry's File Sharing Litigation*, *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, Vol. 4, No. 2, 133 (2006).

Un ulteriore bersaglio delle cause legali erano stati gli ISP (*internet service provider*). Vedi, ad esempio, la causa Verizon, nella quale fu chiesto al *service provider* di rivelare il nome dei propri utenti i cui IP erano stati collegati ad attività in violazione del diritto d'autore. Il DMCA (17 U.S.C. § 512 (2000) ha predisposto delle "*safe harbour provision*" per gli ISP, escludendone la responsabilità per i materiali fatti transitare attraverso i server dagli utenti in violazione di copyright, purché rimossi dagli ISP stessi dietro adeguata notifica inoltrata dal legittimo titolare. Cfr. N. NETANEL, *Impose a Noncommercial Use Levy to Allow Free Peer-to-Peer File Sharing*, 17 *Harv. J. Law & Tec* 1 (2003), 12.

⁷³⁸ Un primo svantaggio di questa strategia è il rischio di alienarsi le simpatie del pubblico, che in definitiva è costituito dai clienti delle major discografiche, principali responsabili delle iniziative giudiziarie. Cfr. P. K. YU, *P2P and the Future of Private Copying*, *University of Colorado Law Review*, Vol. 76, 2005, 654, 680 e ss. Disponibile anche all'URL: «<http://ssrn.com/abstract=578568>» (ultimo accesso effettuato in data 29 giugno 2011).

internet, in modo da bloccare “alla fonte” l'accesso alla rete agli utenti che condividono illecitamente opere protette tramite servizi di *file-sharing*⁷³⁹.

A dispetto degli sforzi messi in campo dall'industria discografica e cinematografica, il *file-sharing* di opere protette non sembra essere diminuito nelle sue dimensioni globali⁷⁴⁰. Come per la copia privata “tradizionale”, è difficile capire se questo fenomeno abbia causato dei danni allo sfruttamento

⁷³⁹ Queste strategie si presentano con varie alternative. Negli Stati Uniti, a partire dal 2008, RIAA e MPAA hanno intavolato trattative private con gli ISP, volte ad affidare a questi ultimi il controllo del traffico di materiali avente luogo tramite i propri server. Sarebbero gli stessi ISP a dover identificare gli utenti che commettono violazioni del copyright e a prendere l'iniziativa per scoraggiare queste attività, fino a procedere alla interruzione del servizio. Recentemente si è avuta notizia, ancora da confermare della sostanza, del raggiungimento di accordi in questo senso con i principali ISP statunitensi. Cfr. S. MCBRIDE, E. SMITH, *Music Industry to Abandon Mass Suits*, *Wall Street Journal* (19 dicembre 2008), disponibile all'URL: «http://online.wsj.com/article/SB122966038836021137.html?mod=rss_whats_news_technology» (ultimo accesso effettuato in data 13 luglio 2011); M. Vecchio, *RIAA e i sei allarmi del copyright*, *Punto Informatico*, 8 luglio 2011, disponibile all'URL: «<http://punto-informatico.it/3211118/PI/News/riaa-sei-allarmi-del-copyright.aspx>» (ultimo accesso effettuato in data 13 luglio 2011).

In Francia è lo Stato stesso ad essersi accollato il compito di identificare gli atti di violazione di copyright sulle reti *peer-to-peer*, e ad aver istituito una procedura che può portare alla disconnessione forzata dalla rete internet in caso di recidiva violazione del diritto d'autore. Cfr. M. NASI, *Francia: approvata la legge contro il p2p selvaggio*, *Ilsoftware.it*, 14 maggio 2009, disponibile all'URL: «<http://www.ilsoftware.it/articoli.asp?id=5246>» (ultimo accesso effettuato in data 13 luglio 2011).

In Italia, nell'inattività del legislatore, l'iniziativa è stata presa dal potere giudiziario. Inizialmente è stato inibito l'accesso, dall'Italia, di alcuni siti accusati di favorire la violazione di diritti d'autore. Vedi, ad esempio, l'ordinanza del tribunale di Bergamo che ha imposto l'oscuramento del sito web *The Pirate Bay*, uno dei più famosi siti che fungono da motore di ricerca per un noto servizio di *peer-to-peer*. Il passo successivo, tutt'ora in corso, ha visto il coinvolgimento di ISP italiani. È ancora recentissima la notizia della apertura di una indagine relativa a due aziende, la Ngi e la Fastweb, accusate di favoreggiamento per non aver correttamente ottemperato all'ordine di inibizione del sito Btjunki (altro noto motore di ricerca per una piattaforma di *file sharing*) emesso dall'ufficio Pubblico Ministero di Cagliari nello scorso aprile (vedi articolo di La Repubblica, *Fastweb e Ngi indagati per favoreggiamento di siti pirata*, 13 luglio 2011, disponibile all'URL: «http://www.repubblica.it/cronaca/2011/07/13/news/fastweb_e_ngi_indagati_favoreggiamento_per_siti_pirata-19070528/», ultimo accesso effettuato in data 16 luglio 2011). In relazione a tale fatto, tuttavia, le due aziende coinvolte hanno affermato di aver prontamente rispettato le disposizioni della magistratura, asserendo che l'eventualità che il sito oscurato fosse ancora raggiungibile tramite i loro servizi dovesse essere attribuita ad errori tecnici (C. TAMBURRINO, *Btjunki, le precisazioni di Ngi e Fastweb*, *Punto Informatico*, 14 luglio 2011, disponibile all'URL: «<http://punto-informatico.it/3216067/PI/Brevi/btjunki-precisazioni-ngi-fastweb.aspx>», ultimo accesso effettuato in data 16 luglio 2011).

⁷⁴⁰ È ancora presto per verificare se le ultime strategie di lotta al *file sharing* di file protetti, ossia quelle basate sull'inibizione dell'accesso alla rete, avranno successo o meno.

economico delle opere dell'intelletto⁷⁴¹. Ancora più difficile è calcolare l'entità effettiva di tali danni⁷⁴² e, di conseguenza, individuare una tutela proporzionata da approntare a difesa del diritto d'autore senza comprimere eccessivamente i margini di libertà dei privati.

Soprattutto è complicato calcolare i benefici apportati dal *peer-to-peer*, anche quando coinvolga opere protette: esso rappresenta, infatti, un metodo efficiente ed a basso costo per la disseminazione di opere culturali⁷⁴³, permette di aumentare la visibilità degli artisti e consente di mantenere a disposizione un vasto numero di opere non più disponibili tramite i normali canali di distribuzione commerciale⁷⁴⁴.

Ciononostante, la risposta degli ordinamenti statali riguardo al *file-sharing* non autorizzato è stata monolitica e tale pratica è stata resa illegale pressoché ovunque, con sanzioni sempre più aspre e minacce di privare del collegamento ad internet chi fosse colto nell'atto di condividere file protetti in rete. Ciò rischia di far degenerare la questione in uno scontro frontale tra i titolari di diritti d'autore e un numero rilevante di cittadini, in gran parte di giovane età, col legislatore che sembra già essersi schierato a difesa dei primi; uno scontro del quale è difficile prevedere gli esiti ed i costi. In questo senso c'è chi ha visto nel *file-sharing* una forma di disobbedienza civile contro lo strapotere delle *major*

⁷⁴¹ Di fronte alle lamentele dei titolari dei diritti, ed in particolare dei grandi editori, che affermano di aver subito ingenti danni economici, alcuni studi tendono a dimostrare che, in realtà, i danni sarebbero stati contenuti. Cfr. ad esempio: M. GEIST, *Piercing the peer-to-peer myths: An examination of the Canadian experience*, 2005, disponibile all'URL: «<http://www.michaelgeist.ca/content/view/780/139/>» (ultimo accesso effettuato in data 18 marzo 2011).

⁷⁴² LIEBOWITZ, *Will MP3 downloads Annihilate the Record Industry? The Evidence so Far*, cit. L'Autore sostiene che un danno ci sia stato (stimato attorno al 20-25% in termini di diminuzione delle vendite). Ritiene, però, che tale danno non comporti un rischio per la sopravvivenza dell'industria discografica. Cfr. anche OECD report, *Digital Broadband Content: Music*, cit., 23 e ss., nel quale si individuano altre possibili spiegazioni per la diminuzione delle vendite musicali, che, verosimilmente, non sono da attribuire esclusivamente al file-sharing illecito.

⁷⁴³ "If untamed anarchic digital sharing is a superior distribution mechanism, or even a useful adjunct to conventional distribution, we ought to encourage it rather than make it more difficult", J. LITMAN, *Sharing and Stealing*, 27 *Hastings Comm. & Ent. L.J.* 1 (2004), 4.

⁷⁴⁴ L. LESSIG, *Cultura Libera*, Milano, 2005, 133, disponibile anche all'URL: «<http://www.apogeeonline.com/libri/88-503-2250-x/scheda>».

dell'intrattenimento audiovisivo⁷⁴⁵ e contro l'invadenza di leggi sempre più incisive della sfera privata dei cittadini.

Nella prima metà degli anni 2000 alcuni studiosi, per lo più statunitensi⁷⁴⁶, hanno provato a delineare delle possibili soluzioni di compromesso⁷⁴⁷ che permettessero la liberalizzazione del *file-sharing* di opere tutelate per uso non commerciale e contemporaneamente assicurassero una compensazione agli autori. A questo dibattito, comunque, hanno partecipato anche autori europei⁷⁴⁸. Tali soluzioni presentano alcune significative differenze, ma hanno un punto in comune: la fonte di finanziamento per i compensi è indicata nel prelievo di quota del prezzo dei mezzi necessari alla fruizione del *file-sharing* ed alla conservazione ed esecuzione dei file scambiati. In pratica queste proposte, se accolte, determinerebbero un'espansione della eccezione per copia privata alla condivisione di opere via internet, con un'imposizione della *levy* da pagare estesa alla connessione alla rete⁷⁴⁹.

La possibilità di espandere in questo modo l'ambito copia privata non ha trovato alcun seguito presso i legislatori ed è quindi rimasta, ad oggi, lettera

⁷⁴⁵ LUNNEY, *The death of copyright: digital technology, private copying, and the Digital Millennium Copyright Act*, 87 *Va. L. Rev.* 813, 821 (2001).

⁷⁴⁶ Tra di essi vi sono: Glynn Lunney (*The death of copyright: digital technology, private copying, and the Digital Millennium Copyright Act*, cit.), Raymond Ku (*The Creative Destruction of Copyright: Napster and the New Economics of Digital Technology*, 69 *U. Chi. L. Rev.* 263 (2002)), Neil Netanel (*Impose a Noncommercial Use Levy to Allow Free Peer-to-Peer File Sharing*, cit.), William Fisher (*Promises to Keep: Technology, Law, and the Future of Entertainment*, Stanford, 2004, disponibile anche all'URL «<http://cyber.law.harvard.edu/people/ffisher/PTKChapter6.pdf>» (ultimo accesso effettuato in data 3 maggio 2011)), Lawrence Lessig (*Cultura Libera*, cit.), Jessica Litman (*Sharing and Stealing*, cit.).

⁷⁴⁷ It is a compromise between the position that noncommercial, personal uses should be the prerogative of the individual and the position that the law should guarantee that both copyright holders' exclusive rights and practical ability to enforce those rights extend to P2P noncommercial uses", NETANEL, *Impose a Noncommercial Use Levy to Allow Free Peer-to-Peer File Sharing*, cit., 46.

⁷⁴⁸ Ad esempio A. PEUKERT, *A Bipolar Copyright System for the Digital Network Environment*, *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*, Vol. 28, n°1, 12, disponibile all'URL: «<http://ssrn.com/abstract=801124> » (ultimo accesso effettuato in data 23 luglio 2011). Per quanto riguarda l'Italia è possibile citare gli studi del gruppo NEXA (nexa.polito.it).

⁷⁴⁹ In buona parte d'Europa pc, masterizzatori, supporti digitali e lettori multimediali sono già sottoposti al prelievo per equo compenso. Negli Stati Uniti l'introduzione di una norma di questo genere comporterebbe l'applicazione di una *levy* anche a questi prodotti, ora esclusi.

morta. Le soluzioni suggerite hanno però suscitato un intenso dibattito in contesto dottrinale, soprattutto in ordine ai possibili benefici, ed ai costi, che una *private copying levy* estesa ad internet potrebbe avere.

Per meglio evidenziare i costi ed i vantaggi è opportuno soffermarsi a grandi linee su alcuni dei possibili sistemi ipotizzati per rendere legale il file-sharing non autorizzato.

Neil Netanel, riconosciuti i potenziali benefici della condivisione *on line* di opere protette ma anche i rischi che questa comporta⁷⁵⁰, propone di istituire una “*Noncommercial Use Levy*” a carico di qualunque prodotto o servizio destinato al consumo di massa il cui valore sia sostanzialmente aumentato dalla possibilità di fruire di *file-sharing* tramite reti *peer-to-peer*⁷⁵¹. In cambio, la legge assicurerebbe un'immunità per gli atti, commessi da individui privati a scopo non commerciale, di riproduzione digitale e distribuzione *on line*⁷⁵² di opere espressive⁷⁵³ che siano già state rilasciate al pubblico dal legittimo titolare⁷⁵⁴. L'esenzione coprirebbe anche i lavori derivati, sempre privi di finalità di lucro, purché l'autore identifichi chiaramente l'opera originale e indichi che sono

⁷⁵⁰ “...both sides of the P2P debate make some credible arguments. On one hand, we should rigorously applaud the online collecting, swapping, reworking, and remixing of music, films, television programs, art, and stories. P2P file sharing is not just downloading music and movies for free ... But at the same time, Internet users’ widespread unlicensed downloading of audio, video, graphic, and text files could well supplant markets for copyright-protected expression”, NETANEL, *Impose a Noncommercial Use Levy to Allow Free Peer-to-Peer File Sharing*, cit, 3.

⁷⁵¹ Secondo Netanel, i beni o servizi da coinvolgere dovrebbero essere l'accesso ad internet, software e servizi di p2p, personal computer, dispositivi elettronici (come masterizzatori e lettori e registratori digitali) e supporti, usati per copiare, conservare, trasmettere ed eseguire i file scaricati. NETANEL, *Impose a Noncommercial Use Levy to Allow Free Peer-to-Peer File Sharing*, cit, 4.

Come è possibile notare, ad eccezione dell'accesso ad internet e dei programmi o servizi p2p, si tratta di prodotti per cui in larga parte d'Europa vengono trattenute delle *levy* per copia privata.

⁷⁵² La distribuzione non dev'essere intesa come comprensiva del trasferimento di file, ma anche dello *streaming* o del *webcasting*, NETANEL, *Impose a Noncommercial Use Levy to Allow Free Peer-to-Peer File Sharing*, cit, 37.

⁷⁵³ Rimangono esclusi dalla proposta di Netanel i programmi per computer: pur protetti quali opere espressive ne differiscono profondamente, pertanto richiederebbero una diversa regolamentazione. NETANEL, *Impose a Noncommercial Use Levy to Allow Free Peer-to-Peer File Sharing*, cit, 41.

⁷⁵⁴ NETANEL, *Impose a Noncommercial Use Levy to Allow Free Peer-to-Peer File Sharing*, cit., 4.

intervenute delle modifiche⁷⁵⁵. L'esenzione proposta dal prof. Netanel è, dunque, significativamente più estesa delle eccezioni per copia privata previste dal diritto dell'Unione Europea⁷⁵⁶.

I diritti così garantiti non dovrebbero essere disponibili o modificabili mediante contratto o licenza. Similmente, l'uso di DRM per restringerne o inibirne l'esercizio sarebbe vietato⁷⁵⁷.

Quanto alla determinazione dell'ammontare del prelievo, il prof. Netanel suggerisce sia affidata alla concertazione tra le varie categorie di titolari di diritti d'autore ed i rappresentanti delle industrie sui prodotti delle quali esso dovrebbe essere imposto. In mancanza di accordo, interverrebbe un arbitrato obbligatorio presso un tribunale del *Copyright office*. Il valore della *levy* sarebbe soggetto a revisione periodica⁷⁵⁸.

L'ammontare della *levy* dovrebbe rispecchiare il mancato guadagno causato dal *peer-to-peer*, calcolato relativamente alle vendite di supporti fisici, di servizi *pay-per-view* e alle vendite di contenuti *on line*⁷⁵⁹.

Molto interessante la soluzione suggerita dal prof. Netanel per la redistribuzione dei compensi a ciascun titolare di diritti d'autore⁷⁶¹⁷⁶⁰: le singole quote dovrebbero essere calcolate sulla base della domanda delle opere. Un indice significativo per misurare tale domanda sarebbe l'uso effettivo fatto dell'opera, più che il numero di *download* eseguiti⁷⁶¹. Ciò richiederebbe l'impiego

⁷⁵⁵ NETANEL, *Impose a Noncommercial Use Levy to Allow Free Peer-to-Peer File Sharing*, cit., 4.

⁷⁵⁶ NETANEL, *Impose a Noncommercial Use Levy to Allow Free Peer-to-Peer File Sharing*, cit., 35.

⁷⁵⁷ NETANEL, *Impose a Noncommercial Use Levy to Allow Free Peer-to-Peer File Sharing*, cit., 40.

⁷⁵⁸ NETANEL, *Impose a Noncommercial Use Levy to Allow Free Peer-to-Peer File Sharing*, cit., 44.

⁷⁵⁹ L'Autore riconosce le difficoltà nel calcolare l'ammontare del prelievo impiegando questo criterio, ma lo ritiene più efficiente ed equo dei criteri previsti dal *Copyright Act* statunitense per il calcolo delle tariffe delle licenze obbligatorie. NETANEL, *Impose a Noncommercial Use Levy to Allow Free Peer-to-Peer File Sharing*, cit., 46 e ss.

⁷⁶⁰ La prima distribuzione dei proventi delle *levy*, da ripartire tra le diverse categorie di titolari di diritti, sarebbe effettuata sulla base dei guadagni netti non percepiti da ciascuna categoria a causa del *file-sharing*. NETANEL, *Impose a Noncommercial Use Levy to Allow Free Peer-to-Peer File Sharing*, cit., 52.

⁷⁶¹ Si dovrebbe tener conto, quindi, del numero di volte in cui un'opera è stata vista o ascoltata, oppure il numero di volte in cui è stata copiata su un dispositivo multimediale. Rapportare il compenso al numero di volte in cui un materiale è stato scaricato potrebbe essere fuorviante.

di alcune tecnologie di tracciamento simili a quelle impiegate da alcuni DRM. Per contenere i costi e le difficoltà di tracciare tutti gli utilizzi si dovrebbe combinare questa strategia con delle rilevazioni statistiche a campione, sul modello di quelle impiegate per rilevare i dati di ascolto di radio e televisione⁷⁶². L'esenzione proposta, comunque, troverebbe applicazione solo alla copia ed alla distribuzione nell'ambito digitale, attività relativamente più semplici da monitorare⁷⁶³.

Il prof. Netanel si dichiara moderatamente fiducioso sul fatto che una *levy* così strutturata possa generare fondi sufficienti a compensare i titolari di diritti d'autore dei guadagni persi per le vendite effettivamente soppiantate dal *file-sharing* senza pesare eccessivamente sul prezzo dei prodotti e servizi sottoposti a prelievo⁷⁶⁴.

William Fisher ha teorizzato un sistema di compensazione per le attività di *file-sharing* che condivide alcuni elementi chiave della proposta del prof. Netanel. Dopo aver esaminato alcune possibili soluzioni ai problemi di tutela del copyright innescati dall'emergere delle tecnologie *peer-to-peer*⁷⁶⁵, il prof. Fisher ha cercato di delineare uno strumento più efficiente delle tradizionali risposte offerte dallo Stato in questi casi, ossia la concessione di diritti esclusivi,

Misurando gli utilizzi, invece, è possibile calcolare una quota di spettanza più precisa. NETANEL, *Impose a Noncommercial Use Levy to Allow Free Peer-to-Peer File Sharing*, cit., 53.

⁷⁶² Ovviamente l'Autore non ignora i potenziali rischi per la privacy e per la libertà di pensiero implicati dal monitoraggio di attività private quali l'uso di opere espressive, ma ritiene che tali rischi siano contenibili. NETANEL, *Impose a Noncommercial Use Levy to Allow Free Peer-to-Peer File Sharing*, cit., 54.

⁷⁶³ NETANEL, *Impose a Noncommercial Use Levy to Allow Free Peer-to-Peer File Sharing*, cit., 37.

⁷⁶⁴ "...it should not be outright implausible that a marginal tax on P2P-related consumer electronics and telecommunications would yield ample funds to replace that fraction of copyright industry revenues supplanted by NUL-privileged file sharing", NETANEL, *Impose a Noncommercial Use Levy to Allow Free Peer-to-Peer File Sharing*, cit., 60.

⁷⁶⁵ W. FISHER, *Digital music: problems and possibilities*, 2000, disponibile all'URL: « <http://www.law.harvard.edu/faculty/tfisher/Music.html> » (ultimo accesso effettuato in data 2 marzo 2011).

cui recentemente si è aggiunta la tutela contro l'elusione di misure di protezione tecnologica⁷⁶⁶.

Propone, pertanto, di sostituire una parte sostanziale di tali modelli con un sistema di compensazione amministrato dallo Stato. Questo sistema prevede la registrazione su base volontaria di opere espressive, che verrebbero così messe a disposizione del pubblico. I registranti riceverebbero corrispondentemente una remunerazione proporzionale alla popolarità delle loro creazioni. I fondi necessari sarebbero raccolti dallo Stato mediante tassazione⁷⁶⁷.

Per motivi di praticità, il prof. Fisher suggerisce l'istituzione di un registro centralizzato apposto gestito dal *Copyright Office* e l'uso di tecnologie di *fingerprinting* a garanzia della tracciabilità delle copie digitali. Potrebbero procedere alla registrazione solamente i titolari del diritto relativo all'opera⁷⁶⁸. In caso di controversie in ordine alla titolarità dell'opera, potrebbe essere introdotta una procedura formale di opposizione alla registrazione, alla stregua della procedura prevista per la registrazione di marchi⁷⁶⁹.

La registrazione sarebbe comunque facoltativa, e rimarrebbe anche la libertà di consegnare l'opera al pubblico dominio⁷⁷⁰.

L'ammontare complessivo dei compensi dovrebbe corrispondere alle perdite subite dal settore a causa della perdita di controllo sopra le opere, ossia

⁷⁶⁶ Quest'ultima soluzione, in particolare, pur restituendo un qualche grado di controllo sulle proprie opere ai legittimi titolari, ha il difetto di inibire usi tradizionalmente consentiti e di frustrare le capacità di diffusione culturale insite nelle tecnologie digitali. FISHER, *Promises to Keep: Technology, Law, and the Future of Entertainment*, cit., 3.

⁷⁶⁷ "...this chapter proposes that we replace major portions of the copyright and encryption-reinforcement models with a variant of the third strategy--a governmentally administered reward system". Fisher, *Promises to Keep*, cit., 3.

⁷⁶⁸ Ad esempio, il produttore o lo studio cinematografico relativamente ad un film, e l'esecutore o il suo licenziatario relativamente alla registrazione di un'opera musicale. In questo caso, però, dovrebbe essere espressamente indicato il titolare dei diritti sulla composizione musicale. Dovrebbero essere indicate anche le porzioni di lavori altrui incorporate nell'opera. Fisher, *Promises to Keep*, cit., 5 e ss. .

⁷⁶⁹ Fisher, *Promises to Keep*, cit., 6.

⁷⁷⁰ "Would each creator be obliged to register his or her creations? No. Unlike cars, songs and films could be unlicensed. Creators who wished for whatever reason to dedicate their products to the public domain could do so", FISHER, *Promises to Keep*, cit., 5.

il valore aggregato delle remunerazioni percepite attualmente⁷⁷¹, almeno all'inizio, cui dovrebbero seguire progressivi aggiustamenti⁷⁷². Il criterio guida per le successive determinazioni dei compensi totali dovrebbe essere l'interesse pubblico: l'ufficio incaricato dovrebbe cercare di calcolare la quantità di denaro ideale per far fiorire la creazione di opere dell'intelletto⁷⁷³.

Per finanziare il nuovo sistema di compensazione, il prof. Fisher ipotizza due alternative: un aumento delle tasse o l'imposizione di una *levy* sugli strumenti necessari alla fruizione (liberalizzata) delle opere.

La prima alternativa, ossia la tassazione generalizzata, sarebbe meno costosa e più efficiente⁷⁷⁴. Rischierebbe però di essere impopolare e di prestarsi a strumentalizzazioni⁷⁷⁵.

La seconda alternativa, che coinvolgerebbe la tassazione mirata di prodotti e servizi necessari alla fruizione delle opere, potrebbe essere percepita come più equa, ma sarebbe più costosa da eseguire. Soprattutto, potrebbe distorcere il comportamento dei consumatori: alcuni individui potrebbero smettere di acquistare quei beni o servizi a causa dell'aumento del prezzo⁷⁷⁶. Il prof. Fisher riconosce, dunque, pregi e difetti ad entrambe le opzioni⁷⁷⁷.

⁷⁷¹ La proposta del prof. Fisher prevede la sostituzione complessiva dell'attuale sistema mediante cui le leggi di copyright garantiscono la remunerazione agli autori. È, pertanto, necessaria una cifra equivalente al totale di queste remunerazioni per compensarne la perdita.

⁷⁷² FISHER, *Promises to Keep*, cit., 9.

⁷⁷³ FISHER stima la cifra iniziale in approssimativamente 2,5 miliardi di dollari. FISHER, *Promises to Keep*, cit., 15.

⁷⁷⁴ Potrebbe, infatti, fruire delle infrastrutture già esistenti per la raccolta delle tasse. Inoltre costituirebbe un aumento contenuto delle stesse, essendo distribuita su tutta la popolazione. Ciò creerebbe minori distorsioni di mercato e nel comportamento dei consumatori. FISHER, *Promises to Keep*, cit., 16.

⁷⁷⁵ FISHER, *Promises to Keep*, cit., 17.

⁷⁷⁶ Si potrebbe adoperare, come correttivo una tassazione inversamente proporzionale all'elasticità della domanda. In questo modo, però, si finirebbe per gravare maggiormente su beni maggiormente necessari, o come tale percepiti, agli utenti. FISHER, *Promises to Keep*, cit., 18 e ss.

⁷⁷⁷ "In short, each of the two major tax options has merits and demerits. If an income tax were (or became) politically viable, it probably would be the better of the two approaches. Until then, we would likely have to rely on a tax on devices and services, despite its imperfections", FISHER, *Promises to Keep*, cit., 22.

Individuati i criteri per calcolare il monte dei compensi e gli strumenti per raccogliere tale cifra, rimangono da indicare i criteri per ripartire i compensi tra gli aventi diritto. Il fulcro di questi criteri, secondo il prof. Fisher, dovrebbe essere costituito dalle preferenze dei consumatori⁷⁷⁸. Per misurare queste preferenze un buon indicatore potrebbe essere dato dal monitoraggio della frequenza di utilizzo delle opere. Sarebbe, a questo fine, sufficiente un sistema in grado di determinare la popolarità relativa di ciascuna opera, senza che sia necessaria una rilevazione di tutti gli usi realmente effettuati⁷⁷⁹. Anche il prof. Fisher, come il prof. Netanel, considera le rilevazioni a campione un metodo adeguato per valutare il grado di utilizzo delle opere, e di conseguenza il loro valore per il consumatore⁷⁸⁰.

Il prof. Fisher riconosce che, pur beneficiando largamente i consumatori, il suo sistema comporta svantaggi significativi per gli artisti, che perderebbero buona parte del controllo sui propri lavori di cui godono nella vigenza delle leggi odierne. Per venire loro incontro, si potrebbe istituire un registro separato per gli autori che non desiderassero rendere disponibili le loro opere alla creazione di lavori derivati⁷⁸¹.

Il prof. Fisher individua anche altri svantaggi del suo sistema. In primo luogo, sussisterebbe il rischio che l'ufficio governativo incaricato di stabilire l'ammontare totale dei compensi subisca le pressioni di gruppi di interesse, in

⁷⁷⁸ Basandosi sulle preferenze dei consumatori, si avrebbe una ripartizione equa, non affidata alla determinazione di un ufficio governativo, e i creatori avrebbero valide indicazioni circa la popolarità e l'apprezzamento dei loro lavori, attualmente fornite dal sistema dei prezzi. FISHER, *Promises to Keep*, cit., 23.

⁷⁷⁹ "Our goal, remember, is to estimate the relative value to consumers in the aggregate of each entertainment product. For that purpose, neither a comprehensive count nor perfect accuracy is essential, just a system for determining, roughly, the relative popularity of registered songs and film", FISHER, *Promises to Keep*, cit., 23.

⁷⁸⁰ Per rendere sufficientemente accurati questi sistemi, Fisher ne propone l'automatizzazione mediante software di controllo integrati nei dispositivi di riproduzione ed esecuzione e nei servizi di *peer-to-peer*. Per assicurare la privacy dei soggetti selezionati, su base volontaria, quale campione, i dati dovrebbero essere trattati in modalità aggregata. FISHER, *Promises to Keep*, cit., 25 e ss. .

⁷⁸¹ A chi facesse tale scelta, tuttavia, spetterebbe una compensazione ridotta. FISHER, *Promises to Keep*, cit., 38.

particolare delle rappresentanze degli intermediari⁷⁸². Col tempo, però, e proprio grazie al nuovo sistema, il potere economico e l'influenza degli intermediari verrebbero a scemare e rimarrebbero a confrontarsi due gruppi largamente diffusi: il pubblico dei consumatori e la molteplicità degli artisti⁷⁸³. Un secondo sostanziale problema occorrerebbe dalla mancanza di reciprocità internazionale, qualora tale sistema venisse implementato solo in alcuni Stati e non in altri⁷⁸⁴.

Per quanto riguarda l'uso di DRM e misure di protezione tecniche, Fisher propende per una soluzione intermedia: il loro impiego sarebbe bandito relativamente agli esemplari delle opere rese disponibili al *file-sharing*, ma i titolari dei diritti potrebbero scegliere comunque di registrarsi al sistema e continuare in parallelo la distribuzione commerciale di esemplari dotati di protezioni. Potrebbero, ovviamente, anche decidere di puntare esclusivamente sulla distribuzione tradizionale, rimanendo fuori dal sistema⁷⁸⁵.

Un significativo ostacolo all'implementazione di un sistema così congegnato, però, è costituito dalle leggi sul copyright attualmente esistenti. Il prof. Fisher sostiene che, sul fronte interno statunitense, le difficoltà sarebbero limitate ad alcune modifiche legislative. Sarebbe necessario, però, ottenere previamente una revisione dei trattati internazionali sul diritto d'autore, a partire dalla Convenzione di Berna⁷⁸⁶.

⁷⁸² Ossia le organizzazioni lobbistiche delle major discografiche e cinematografiche. Tale rischio potrebbe essere ridotto dall'adozione di procedure rigorose e dalla previsione di un ricorso giudiziale avverso alla determinazione operata dall'ufficio. FISHER, *Promises to Keep*, cit., 40.

⁷⁸³ FISHER, *Promises to Keep*, cit., 40.

⁷⁸⁴ Il prof. Fisher fa riferimento agli Stati Uniti, ma il medesimo problema occorrerebbe in qualunque paese decidesse di adottare una simile soluzione: gli artisti stranieri potrebbero iscriversi al registro di un paese e goderne dei benefici senza che analoga possibilità sia concessa agli artisti nazionali di fare altrettanto negli Stati esteri. Rispetto a questi, tuttavia, manterrebbero vigore le normative sul diritto d'autore esistenti in loco. Il problema, dunque, sarebbe dato prevalentemente da una duplicazione di sistemi di diritto d'autore su scala globale: uno basato sulle tradizionali facoltà esclusive ed uno basato su un meccanismo di compensazione gestito dallo Stato.

⁷⁸⁵ FISHER, *Promises to Keep*, cit., 43.

⁷⁸⁶ FISHER, *Promises to Keep*, cit., 44.

Un altro studioso che si è interessato al problema del *file-sharing* non autorizzato, soprattutto per quanto riguarda le opere musicali, è Lawrence Lessig⁷⁸⁷. Il prof. Lessig si dimostra scettico circa l'assunto che la condivisione di file sia dannosa, quantomeno avendo a riguardo l'interezza del fenomeno⁷⁸⁸. Soprattutto ritiene che la fase attuale sia solo una transizione, in quanto l'innovazione tecnologica, grazie all'aumento della capacità di trasmissione dei dati delle reti internet, renderà il *file-sharing* obsoleto in un futuro abbastanza prossimo. Questo fenomeno, secondo il prof. Lessig, sarà verosimilmente rimpiazzato dallo *streaming*, ossia dall'accesso a contenuti via internet *on demand*, senza la necessità di salvare file sulla propria macchina, anche se si tratterà di un servizio a pagamento⁷⁸⁹.

Secondo il prof. Lessig non ha senso che il legislatore affretti decisioni tenendo in considerazione solamente lo stato attuale della tecnologia, ma dovrebbe pensare in prospettiva. Anziché cercare la soluzione ad un problema che potrebbe risolversi da solo grazie all'evoluzione delle reti informatiche, Egli suggerisce l'adozione di un sistema che consenta la compensazione degli artisti durante la fase di transizione⁷⁹⁰. Tale soluzione dovrebbe essere “flessibile quanto il problema”⁷⁹¹ che aspira a risolvere.

In pratica, il prof. Lessig propone una variazione del meccanismo di compensazione prospettato da William Fisher. La proposta di Lessig, però, si affiancherebbe all'attuale regime di copyright, anziché rimpiazzarlo, e dovrebbe

⁷⁸⁷ LESSIG, *Cultura Libera*, cit., 133.

⁷⁸⁸ LESSIG, *Cultura Libera*, cit., 133.

⁷⁸⁹ LESSIG, *Cultura Libera*, cit., 134. È probabilmente ancora presto per sapere se il *file-sharing* sia realmente destinato al dimenticatoio. Tuttavia sono emersi numerosi servizi di *content providing on demand* via internet. Inoltre stanno crescendo le aspettative per i nuovi servizi di *cloud computing* annunciati recentemente da alcuni colossi dell'informatica. Questi servizi permetteranno di operare su dati e software tramite internet, senza bisogno di averli presenti nella memoria fisica del proprio computer. Tutto ciò sembra corroborare la previsione di Lessig. Tuttavia l'espansione della banda larga ha avuto anche un altro effetto: la nascita di servizi di *streaming* non autorizzato di materiali tutelati dal diritto d'autore. Riguardo a questo fenomeno, si sono create problematiche molto simili a quelle già esistenti nei confronti del *file-sharing* non autorizzato.

⁷⁹⁰ LESSIG, *Cultura Libera*, cit., 134.

⁷⁹¹ LESSIG, *Cultura Libera*, cit., 135.

mirare ad indennizzare i titolari dei diritti dei danni subiti a causa della condivisione di materiali protetti. Tale meccanismo, secondo Lessig, dovrebbe esser mantenuto finché necessario od utile. Dopodiché si potrebbe tornare ad un sistema basato sul controllo dell'accesso, come quello attuale. Per Lessig, infatti, la libertà di uso delle opere espressive riveste una maggior importanza che il semplice accesso ad esse: qualora sia assicurata una sufficiente libertà di rielaborazione e di creazione di lavori derivati dalle opere protette, ciò costituirebbe un viatico sufficiente per la diffusione democratica della cultura⁷⁹².

A conclusione di questa breve rassegna la proposta di Jessica Litman.

Il prof. Jessica Litman parte dall'assunto che la distribuzione di opere ed altri materiali via internet o grazie alle reti *peer-to-peer* sia più efficiente del modello tradizionale basato sulla distribuzione di supporti fisici⁷⁹³. Soprattutto individua nella condivisione delle informazioni la caratteristica che attribuisce notevole valore aggiunto alle possibilità di comunicazione permesse dalla rete⁷⁹⁴. Vi è però un grave problema in questo modello: è libero solo fintantoché tratta informazioni appartenenti al pubblico dominio⁷⁹⁵. Quando le informazioni sono protette da copyright, è necessario ottenere l'autorizzazione dai titolari dei diritti, ma la struttura tecnica di internet e l'esistenza di una molteplicità di diritti inerenti ai singoli materiali protetti rende estremamente difficile, se non impossibile, questa operazione⁷⁹⁶. Ciò è particolarmente vero

⁷⁹² "Fisher sarebbe contrario all'idea di far decadere il sistema. Il suo scopo non è soltanto quello di assicurare il compenso agli artisti, ma anche quello di fare sì che il sistema sostenga la più ampia gamma possibile di "democrazia semiotica". Ma quest'ultimo obiettivo sarebbe raggiunto se si attuassero le altre modifiche che ho illustrato - in particolare, i limiti sugli usi derivati. Un sistema che imponga tariffe per il semplice accesso non peserebbe granché sulla democrazia semiotica se esistessero poche limitazioni al modo di utilizzare i contenuti stessi", LESSIG, *Cultura Libera*, cit, 135.

⁷⁹³ LITMAN, *Sharing and Stealing*, cit., 3 e ss. .

⁷⁹⁴ "Networked digital technology has transformed information and the way that we interact with it. Digital information is extraordinarily accessible ...Digital information, moreover, is shared", LITMAN, *Sharing and Stealing*, cit., 7.

⁷⁹⁵ LITMAN, *Sharing and Stealing*, cit., 14.

⁷⁹⁶ "Under the current leading analysis of how copyright law interacts with the Internet, making any material available over the Internet (whether via posting it on a website, sending it through

per la musica in formato digitale, ma anche per altre tipologie di opere espressive⁷⁹⁷.

Riassumendo, condividere informazioni che siano di pubblico dominio, ad esempio fatti ed accadimenti storici, è operazione libera e lecita, mentre condividere informazioni protette da diritto d'autore, quali tipicamente le composizioni musicali, è illegale⁷⁹⁸.

Il prof. Litman propone un sistema che permetta di rendere la musica condivisibile in maniera simile a quanto accade per i fatti, per studiarne i possibili vantaggi in tema di diffusione e creazione di opere dell'ingegno⁷⁹⁹. Secondo questa prospettiva, un meccanismo di compensazione in favore degli artisti a fronte della legalizzazione della condivisione di file musicali avrebbe numerosi vantaggi: permetterebbe, innanzitutto, di godere dei benefici delle tecnologie *peer-to-peer*⁸⁰⁰ e di assicurare incentivi economici, o comunque un'equa remunerazione, agli artisti⁸⁰¹. Permetterebbe, inoltre, di liberare risorse economiche da reinvestire nel processo di creazione di nuove opere⁸⁰².

email, posting it to Usenet news, typing it on Internet relay chat or making it available in a share directory associated with a peer-to-peer file trading application) constitutes a reproduction of the material, a distribution of the material to the public, and a public display or performance of the material. It is therefore illegal unless done with the authorization of the copyright owners of the reproduction right, the public distribution right, and the public display or public performance right, as well as the copyright owners of those rights in any underlying material”, LITMAN, *Sharing and Stealing*, cit., 19.

⁷⁹⁷ “we don't know with any certainty who owns the digital rights in any number of recorded musical performances ...Today, in short, everything is protected by copyright and it is almost impossible to figure out whom to ask for permission”, LITMAN, *Sharing and Stealing*, cit., 22.

⁷⁹⁸ “Collecting information on the Internet is «learning». Posting information on the net is “sharing.” Try exactly the same thing with recorded music and it's «stealing»”, LITMAN, *Sharing and Stealing*, cit., 23.

⁷⁹⁹ LITMAN, *Sharing and Stealing*, cit., 25.

⁸⁰⁰ Queste tecnologie permettono un diffusione capillare dei file a costi significativamente ridotti, e, secondo Litman, potrebbe essere controproducente rinunciare per arroccarsi in difesa dei modelli commerciali esistenti: “we should remember that widespread dissemination is as central to the goals of copyright as initial creation; facilitating the sale of copies is only the means the law has adopted to further those goals. If sharing is a more effective method of dissemination than selling copies, then prohibiting sharing to protect the market for copy sales is exactly backward”, LITMAN, *Sharing and Stealing*, cit., 30.

⁸⁰¹ LITMAN, *Sharing and Stealing*, cit., 32.

⁸⁰² Tali risorse sarebbero costituite dai minori costi derivanti dalla distribuzione peer-to-peer rispetto alla distribuzione tramite i canali tradizionali e dal risparmio dei costi attualmente

Prima di introdurre la sua proposta, il prof. Litman richiama altre modalità alternative di compensazione teorizzate da studiosi statunitensi⁸⁰³, alcune delle quali sono state espone precedentemente. Il prof. Litman sottolinea l'affinità di tali proposte con modelli di compensazione degli artisti basati su licenze obbligatorie o forfetarie, pratiche commerciali standard e la presenza di intermediari, ad esempio di *collecting societies*⁸⁰⁴. Inoltre, anche i guadagni da loro percepiti a seguito della vendita o esecuzione di musica registrata sono raccolti tramite una combinazione di licenze standard, collettive o obbligatorie gestite da intermediari⁸⁰⁵.

Il prof. Litman si dichiara fiduciosa circa i benefici derivanti dall'eventuale adozione di queste proposte e, pur delineando una sua variante, ribadisce l'importanza dell'idea di base, ossia la creazione di una modalità alternativa di compensazione per il *file-sharing* non autorizzato⁸⁰⁶.

In breve, propone la creazione di un sistema di licenze forfetarie o di *levies* per compensare gli artisti e mantenere contemporaneamente la flessibilità e ricchezza di contenuti delle reti di *file-sharing* già esistenti⁸⁰⁷.

Per fare ciò, il prof. Litman suggerisce l'introduzione di una licenza forfetaria legale ma volontaria: i termini e le condizioni d'uso della licenza dovrebbero essere fissati dalla legge, ma la scelta se rendere disponibili le opere mediante tale licenza dovrebbe rimanere libera⁸⁰⁸.

sostenuti per perseguire le attività illecite di condivisione *on line*. LITMAN, *Sharing and Stealing*, cit., 33.

⁸⁰³ "A number of scholars have floated proposals urging the adoption of systems that would permit peer-to-peer file sharing, charge money to the people who enjoy it (or the businesses that profit from it), and use those funds to compensate creators and copyright owners", LITMAN, *Sharing and Stealing*, cit., 32.

⁸⁰⁴ "From the viewpoint of the individuals who make the music, moreover, the reform proposals to legitimize peer-to-peer file sharing rely on mechanisms that are remarkably similar to the devices we rely on today to pay money to composers and musicians" LITMAN, *Sharing and Stealing*, cit., 36.

⁸⁰⁵ LITMAN, *Sharing and Stealing*, cit., 37.

⁸⁰⁶ Si dichiara, altresì, estremamente scettica circa l'effettiva possibilità che una di queste proposte venga implementata dal legislatore. LITMAN, *Sharing and Stealing*, cit., 38.

⁸⁰⁷ LITMAN, *Sharing and Stealing*, cit., 40.

⁸⁰⁸ LITMAN, *Sharing and Stealing*, cit., 42.

Per ridurre al minimo gli intermediari, dovrebbe esser consentito ai singoli aventi diritto di raccogliere le quote di propria spettanza direttamente dall'ufficio incaricato di incassare i proventi delle licenze⁸⁰⁹.

Il prof. Litman indica come possibilità di pagamento l'imposizione di *levies* sui prodotti o servizi maggiormente coinvolti nelle attività di *file-sharing* o il pagamento diretto di una licenza forfetaria. Nel determinare l'ammontare di tali pagamenti, però, bisognerebbe tenere in considerazione il fatto che gli utenti impegnati nel *file-sharing* sostituiscono i servizi offerti tradizionalmente da una lunga catena di intermediari e non dovrebbero essere tenuti a rimborsarne i ricavi⁸¹⁰.

Il prof. Litman sottolinea l'importanza di permettere ai titolari dei diritti la possibilità di mantenere il controllo sopra le proprie opere, dietro rinuncia a qualsiasi pagamento mediante il nuovo sistema e previa assoluzione di alcune semplici formalità che consentano al pubblico di capire facilmente se un'opera sia disponibile alla condivisione o meno. Questa possibilità di scelta renderebbe più facile argomentare la conformità del sistema ai trattati internazionali di Berna e della WIPO, inoltre ne permetterebbe la coesistenza col sistema tradizionale di copyright⁸¹¹.

Dovrebbe essere imposta, però, un'estensione univoca a segnalare i file non disponibili alla condivisione, in modo da renderli immediatamente riconoscibili al pubblico. Per tutti gli altri file rilasciati con una diversa estensione, varrebbe

⁸⁰⁹ Gli stessi aventi diritto, poi, avrebbero il compito di operare le successive distribuzioni agli eventuali licenziatari. Rimarrebbe salva la facoltà di avvalersi di agenti *ad hoc* per la raccolta e la successiva distribuzione delle quote di spettanza. LITMAN, *Sharing and Stealing*, cit., 42 e ss.

⁸¹⁰ "Whichever model we adopt, though, we need to remember that the consumers who are engaging in this behavior are providing the valuable services that in the bricks-and-mortar world are provided by CD stamping plants, warehouses, trucks, record stores, and radio broadcasters, and they should be compensated accordingly. The fees consumers pay to engage in file trading don't need to replace the income of the intermediaries they're replacing, and I think those fees shouldn't be large", LITMAN, *Sharing and Stealing*, cit., 45.

⁸¹¹ In questo modo si potrebbe permettere agli artisti più famosi, e meglio remunerati, di mantenere inalterate le loro fonti di guadagno attuali, lasciando ad artisti emergenti o di nicchia maggior spazio nel nuovo sistema di condivisione. LITMAN, *Sharing and Stealing*, cit., 46.

una presunzione legale di condivisibilità, riproducibilità, libera distribuzione o esecuzione al pubblico⁸¹².

3.2 Analisi critica degli schemi di compensazione alternativa

Riassumendo, questi modelli di compensazione alternativa, al di là delle differenze esistenti e talora significative, si basano su un nucleo comune: la liberalizzazione dell'uso non commerciale sulle reti internet di opere tutelate dal diritto d'autore verso il pagamento di un compenso in forma indiretta, da finanziarsi mediante l'applicazione di una *levy*⁸¹³ sui prodotti e sui servizi impiegati dal pubblico per fruire dell'accesso alle opere e della possibilità di realizzarne copie e di metterle a disposizione.

In altre parole, il diritto di esclusiva per alcune opere protette⁸¹⁴ dal diritto d'autore verrebbe degradato a diritto a compenso relativamente a certi usi non commerciali effettuati da utenti privati tramite internet, in particolare per quanto la facoltà di riproduzione e messa a disposizione. In cambio si istituirebbe il prelievo di una quota del prezzo di tutti i beni astrattamente utilizzabili dai consumatori per beneficiare di queste facoltà, destinando i ricavi così ottenuti a compensare i titolari dei diritti sulle opere protette per le perdite economiche subite a causa della sottrazione del controllo sulle opere stesse.

⁸¹² Dovrebbe essere offerta, comunque, la possibilità di ritirare dal sistema tutti i file messi in circolazione previamente all'implementazione del sistema, compresi quelli già scambiati attualmente nelle reti *peer-to-peer*. Secondo Litman, però, si dovrebbe scoraggiare tale scelta rendendo la procedura di *opting out* difficile e costosa, per far sì che la maggior parte della musica presente negli hard disk dei consumatori rimanga condivisibile, dietro compensazione garantita dal nuovo sistema, sulle reti p2p. LITMAN, *Sharing and Stealing*, cit., 47 e ss. .

⁸¹³ Fisher, come abbiamo visto, individua quale fonte di finanziamento alternativa un aumento della tassazione generale. Questa opzione, tuttavia, appare particolarmente poco percorribile a causa delle grosse resistenze che un aumento indiscriminato delle tasse inevitabilmente genererebbe, determinando probabilmente il disfavore dell'opinione pubblica per una simile scelta.

⁸¹⁴ Rimarrebbero verosimilmente esclusi dal sistema i programmi per elaboratore, come suggerito da Netanel.

Il modello, dunque, comporterebbe la predisposizione di una licenza legale, da configurare come obbligatoria, se si dovesse optare per un modello di riforma complessiva del diritto d'autore come proposto dal prof. Netanel, oppure come licenza volontaria, ma delineata in via legislativa nei contenuti e nel prezzo, se si accogliesse una soluzione simile a quella proposta dal prof. Fisher e dal prof. Litman.

Scopo ultimo è legalizzare le attività di scambio di queste opere, già in atto sulla rete, la cui inibizione sarebbe indesiderabile o comunque molto costosa e difficile da realizzare in maniera efficace, e garantire al contempo un'adeguata remunerazione agli autori⁸¹⁵.

Il parallelismo con le normative che hanno introdotto un equo compenso per le attività di riproduzione privata di opere protette è evidente⁸¹⁶, tant'è vero che in buona parte dell'Unione Europea i prodotti indicati dagli Autori sopra menzionati quale base per l'imposizione della *levy* sono già oggi sottoposti a prelievo e non rimarrebbe che estendere tale prelievo ai servizi di accesso alle reti *peer-to-peer*.

A differenza delle eccezioni per copia privata già esistenti, però, questi schemi di compensazione alternativa avrebbero un impatto decisamente maggiore sul diritto d'autore. Se per la realizzazione di una copia privata in forza delle leggi oggi esistenti è necessario, infatti, avere comunque accesso ad una copia "originale" dell'opera, ossia distribuita dal titolare dei diritti o su sua licenza, un sistema di *file sharing* liberalizzato prescinderebbe da questa necessità⁸¹⁷.

⁸¹⁵ Ciò metterebbe d'accordo sia chi ritenga la remunerazione degli autori un presupposto indispensabile per l'incoraggiamento della attività di creazione intellettuale, sia chi ritenga corretto attribuire agli stessi un giusto compenso per l'attività ad alto valore sociale svolta.

⁸¹⁶ Alcune delle proposte sopra citate, infatti, traggono spunto anche dalle normative europee e canadesi sull'equo compenso per copia privata. Vedi, ad esempio: NETANEL, *Impose a Noncommercial Use Levy to Allow Free Peer-to-Peer File Sharing*, cit, 31; LITMAN, *Sharing and Stealing*, cit., 36.

⁸¹⁷ O meglio, sarebbe sufficiente l'immissione di una singola copia originale nel sistema, che poi sarebbe moltiplicata secondo le esigenze dagli utenti stessi.

Inoltre sarebbe resa libera la possibilità di distribuzione delle copie *on line* direttamente tra utenti privati, ossia da consumatore a consumatore, senza alcuna necessità di intermediari.

Ciò comporta che i titolari dei diritti perderebbero il controllo sulle proprie opere, per quanto riguarda usi non commerciali, beninteso, in una maniera assai più significativa di quanto accade in forza delle odierne eccezioni per copia privata.

È vero che ciò accade già oggi, di fatto, sulle reti *peer-to-peer*, ma un conto è riconoscere la realtà dei fatti e un altro è avallarla giuridicamente. Questo non vuole essere un giudizio negativo sulla possibilità di introdurre una liberalizzazione della condivisione non autorizzata di materiali protetti per usi privati senza scopo di lucro, ma semplicemente il riconoscimento che una tale operazione comporterebbe un profondo ripensamento della struttura di base del diritto d'autore, a partire dalle facoltà esclusive di riproduzione e messa a disposizione⁸¹⁸. Per un'applicazione generalizzata del nuovo sistema a tutte le opere si dovrebbe introdurre un'eccezione a questi diritti di tale latitudine da comportarne, di fatto, la venuta meno in ambito digitale, seppur limitatamente ad utilizzi non commerciali.

Indiscutibili i vantaggi immediati per i consumatori, almeno per coloro i quali siano già dediti ad attività di *file sharing* di opere protette, che avrebbero a disposizione un amplissimo catalogo di opere *on line* a fronte di un prezzo

⁸¹⁸ Sarebbe opportuno tenere un discorso a parte per il diritto di creazione di opere derivate, sul quale, tra l'altro, manca una unità di veduta tra gli Autori delle proposte di compensazione alternativa sopra illustrate. L'opportunità di trattare separatamente la facoltà di riproduzione (e messa a disposizione) e la facoltà di creazione di opere derivate risiede nella natura di quest'ultima, che ha molto a che fare con la creatività dell'autore derivato. L'elaborazione del lavoro altrui comporta comunque un'attività di creazione intellettuale che comprende un certo grado di originalità. Per favorire la creatività, dunque, sarebbe forse opportuno liberalizzare la realizzazione di opere derivate, quantomeno a scopo non di lucro, soprattutto per quelle categorie di opere protette dotate di un più insito carattere di originalità, quali le opere d'arte e le opere di intrattenimento (musica e cinematografia, ad esempio). Per un approfondimento su questo ed altri temi, si rimanda alla lettura di LESSIG, *Cultura Libera*, cit. .

forfetario⁸¹⁹. Soprattutto verrebbe a cadere uno dei paradossi generati dalla legislazione oggi vigente, che rende illegale, e a rischio di sanzioni severe anche di natura penale, un comportamento assai diffuso tra la popolazione nei confronti del quale, a torto o a ragione, non appare esserci una riprovazione sociale condivisa.

Più difficile valutare i benefici sul lungo periodo, come sottolinea il prof. Jessica Litman⁸²⁰, in tema di eventuale riduzione della produzione di opere a seguito della riduzione degli incentivi economici alla realizzazione delle opere stesse. Col nuovo sistema, in effetti, potrebbero non essere assicurati i lauti guadagni oggi percepiti dagli artisti più famosi e meglio remunerati. Questo problema potrebbe risultare bilanciato, tuttavia, dalla messa a disposizione di una piattaforma di distribuzione dei contenuti a costi ridotti, e gravanti sugli utenti delle reti di *file-sharing*, della quale potrebbero liberamente usufruire gli artisti. D'altra parte già oggi la maggior parte di essi ottiene la parte principale dei propri guadagni dalle esecuzioni dal vivo.

Inoltre, ricevendo una remunerazione distribuita direttamente dall'agenzia amministrativa incaricata di raccogliere i compensi potrebbero affrancarsi dal controllo di case editrici o produttrici. Questo per quanto riguarda il mondo della musica e della letteratura, che già oggi conoscono forme di distribuzione disintermediata o quasi⁸²¹.

⁸¹⁹ Si tratterebbe, infatti, di un prezzo pagato *una tantum* per quanto riguarda i beni di consumo coinvolti (pc, lettori multimediali, etc.) e di un aumento dei canoni periodici di abbonamento al servizio internet.

⁸²⁰ The story for music not-yet-written or not-yet-recorded is more complex. Reasonable people differ vehemently about whether composers would compose songs or performers perform or record them absent the incentives supplied by the current copyright system. We have little empirical data to test theories seeking to explain why musicians make music”, LITMAN, *Sharing and Stealing*, cit.,28.

⁸²¹ Molti musicisti mettono a disposizione loro brani gratuitamente *on line*, anche solo a fini di promozione. Per quanto riguarda la letteratura si può citare ad esempio l'iniziativa del sito internet Amazon, che concede la sua piattaforma di distribuzione di libri in formato elettronico ad autori che producano da sé le proprie opere, ossia senza l'intermediazione di un editore, garantendo loro una quota di diritti su ogni singolo esemplare venduto maggiore rispetto a quella percepita normalmente da uno scrittore che pubblichi un libro tramite una casa editrice.

Più complicata risulterebbe la situazione per quanto riguarda le opere cinematografiche, però, che richiedono il lavoro di organizzazioni complesse e comportano maggiori costi di produzione rispetto alle opere musicali⁸²².

Un secondo effetto positivo sarebbe dato dalla maggiore libertà di ricerca scientifica e tecnologica⁸²³, nonché dalla possibilità di sfruttare appieno, ed alla luce del sole, delle potenzialità delle reti di *peer-to-peer* e delle altre tecnologie già esistenti.

Per quanto riguarda gli intermediari oggi esistenti nella catena che porta l'opera dell'intelletto dal creatore al consumatore, queste figure verosimilmente subirebbero degli svantaggi. Le case editrici e di produzione discografica dovrebbero competere, forse ancor più di oggi, con il nuovo sistema di distribuzione delle opere, e avrebbero ridotta la loro capacità di controllo sul mercato dell'intrattenimento⁸²⁴. Otterrebbero, però, parte dei ricavi ottenuti

⁸²² Il *focus* principale delle proposte per la creazione di uno schema di compensazione alternativa, in effetti, è centrato sulle opere musicali. In particolare Lessig e Litman limitano la loro proposta alla musica.

⁸²³ Oggi chi progetta nuovi protocolli di comunicazione dati, o nuovi dispositivi elettronici per la riproduzione o esecuzione di file, o si occupa di crittografia digitale deve anche preoccuparsi di non incorrere in cause legali per favoreggiamento della violazione di diritti d'autore, o per violazione delle normative che vietano la diffusione di strumenti di elusione di protezioni tecnologiche: "it is more than just a cat-and-mouse game because this cycle has a much greater effect on technological innovation and thus on society as a whole. The recording industry's legal pursuit of P2P file-sharing systems has created a disincentive to produce new systems for data storage and retrieval, communication, and encryption", K. MCDANIEL, *Accounting for taste: an analysis of tax-and-reward alternative compensation scheme*, 9 *Tul. J. Tech. & Intell. Prop.* 235, 251 (2007).

⁸²⁴ Ciò può essere un bene o un male a seconda di come si veda il ruolo di questi soggetti, che oggi operano in una situazione di oligopolio. Secondo alcuni si tratta di soggetti che abusano del loro potere per ottenere profitti elevati e per influenzare il processo legislativo in modo da mantenere lo status quo, rallentando in questo modo l'evoluzione del mercato e la creazione di nuovi modelli commerciali, così come inibendo l'ingresso di nuovi attori nel mercato. La diminuzione del loro potere, dunque, sarebbe un fatto positivo. Cfr. H. H. PERRITT, JR., *New Architectures for Music: Law Should Get Out of the Way*, 29 *Hastings Comm. & Ent. L.J.* 259, 278 e ss. (2007). Secondo altri commentatori questi intermediari sono utili alla individuazione ed alla promozione di nuovi talenti. Ad esempio, gli album musicali di molti nuovi artisti sono prodotti in perdita, e finanziati grazie ai ricavi ottenuti dalle vendite delle opere più famose. Senza il lavoro delle case discografiche molti giovani artisti non potrebbero produrre la loro musica e distribuirla al grande pubblico. Cfr. MCDANIEL, *Accounting for taste: an analysis of tax-and-reward alternative compensation scheme*, cit., 278 e ss.

Entrambi i punti di vista presentano argomentazioni ragionevoli, e d'altra parte uno non esclude necessariamente l'altro. In altre parole, è vero che le etichette discografiche svolgono

tramite la raccolta delle *levy*, fatto che andrebbe a compensare le perdite eventualmente subite.

Risulterebbe maggiore, forse, il danno subito dai venditori al dettaglio, che rimarrebbero esclusi dai compensi. Già oggi, però, questi soggetti sono in affanno, e non certo a causa del solo *file sharing* non autorizzato⁸²⁵.

Ad ogni modo l'evoluzione tecnologica, determinando il superamento di alcuni modelli produttivi o commerciali, talvolta danneggia i soggetti che erano professionalmente dediti ad attività basate sui vecchi modelli, anche fino ad espellerli dal mercato. Spesso ciò avviene indipendentemente dall'intervento della legge a regolamentazione della tecnologia, o a volte anche contro l'intervento della legge. Il fatto che alcuni soggetti sarebbero danneggiati economicamente dalla implementazione di schemi di compensazione alternativa, dunque, non costituisce di per sé un impedimento all'adozione di questi modelli.

Nel complesso, comunque, la società riceverebbe degli indubbi benefici dalla liberalizzazione del *file sharing*, quantomeno in termini di diffusione e disponibilità di opere: difficilmente i cataloghi, infatti, possono competere con l'ampiezza dell'offerta presente sulle reti *peer-to-peer*.

I vantaggi prospettati sono vari ed allettanti. Gli schemi di compensazione alternativa, però, non sono immuni da aspetti negativi, come per altro già evidenziato dagli autori medesimi delle proposte⁸²⁶. Richiedono, pertanto, un attento scrutinio.

attività di promozione di artisti emergenti, aiutandone alcuni ad arrivare al successo, come è vero che agiscono attivamente in difesa dei propri interessi, ad esempio per mantenere la posizione dominante acquisita, e ciò non sempre coincide con l'interesse generale.

⁸²⁵ Basti pensare ai negozi di dischi ed alle librerie, che subiscono in misura sempre maggiore la concorrenza di negozi *on line* che offrono a prezzi ridotti musica e libri sia in formato digitale che mediante la vendita del supporto fisico.

⁸²⁶ "My proposed Noncommercial Use Levy, I hasten to add, is not a panacea", NETANEL, *Impose a Noncommercial Use Levy to Allow Free Peer-to-Peer File Sharing*, cit., 6; "The devil will be in the details, and focusing on the details allows us to figure out which ones are most important", LITMAN, *Sharing and Stealing*, cit., 40.

Un primo argomento contro l'adozione di questi schemi, avanzato da Robert Merges, è che l'imposizione di una licenza obbligatoria laddove non sia necessario, ossia in assenza di una situazione di fallimento di mercato, crei inefficienze economiche⁸²⁷. Secondo il prof. Merges⁸²⁸ il mercato per le opere digitalizzate non soffre di queste problematiche, anzi lo sviluppo di internet ha determinato la diminuzione dei costi di transazione, che, ove elevati, rappresentano la giustificazione tradizionale per la creazione di licenze obbligatorie⁸²⁹. In simili condizioni, in cui il mercato delle opere *on line* è in piena espansione, una licenza obbligatoria così estesa per l'uso di opere via internet sarebbe sconsigliabile⁸³⁰. Una licenza obbligatoria, infatti, è meno flessibile e più suscettibile a manipolazioni politiche, secondo Merges, rispetto a transazioni operate liberamente sul mercato. Ogni eventuale beneficio offerto nel breve periodo da un meccanismo alternativo di compensazione, dunque, sarebbe largamente sorpassato dai costi delle inefficienze generate a lungo andare⁸³¹. Ci sarebbero, in altre parole, degli indubbi benefici immediati per gli utenti, ma a detrimento della futura vitalità del mercato della proprietà intellettuale⁸³². Sarebbero due, in particolare, i difetti dei meccanismi di licenza obbligatoria: l'eccessiva complessità e l'inefficienza⁸³³ nonché l'effetto di

⁸²⁷ MERGES, *Compulsory Licensing vs. the Three "Golden Oldies": Property Rights, Contracts, and Markets*, cit., 4 e ss.

⁸²⁸ Anche altri commentatori avanzano argomentazioni convergenti con quanto sostenuto da Merges. Vedi, ad esempio: "Before beginning a discussion on alternative compensation systems, we must ascertain if they are even needed. As the saying goes: if it ain't broke, don't fix it", MCDANIEL, *Accounting for taste: an analysis of tax-and-reward alternative compensation scheme*, cit., 237.

⁸²⁹ MERGES, *Compulsory Licensing vs. the Three "Golden Oldies": Property Rights, Contracts, and Markets*, cit., 1.

⁸³⁰ MERGES, *Compulsory Licensing vs. the Three "Golden Oldies"*, cit., 2.

⁸³¹ MERGES, *Compulsory Licensing vs. the Three "Golden Oldies"*, cit., 4.

⁸³² "This instantaneous "market making" of the compulsory licensing process would no doubt be a boon to users in the short term. ... But the instant market making of a compulsory license will be detrimental to long-run intellectual property markets", MERGES, *Compulsory Licensing vs. the Three "Golden Oldies"*, cit., 5.

⁸³³ Le inefficienze, in particolare, sarebbero generate dalla burocratizzazione del sistema dei prezzi, che in uno schema di licenza legale vengono fissati da una autorità amministrativa, e dal rischio di manipolazione del sistema da parte di gruppi di interesse capaci di influenzare le autorità statali. MERGES, *Compulsory Licensing vs. the Three "Golden Oldies"*, cit., 7 e ss.

intrappolamento (*lock-in*) del legislatore, a sua volta causa di inefficienze dinamiche. Una licenza stabilita per legge, infatti, può diventare obsoleta rispetto al mercato in tempi relativamente brevi, mentre il processo legislativo necessario a riformarla è necessariamente lungo⁸³⁴.

Secondo Merges, nelle attuali condizioni, in cui tra l'altro non c'è unanimità di vedute circa l'assetto ideale da cui configurare i diritti di esclusiva⁸³⁵, è consigliabile mantenere lo *status quo* legale e lasciare che la soluzione emerga dal mercato⁸³⁶.

Stabilire chi abbia ragione relativamente alla maggiore o minore efficienza economica di una riforma del diritto d'autore improntata all'introduzione di un meccanismo di compensazione alternativo rispetto alla normativa oggi esistente non è compito che sia possibile esaurire in questa trattazione. Ciò che qui interessa è riassumere la complessità dei punti di vista inerenti il problema e cercare di offrire alcune osservazioni che possano essere di una qualche utilità nell'individuazione di una soluzione.

Il *file sharing* liberalizzato si affiancherebbe alla vendita degli esemplari delle opere tramite i tradizionali canali commerciali, rimpiazzandone in parte il valore.

Gli schemi per una compensazione alternativa, per funzionare in modo equo, richiedono un meccanismo che permetta di calcolare in maniera sufficientemente precisa le quote dei ricavi ottenuti di spettanza ai singoli aventi diritto.

Una ripartizione su base statistica calcolata in rapporto alle vendite commerciali o ad altri parametri simili, quali il numero di passaggi delle opere per i canali radiotelevisivi, condurrebbe a conseguenze indesiderabili. In questo modo, infatti, si finirebbe per perpetuare la prevalenza sul mercato dei soggetti

⁸³⁴ MERGES, *Compulsory Licensing vs. the Three "Golden Oldies"*, cit., 9.

⁸³⁵ MERGES, *Compulsory Licensing vs. the Three "Golden Oldies"*, cit., 5.

⁸³⁶ "The best course here is to stick with the Golden Oldies—property rights, contracts, and markets", MERGES, *Compulsory Licensing vs. the Three "Golden Oldies"*, cit., 12.

già oggi in posizione dominante che, senza neppure dover modificare le proprie strategie commerciali, ricevirebbero delle entrate aggiuntive che assumerebbero la forma di una rendita economica. Questo problema, tra l'altro, è anche uno dei principali difetti degli attuali schemi di compensazione per copia privata⁸³⁷.

I fautori delle proposte per una compensazione alternativa suggeriscono di ancorare la determinazione delle singole quote di spettanza a parametri diversi, quali il numero di *download*⁸³⁸ effettuati o il grado di effettiva utilizzazione delle singole opere.

Il primo criterio si poggia su un parametro relativamente facile da misurare, in quanto basterebbe registrare la quantità di volte in cui un'opera viene scaricata dalla rete in un certo periodo, e poi suddividere tra i vari aventi diritto i ricavi ottenuti dall'imposizione della *levy* in maniera proporzionale al dato registrato. Questo criterio da adito, però, ad una distorsione nel sistema. Gli utenti delle reti *peer-to-peer*, infatti, pagando il servizio su base forfetaria, sarebbero incentivati a scaricare più materiale di quanto realmente ne facciano uso. Così facendo, attribuirebbero una compensazione ad opere per le quali non sarebbero stati disposti a pagare nel mercato tradizionale⁸³⁹. Ciò rischia di

⁸³⁷ “Se prendiamo a modello i meccanismi di ripartizione del cosiddetto equo compenso per copia privata, ovvero la nota *blank levy* su cd o le cassette vergini e oggi su memory stick, lettori mp3 ed altro, la ripartizione a cura delle società di collecting (SIAE e altre) avviene sulla base del fonomeccanico pagato, ovvero dei diritti d'autore versati dalle aziende per la produzione di cd musicali o oggi comunque di brani musicali per i quali hanno richiesto le licenze. Con tale parametro, l'unico in grado di giungere ad un sensibile grado di affidabilità tenendo conto del provento indistinto che giunge alle società di collecting dagli utilizzatori, le aziende che producono più cd musicali ovvero dispongono di una maggiore market share sul mercato delle vendite di dischi, ottengono anche le maggiori quote di copia privata, così come gli autori più venduti ottengono la quota parte più elevata nella propria ripartizione”, E. MAZZA, *La flat sul P2P? Irreale e sbagliata*, 2007, disponibile all'URL: «<http://punto-informatico.it/2104112/PI/Commenti/flat-sul-p2p-irreale-sbagliata.aspx>» (ultimo accesso effettuato in data 26 luglio 2011).

⁸³⁸ Per *download* si intende la procedura di salvataggio di un'opera dalla rete alla memoria di un computer, che comporta la riproduzione dell'opera stessa.

⁸³⁹ Un possibile correttivo di questo problema può essere rappresentato da un sistema di pagamento proporzionale alla quantità di materiale scaricato.

creare fenomeni di sovracompensazione⁸⁴⁰, verosimilmente a vantaggio degli artisti più famosi. Questo, inoltre, creerebbe un incentivo a concentrarsi sulla produzione di opere dal maggior impatto mediatico a discapito di quelle di maggior valore artistico⁸⁴¹. Una distorsione simile, a ben vedere, è però già esistente nell'attuale mercato dell'intrattenimento multimediale, nel quale poche affermate stelle raccolgono una percentuale schiacciante dei guadagni totali del settore, indipendentemente dal maggiore o minore valore artistico intrinseco alle loro opere. Tale valore, inoltre, è una caratteristica che si presta a valutazioni eminentemente soggettive ed è quindi difficile da quantificare.

Il secondo criterio, che prevede la misurazione degli usi realizzati dagli utenti, richiede l'elaborazione di un sistema in grado di rilevare i dati necessari. Un sistema del genere dovrebbe essere implementato facendo uso di tecnologie di tracciamento incorporate nei file e, probabilmente, negli apparecchi di esecuzione (computer, lettori multimediali, etc.). Queste tecnologie avrebbero, probabilmente, un grado di complessità ed invasività simile a quello dei DRM più avanzati⁸⁴². Ciò renderebbe notevolmente costoso e complicato estendere la monitoraggio degli usi a tutti gli utenti. Per ridurre i costi e le difficoltà pratiche i professori Netanel e Fisher propongono l'adozione di un meccanismo di rilevazione a campione. È, però, difficile stimare quale sia la giusta ampiezza del campione da analizzare: più il campione è ridotto, minore sarà l'accuratezza dei risultati⁸⁴³; l'adozione di un campione vasto permetterebbe una rilevazione più realistica, ma aumenterebbe i costi

⁸⁴⁰ MCDANIEL, *Accounting for taste: an analysis of tax-and-reward alternative compensation scheme*, cit., 263 e ss. .

⁸⁴¹ MCDANIEL, *Accounting for taste: an analysis of tax-and-reward alternative compensation scheme*, cit., 267.

⁸⁴² Ciò solleverebbe anche preoccupazioni relative alla privacy degli utenti monitorati, anche se, in questo caso, il controllo sarebbe effettuato da enti, si suppone, indipendenti e la raccolta dei dati non avrebbe scopi commerciali.

⁸⁴³ Se il campione comprende una fascia troppo piccola di utenti, aumentano le probabilità che gruppi minoritari di utenti, dediti alla fruizione di tipologie di opere cosiddette "di nicchia" e poco note al grande pubblico, siano esclusi dal campione o comunque sottorappresentati. Ciò creerebbe sottocompensazione per queste tipologie di opere.

complessivi del sistema⁸⁴⁴. Inoltre anche una ripartizione fondata sulla misurazione degli usi potrebbe dare adito a qualche distorsione⁸⁴⁵. A differenza di un regime basato sul mercato, in cui i consumatori possono esprimere la propria preferenza per un prodotto acquistandolo o meno⁸⁴⁶, negli schemi di compensazione alternativa non è possibile ricorrere a questo metro per la misurazione della domanda, ed è conseguentemente più difficile valutare il valore attribuito ad un dato bene dai consumatori⁸⁴⁷.

Un'altra questione, coinvolgente entrambi i criteri, riguarda la possibilità che vengano adottate strategie per truccare le rilevazioni, falsando così i dati sui quali dovrebbero essere calcolate le quote di ripartizione⁸⁴⁸. La prevenzione di queste strategie richiederebbe l'adozione di ulteriori accorgimenti⁸⁴⁹.

Si dovrebbe, infine, creare un organismo ad hoc per la raccolta dei fondi ottenuti dalla applicazione del prelievo, oppure investire di tale funzione un organismo già esistente. La preferenza degli autori delle proposte sopra indicate va ad un organo amministrativo indipendente, quale potrebbe essere, negli Stati

⁸⁴⁴ Secondo un Autore, un sistema di misurazione a campione come quello proposto da Netanel e Fisher avrebbe bisogno, per funzionare correttamente, di un campione molto più ampio di quello correntemente impiegato nelle rilevazioni degli ascolti televisivi statunitensi. Ciò farebbe lievitare le spese in maniera significativa e inciderebbe sulla valutazione costi-benefici complessiva degli schemi di compensazione alternativa proposti. T. Z. ZARSKY, *Assessing Alternative Compensation Models for Online Content Consumption*, 84 *Denv. U.L. Rev.* 645, 679 e ss. (2006).

⁸⁴⁵ Il fatto che una canzone sia ascoltata molte volte non implica che le sia attribuito un valore maggiore di un'altra, ascoltata più raramente. La prima, ad esempio, potrebbe semplicemente fungere da colonna sonora durante l'esecuzione di lavori ripetitivi. MCDANIEL, *Accounting for taste: an analysis of tax-and-reward alternative compensation scheme*, cit., 272 e ss.

⁸⁴⁶ Un consumatore acquisterà un prodotto se valuterà il prezzo di mercato quantomeno equivalente al suo interesse per quel prodotto.

⁸⁴⁷ "The point of all this is that in a world where music is a market good, it is easy to determine consumers' revealed presence. If a consumer buys an album at the market price then she values it at least that much; if the consumer does not purchase the album, she values it less than the market price. But all tax-and-reward schemes necessarily transform music from a market good into a nonmarket good", MCDANIEL, *Accounting for taste: an analysis of tax-and-reward alternative compensation scheme*, cit., 299.

⁸⁴⁸ Ad esempio un numero significativo di computer potrebbe essere programmato per scaricare o riprodurre in continuazione un dato file.

⁸⁴⁹ Sia Netanel che Fisher riconoscono l'esistenza di questo problema, ma si dicono fiduciosi circa la possibilità di risolverlo soddisfacentemente: NETANEL, *Impose a Noncommercial Use Levy to Allow Free Peer-to-Peer File Sharing*, cit., 56; FISHER, *Promises to Keep: Technology, Law, and the Future of Entertainment*, cit., 26-27.

Uniti, il *Copyright Office*. In Europa, probabilmente, questo compito sarebbe demandato agli enti di gestione collettiva dei diritti d'autore che già oggi svolgono la funzione di organismi collettori dei compensi per copia privata e di altri proventi determinati dal diritto d'autore. Ciò non farebbe che aumentarne l'influenza e l'importanza, suscitando possibili timori legati alla loro posizione dominante sul mercato e preoccupazioni relative alla trasparenza della gestione di un flusso così ingente di denaro⁸⁵⁰.

Vi è anche un'altra questione da analizzare: la transnazionalità delle reti di *peer-to-peer*. Internet mette in comunicazione utenti in tutte le parti del mondo, quindi se solo alcuni stati decidessero di liberalizzare il *file-sharing*, imponendo una *levy* per finanziare il compenso dei titolari di diritti d'autore, sorgerebbero due ordini di questioni. La prima è che artisti stranieri potrebbero beneficiare dei compensi raccolti in uno stato, mentre gli artisti interni non godrebbero di analogo beneficio all'estero⁸⁵¹. La seconda è che utenti stranieri potrebbero usufruire delle opere messe a disposizione grazie allo schema alternativo di compensazione, senza pagare la relativa *levy*⁸⁵². Si tratta di problemi che richiederebbero una soluzione a livello internazionale⁸⁵³.

Un argomento assai rilevante da affrontare, nella discussione relativa alla creazione di schemi di compensazione alternativa che permettano la

⁸⁵⁰ A parziale giustificazione della fondatezza di questi timori, si possono indicare le vicende relative all'IMAIE, che hanno condotto all'estinzione dell'ente nel 2009 per decisione del Prefetto di Roma ed alla fondazione del nuovo IMAIE. Tra le cause della estinzione vi sarebbe la gestione non trasparente dei compensi percepiti a titolo di equo compenso, che spesso non sarebbero stati distribuiti agli aventi diritto. Per un breve resoconto della vicenda ed un commento critico vedi: G. SCORZA, *L'estinzione dell'IMAIE: una lezione di cui far tesoro*, *Punto Informatico*, 2009, disponibile all'URL: «<http://punto-informatico.it/2619281/PI/Commenti/estinzione-dell-imaie-una-lezione-cui-far-tesoro.aspx>» (ultimo accesso effettuato in data 28 luglio 2011).

⁸⁵¹ Rimarrebbero comunque intatti, a loro favore, i diritti normalmente spettanti in base alle legislazioni straniere sul diritto d'autore.

⁸⁵² Essi rimarrebbero, per converso, esposti alle azioni legali eventualmente previste per la violazione di copyright nel loro paese d'origine.

⁸⁵³ D'altronde, l'adozione di uno schema alternativo di compensazione transnazionale solleverebbe ulteriori rilevanti difficoltà. Basti pensare al problema di trovare soluzioni legislative comuni, di fissare modelli di compensazione equi relativamente alla ripartizione delle quote tra artisti nazionali ed esteri, etc. .

liberalizzazione del *file-sharing* non autorizzato di opere tutelate dal diritto d'autore, è la conformità di tali schemi con il diritto internazionale ed in particolare con le obbligazioni assunte dagli Stati firmatari alle Convenzioni di Berna e Roma, all'accordo TRIPs, nonché al WCT ed al WPPT.

Se, infatti, fosse provata la non conformità degli schemi di compensazione alternativa a questi trattati, la loro implementazione dovrebbe necessariamente essere preceduta da una modifica dei trattati stessi⁸⁵⁴, operazione assai difficile.

Il prof. Netanel si dice fiducioso sul fatto che la sua proposta sia conforme al diritto internazionale. In particolare essa rientrerebbe nell'ambito delle eccezioni permesse dall'articolo 13 TRIPs⁸⁵⁵, essendo diretta a regolare esclusivamente usi non commerciali e ponendo fine al problema dell'impossibilità di assicurare l'*enforcement* dei diritti nelle reti *peer-to-peer*⁸⁵⁶.

Il prof. Fisher riconosce che l'adozione della sua ipotesi di schema richiederebbe la modifica della Convenzione di Berna e dell'accordo TRIPs⁸⁵⁷. Il prof. Litman, al contrario, ritiene che la sua proposta, che prevede l'adesione dei titolari di copyright al sistema alternativo su base volontaria, avrebbe buone probabilità di essere giudicata conforme alle disposizioni della Convenzione di Berna e dei trattati WIPO⁸⁵⁸.

Tutte le ipotesi esaminate, comunque, prevedono una compressione delle facoltà esclusive di riproduzione e di comunicazione al pubblico riconosciute dai trattati internazionali richiamati⁸⁵⁹.

⁸⁵⁴ L'unica alternativa sarebbe la denuncia ed il conseguente recesso dai trattati per lo Stato che volesse comunque procedere all'adozione di uno schema alternativo. Ma si tratta di una opzione non realistica.

⁸⁵⁵ Ossia dal celebre *three-step-test*.

⁸⁵⁶ NETANEL, *Impose a Noncommercial Use Levy to Allow Free Peer-to-Peer File Sharing*, cit., 63 (nota 199).

⁸⁵⁷ FISHER, *Promises to Keep: Technology, Law, and the Future of Entertainment*, cit., 43-44.

⁸⁵⁸ LITMAN, *Sharing and Stealing*, cit., 46.

⁸⁵⁹ Vedi: artt. 9, 11, 11bis, 11ter Convenzione di Berna; artt. 7, 10, 13 Convenzione di Roma; art. 9, 14 TRIPs; 1(4), 8 WCT; 7, 10, 11, 14 WPPT. Di particolare interesse è la dichiarazione concordata relativa all'art. 1(4) WCT che estende espressamente il diritto di riproduzione all'ambito digitale: "Agreed statement concerning Article 1(4): The reproduction right, as set out in Article 9 of the Berne Convention, and the exceptions permitted thereunder, fully apply in the digital environment, in particular to the use of works in digital form. It is understood

È necessario cercare di capire se le ipotesi di compensazione alternativa per le attività di *file-sharing* non autorizzate siano conformi alla norma, indicata come *three-step test*, che regola, nel diritto internazionale, le eccezioni alle facoltà esclusive tutelate dal diritto d'autore⁸⁶⁰. Questa norma, riguardo alle eccezioni o limitazioni al diritto d'autore, prevede che esse: siano circoscritte a certi casi specifici; non confliggano col normale sfruttamento dell'opera; non producano un irragionevole danno agli interessi dell'autore.

Per quanto riguarda il primo punto del test si può argomentare che un'eccezione riguardante esclusivamente usi non commerciali su reti internet, pur apparendo significativamente estesa, rientri nella definizione di caso specifico⁸⁶¹. Un'indicazione al riguardo può essere tratta dalla eccezione per copia privata introdotta dall'articolo 5(b)(2) della direttiva 2001/29/CE, anch'essa riguardante usi non commerciali, la cui conformità con i trattati internazionali non è contestata.

Più spinosa la questione relativa al secondo punto, ossia l'eventuale conflitto col normale sfruttamento dell'opera. Ad oggi, il normale uso commerciale delle opere che sarebbero coinvolte nelle ipotesi di compensazione alternativa è prevalentemente dato dalla vendita di supporti fisici che contengono le opere e dalla vendita *on line* di file che riproducono le medesime in formato digitale. Verosimilmente un *file-sharing* liberalizzato concorrerebbe direttamente⁸⁶² con la

that the storage of a protected work in digital form in an electronic medium constitutes a reproduction within the meaning of Article 9 of the Berne Convention”.

⁸⁶⁰ Si riporta, a titolo d'esempio della norma sul *test*, l'art. 13 TRIPs: “Members shall confine limitations or exceptions to exclusive rights to certain special cases which do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the right holder”

⁸⁶¹ PEUKERT, *A Bipolar Copyright System for the Digital Network Environment*, cit., 21

⁸⁶² I rappresentanti dei titolari di diritti d'autore asseriscono da tempo, inoltre, che il *file-sharing* danneggia le vendite di supporti fisici: se ciò fosse dimostrato allora confliggerebbe anche con questa modalità, più tradizionale, di sfruttamento delle opere. Affermazioni simili erano state fatte, a suo tempo, nei confronti della copia privata, che si diceva operasse una concorrenza alla vendita di supporti preregistrati. Ciò non ha impedito l'adozione di una eccezione per copia privata.

seconda modalità di sfruttamento⁸⁶³. Ciò potrebbe indurre a non ritenere superato il *test* per modelli di compensazione alternativa basati su una licenza obbligatoria, che prevedano, cioè, la disponibilità coattiva delle opere sulle reti di *file-sharing*. Diversamente, per quei modelli basati su un'adesione volontaria dei titolari di diritti d'autore, sarebbero questi ultimi a scegliere se far circolare liberamente le proprie opere su internet determinandone eventualmente la concorrenza con i servizi di vendita commerciale⁸⁶⁴. Un eventuale conflitto con il normale sfruttamento delle opere sarebbe autorizzato dal titolare dei diritti sulle opere stesse, rendendo il meccanismo compatibile col secondo “gradino” del *test*⁸⁶⁵.

Infine, si può ragionevolmente argomentare che un sistema di compensazione alternativa non arrechi pregiudizio irragionevole agli interessi del *copyright holder* per una serie di motivi. Innanzitutto l'eccezione andrebbe a beneficio della collettività⁸⁶⁶ in quanto permetterebbe un'ampia diffusione di contenuti e consentirebbe di risolvere i problemi derivanti dalla difficoltà di tutela dei diritti d'autore sulle reti *peer-to-peer*⁸⁶⁷. Soprattutto, il pregiudizio arrecato ai titolari dei diritti sarebbe ridotto dalla previsione di un compenso, rendendolo così “non irragionevole”⁸⁶⁸.

⁸⁶³ I servizi di vendita on line di opere in formato multimediale, in realtà, offrono un servizio migliore per molti aspetti rispetto alle reti di *peer-to-peer*. Garantiscono, ad esempio, la genuinità e la qualità della copia digitale, l'assenza di virus informatici, e possono fornire servizi aggiuntivi al cliente. Le reti *peer-to-peer*, inoltre, possono essere utilizzate per il reperimento di opere fuori catalogo per le quali non opererebbero in concorrenza con i servizi commerciali.

⁸⁶⁴ Litman, ad esempio, vede con favore la possibilità di questa concorrenza: sarebbe così possibile verificare l'effettiva superiorità del modello commerciale rispetto al modello basato sulla condivisione, o viceversa. LITMAN, *Sharing and Stealing*, cit, 45.

⁸⁶⁵ Per essere sicuri della conformità del sistema, forse, sarebbe opportuno garantire anche la possibilità di recedere da esso, riacquistando il pieno controllo delle opere.

⁸⁶⁶ Questo permetterebbe di bilanciare un eventuale pregiudizio per gli interessi dei titolari di diritti con un beneficio per l'interesse comune, rendendo meno irragionevole il danno arrecato ai primi.

⁸⁶⁷ Basti pensare, ad esempio, ai costi dovuti alla identificazione ed alla persecuzione degli utenti che commettono violazione di diritti d'autore, nonché ai costi derivanti dalle cause legali contro gli sviluppatori di servizi di *peer-to-peer* e contro gli ISP.

⁸⁶⁸ Questa conclusione manterrebbe la propria validità sia nella ipotesi di una adesione obbligatoria al sistema, sia nella ipotesi di una adesione volontaria.

Un punto da verificare è quello relativo alla necessità di formalità per poter beneficiare del diritto a compenso nella vigenza del nuovo schema. Un sistema che prevedesse l'esenzione da responsabilità per violazione del diritto d'autore in favore degli utenti di reti di *file-sharing*, ma subordinasse il diritto al compenso, o la facoltà di esclusione dal sistema, a formalità a carico del titolare dei diritti⁸⁶⁹, probabilmente confliggerebbe con il dettato dell'articolo 5(2) della Convenzione di Berna, che assicura l'esercizio ed il godimento dei diritti d'autore garantiti dalla legge in assenza di formalità⁸⁷⁰.

Un'ulteriore questione da analizzare è l'interazione di un eventuale schema di compensazione alternativa con l'uso di misure tecniche di protezione e di DRM. Le opere in formato digitale rese disponibili alla condivisione dovrebbero essere prive di DRM che limitino le facoltà concesse agli utenti, per evitare il ripetersi di inconvenienti simili a quelli cui assistiamo oggi in tema di copia privata⁸⁷¹. Potrebbe questa esigenza confliggere con le obbligazioni previste dal WCT e dal WPPT in tema di tutela legale delle misure tecniche di protezione? La risposta è probabilmente negativa, in quanto gli articoli 11 WCT e 18 WPPT obbligano ad assicurare rimedi contro l'elusione di misure tecniche di protezione impiegate per restringere utilizzazioni di opere protette non autorizzate dal titolare dei diritti o permesse dalla legge. Nelle previsioni di uno schema di compensazione alternativa, l'uso libero delle opere ai fini di *file-sharing* sarebbe autorizzato dal legittimo titolare, nel caso di ipotesi di adesione

⁸⁶⁹ Ad esempio, un sistema che richiedesse la registrazione delle opere per beneficiare dei compensi o una dichiarazione espressa da parte del titolare dei diritti per ritirare la disponibilità dell'opera alla condivisione.

⁸⁷⁰ "The enjoyment and the exercise of these rights shall not be subject to any formality; such enjoyment and such exercise shall be independent of the existence of protection in the country of origin of the work. Consequently, apart from the provisions of this Convention, the extent of protection, as well as the means of redress afforded to the author to protect his rights, shall be governed exclusively by the laws of the country where protection is claimed", art. 5(2), *Berne Convention*.

⁸⁷¹ Anche nei paesi in cui esiste una eccezione per le riproduzioni ad uso privato, con conseguente riconoscimento di un compenso in favore dei titolari dei diritti d'autore, questi ultimi sono autorizzati a far uso di misure tecnologiche che inibiscono all'utente la possibilità di riprodurre l'opera. Questo fatto genera numerosi problemi ed incongruenze, come evidenziato *supra* nel paragrafo 2.3 .

volontaria allo schema, o in ogni caso permesso dalla legge. Rimarrebbe inalterata, comunque, l'odierna tutela legale predisposta a favore degli esemplari venduti sul mercato tradizionale. In caso di adozione di un modello che preveda l'adesione volontaria dei titolari dei diritti, inoltre, bisognerebbe predisporre chiaramente che chi renda indisponibili le proprie opere alla condivisione ed eventualmente decida di proteggerle mediante DRM, sia escluso dalla ripartizione dei proventi derivanti dallo schema di compensazione alternativa⁸⁷².

Tirando le somme, si dovrebbe poter argomentare la conformità col diritto d'autore a livello internazionale di uno schema di compensazione alternativa basato sull'adesione volontaria dei titolari dei diritti e dotato di alcuni accorgimenti⁸⁷³.

L'adozione di un modello così congegnato, però, creerebbe nuove difficoltà e lascerebbe irrisolti vecchi problemi.

Innanzitutto la creazione ed il mantenimento di due modelli di copyright, uno tradizionale basato sullo sfruttamento commerciale delle opere ed uno alternativo fondato sulla condivisione non a scopo di lucro, richiederebbe l'elaborazione di una duplice infrastruttura, legale ed amministrativa, per la loro gestione⁸⁷⁴. Si dovrebbe prevedere un registro separato per le opere disponibili alla condivisione, e si dovrebbe escogitare un identificativo univoco per distinguere le due categorie di opere in formato digitale⁸⁷⁵. Si dovrebbe individuare un meccanismo efficiente ed equo per la determinazione della

⁸⁷² Non fa ben sperare, in proposito, la soluzione applicata in alcuni Stati europei, tra i quali l'Italia, relativamente alla copia privata, per cui non c'è garanzia, allo stato attuale, che un titolare di diritti d'autore su un'opera che ne distribuisca esemplari dotati di MTP anti copia non partecipi alla ripartizione dei fondi raccolti a titolo di equo compenso.

⁸⁷³ PEUKERT, *A Bipolar Copyright System for the Digital Network Environment*, cit., 54 e ss. .

⁸⁷⁴ Per semplificare le cose, comunque, la gestione dei compensi generati dal sistema alternativo potrebbe essere affidata alle *collecting societies* cui già oggi vengono demandati simili incarichi. Ciò, tuttavia, rafforzerebbe tali enti, già oggi in posizione dominante sul mercato.

⁸⁷⁵ Litman, ad esempio, propone l'adozione di una estensione unica per i file non disponibili alla condivisione; LITMAN, *Sharing and Stealing*, cit, 46.

entità dei compensi e per la loro ripartizione⁸⁷⁶. Bisognerebbe evitare, infine, che la normativa sul nuovo sistema ne distorca l'applicazione, piegandolo ad interessi di parte⁸⁷⁷.

L'adozione di una *levy* per finanziare il sistema di compensazione alternativa, poi, riproporrebbe tutte le problematiche tipiche delle norme sull'equo compenso per copia privata. Sarebbero sottoposti a prelievo, infatti, beni e servizi solo parzialmente impiegati per il *file-sharing*⁸⁷⁸. In particolare verrebbe ad essere "tassata" la connessione ad internet, che rappresenta un bene fondamentale per la vita moderna.

Soprattutto, non verrebbero risolti i problemi legati alle iniziative legali nei confronti degli utenti di *file-sharing* non autorizzato: in un sistema che lasciasse ai titolari dei diritti d'autore la scelta se rendere disponibili le proprie opere alla condivisione o meno, sarebbe elevata la probabilità che molti artisti famosi decidano di escludere i propri lavori dal sistema. Altrettanto probabilmente continuerebbe anche lo scambio illecito delle loro opere. Ciò comporterebbe la prosecuzione degli attuali aggressivi metodi di tutela del diritto d'autore su internet, fondati su cause intentate nei confronti dei singoli responsabili delle violazioni, su azioni legali nei confronti dei *service provider* e dei siti internet accusati di favorire gli illeciti e su procedure per la disconnessione forzata delle utenze internet coinvolte in attività di *file-sharing* non autorizzato.

⁸⁷⁶ Bisognerebbe, in altre parole, sottrarre questa determinazione all'eccessiva influenza di azioni di *lobbying*, che potrebbero piegarla ad interessi di parte e a detrimento del benessere collettivo. Un compito non da poco.

⁸⁷⁷ Il prof. Litman esprime con lucidità i rischi inerenti a questa eventualità: "Such a bill is less likely to resemble the proposals advanced by Netanel, Fisher, Lunney, Ku, Gervais, or Lessig, however, than it is to be designed to maintain the current recording and music industry distributors in their market dominant position. Most importantly, it is less likely to incorporate a privilege for consumer-to-consumer dissemination than it is to include measures designed to prevent it. If we are willing to give up consumer-to-consumer dissemination in return for the instant gratification of licensed direct downloads, the recording industry is probably willing to sell us copy-protected files replicating much of the music it makes available in stores", Litman, *Sharing and Stealing*, cit, 39.

⁸⁷⁸ Ciò solleverebbe obiezioni in tema di *cross-subsidization*: alcuni utenti finanzierebbero le attività di *file-sharing* di altri. Secondo Netanel, tuttavia, questi timori sarebbero sovrastimati: NETANEL, *Impose a Noncommercial Use Levy to Allow Free Peer-to-Peer File Sharing*, cit, 68.

Si perderebbe, quindi, uno dei principali vantaggi derivanti dall'adozione di un meccanismo di compensazione per la condivisione di opere protette su internet: la legalizzazione di questa attività.

3.3 Considerazioni finali

In alternativa all'imposizione di una *levy* è stata delineata un'altra proposta: la creazione di una licenza forfetaria volontaria. Promotrice di questa idea si è fatta la *Electronic Frontier Foundation*, per individuare una soluzione al problema del *file-sharing* non autorizzato che non contempli cause legali contro i singoli utenti di reti *peer-to-peer*⁸⁷⁹. L'industria musicale nel suo complesso dovrebbe istituire una *collecting society* incaricata di offrire una licenza forfetaria, ad un costo contenuto, agli utenti di servizi di *file-sharing*, che sarebbero così autorizzati a continuare le loro attività di condivisione *on line* senza rischiare sanzioni legali⁸⁸⁰.

I ricavi verrebbero ripartiti tra artisti e titolari dei diritti sulla base della popolarità relativa delle opere⁸⁸¹.

Questa soluzione permetterebbe di mantenere l'intervento regolatore dello Stato al minimo, visto che non ci sarebbe bisogno di modifiche alle leggi ed il prezzo della licenza sarebbe stabilito dalla *collecting society* in base alle richieste del mercato. Inoltre la liberalizzazione del *file-sharing* aprirebbe la strada agli investimenti nel settore dei servizi di *peer-to-peer*, portando maggiore ricerca ed innovazione. Gli artisti verrebbero compensati per lo scambio delle loro opere

⁸⁷⁹ ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION, *A Better Way Forward: Voluntary Collective Licensing of Music File Sharing*, (2004), disponibile all'URL: «<https://www.eff.org/pages/better-way-forward-voluntary-collective-licensing-music-file-sharing>» (ultimo accesso effettuato in data 26 luglio 2011).

⁸⁸⁰ Il modello da seguire sarebbero le licenze collettive volontarie utilizzate per le trasmissioni radiofoniche. EFF, *A Better Way Forward*, cit., 1-2.

⁸⁸¹ I metodi per misurare questa popolarità sono molto simili a quelli proposti da Netanel e Fisher per i loro schemi di compensazione alternativa: un misto di monitoraggio delle attività di *file-sharing* e di rilevazione statistica a campione. EFF, *A Better Way Forward*, cit., 3.

e potrebbero profittare di un nuovo canale di distribuzione⁸⁸². Per assicurare equità al sistema bisognerebbe introdurre controlli antitrust nei confronti della *collecting society* e garantire la trasparenza dei meccanismi di ripartizione dei ricavi delle licenze⁸⁸³.

Una soluzione simile è stata proposta, in Italia, dal centro studi NEXA. Un gruppo di studiosi in seno a questo centro⁸⁸⁴ ha indicato nelle licenze collettive estese⁸⁸⁵ la via utile a liberalizzare il *file-sharing*, sostenendo la conformità di tale soluzione col diritto europeo e la capacità di questa peculiare forma di licenza di garantire un equo bilanciamento degli interessi in causa⁸⁸⁶.

Il vero problema delle licenze volontarie è ottenere il consenso alla loro adozione da parte dei titolari dei diritti⁸⁸⁷. Ad oggi, infatti, queste proposte non

⁸⁸² EFF, *A Better Way Forward*, cit., 3. Gli artisti manterrebbero comunque libertà di scelta se aderire alla licenza o meno.

⁸⁸³ EFF, *A Better Way Forward*, cit., 4.

⁸⁸⁴ M. CIURCINA, J. C. DE MARTIN, T. MARGONI, F. MORANDO, M. RICOLFI, *Creatività remunerata, conoscenza liberata: file sharing e licenze collettive estese*, 2009, disponibile all'URL: «<http://nexa.polito.it/licenze/collettive>» (ultimo accesso effettuato in data 26 luglio 2011).

⁸⁸⁵ Secondo lo schema delle licenze collettive estese, un ente sufficientemente rappresentativo dei titolari di diritti d'autore negozia i termini per la concessione di una licenza con associazioni dei potenziali licenziatari. Successivamente la licenza così elaborata è estesa in forza di legge a tutti i titolari di diritti d'autore. Questi ultimi conservano, però, la facoltà di ottenere che la licenza non sia applicata alle loro opere.

⁸⁸⁶ CIURCINA, DE MARTIN, MARGONI, MORANDO, RICOLFI, *Creatività remunerata, conoscenza liberata: file sharing e licenze collettive estese*, cit., 5 e ss. Tale posizione è stata riproposta recentemente, in risposta ad una consultazione pubblica della AGCOM, che aveva chiesto opinioni circa la possibilità di impiegare licenze collettive estese per attribuire efficacia generale ad accordi volontari tra enti rappresentativi dei titolari dei diritti, dei provider e degli utenti, in relazione alle modalità di gestione dei diritti relativi agli utilizzi non commerciali di opere protette *on line*. Cfr. *Allegato B alla Delibera n 668/10/CONS del 17 dicembre 2010*, 18, disponibile all'URL:

«http://www.agcom.it/default.aspx?DocID=5415&Search=delibere_2010_n%C2%B0668/10» (ultimo accesso effettuato in data 26 luglio 2011). Secondo gli studiosi del centro, eventuali accordi collettivi dovrebbero coinvolgere i soli rappresentanti dei titolari dei diritti e dei consumatori, lasciando agli ISP eventualmente il solo ruolo di collettori delle tariffe delle licenze. Cfr. J. C. DE MARTIN, M. RICOLFI, C. BLENGINO, A. COGO, *Risposta del Centro NEXA alla consultazione AGCOM sul diritto d'autore*, 2011, 24, disponibile all'URL: «<http://nexa.polito.it/risposta-consultazioneAGCOM-dirittodautore>» (ultimo accesso effettuato in data 26 luglio 2011). I risultati della consultazione, raccolti dalla AGCOM, sono disponibili all'URL: «<http://www.agcom.it/default.aspx?DocID=6693>» (ultimo accesso effettuato in data 26 luglio 2011).

⁸⁸⁷ La Electronic Frontier Foundation, in previsione di questo problema, suggerisce l'intervento dello Stato, che dovrebbe imporre una licenza obbligatoria forzando la mano alle associazioni rappresentative dei titolari di diritti d'autore. Questa soluzione non è ritenuta auspicabile dalla

sembrano aver riscosso il favore da parte dei soggetti rappresentanti il settore⁸⁸⁸.

Per concludere, sono numerosi gli ostacoli che si frappongono alla realizzazione di modalità alternative di compensazione per il *file-sharing*, per cui si può dubitare che una proposta tra quelle sopra illustrate, o un'altra simile, vedrà un giorno la luce. È, inoltre, difficile prevedere con esattezza i benefici ed i costi futuri derivanti dalla eventuale adozione di uno di questi schemi, tanto più che il mercato digitale per le opere protette è in costante evoluzione, sia nei settori commerciali⁸⁸⁹ che nei settori non commerciali⁸⁹⁰.

In un simile frangente, impegnare il tempo e le risorse necessarie ad addivenire all'implementazione di un sistema di compensazione alternativa che lascia adito a così tanti dubbi, appare un esercizio dispendioso e forse controproducente. Si corre seriamente il rischio di ottenere un meccanismo che non risolva tutti i problemi per cui è stato ipotizzato, e che anzi crei ulteriori difficoltà la cui soluzione non sarebbe semplice.

In aperta contrapposizione alle norme oggi vigenti, non sono mancate proposte per l'istituzione di un privilegio a favore degli usi non commerciali di materiali protetti da diritto d'autore⁸⁹¹, ossia per una completa liberalizzazione

organizzazione stessa, che la indica come *extrema ratio*. ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION, *A Better Way Forward*, cit., 4.

⁸⁸⁸ Vedi, in proposito, l'opinione di ENZO MAZZA, presidente della FIMI (Federazione dell'industria musicale italiana): Mazza, *La flat sul P2P? Irreale e sbagliata*, cit. Mazza avanza alcune critiche plausibili all'ipotesi di licenze forfetarie o di *levies* da applicare al *peer-to-peer*. Questi sistemi avrebbero il difetto di perpetuare le posizioni dominanti nel mercato tradizionale, in quanto i proventi ottenuti verrebbero ripartiti secondo criteri che favorirebbero i soggetti che realizzano un maggior numero di vendite, a detrimento delle produzioni di nicchia.

⁸⁸⁹ Si pensi ai nuovi servizi di accesso alla musica via internet, come, ad esempio, Spotify (<http://www.spotify.com/int/>), che permette l'ascolto di musica on line ed eventualmente l'acquisto di brani in formato digitale. Si tratta di un servizio, al momento, non accessibile dall'Italia.

⁸⁹⁰ Si possono citare, a titolo di esempio, le licenze *Creative Commons*, che permettono di distribuire un'opera lasciando liberi alcuni utilizzi, tra i quali la facoltà di successiva redistribuzione a fini non commerciali.

⁸⁹¹ Ad esempio Henry Perrit suggerisce una estensione dell'ambito di applicazione del *fair use* allo scambio, senza scopi di lucro, di opere protette tra privati consumatori, sia tramite internet sia mediante lo scambio di un supporto fisico. PERRITT, *New Architectures for Music: Law Should*

di tali utilizzi, se effettuati da utenti privati non a scopo di lucro, senza la previsione di alcuna forma di corrispettivo. In pratica, secondo queste proposte, si dovrebbero semplicemente legalizzare il *file-sharing* non autorizzato.

Una soluzione simile scioglierebbe con un unico colpo di spada tutti i nodi relativi alle questioni della copia privata e della condivisione su internet, a scopi non commerciali, di opere dell'intelletto tutelate da diritto d'autore. Avrebbe anche, all'apparenza, il pregio della semplicità: pochi tratti di penna del legislatore sarebbero sufficienti a realizzare una riforma del diritto d'autore basata sulla liberalizzazione di tali utilizzi. In teoria.

In realtà, una siffatta riforma difficilmente potrebbe superare gli scalini posti dal *three-step test* e di conseguenza si porrebbe in contrasto col diritto internazionale⁸⁹².

Per quanto suggestive siano queste ipotesi, almeno per coloro che non ritengono il *file-sharing* non autorizzato essenziale per i destini della creazione intellettuale e dell'industria dell'audiovisivo, le possibilità che esse si realizzino appaiono assai scarse.

Potrebbe essere più saggio mantenere lo *status quo* giuridico, aspettando con fiducia, si spera non mal riposta, che la tecnologia ed il mercato presentino una soluzione migliore al problema.

Nel frattempo, però, sarebbe forse opportuno ricercare una soluzione transitoria che metta i consumatori privati al riparo da sanzioni per le attività

Get Out of the Way, cit., 259. Vedi anche J. S. WELSH, *Pay what you like – No, really: Why copyright law should make digital music free for noncommercial uses*, 58 *Emory L.J.* 1495 (2009).

⁸⁹² H. Perrit, in effetti, suggerisce una estensione della norma sul *fair use* tramite una elaborazione giurisprudenziale ispirata e guidata dall'innovazione del mercato e dei comportamenti dei consumatori, piuttosto che mediante una riforma legislativa: "it probably is a safer political risk to entrust evolution of the Fair Use Doctrine to the market and to the courts rather than to put in motion a legislative process that is highly likely to be captured by the well organized established music intermediaries. It will produce better results to rely on the entrepreneurial instincts of musicians and designers of new forms of Internet-based intermediation and on the resourcefulness of consumers than erecting new legal schemes that will certainly get in the way", PERRITT, *New Architectures for Music: Law Should Get Out of the Way*, cit., 358. Una applicazione del *fair use* che rendesse legali le attività di scambio di opere protette, pur se limitate ad utenti privati ed a fini non commerciali, potrebbe comunque rivelarsi incompatibile con il *three-step test*.

non autorizzate di condivisione di opere protette. Seppur questi comportamenti costituiscano una violazione del diritto d'autore, le strategie oggi perseguite per contenerne la diffusione producono più danni di quanti ne prevengano. Per avere una qualche efficacia, infatti, richiedono una grave intrusione nella sfera della privacy degli utenti e per esercitare una maggior deterrenza arrivano a prospettare sanzioni draconiane, anche a carattere penale. Ciononostante queste strategie non sono riuscite a far cessare le condotte perseguite, né a ridurle in maniera significativa. Si è, inoltre, innescata una sorta di gara tra gatto e topo per la creazione di nuove tecnologie di elusione dei controlli, a fronte dello sviluppo di nuove tecnologie di tracciamento⁸⁹³.

Anziché esacerbare lo stato della contesa tra titolari di diritti d'autore o diritti connessi e utenti privati dediti allo scambio non autorizzato di opere protette ponendo sanzioni sempre più severe nei confronti di questi ultimi e talvolta elaborando sistemi di controllo più invasivi per rendere effettive le sanzioni, come nel caso della Francia⁸⁹⁴, gli Stati potrebbero assumere un atteggiamento meno interventista nei confronti delle attività di *file-sharing* prive di scopo di lucro, limitandosi eventualmente alla previsione di modeste sanzioni amministrative.

La condivisione non autorizzata di file tutelati dal diritto d'autore rimarrebbe illegale, ma si eviterebbero ai singoli utenti privati colti in violazione dei diritti i gravi inconvenienti in cui possono incorrere oggi. L'assenza di

⁸⁹³ Esistono, ormai, numerosi servizi che promettono, dietro il pagamento di un modesto canone mensile, una navigazione anonima per evitare agli utenti di essere identificati dalle agenzie assoldate dai rappresentanti delle industrie discografiche e cinematografiche per monitorare lo scambio di opere protette su reti *peer-to-peer*. Oltre a ciò, si assiste ad un aumento dell'utilizzo di servizi di *streaming* o di download diretto per la fruizione non autorizzata di opere.

⁸⁹⁴ Secondo dati recentemente diffusi dalla *Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet*, l'autorità indipendente francese incaricata, fra gli altri compiti, di tutelare i diritti d'autore sulle reti internet, in sei mesi di attività sono state contestate 18,3 milioni di infrazioni a mezzo *peer-to-peer*, con 900mila indirizzi IP verificati e 470mila email notificanti una infrazione inviate ad utenti. Cfr. C. TAMBURRINO, *HADOPI, 18 milioni di infrazioni*, *Punto Informatico*, 14 luglio 2011, disponibile all'URL: «<http://punto-informatico.it/3215681/PI/News/hadopi-18-milioni-infrazioni.aspx>» (ultimo accesso effettuato in data 18 agosto 2011).

sanzioni severe, inoltre, potrebbe disincentivare le campagne intraprese dai titolari dei diritti volte all'individuazione ed alla persecuzione delle violazioni. Allo stesso tempo lo stigma di illegalità, depurato da eccessi che possono far insorgere dubbi circa la parzialità delle sanzioni, potrebbe contribuire a sensibilizzare gli utenti alle ragioni dei titolari dei diritti in modo migliore di quanto non accada oggi.

Il dibattito odierno è, infatti, inquinato dall'acuta contrapposizione tra i titolari di diritti d'autore e gli utenti privati delle reti *peer-to-peer*, che spesso, però, sono anche acquirenti di copie legali di opere dell'intelletto. Messa da parte questa contrapposizione, sarebbe forse più facile fare chiarezza sulla natura del fenomeno del file-sharing e sul reale effetto prodotto sulle opere protette da diritto d'autore.

Gli autori ed i produttori di opere, i distributori tradizionali ed altri eventuali intermediari, inoltre, potrebbero finalmente concentrarsi sulla creazione e sullo sviluppo di nuovi mercati, ampliando l'offerta legale di contenuti espressivi.

La proposta di servizi, a prezzi ragionevoli e di qualità superiore a quella delle reti "clandestine" di *file-sharing*, è probabilmente la migliore strategia a disposizione dell'industria dell'intrattenimento per riguadagnare quote di mercato, trasformando un sempre maggior numero di "pirati" in affezionati clienti.

Riferimenti bibliografici

- ALVANINI S., *Compenso, finalmente equo*, nota a sentenza 21 ottobre 2010, Corte di Giustizia dell'Unione Europea, causa c-467/08, in *Dir. Ind.*, 2011, 89
- ALVANINI S. *Misure tecnologiche di protezione e copia privata*, nota a sentenza Trib. Milano, 1 luglio 2009, *Dir. Ind.*, 2009, 586
- ALVANINI S., Florida G., *Equo compenso per copia privata: di male in peggio*, *Dir. Ind.*, 2010, 5
- ABRIANI N., COTTINO G., RICOLFI M., *Diritto industriale*, Padova, 2001
- AQUILANTI P., *L'iter parlamentare della legge n. 93 del 1992*, *Annali it. dir. autore*, 1992, 141
- ASCARELLI T., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali: istituzioni d diritto industriale*, Milano, 1960
- AUTIERI P., *La riforma del diritto d'autore*, *Dir. Ind.*, 2003, 205
- BONELLI G., *Diritto di riproduzione, misure tecniche di protezione e copia privata*, *Dir. Ind.*, 2010, 183
- BONELLI G., *Le nuove norme a tutela del diritto d'autore: un primo commento alla legge n. 248/2000*, *Dir. Ind.*, 2000, 391
- BERTANI M., *La Novella del 2000 della legge d'autore*, *Corriere Giur.*, 2001, 255
- BERTANI M., *Diritto d'autore ed uso personale non "sanzionabile"*, *Annali it. dir. autore*, 2000, 349
- CABRERA BLAZQUEZ, F. J., *Digital Rights Management systems (DRMs): recent developments in Europe*, 17 *Media L. & Pol'y* 2 (2007)
- CALABRESI G., MELAMED D., *Property rules, liability rules and inalienability: one view of the cathedral*, 85 *Harvard Law Review*, 1089 (1972), disponibile anche all'URL: « <http://www.jstor.org/stable/1340059> » (ultimo accesso effettuato in data 2 marzo 2011)
- CARLISLE C. C., *The Audio Home Recording Act of 1992*, 1 *J. Intell. Prop. L.* 335, (1994)

CASO R., *Digital Rights Management*, Trento, 2006, disponibile all'URL: «<http://www.jus.unitn.it/users/caso/pubblicazioni/drm/homeDRM.asp?cod=roberto.caso>»

CHRISTIE A. F., DAVIDSON J., ROTSTEIN F., *Canada's Private Copying Levy - Does it Comply With Canada's International Treaty Obligations?*, *Intellectual Property Journal*, Vol. 20, No. 1, 111-134, 2006, disponibile all'URL: «<http://ssrn.com/abstract=980845>» (ultimo accesso effettuato in data 3 febbraio 2011).

CIURCINA M., DE MARTIN J. C., MARGONI T., MORANDO F., RICOLFI M., *Creatività remunerata, conoscenza liberata: file sharing e licenze collettive estese*, 2009, disponibile all'URL: «<http://nexa.polito.it/licenzecollettive>» (ultimo accesso effettuato in data 26 luglio 2011)

CONNOLLY M., KRUEGER A.B., *Rockonomics: the economics of pop music*, Princeton University, 2005, disponibile all'URL: «<http://www.irs.princeton.edu/pubs/pdfs/499.pdf>» (ultimo accesso effettuato in data 21 giugno)

COOTER R., MATTEI U., MONATERI P. G., PARDOLESI R., ULEN T., *Il mercato delle regole- Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 2006

COLLOVÀ T., *Analisi comparativa della disciplina legislativa e contrattuale riguardante la riproduzione per uso personale (copia privata) nei paesi europei*, *Dir. autore*, 1993, 1

COLLOVÀ T., *Prime note sull'art. 3 della legge 5 Febbraio 1992 n.93 in materia di diritti per le registrazioni senza scopo di lucro*, *Dir autore*, 1992, 455

COLLOVÀ T., *Sulla evoluzione della disciplina legislativa e contrattuale riguardante la riproduzione per uso personale (copia privata) nella Repubblica Federale di Germania*, *Dir autore*, 1992, 217

CORNISH W. R., *Intellectual property: patents, copyright, trade marks and allied rights*, London, IV ed., 1999

DAVIES G., *Copyright and the Public Interest*, London, 2002

- DE ANGELIS D., *Le licenze collettive estese e la condivisione di opere dell'ingegno sulle reti peer-to-peer*, *Dir autore*, 2009, 408
- DE BEER J., *Locks & Levies*, 84 *Denver Univ. L. R.* 143, 2006
- DE BEER J., *Copyrights, Federalism, and the Constitutionality of Canada's Private Copying Levy*, (2006) 51 *McGill L.J.* 735
- DE BEER J., *The role of levies in Canada's digital music market*, 4 *Canadian J. L. & Tech.* 153, (2005)
- DE MARTIN J. C., RICOLFI M., BLENGINO C., COGO A., *Risposta del Centro NEXA alla consultazione AGCOM sul diritto d'autore*, 2011, disponibile all'URL: <http://nexa.polito.it/risposta-consultazioneAGCOM-dirittoautore> (ultimo accesso effettuato in data 26 luglio 2011)
- DE SANCTIS V., *Autore (diritto di)*, *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1959
- DE SANCTIS V. M., *La copia privata nel d.lgs. 68/2003. Prime valutazioni*, *Dir autore*, 2004, 115
- DI FABIO P., *La nuova normativa sul diritto d'autore e la riproduzione per uso personale dell'opera dell'ingegno*, *Giust. civ.*, 2003, X, 411
- DUFFT N. ed altri, INDICARE, *Digital Video Usage and DRM, Results from a European Consumer Survey*, Berlino, (2006), disponibili all'URL: <http://www.indicare.org/tiki-page.php?pageName=Downloads>, (ultimo accesso effettuato in data 15 giugno 2011)
- DUFFT N. ed altri, INDICARE, *Digital Audio Usage and DRM, Results from a European Consumer Survey*, Berlino (2005), disponibili all'URL: <http://www.indicare.org/tiki-page.php?pageName=Downloads>, (ultimo accesso effettuato in data 15 giugno 2011)
- FABIANI M., *L'attuazione della direttiva CE sul diritto d'autore nella società dell'informazione - Una analisi Comparativa*, *Dir autore*, 2003, 331.
- FISHER W., *Promises to Keep: Technology, Law, and the Future of Entertainment*, Stanford, 2004, disponibile anche all'URL

«<http://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/PTKChapter6.pdf>» (ultimo accesso effettuato in data 3 maggio 2011)

FISHER W., *Reconstructing the fair use doctrine*, 101 *Harv. L. Rev.* 1661, (1988); *Digital music: problems and possibilities*, 2000, disponibile all'URL: «<http://www.law.harvard.edu/faculty/tfisher/Music.html> » (ultimo accesso effettuato in data 2 marzo 2011)

FISHER W., PALFREY, ED ALTRI, *iTunes: How Copyright, Contract, and Technology Shape the Business of Digital Media, A Case Study*, Berkman Center Publication Series (2004), 67 e ss., disponibile all'URL: «http://cyber.law.harvard.edu/publications/2004/iTunes_whitepaper» (ultimo accesso effettuato un data 13 maggio 2011)

FKIARAS E., *The failures and promises of Canada's alternative compensation system for private reproduction of copyrighted recordings*, 2 *Schidler J. L. Com. & Tech.* 16 (2006).

FRAGOLA A., *Comparazione franco-italiana tra videogrammi e videocassette*, *Diri autore*, 1987, 23

GALEAZZI G., *Recenti interventi di armonizzazione del diritto d'autore*, *Nuove leggi civ.*, 2003, 827

GALEAZZI G., *Il diritto d'autore tra nuove e vecchie formulazioni?*, *Nuove leggi civ.*, 2000, 1218

GALLETTI D., *Le utilizzazioni libere: copia privata*, *Annali it. dir. autore*, 2002, 146

GRECO P., VERCELLONE P., *I diritti sulle opere dell'ingegno*, in *Trattato di dir. civ. it.* diretto da Vassalli, III, Torino, 1974

GROENINGS K., *Costs and Benefits of the Recording Industry's Litigation Against Individuals*, 20 *Berkeley Tech. L.J.* 571 (2005)

GUIBAULT L., *The reprography levies across the European Union*, Institute for Information Law, Amsterdam, 2003, disponibile all'URL: «<http://www.ivir.nl/publications/guibault/introconcl.htm> » (ultimo accesso effettuato in data 2 marzo 2011)

GUIBAULT L., HUGENHOLTZ B., VAN GEFFEN S., *The future of levies in a digital environment: final report*, Institute for Information Law, Amsterdam, 2003, disponibile all'URL: « <http://www.ivir.nl/publications/other/DRM&levies-report.pdf> » (ultimo accesso effettuato in data 2 marzo 2011)

GUIBAULT L., RIEBER-MOHN T., WESTKAMP G., ED ALTRI, *Study on the implementation and effect in member States' law of directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society*, Institute for Information Law, Amsterdam, 2007, disponibile all'URL: « http://www.ivir.nl/publications/guibault/Infosoc_report_2007.pdf » (ultimo accesso effettuato in data 2 marzo 2011)

HAGEN G. R., ENGFELD N., *Canadian Copyright Reform: P2P Sharing, Making Available and the Three-Step Test*, 3 UOLTJ 477, (2006).

HELBERGER N., HUGENHOLTZ B., *No place like home for making a copy: private copying in European copyright law and consumer law*, 22 *Berkeley Tech L. J.* 1061, (2007)

HUGENHOLTZ B., *Why the Copyright Directive is unimportant, and possibly invalid*, 11 *European Int. Property. R.* 501, (2000), disponibile all'URL: « <http://www.ivir.nl/publications/hugenholtz/opinion-EIPR.html> » (ultimo accesso effettuato in data 2 marzo 2011)

IZZO U., *Alle origini del copyright e del diritto d'autore*, Roma, 2010

KOELMAN K. J., *Fixing the three-step test*, *European Intellectual Property Review*, 2006, VIII, 407

KOELMAN K. J., *Copyright Law & Economics in the Copyright Directive: Is the Droit d'Auteur Passe?*, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, VII, 2004, 603

KOELMAN K. J., *The levitation of copyright: an economic view of digital home Copying, levies and DRM*, 2004, disponibile all'URL: « http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=682163 » (ultimo accesso effettuato in data 2 marzo 2011)

KU R. S. R., *The Creative Destruction of Copyright: Napster and the New Economics of Digital Technology*, 69 U. Chi. L. Rev. 263 (2002)

KUR A., SCHOVSBO J., *Expropriation or Fair Game for All? The Gradual Dismantling of the IP Exclusivity Paradigm*, Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper n° 09-14 , 2009, 6, disponibile all'URL:«http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1508330», (ultimo accesso effettuato in data 6 aprile 2011)

LANDES W., POSNER R., *The Political Economy of Intellectual Property Law*, Washington, 2004, 15, disponibile all'URL:«http://www.aei.org/docLib/20040608_Landes.pdf» (ultimo accesso effettuato in data 3 maggio 2011)

LANDES W., POSNER R., *The Economic Structure of Intellectual Property*, Cambridge (Massachusetts), 2003

LESSIG L., *Cultura Libera*, Milano, 2005, disponibile anche all'URL: «<http://www.apogeeonline.com/libri/88-503-2250-x/scheda> » (ultimo accesso effettuato in data 15 aprile 2010)

LEMLEY M. A., MENELL P. S., MERGES R. P., *Intellectual Property in the New Technological Age*, III ed., New York, 2003

LIEBOWITZ S., *Will MP3 downloads Annihilate the Record Industry? The Evidence so Far*, University of Texas at Dallas, 2003, disponibile all'URL: «http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=414162» (ultimo accesso effettuato in data 26 giugno 2011)

LITMAN J., *Sharing and Stealing*, 27 *Hastings Comm. & Ent. L.J.* 1 (2004)

LUCCHI N., *Intellectual Property Rights in Digital Media: A Comparative Analysis of Legal Protection, Technological Measures, and New Business Models under EU and U.S. Law*, 53 *Buffalo L. Rev.* 1111(2005)

LUNNEY G. S., *The death of copyright: digital technology, private copying, and the Digital Millennium Copyright Act*, 87 *Va. L. Rev.* 813, (2001)

- LUTZKER G. S., *DAT's all folks: Cabn v. Sony and the Audio Home Recording Act of 1991 – merrie melodies or looney toons?*, 11 *Cardozo Arts & Ent LJ* 145 (1991)
- MARASÀ G., *Natura e funzioni dell'IMAIE*, *Annali it. dir. autore*, 1992, 13
- MARCHETTI P., UBERTAZZI L. C., *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Padova, 2007
- MARGONI T., *Il three-step test nel diritto d'autore: tra necessità di bilanciamento e mancanza di ragionevolezza*, *Dir. informazione e informatica*, 2009, 164
- MARI G., *Un'importante pronuncia in tema di competenza territoriale in materia di copia privata e forse qualcosa di più*, nota a Trib. di Milano, 24 aprile 2008, in *Dir. autore*, 2008, 555
- MARZANO P., *Diritto d'autore e digital technologies*, Milano, 2005
- MAZZA E., *La flat sul P2P? Irreale e sbagliata*, 2007, disponibile all'URL: «<http://punto-informatico.it/2104112/PI/Commenti/flat-sul-p2p-irreale-sbagliata.aspx>» (ultimo accesso effettuato in data 26 luglio 2011)
- MAZZIOTTI G., *Ma quel compenso non è equo*, *Lavoce.info*, 2010, disponibile all'URL: «<http://www.lavoce.info/articoli/pagina1001780.html>» (ultimo accesso effettuato in data 3 luglio 2011)
- MCDANIEL K., *Accounting for taste: an analysis of tax-and-reward alternative compensation scheme*, 9 *Tul. J. Tech. & Intell. Prop.* 235 (2007)
- MERGES R. P., *Compulsory Licensing vs. the Three "Golden Oldies": Property Rights, Contracts, and Markets*, *Cato Policy Analysis* N° 508, 2004, disponibile all'URL: «<http://www.cato.org/pubs/pas/pa-508es.html>» (ultimo accesso effettuato in data 20 luglio 2011)
- MORRETTA G., *Copia privata e diritto al compenso*, nota a App. Milano 29 dicembre 1998, in *Dir ind.*, 1999, 195
- MELVILLE A., *Note: the future of the Audio Home Recording Act of 1992: has it survived the millennium bug?*, 7 *B. U. J. Sci. & Tech. L.* 372, (2001)
- MENOZZI L., *Diritto d'autore, proprietà industriale, proprietà intellettuale*, *Dir autore*, 2009, 68

- NETANEL N. W., *Impose a noncommercial use levy to allow free peer-to-peer file sharing*, *Harv. J. L. & Tech.* 2, (2003)
- NIELANDER T., TOMLINSON E., *A comparative analysis of audio home-recording royalty laws in the United States and abroad*, 20 *Miss. C. L. Rev.* 5 (1999)
- NIMMER M. B., *Copyright liability for audio home recording: dispelling the betamax myth*, 68 *Va. L. Rev.* 1505 (1982)
- NIUTTA A., *Una quota del prezzo di vendita dei supporti (nastri) per la registrazione video e audio quale compenso per la riproduzione privata per uso personale*, *Giur. comm.*, 1993, I, 607
- NIVARRA L., *L'equo compenso degli autori*, *Annali it. dir. autore*, 2005, 114
- PERRITT H. H., Jr., *New Architectures for Music: Law Should Get Out of the Way*, 29 *Hastings Comm. & Ent. L.J.* 259 (2007)
- PEUKERT A., *A Bipolar Copyright System for the Digital Network Environment*, *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*, Vol. 28, n°1 disponibile all'URL: «<http://ssrn.com/abstract=801124> » (ultimo accesso effettuato in data 23 luglio 2011)
- PIERANI M., BULFON M., *Continuavano a chiamarlo equo compenso*, *Consumatori, diritti e mercato*, 2010, I, 23, disponibile anche all'URL:«<http://www.altroconsumo.it/continuavano-a-chiamarlo-equo-compenso-s271513.htm>»
- PIOLA CASELLI E., *Codice del diritto di autore: commentario alla nuova legge 22 aprile 1941, n. 633*; Torino, 1943
- PIOLA CASELLI E., *Trattato del diritto di autore e del contratto di edizione*, Torino, 1927
- PIOLA CASELLI E., *Del diritto di autore secondo la legge italiana comparata con le leggi straniere: trattato*, Torino, 1907
- POLICELLA E. O., *Le principali novità in materia di diritto d'autore introdotte dal d.lgs. N. 68/2003*, *Dir. ind.*, 2003, 372

REINBOTHE J., *Private copying, levies and DRMs against the background of the EU copyright framework*, DRM Levies Conference, 8th September 2003, disponibile all'URL [«http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/documents/2003-speech-reinbothe_en.htm»](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/documents/2003-speech-reinbothe_en.htm) (ultimo accesso effettuato in data 2 marzo 2011)

REYES R. E., JR, *Can the Common Law Adequately Justify a Home Taping Royalty Using Economic Efficiency Alone?*, 16 N.Y.L. Sch. J. Int'l & Comp. L. 235, (1996)

RICOLFI M., *Copia privata e diritti di produttori e artisti*, *Annali it. dir. autore*, 1992, 59

RICOLFI M., SPADA P. (a cura di), *Diritto industriale, proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino, 2009

ROSENBERG S. S., *Note: anticipatine technology: a statute bites the dust in Recording Industry Ass'n of America v. Diamond Multimedia System, Inc.*, 45 *Vill. L. Rev.* 483, (2000)

SAG M., *Twelve Year-Olds, Grandmothers, and Other Good Targets for the Recording Industry's File Sharing Litigation*, *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, Vol. 4, No. 2, 133 (2006).

SARTI D., *Copia privata e diritto d'autore*, *Annali it. dir. autore*, 1992, 33

SCORZA G., *Equo compenso a norma UE*, *Il Punto Informatico*, 2010, disponibile all'URL: [«http://punto-informatico.it/3025513/PI/Commenti/equo-compenso-norma-ue.aspx»](http://punto-informatico.it/3025513/PI/Commenti/equo-compenso-norma-ue.aspx) (ultimo accesso effettuato in data 21 luglio 2011)

SCORZA G., *L'estinzione dell'IMAIE: una lezione di cui far tesoro*, *Punto Informatico*, 2009, disponibile all'URL: [«http://punto-informatico.it/2619281/PI/Commenti/estinzione-dell-imaie-una-lezione-cui-far-tesoro.aspx»](http://punto-informatico.it/2619281/PI/Commenti/estinzione-dell-imaie-una-lezione-cui-far-tesoro.aspx) (ultimo accesso effettuato in data 28 luglio 2011)

SPADA P., *Copia privata ed opere sotto chiave*, *Riv. Dir. ind.*, 2002, VI, 591

SPEDICATO G., *Le misure tecnologiche di protezione del diritto d'autore nella normativa italiana e comunitaria*, disponibile all'URL: [«http://www.giorgiospedicato.it/wp-content/uploads/2011/01/download-252-kb.pdf»](http://www.giorgiospedicato.it/wp-content/uploads/2011/01/download-252-kb.pdf); pubblicato anche in BISI S.,

- DI COCCO C. (a cura di), *La gestione e la negoziazione automatica dei diritti sulle opere dell'ingegno digitali: aspetti giuridici e informatici*, Bologna, 2007, 171-244
- SPOLIDORO M.S., *Le eccezioni e le limitazioni*, *Annali it. dir. autore*, 2007, 179
- SPOLIDORO M.S., *Una nuova riforma per il diritto d'autore nella società dell'informazione*, *Corriere giur.*, 2003, 845
- STASIO R. L., *Remuneration for Home Copying: A Controversial Directive Remains Elusive*, 19 *B.C. Int'l & Comp. L. Rev.* 233, (1996)
- STIGLITZ J., *Principi di Microeconomia*, Torino, 2003
- TABATAI F., *Note: a tale of two Countries: Canada's response to the peer-to-peer crisis and what it means for the United States*, 73 *Fordham L. Rev.* 2321 (2005)
- TRAVI A., *I fonogrammi come bene di interesse nazionale*, *Annali it. dir. autore*, 1992, 5
- UBERTAZZI L. C., *Diritto di autore*, *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione commerciale*, Torino, 1987
- VACCÀ C., *Riproduzione per uso personale di opere audio e video*, *Corriere giur.*, 1992, 102
- WELSH J. S., *Pay what you like – No, really: Why copyright law should make digital music free for noncommercial uses*, 58 *Emory L.J.* 1495 (2009)
- WESTKAMP G., *The implementation of directive 2001/29/EC in the member States*, *Queen Mary Intellectual Property Research Institute*, Londra, 2007, disponibile all'URL: « http://www.ivir.nl/publications/guibault/InfoSoc_Study_2007.pdf » (ultimo accesso effettuato in data 2 marzo 2011)
- WINN J., JONDET N., *The Boundaries of Copyright and Trademark/Consumer Protection Law: a new deal for end users? Lessons from a French innovation in the regulation for interoperability*, 51 *Wm and Mary L. Rev.* 547 (2009)
- YU P. K., *P2P and the Future of Private Copying*, *University of Colorado Law Review*, Vol. 76, 2005, 654. Disponibile anche all'URL: «<http://ssrn.com/abstract=578568>» (ultimo accesso effettuato in data 29 giugno 2011)

ZARSKY T. Z., *Assessing Alternative Compensation Models for Online Content Consumption*, 84 *Denv. U.L. Rev.* 645 (2006).

Giurisprudenza

Conseil d'Etat Section du contentieux 17 giugno 2011, disponibile all'URL: « <http://www.legalis.net> »

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, causa c-462/09, sentenza 16 giugno 2011

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, causa c-467/08, sentenza 21 ottobre 2010

Trib. Milano 1 luglio 2009, *Dir. ind.*, 2009, 548, con commento di S. Alvanini

Trib. Roma, 2008, in *Dir autore*, 2009, 331

Trib. Milano 24 aprile 2008, in *Dir. autore*, 2008, 552, con commento di G. Mari

Cour de Cassation (1 re ch. Civ.), 28 fevrier 2006, disponibile all'URL: « <http://www.legalis.net> »

Canada (Canadian Private Copying Collective) v. Canadian Storage Media Alliance, F. C. A. 424, 2004 Fed. C.C.

RIAA v. Diamond Multimedia System Inc., 180 F.3d 1072, (9th Cir. 1999)

App. Milano 29 dicembre 1998, in *Dir. ind.*, 1999, 184, con commento di G. Morretta

Trib. Vicenza 30 settembre 1997, in *Dir. autore*, 1999, 138

Trib. Monza 7 marzo 1997, in *Annali it. Dir. Autore*, 1997, 896

Trib. Milano 19 giugno 1995, in *Dir. autore*, 1995, 454

Trib. Milano ordinanza 2 febbraio 1994, in *Annali it. Dir. Autore*, 1994, 532

Universal City Studios v. Sony Corp., 464 U.S. 417 (1984)

Universal City Studios v. Sony Corp., 659 F.2d 963 (9th Cir. 1981)

Universal City Studios v. Sony Corp., 480 F. Supp. 429 (C.D. Cal. 1979)

Gershwin Publishing Corp. v. Columbia Artists Mgt., Inc., 443 F.2d 1159 (2nd Cir. 1971)

Bundesgerichtshof, 25 maggio, 1964, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 1965, 104

Bundesgerichtshof, 18 maggio 1955, in *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 1955, 492.

Folsom et al. v. Marsh et al., 9 F. Cas. 342 (C. C. D. Mass. 1841)

Articoli dalla stampa

La Repubblica, *Fastweb e Ngi indagati per favoreggiamento di siti pirata*, 13 luglio 2011, disponibile all'URL: «http://www.repubblica.it/cronaca/2011/07/13/news/fastweb_e_ngi_indagati_favoreggiamento_per_siti_pirata-19070528/», ultimo accesso effettuato in data 16 luglio 2011)

Nasi M., *Francia: approvata la legge contro il p2p selvaggio*, *Ilsoftware.it*, 14 maggio 2009, disponibile all'URL: «<http://www.ilsoftware.it/articoli.asp?id=5246>» (ultimo accesso effettuato in data 13 luglio 2011)

Mcbride S., Smith E., *Music Industry to Abandon Mass Suits*, *Wall Street Journal* (19 dicembre 2008), disponibile all'URL: «http://online.wsj.com/article/SB122966038836021137.html?mod=rss_whats_news_technology» (ultimo accesso effettuato in data 13 luglio 2011)

Tamburrino C., *HADOPI, 18 milioni di infrazioni*, *Punto Informatico*, 14 luglio 2011, disponibile all'URL: «<http://punto-informatico.it/3215681/PI/News/hadopi-18-milioni-infrazioni.aspx>» (ultimo accesso effettuato in data 18 agosto 2011)

Tamburrino C., *Francia, equo compenso mitigato*, *Punto Informatico*, 2011, disponibile all'URL: «<http://punto-informatico.it/3198657/PI/News/francia-equo-compenso-mitigato.aspx>» (ultimo accesso effettuato in data 21 luglio 2011);

Vecchio M., *RLAA e i sei allarmi del copyright*, *Punto Informatico*, 8 luglio 2011, disponibile all'URL: «<http://punto-informatico.it/3211118/PI/News/riaa-sei-allarmi-del-copyright.aspx>» (ultimo accesso effettuato in data 13 luglio 2011)

Documenti

AGCOM, *Lineamenti di provvedimento concernente l'esercizio delle competenze dell'Autorità nell'attività di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica, Allegato B alla Delibera n 668/10/CONS del 17 dicembre 2010*, 18, disponibile all'URL:

«http://www.agcom.it/default.aspx?DocID=5415&Search=delibere_2010_n%C2%B0668/10» (ultimo accesso effettuato in data 26 luglio 2011).

ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION, *A Better Way Forward: Voluntary Collective Licensing of Music File Sharing*, (2004), disponibile all'URL: «<https://www.eff.org/pages/better-way-forward-voluntary-collective-licensing-music-file-sharing>» (ultimo accesso effettuato in data 26 luglio 2011).

MAX PLANK INSTITUTE, *A balanced interpretation of the three-step-test in copyright law*, 2009, disponibile in traduzione italiana ne *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2009, I, 159.

OECD report, “*Digital Broadband Content: Music*”, 2005, disponibile all'URL: «<http://www.oecd.org/dataoecd/13/2/34995041.pdf>» (ultimo accesso effettuato in data 21 giugno).

The Trento Lawtech Research Group – Student Paper Series is published since Fall 2010

<http://www.lawtech.jus.unitn.it/index.php/student-paper-series?start=1>

Freely downloadable papers published:

STUDENT PAPER N.7

Evoluzione tecnologica e mutamento del concetto di plagio nella musica =
Technological evolution and change of the notion of plagiarism in music

Trevisa, Andrea (2012) Trento: Università degli Studi di Trento (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series 7)

STUDENT PAPER N.6

Il trasferimento tecnologico università-imprese: profili giuridici ed economici =
University-Enterprises Technological Transfer: legal and economic issues

Siragna, Sara (2011) Trento: Università degli Studi di Trento (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series 6)

STUDENT PAPER N.5

Conciliare la responsabilità medica: il modello "generalista" italiano a confronto col modello "specializzato" francese =
Mediation & Medical Liability: The Italian "General Approach" Compared to the Specialized Model Applied in France

Guerrini, Susanna (2011) Trento: Università degli Studi di Trento (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series 5)

STUDENT PAPER N.4

"Gun Control" e Responsabilità Civile: una comparazione fra Stati Uniti e Italia =
Gun Control and Tort Liability: A Comparison between the U.S. and Italy

Podetti, Massimiliano (2011) Trento: Università degli Studi di Trento. - (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series 4)

265

This paper is published in the

Trento Law and Technology Research Group - Research Paper Series
Electronic copy available at: <http://eprints.biblio.unitn.it/archive/00001931/>

STUDENT PAPER N.3

Smart Foods e Integratori Alimentari: Profili di Regolamentazione e Responsabilità in una comparazione tra Europa e Stati Uniti = Smart Foods and Dietary Supplements: Regulatory and Civil Liability Issues in a Comparison between Europe and United States

Togni, Enrico (2011) Trento: Università degli Studi di Trento - (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series; 3)

STUDENT PAPER N.2

Il ruolo della responsabilità civile nella famiglia: una comparazione tra Italia e Francia = The Role of Tort Law within the Family: A Comparison between Italy and France

Sartor, Marta (2010) Trento: Università degli Studi di Trento - (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series; 2)

STUDENT PAPER N.1

Tecnologie belliche e danno al proprio combattente: il ruolo della responsabilità civile in una comparazione fra il caso statunitense dell'Agent Orange e il caso italiano dell'uranio impoverito = War Technologies and Home Soldiers Injuries: The Role of Tort Law in a Comparison between the American "Agent Orange" and the Italian "Depleted Uranium" Litigations

Rizzetto, Federico (2010) Trento: Università degli Studi di Trento - (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series; 1)