

N. 00823/2015REG.PROV.COLL.

N. 07662/2012 REG.RIC.

N. 07318/2012 REG.RIC.

N. 07371/2012 REG.RIC.

N. 07383/2012 REG.RIC.

N. 07386/2012 REG.RIC.

N. 07508/2012 REG.RIC.

N. 07661/2012 REG.RIC.

N. 07801/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

PARZIALE E NON DEFINITIVA E CONTESTUALE ORDINANZA DI RINVIO PREGIUDIZIALE ALLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

sul ricorso numero di registro generale 7662 del 2012 proposto da **Nokia** Italia s.p.a., in persona del suo legale rappresentante "pro tempore", rappresentato e difeso dagli avvocati Gabriele Cuonzo e Vincenzo Cerulli Irelli, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, Via Dora n.1;

contro

Ministero per i beni e le attività culturali –Mibac, in persona del Ministro “pro tempore”, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma, Via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Società Italiana degli Autori ed Editori (Siae), in persona del suo legale rappresentante “pro tempore”, rappresentata e difesa dagli avvocati Maurizio Mandel, Stefano Astorri e Paolo Picozza, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, viale della Letteratura, 30;
Istituto per la tutela dei diritti degli artisti interpreti esecutori - Imaie in liquidazione; Associazione nazionale industrie cinematografiche audiovisive e multimediali – Anica; Assotelecomunicazioni, Vodafone Omnitel Nv, H3g s.p.a. , n. c. ;
Associazione produttori televisivi - Apt, rappresentata e difesa dall'avv. Mauro Orlandi, con domicilio eletto presso lo studio dello stesso in Roma, Via Spallanzani, 22;

sul ricorso numero di registro generale 7318 del 2012, proposto da Hewlett-Packard Italiana srl, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Clarizia e Maria Francesca Quattrone, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, Via Principessa Clotilde n. 2;

contro

Mibac, come sopra rappresentato e difeso;
Siae, rappresentata e difesa dagli avvocati Maurizio Mandel, Mario Sanino e Paolo Auteri, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, viale della Letteratura, 30;
Istituto per la tutela dei diritti degli artisti interpreti esecutori - Imaie in

liquidazione, Associazione nazionale industrie cinematografiche audiovisive e multimediali – Anica, n. c. ;
Associazione produttori televisivi - Apt, rappresentata e difesa dall'avv. Mauro Orlandi, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, Via Spallanzani, 22;

sul ricorso numero di registro generale 7371 del 2012, proposto da Telecom Italia s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Lattanzi ed Ernesto Stajano, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, Via G. P. Da Palestrina, 47;

contro

Mibac, come sopra rappresentato e difeso;

nei confronti di

Siae, rappresentata e difesa dagli avvocati Maurizio Mandel, Stefano Astorri e Mario Sanino, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, viale della Letteratura, 30;

Vodafone Omnitel Nv e H3g spa a socio unico, Anica e Imaie, in liquidazione, n. c. ;

Apt, come sopra rappr. e dif. ;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:
Assotelecomunicazioni -Asstel, rappresentata e difesa dall'avv. Mario Libertini, con domicilio eletto presso lo studio dello stesso in Roma, Via Boezio, 14;

sul ricorso numero di registro generale 7383 del 2012, proposto da Samsung Electronics Italia spa, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Todaro, Enrico Adriano Raffaelli e Stefano Cassamagnaghi, con domicilio eletto presso lo Studio Rucellai & Raffaelli in Roma, Via dei Due Macelli, 47;

contro

Mibac, come sopra rappr. e dif. ;

nei confronti di

Siae, rappresentata e difesa dagli avvocati Maurizio Mandel, Mario Sanino e Stefano Astorri, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, viale della Letteratura, 30;
Imaie, Anica, Movimento Difesa del Cittadino, Assoutenti, Adiconsum, Cittadinanza Attiva, n. c. ; Apt, come sopra rappresentata e difesa;
Altroconsumo, rappresentata e difesa dagli avvocati Carmelo Giurdanella e Guido Scorza, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, Via dei Barbieri n. 6;

sul ricorso numero di registro generale 7386 del 2012 proposto da Dell spa, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Todaro ed Enrico Adriano Raffaelli, con domicilio eletto presso lo Studio Legale Rucellai & Raffaelli in Roma, Via dei Due Macelli, 47;

contro

Mibac, come sopra rappr. e dif. ;

nei confronti di

Siae, rappresentata e difesa dagli avvocati Maurizio Mandel, Stefano Astorri e Mario Siragusa, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, viale della Letteratura, 30;

Imaie e Anica, n. c. ;

Apt, rappresentata e difesa dall'avv. Mauro Orlandi, con domicilio eletto presso lo stesso in Roma, Via Spallanzani, 22;

sul ricorso numero di registro generale 7508 del 2012 proposto da Fastweb spa, rappresentata e difesa dagli avvocati Luca Tufarelli e Renzo Ristuccia, con domicilio eletto presso il primo in Roma, Via Ennio Quirino Visconti n. 20;

contro

Mibac, come sopra rappr. e dif. ;

nei confronti di

Siae, rappresentata e difesa dagli avvocati Maurizio Mandel, Stefano Astorri e Mario Siragusa, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, viale della Letteratura, 30; Assotelecomunicazioni, Vodafone Omnitel N.V., H3g spa a socio unico, Anica, Imaie, n. c. ;
Apt, come sopra rappr. e dif. ;

sul ricorso numero di registro generale 7661 del 2012 proposto da Sony Mobile Communications Italy s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Gabriele Cuonzo e Vincenzo Cerulli Irelli, con domicilio eletto presso il secondo in Roma, Via Dora n. 1;

contro

Mibac, come sopra rappr. e dif. ;

nei confronti di

Siae, rappresentata e difesa dagli avvocati Maurizio Mandel, Paolo Picozza e Mario Sanino, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, viale della Letteratura, 30;

Imaie in liquidazione, Anica, n. c. ;

Apt, rappresentata e difesa dall'avv. Mauro Orlandi, con domicilio eletto presso lo stesso in Roma, Via Spallanzani, 22;

sul ricorso numero di registro generale 7801 del 2012 proposto da Wind Telecomunicazioni s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Beniamino Caravita Di Toritto, Sara Fiorucci e Roberto Santi, con domicilio eletto presso lo studio legale Caravita Di Toritto & Ass. in Roma, Via di Porta Pinciana, 6;

contro

Mibac, come sopra rappr. e dif. ;

nei confronti di

Siae, rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Sanino, Maurizio Mandel e Paolo Autieri, con domicilio eletto presso il primo in Roma, viale della Letteratura, 30;

Fastweb spa, Telecom Italia spa, n. c. ;

per la riforma

-quanto al ricorso n. 7318 del 2012:

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale (Tar) del Lazio -Roma - Sezione II quater, n. 2158/2012, resa tra le parti, concernente determinazione

compenso per la riproduzione privata di fonogrammi e videogrammi (“equo compenso per copia privata”);

-quanto al ricorso n. 7371 del 2012:

della sentenza del Tar Lazio - Roma -Sezione II quater, n. 2160/2012, resa tra le parti, concernente equo compenso per copia privata;

-quanto al ricorso n. 7383 del 2012:

della sentenza del Tar Lazio – Roma -Sezione II quater, n. 2159/2012, resa tra le parti, concernente equo compenso per copia privata –risarcimento del danno;

-quanto al ricorso n. 7386 del 2012:

della sentenza del Tar Lazio -Roma -Sezione II quater, n. 2158/2012, resa tra le parti, concernente equo compenso per copia privata;

-quanto al ricorso n. 7508 del 2012:

della sentenza del Tar Lazio – Roma -Sezione II quater, n. 2157/2012, resa tra le parti, concernente equo compenso per copia privata;

-quanto al ricorso n. 7661 del 2012:

della sentenza del Tar Lazio - Roma -Sezione II quater, n. 2161/2012, resa tra le parti, concernente equo compenso per copia privata;

-quanto al ricorso n. 7662 del 2012:

della sentenza del Tar Lazio –Roma -Sezione II quater, n. 2156/2012, resa tra le parti, concernente equo compenso per copia privata;

-quanto al ricorso n. 7801 del 2012:

della sentenza del Tar Lazio –Roma -Sezione II quater, n. 2162/2012, resa tra le parti, concernente equo compenso per copia privata;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Mibac, Siae, Apt, Altroconsumo e Asstel;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 4 dicembre 2014 il cons. Marco Buricelli e uditi per le parti gli avvocati: Cerulli Irelli, Cuonzo, Clarizia, Quattrone, Lattanzi, Caputi per delega di Stajano, Raffaelli, Cassamagnaghi, Siragusa, Tufarelli e Caravita Di Toritto per le parti appellanti; e Mandel, Astorri, Picozza, Sanino, Orlandi e Lumetti per la parti appellate;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.1. Con le sentenze relative ai giudizi sopra indicati il Tar del Lazio ha respinto – compensando le spese dei giudizi- i ricorsi proposti da **Nokia** Italia, da Hewlett – Packard Italia, da Dell e dalle altre società in epigrafe specificate, contro il Mibac, la Siae, l'Anica, l'Apt e altri soggetti, per l'annullamento del decreto del Mibac del 30 dicembre 2009 (in seguito, DM) e del connesso Allegato Tecnico, contenenti la determinazione del compenso per la riproduzione privata di fonogrammi e di videogrammi (c. d. “equo compenso per copia privata”).

1.2. In via preliminare vanno sintetizzati gli aspetti salienti delle vicende giudiziali – tra loro analoghe- e il contesto normativo di riferimento.

1.3. Come premesso nella gran parte delle sentenze del Tar del Lazio oggetto degli appelli, il DM 30 dicembre 2009 disciplina il cosiddetto “equo compenso” che, a fronte della riproduzione privata per uso personale di opere dell'ingegno, dev'essere versato agli autori delle opere stesse per il tramite della Siae.

1.4. In via di principio, il diritto d'autore implica il diritto esclusivo di riproduzione di un'opera (art. 13 della l. n. 641/1941, relativa alla “protezione del diritto di autore e di altri diritti connessi al suo esercizio”), il che comporta che la riproduzione di un'opera protetta dal diritto d'autore può avvenire solo previa

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

1.5. La regola generale è soggetta a una serie di limitazioni, rivolte all'equo contemperamento dell'interesse economico dell'autore e di quello pubblico alla diffusione e all'uso delle opere dell'ingegno.

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

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

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

1.9. Con la direttiva 2001/29/CE del 22 maggio 2001 (in seguito, direttiva, o direttiva 2001/29) il Legislatore comunitario ha dettato alcune disposizioni "sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione".

1.10. I "considerando" nono, decimo, trentunesimo, trentaduesimo, trentacinquesimo, trentottesimo e trentanovesimo della direttiva così recitano:

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

pubblico in generale. Si è pertanto riconosciuto che la proprietà intellettuale costituisce parte integrante del diritto di proprietà.

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

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

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

(35) In taluni casi di eccezioni o limitazioni i titolari di diritti dovrebbero ricevere un equo compenso affinché siano adeguatamente indennizzati per l'uso delle loro opere o dei materiali protetti. Nel determinare la forma, le modalità e l'eventuale entità di detto equo compenso si dovrebbe tener conto delle peculiarità di ciascun caso. Nel valutare tali peculiarità, un valido criterio sarebbe quello dell'eventuale pregiudizio subito dai titolari dei diritti e derivante dall'atto in questione. Se i titolari dei diritti hanno già ricevuto un pagamento in altra forma, per esempio nell'ambito di un diritto di licenza, ciò non può comportare un pagamento specifico o a parte. Il livello dell'equo compenso deve tener pienamente conto della misura in cui ci si avvale delle misure tecnologiche di protezione contemplate

dalla presente direttiva. In talune situazioni, allorché il danno per il titolare dei diritti sarebbe minimo, non può sussistere alcun obbligo di pagamento.

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

(39) All'atto dell'applicazione dell'eccezione o della limitazione relativa alla copia privata, gli Stati membri dovrebbero tenere in debito conto gli sviluppi tecnologici ed economici, in particolare in ordine alla riproduzione digitale a fini privati ed ai sistemi di remunerazione, quando siano disponibili misure tecnologiche di protezione efficaci. Tali eccezioni o limitazioni non dovrebbero ostacolare né l'uso di misure tecnologiche, né la loro esecuzione in presenza di atti di elusione della legislazione.

1.11. La direttiva, dopo aver elencato i diritti correlati al diritto di autore (art. 2 - diritto di riproduzione, art. 3 - diritto di comunicazione, art. 4 - diritto di distribuzione), stabilisce con riferimento alle eccezioni o limitazioni al diritto di autore che “gli Stati membri hanno la facoltà di disporre eccezioni o limitazioni al diritto di riproduzione di cui all'articolo 2 per quanto riguarda: ...le riproduzioni su qualsiasi supporto effettuate da una persona fisica per uso privato e per fini né direttamente, né indirettamente commerciali a condizione che i titolari dei diritti ricevano un equo compenso che tenga conto dell'applicazione o meno delle misure tecnologiche di cui all'articolo 6 all'opera o agli altri materiali interessati...” (art. 5, paragrafo 2, lettera b).

1.12. La direttiva è stata recepita in sede nazionale con l'emanazione del d. lgs. 30 aprile 2003, n. 68 che ha novellato la l. n. 633/1941 che disciplina il diritto d'autore.

1.13. Stabilisce l'art. 71-sexies, comma 1, della l. n. 633/1941 (in seguito anche LDA –legge sul diritto d'autore), come inserito dall'art. 9 del d. lgs. n. 68/2003, che: “è consentita la riproduzione privata di fonogrammi e videogrammi su qualsiasi supporto, effettuata da una persona fisica per uso esclusivamente personale, purché senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali, nel rispetto delle misure tecnologiche di cui all'articolo 102-quater”.

1.14. L'art. 71-septies così dispone: “1. Gli autori ed i produttori di fonogrammi, nonché i produttori originari di opere audiovisive, gli artisti interpreti ed esecutori ed i produttori di videogrammi, e i loro aventi causa, hanno diritto ad un compenso per la riproduzione privata di fonogrammi e di videogrammi di cui all'articolo 71-sexies. Detto compenso è costituito, per gli apparecchi esclusivamente destinati alla registrazione analogica o digitale di fonogrammi o videogrammi, da una quota del prezzo pagato dall'acquirente finale al rivenditore, che per gli apparecchi polifunzionali è calcolata sul prezzo di un apparecchio avente caratteristiche equivalenti a quelle della componente interna destinata alla registrazione, ovvero, qualora ciò non fosse possibile, da un importo fisso per apparecchio. Per i supporti di registrazione audio e video, quali supporti analogici, supporti digitali, memorie fisse o trasferibili destinate alla registrazione di fonogrammi o videogrammi, il compenso è costituito da una somma commisurata alla capacità di registrazione resa dai medesimi supporti. Per i sistemi di videoregistrazione da remoto il compenso di cui al presente comma è dovuto dal soggetto che presta il servizio ed è commisurato alla remunerazione ottenuta per la prestazione del servizio stesso.

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

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

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

-i “supporti di registrazione audio e video, quali supporti analogici, supporti digitali, memorie fisse o trasferibili destinate alla registrazione di fonogrammi o videogrammi” soggetti all’applicazione di un compenso pari a una somma commisurata alla capacità di registrazione dei medesimi supporti;

-i “sistemi di videoregistrazione da remoto”, soggetti a un compenso commisurato alla remunerazione ottenuta per la prestazione del servizio (tali sistemi sono stati esclusi dalle misure introdotte con il decreto impugnato)” (così, in modo testuale, tra le altre, Tar Lazio, n. 2158/2012).

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

1.17. Il successivo comma 3 stabilisce poi che “Il compenso è dovuto da chi fabbrica o importa nel territorio dello Stato allo scopo di trarne profitto gli

apparecchi e i supporti indicati nel comma 1. I predetti soggetti devono presentare alla Società italiana degli autori ed editori (SIAE), ogni tre mesi, una dichiarazione dalla quale risultino le cessioni effettuate e i compensi dovuti, che devono essere contestualmente corrisposti. In caso di mancata corresponsione del compenso, è responsabile in solido per il pagamento il distributore degli apparecchi o dei supporti di registrazione”.

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

1.19. Fino alla emanazione del decreto di cui al comma 2 dell'art. 71 septies della LDA ha trovato applicazione il regime transitorio di cui all'art. 39 del d. lgs. n. 68/2003 che ha fissato la misura del compenso per copia privata fino all'emanazione del decreto ivi previsto.

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

1.21. Con il DM del 30 dicembre 2009 il compenso per copia privata è stato fissato nelle misure specificate all'art. 2 dell'Allegato Tecnico con riferimento ai supporti, agli apparecchi e agli altri dispositivi elencati nel medesimo articolo, in relazione alle definizioni di cui all'art. 1 del medesimo Allegato.

1.22. In particolare, le ricorrenti / appellanti Hewlett –Packard Italia e Dell (v. sentenza Tar Lazio n. 2158/12 e appelli n. 7318/12 e n. 7386/12), Sony Mobile

Communicatoins Italy (v. sentenza n. 2161/12 e appello n. 7661/12) e Telecom Italia (v. sentenza n. 2160/12 e appello n. 7371/12) hanno lamentato l'estensione del compenso ai seguenti apparecchi prodotti o commercializzati dalle stesse società:

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

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

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

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

-memoria o hard disk integrato in un apparecchio multimediale audio e video portatile o altri dispositivi analoghi. Per questi apparati, il compenso varia in funzione della capacità di memoria, sino ad un massimo di € 32,20 per memorie superiori ai 400 gigabyte (art. 2, comma 1, lett. r dell'Allegato Tecnico);

-memoria o hard disk integrato in dispositivo avente primaria funzione di comunicazione e dotato di funzione di registrazione o riproduzione multimediale

audio e video: per tali apparati il compenso è stabilito in misura fissa di € 0,90 (art. 2, comma 1, lett. w dell'Allegato Tecnico);

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

-memoria o hard disk integrato in altri dispositivi non inclusi nelle precedenti lettere con funzioni di registrazione e riproduzione di contenuti audio e video: il compenso di importo fisso è commisurato alla capacità di memoria (categoria residuale di cui all'art. 2, comma 1, lett. x dell'Allegato Tecnico).

1.23.“Le ricorrenti –si legge nella sentenza n. 2158/12- sono importatrici di personal computer, masterizzatori, memorie interne, memorie esterne, CD e DVD vergini, telefoni cellulari, macchine fotografiche, e così via (e il DM) arreca loro un immediato pregiudizio in quanto aumenta il compenso per copia privata e sottopone a nuove categorie di prodotti – in precedenza esenti – il regime del compenso per copia privata, non prevedendo espressamente delle esenzioni e delle fattispecie particolari invece previste nel regime transitorio”.

1.24.**Nokia** Italia (v. sentenza n. 2156/12, pag. 6 e appello n. 7662/12) ha lamentato l'estensione del compenso per copia privata, per effetto del DM, anche ai telefoni cellulari, contestando il DM nella parte in cui, all'art. 2, lett. w), dell'Allegato Tecnico, fissa in € 0,90 il compenso per copia privata su “memoria o hard disk integrato in dispositivo avente primaria funzione di comunicazione e dotato di funzione di registrazione o riproduzione multimediale audio e video”.

1.25.Wind Telecomunicazioni (v. sentenza n. 2162/12 e appello n. 7801/12), “ancorando la propria legittimazione alla sua qualità di utilizzatrice di personal computer per i propri dipendenti (circa 800 pc l'anno) e di distributrice di telefoni cellulari (circa 1,2 milioni di telefoni cellulari l'anno) e di personal computer (circa 5000 l'anno), (ha) impugna(to) il DM 30 dicembre 2009) nella parte in cui ha

esteso l'applicazione del prelievo per equo compenso ad apparecchi e supporti non principalmente destinati alle funzioni di riproduzione e conservazione delle opere di fonogrammi e audiogrammi; ha fissato i criteri di calcolo dell'equo compenso relativi ad apparecchi di registrazione mono o polifunzionali prevalentemente sulla base della capacità di memorizzazione degli stessi, prevedendo per le memorie e gli hard disk integrati in dispositivi aventi primaria funzione di comunicazione (ovvero i telefoni cellulari) un compenso fisso di 0,90 euro e per i computer un importo variabile da 2,40 euro a 1,90; ha affidato alla SIAE il potere di fissare accordi con i soggetti obbligati alla corresponsione del compenso per copia privata o con le associazioni di categoria”.

1.26.Fastweb (v. sentenza n. 2157/12; appello n. 7508/12), premesso “di essere uno dei maggiori operatori nazionali di telefonia fissa e mobile, operata attraverso una particolare tecnologia di rete che integra telefonia, internet e TV, offrendo un'estesa gamma di servizi di telecomunicazione e fornitura di contenuti audio e video, tra cui sistemi di videoregistrazione da remoto, e di offrire, tramite la propria rete di distribuzione alcuni apparecchi elettronici e strumenti di comunicazione funzionali ai predetti servizi (TV, telefoni, personal computer etc.) e di essere, a sua volta, anche acquirente di personal computer utilizzati per la propria struttura, e quindi destinati ad uso esclusivamente professionale (ha lamentato) di subire un pregiudizio diretto, attuale ed immediato - sia come venditrice sia come acquirente dei prodotti colpiti da equo compenso (personal computer) – dal decreto ministeriale con il quale viene stabilito il cosiddetto equo compenso...”.

1.27.Infine Samsung Electronics Italia (v. sentenza n. 2159/12; appello n. 7383/12), premesso di “operare nel settore della produzione e distribuzione dell'elettronica di consumo, commercializzando prevalentemente prodotti di alta qualità tecnologica (telefoni cellulari, televisori LCD, videoproiettori lettori DVD-

blue ray, decoder, lettori MP3, sistemi home theater, personal computer portatili, hard disk, lettori ottici, stampanti multifunzione etc.), (ha lamentato) ... un pregiudizio diretto, attuale ed immediato come venditrice dei suddetti prodotti colpiti” dal DM.

1.28. Il giudice di primo grado, con le sentenze in epigrafe, aventi contenuto tra loro analogo, di rigetto di tutti i ricorsi proposti, ha in sintesi, e per quanto qui più rileva:

-quanto all’affermata natura regolamentare del DM, qualificato il provvedimento impugnato come un atto amministrativo generale, esponendo elementi sostanziali e procedurali a sostegno del carattere non regolamentare del decreto;

-escluso la rilevata violazione della riserva di legge di cui all’art. 23 Cost. , statuendo in particolare che si può parlare di prestazione imposta ex art. 23 Cost. “non solo quando la fonte della prestazione è di tipo autoritativo, ma anche quando vi sono profili autoritativi nella regolamentazione delle contrapposte prestazioni ed, in particolare, quando il corrispettivo è fissato unilateralmente dall’ente pubblico e il privato può solo decidere se richiedere o meno la prestazione ma non può ricorrere al libero mercato per soddisfare in modo diverso la sua esigenza. In questo senso, dunque, la prestazione è imposta, giacché l’unico modo che ha il privato per sottrarsi è rinunciare alla controprestazione da lui desiderata”; specificando quindi che “il pagamento dell’equo compenso per copia privata, pur avendo una chiara funzione sinallagmatica e indennitaria dell’utilizzo (quanto meno potenziale) di opere tutelate dal diritto di autore, deve farsi rientrare nel novero delle prestazioni imposte, giacché la determinazione sia dell’an che del quantum è effettuata in via autoritativa e non vi è alcuna possibilità per i soggetti obbligati di sottrarsi al pagamento di tale prestazione fruendo di altre alternative (e) in questo senso, dunque, il profilo della imposizione è – per usare le parole della Corte – “prevalente” “ ; e soggiungendo che risulta osservato il principio

costituzionale di cui al citato art. 23 il quale, prevedendo che la prestazione sia imposta non per legge, ma in base alla legge, pone una riserva di legge non assoluta ma relativa, cosicché “è anche ammissibile il rinvio a provvedimenti amministrativi diretti a determinare elementi o presupposti della prestazione, purché risultino assicurate, mediante previsione di adeguati parametri, le garanzie in grado di escludere un uso arbitrario della discrezionalità amministrativa” : condizione nella specie rispettata dato che l’art. 71 –septies della l. n. 633/1941 contiene indicazioni sufficientemente stringenti per poter considerare osservato l’art. 23 Cost. , e che le definizioni fornite dal DM (e in particolare quella di “apparecchio polifunzionale”) non contrastano con l’art. 71 –septies e neppure ne estendono in modo indebito l’ambito di applicazione, limitandosi a esplicitare il contenuto di definizioni amplissime individuate dal citato art. 71 –septies (in alcune sentenze si fa riferimento a una “chiarificazione di definizioni già integralmente contenute nel testo normativo, senza nessun apporto normativo”). Un ulteriore elemento garantistico idoneo a circoscrivere la discrezionalità della PA e a escludere nella specie la violazione dell’art. 23 Cost. va individuato nella previsione di un modulo procedimentale (l’art. 71 septies comma 2, della l. n. 633 del 1941 ha infatti previsto un articolato procedimento di approvazione del decreto ministeriale di determinazione del compenso per copia privata, che prevede il parere del Comitato consultivo permanente sul diritto di autore di cui all’art. 190 e la consultazione delle associazioni di categoria maggiormente rappresentative dei produttori degli apparecchi e dei supporti di cui al comma 1);

-respinto la censura con la quale era stato chiesto di dichiarare illegittimo il DM per avere, quest’ultimo, assoggettato a compenso per copia privata i dispositivi di telefonia mobile senza accertare il pregiudizio subito dai titolari dei diritti in conseguenza delle attività di copia privata realizzate attraverso i telefoni cellulari, e senza considerare in particolare che tale pregiudizio sarebbe assente o minimo.

Nelle decisioni di primo grado –nelle quali viene fatto ampio richiamo alla sentenza Padawan C-467/08 del 21 ottobre 2010 della Corte di Giustizia dell’Unione Europea (in seguito anche CGUE)- si afferma che per l’assoggettamento degli apparecchi polifunzionali –tra i quali rientrano i telefoni cellulari- a compenso è sufficiente la mera idoneità di tali dispositivi alla realizzazione di copie private; basta cioè la semplice possibilità, o capacità, di dette apparecchiature di realizzare copie. Non assume rilievo, ai fini di causa, la circostanza che gli apparecchi telefonici, essendo destinati in via primaria alla comunicazione, siano solo in via residuale e marginale utilizzati per la copia e per la riproduzione di materiale audio –video;

-escluso l’illegittimità del DM nella parte in cui, all’art. 4 dell’Allegato Tecnico, non avrebbe –nella prospettazione delle ricorrenti- previsto esenzioni per i dispositivi acquistati da persone giuridiche o comunque destinati a un uso professionale. Nei ricorsi era stato dedotto l’illegittimo assoggettamento a prelievo per copia privata anche con riguardo ai prodotti destinati a un uso esclusivamente professionale, ed era stata evidenziata la necessaria esenzione “ex ante” da prelievo per copia privata nei casi di utilizzo del dispositivo per fini manifestamente estranei a quelli della realizzazione di copie private, ossia per uso strettamente professionale. Nelle decisioni appellate il Tar afferma che la disciplina di cui all’art. 4 dell’Allegato Tecnico al DM, sui protocolli applicativi di esenzione per uso professionale, anche per ciò che riguarda l’attribuzione alla Siae del potere di stipulare i protocolli applicativi, non è difforme dalla normativa;

-quanto all’incidenza delle misure tecnologiche di protezione (DRM) di cui all’art. 102 –quater della l. n. 633/1941 il Tar ha affermato che l’Amministrazione, nella determinazione del compenso, ha valutato l’apposizione delle DRM tenendo anche conto del loro grado di utilizzo e dell’incidenza –ritenuta solo marginale- sulla riproduzione delle cosiddette copie private;

-escluso carenze con riguardo all'istruttoria svolta prima di adottare il DM di determinazione del compenso, ed escluso l'illegittimità dello stesso DM per quanto attiene al criterio di individuazione del prelievo con riferimento in particolare agli apparecchi polifunzionali, in relazione alle censure basate sull'affermata alterazione, rispetto a quanto previsto dall'art. 71 –septies della LDA, dei criteri di determinazione del prelievo previsti per gli apparecchi suddetti;

-(con specifico riferimento alla sentenza n. 2157/12 –Fastweb) respinto la censura con la quale era stata dedotta l'illegittimità del DM nella parte in cui era stata omessa la determinazione del compenso per sistemi di video registrazione da remoto (come si evince dalla relazione illustrativa al DM, si è ritenuto di soprassedere, in via cautelativa, alla determinazione del compenso, con riferimento ai sistemi di videoregistrazione da remoto);

-giudicato infondate le censure basate sull'affermata violazione di principi comunitari e ritenuto insussistenti i presupposti per disporre un rinvio pregiudiziale alla CGUE ex art. 267 del TFUE.

2.1. **Nokia** Italia, Hewlett –Packard, Dell e le altre società in epigrafe hanno impugnato le sentenze riproponendo i motivi dei ricorsi di primo grado e formulando motivate critiche alle sentenze appellate.

2.2. In estrema sintesi, le decisioni impugnate sarebbero erranee nelle parti in cui:

-è stata esclusa la natura regolamentare del DM;

-è stata esclusa la violazione della riserva di legge di cui all'art. 23 Cost. ;

-non è stata riconosciuta l'illegittimità del DM per avere esso assoggettato a compenso i dispositivi di telefonia mobile senza accertare il pregiudizio sofferto dai titolari dei diritti in conseguenza delle attività di copia privata realizzate attraverso i telefoni cellulari e senza riconoscere che detto pregiudizio è assente o minimo; le sentenze sarebbero erranee nella parte in cui non è stato dato rilievo, nel senso di escludere qualsivoglia compenso, alla circostanza che i telefoni

cellulari siano destinati solo in via residuale e marginale alla registrazione di fonogrammi e di videogrammi;

-non è stata riconosciuta l'illegittimità del DM là dove –nella prospettazione delle appellanti- non avrebbe previsto specifiche esenzioni per i dispositivi acquistati da persone giuridiche o comunque destinati a un uso professionale, attribuendo alla Siae, ente che rappresenta gli interessi dei percettori dei compensi, e diretto percettore esso stesso di parte del gettito da compensi, il potere discrezionale di stipulare protocolli di esenzione con i soggetti obbligati alla corresponsione del compenso, o con le loro associazioni di categoria;

-è stata esclusa l'illegittimità del DM per non avere –asseritamente- considerato la rilevanza delle misure tecniche di protezione – DRM;

-non è stato ritenuto illegittimo il DM là dove, con riferimento in particolare agli apparecchi polifunzionali, il compenso è stato determinato mediante commisurazione alla capacità di memoria della componente interna destinata alla registrazione (o in misura fissa) anziché con riferimento al prezzo di un apparecchio avente caratteristiche equivalenti a quelle della componente interna destinata alla registrazione;

-l'impugnato DM non è stato giudicato illegittimo per carenza d'istruttoria, con particolare riguardo alla omessa verifica dell'effettiva entità del danno provocato dalla copia privata agli autori di opere dell'ingegno; inoltre è stato respinto il profilo di censura relativo al rischio di doppia imposizione sulla medesima attività di realizzazione di un'unica copia privata;

-è stato ritenuto legittimo che con il DM si sia soprasseduto dalla determinazione del compenso per i sistemi di videoregistrazione da remoto;

-non è stato disposto rinvio pregiudiziale alla CGUE (i quesiti da sottoporre alla Corte di Giustizia in sede di domanda pregiudiziale sono stati posti e riformulati in particolare negli appelli nn. 7383/12 –Samsung, 7386/12 –Dell, 7661/12 –Sony

Mobile e 7662/12 –**Nokia** Italia; e non è stata sollevata questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli articoli 3, 23 e 41 Cost. , degli articoli 71 –septies e 71 –octies della LDA.

2.3. Il Mibac, la Siae e l'Apt si sono costituite e hanno controdedotto in modo ampio. La Siae ha anche eccepito l'inammissibilità di gran parte dei motivi degli appelli per violazione dell'art. 101, comma 1, del c.p.a. .

2.4. Sono state depositate memorie e repliche e all'udienza del 4 dicembre 2014 i ricorsi sono stati discussi e quindi trattenuti in decisione.

3.1. I ricorsi vanno preliminarmente riuniti, per evidenti ragioni di connessione oggettiva, per essere decisi con un'unica pronuncia (art. 70 c.p.a.).

4.1. La prima questione da esaminare e da risolvere riguarda la natura regolamentare, o meno, del DM.

4.1.1. Nelle sentenze si è escluso che il DM avesse natura regolamentare.

4.1.2. Il decreto impugnato è stato qualificato come un provvedimento amministrativo generale.

4.1.3. Negli appelli si sottolinea che le sentenze del Tar sarebbero erranee nelle parti in cui si è ritenuto che il DM impugnato ha natura meramente provvedimentoale e non è quindi soggetto ai requisiti imposti dall'art. 17 della l. n. 400/1988, in forza dei quali il decreto, contrariamente a quanto è avvenuto, avrebbe dovuto essere adottato –così sostengono le appellanti- previo parere del Consiglio di Stato, essere comunicato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, recare la denominazione di “regolamento”, essere sottoposto al visto e alla registrazione della Corte dei conti e venire pubblicato nella Gazzetta Ufficiale.

4.1.4. Le parti appellanti evidenziano che nelle sentenze si è omesso di considerare un elemento decisivo idoneo a far ricadere il decreto impugnato nella categoria dei regolamenti.

4.1.5. Infatti il DM, nel novellare la disciplina relativa al compenso per copia privata, abroga con effetto delegificante la disciplina transitoria di cui all'art. 39 del d. lgs. n. 68/2003: perciò non potrebbe dubitarsi della natura regolamentare, e non di provvedimento amministrativo generale, del decreto in questione.

4.1.6. La natura normativa del DM deriverebbe inoltre dalla disposizione di cui all'art. 71 septies, comma 4, della LDA, con il quale si punisce, con la sanzione amministrativa pecuniaria, e nei casi più gravi o di recidiva, con la sospensione della licenza o autorizzazione all'esercizio dell'attività commerciale o industriale, o con la revoca della licenza o autorizzazione, la violazione degli obblighi di cui al sopra trascritto comma 3. Ad avviso delle appellanti, l'ammontare della sanzione e le specifiche ipotesi di condotte sanzionate sarebbero lasciate interamente "in bianco" e dipenderebbero in via diretta dalla disciplina concreta dell'obbligo di corresponsione del compenso individuata dal DM previsto dall'art. 71 septies: ciò conferirebbe al DM natura regolamentare e innovativa dell'Ordinamento giuridico.

4.1.7. Più in generale, negli appelli si ribadisce e si sottolinea che il DM riguarda un numero indeterminabile di destinatari, sia a priori, sia a posteriori, è rivolto a disciplinare una serie non prefigurabile di casi concreti e ha una elevata portata innovativa dell'Ordinamento giuridico rispetto alla disciplina –generica- di cui all'art. 71 –septies della LDA, poiché amplia il novero degli apparecchi e dei supporti assoggettati al prelievo per copia privata, rispetto alla disciplina dapprima regolata da fonte primaria, e modifica i criteri di determinazione dei compensi stabiliti per legge aumentandone gli importi.

4.1.8. Le censure dedotte sono infondate e vanno respinte: le sentenze impugnate meritano di essere confermate.

4.1.9. In generale, "i caratteri che, sul piano del contenuto sostanziale, valgono a differenziare i regolamenti dagli atti e provvedimenti amministrativi generali, vanno individuati in ciò, che quest'ultimi costituiscono espressione di una semplice

potestà amministrativa e sono diretti alla cura concreta di interessi pubblici, con effetti diretti nei confronti di una pluralità di destinatari non necessariamente determinati nel provvedimento, ma determinabili. I regolamenti, invece, sono espressione di una potestà normativa attribuita all'Amministrazione, secondaria rispetto alla potestà legislativa, e disciplinano in astratto tipi di rapporti giuridici mediante una regolazione attuativa o integrativa della legge, ma ugualmente innovativa rispetto all'ordinamento giuridico esistente, con precetti che presentano appunto i caratteri della generalità e dell'astrattezza, intesi essenzialmente come ripetibilità nel tempo dell'applicazione delle norme e non determinabilità dei soggetti cui si riferiscono. Inoltre, ai sensi dell'art. 17 l. 23 agosto 1988 n. 400, l'esercizio della potestà normativa attribuita all'esecutivo, quando sia necessario e consentito, deve svolgersi con l'osservanza di un particolare modello procedimentale, secondo cui per i regolamenti di competenza ministeriale sono richiesti il parere del Consiglio di Stato, la preventiva comunicazione al Presidente del Consiglio dei ministri, il visto e la pubblicazione nella "Gazzetta Ufficiale"... “ (Cass. civ. , sez. III, n. 5062 del 2007; conf. Cass. civ. , sez. III, sent. n. 6933/1999 con cui la Suprema Corte, sulla base dei principi su esposti, ha escluso che integri un regolamento il decreto con cui il Ministro per l'industria aggiorna gli importi dei massimali minimi di legge in materia di assicurazione obbligatoria per la r.c.a., ai sensi dell'art. 9 della l. n. 990/1969, e ha precisato che tali decreti integrano soltanto atti amministrativi).

4.1.10. Nella specie il Legislatore, con atto avente valore di legge, ha autorizzato il Ministro per i beni e le attività culturali a determinare il compenso per copia privata con proprio decreto, in applicazione di criteri determinati con atto avente valore di legge e nell'esercizio di poteri contrassegnati da discrezionalità tecnica, con riferimento a ciascuna delle singole tipologie di apparecchi e di supporti per le quali il compenso va corrisposto (nel rispetto, peraltro, come si dirà meglio più

avanti, di una disciplina procedimentale tale da circoscrivere in concreto la discrezionalità spettante al Ministro), con il conseguente superamento della disciplina transitoria di cui all'art. 39 del d. lgs. n. 68/2003, disposizione con la quale le misure del compenso per copia privata erano state fissate in via diretta con un'efficacia, però, delimitata, dal punto di vista temporale, fino all'emanazione del decreto indicato dal citato art. 71 –septies, comma 2.

4.1.11. Con una disposizione avente forza e valore di legge è stato cioè conferito al Ministro il potere –concretizzabile nell'adozione di un provvedimento avente effettivamente natura non regolamentare- di stabilire l'entità del “prelievo per copia privata” applicabile agli apparecchi, ai supporti e ai dispositivi enumerati all'art. 2 del DM, questo e non altro essendo il contenuto sostanziale del decreto contestato dinanzi al giudice amministrativo, senza che l'intervento del Ministro nella materia della fissazione del compenso per copia privata dovesse sostanziarsi in un regolamento emanato ai sensi dell'art. 17, commi 3 e 4, della l. n. 400/1988.

4.1.12. In tema di abrogazione con effetto delegificante della disciplina transitoria di cui all'art. 39 del d. lgs. n. 68/2003 non va posto l'accento su natura e collocazione, nella gerarchia delle fonti, dell'atto, governativo o ministeriale, abilitato dalla legge a stabilire nuove misure del compenso per copia privata, superandosi così la disciplina transitoria in precedenza stabilita con disposizione primaria. Occorre invece considerare natura e collocazione gerarchica –in questo caso, primaria- della fonte che ha consentito l'effetto “delegificante”.

4.1.13. L'eventuale natura regolamentare del DM non è quindi desumibile, di per sé, dalla sua capacità di far venire meno la disciplina transitoria recata dall'art. 39 del d. lgs. n. 68/2003 atteso che quell'effetto deriva in modo diretto da un'espressa previsione di rango primario.

4.1.14. Senza considerare che, di recente, avviene sempre più spesso che con norma di legge si affidi a decreti aventi natura non regolamentare la possibilità, ad

esempio, di prorogare in via ulteriore termini stabiliti con legge (v. , ad esempio, l'art. 1 del d. l. n. 225/2010).

4.1.15. Come è stato correttamente posto in risalto nelle sentenze impugnate, e diversamente da quanto è stato affermato dalle parti appellanti, il DM adottato, sul piano sostanziale non ha innovato l'Ordinamento giuridico essendosi limitato soltanto –sulla base di una disciplina della materia del compenso per copia privata delineata con norma di legge (v. art. 71 –septies della LDA) in modo sufficientemente specifico, fermo l'affidamento della determinazione del compenso a un successivo DM da emanare nel rispetto di una ben definita procedura- a precisare, appunto, l'importo del compenso dovuto per copia privata, in applicazione di criteri determinati con atto avente valore di legge ed esercitando come detto una discrezionalità tecnica “comunitariamente giustificata” riferibile a ognuna delle tipologie di apparecchi, supporti e dispositivi enumerati all'art. 2 dell'Allegato tecnico al decreto e per i quali va corrisposto il compenso, senza alcuna capacità di innovare l'ordinamento giuridico.

4.1.16. Sul carattere sufficientemente delineato della disciplina legislativa in materia vanno condivise in particolare le affermazioni del Tar secondo le quali “gli artt. 71 sexies, septies e octies della L. n. 633/41, come novellata dal D. Lgs. n. 68/03, disciplinano compiutamente la materia” e “in sostanza, dunque, tutta la disciplina della materia è contenuta nel testo di legge (indicando la legge stessa la nozione di riproduzione privata per uso personale che dà diritto all'erogazione del compenso, l'identificazione dei soggetti beneficiari del compenso e di quelli tenuti al pagamento, l'indicazione degli apparecchi e dei supporti per i quali è dovuto il compenso, la distinzione tra apparecchi esclusivamente destinati alla riproduzione e tra quelli cosiddetti polifunzionali ed il diverso criterio per la quantificazione del compenso, la distinzione tra i diversi tipi di supporti, distinguendo ai fini della

commisurazione del compenso tra supporti analogici, digitali, memorie fisse o trasferibili)...”.

4.1.17. Il carattere non innovativo del DM impugnato in primo grado dev'essere valutato in relazione alle categorie di apparecchi, supporti e dispositivi individuati dalla LDA e non avendo riguardo al regime transitorio di cui all'art. 39 del d. lgs. n. 68/2003.

4.1.18. Gli argomenti su esposti bastano per confutare le tesi delle appellanti. Non pare tuttavia superfluo aggiungere che se il regolamento, per la sua natura normativa, ha i caratteri della generalità e dell'astrattezza, e se il requisito della generalità si risolve nella indeterminabilità, sia a priori, sia a posteriori, dei destinatari dell'atto normativo (cfr. Cons. St. , Ad. plen. n. 9/2012), con riferimento al caso in esame il DM sembra rivolgersi non già alla generalità dei consociati ma a una cerchia di destinatari –vale a dire i soggetti tenuti al pagamento del compenso, ossia chi fabbrica o importa nel territorio dello Stato allo scopo di trarne profitto gli apparecchi e i supporti in questione (v. art. 71 –septies cit.)- determinabili a posteriori.

4.1.19. Infine, sul piano procedimentale il DM è stato preceduto da “sequenze” (in particolare, l'acquisizione dei pareri del Comitato consultivo e delle associazioni maggiormente rappresentative dei produttori degli apparecchi e dei supporti, oltre al “modellamento procedurale” secondo lo schema tipico dei provvedimenti tariffari, correttamente citati nelle sentenze del Tar quali “elementi di paragone” cui assimilare il DM impugnato avendo il Mibac, nel corso dell'istruttoria preparatoria all'adozione del decreto, commissionato indagini di mercato ed effettuato una ricognizione della situazione normativa ed economica relativa ai diritti di copia privata nei principali Paesi europei) del tutto peculiari che, oggettivamente, si discostano dalle regole procedimentali dettate all'art. 17 della l. n. 400/1988: perciò in modo tutt'altro che implausibile gli elementi procedimentali

suindicati sono stati considerati, nelle sentenze impugnate, indicativi della natura non regolamentare del DM in questione.

4.2.1. Sulla natura di prestazione patrimoniale imposta, o no, dell'equo compenso per copia privata; sulla violazione, o meno, del principio di legalità e sull'illegittimità, o no, del DM derivata dall'illegittimità costituzionale dell'art. 71 – septies della LDA per la violazione degli articoli 23, 41 e 76 Cost. .

4.2.2. Nei ricorsi dinanzi al Tar del Lazio era stato affermato che nel DM impugnato l'equo compenso per copia privata concretizzava una prestazione patrimoniale imposta: da ciò era stata desunta l'illegittimità della previsione del compenso per la violazione del citato art. 71 – septies della LDA e del principio di legalità alla luce dell'art. 23 Cost. , non potendo il Mibac, in mancanza di un'apposita previsione legislativa, introdurre una cosiffatta imposizione patrimoniale, destinata a incidere sull'esercizio della libertà di iniziativa economica e sul diritto soggettivo all'integrità patrimoniale. Si era aggiunto che, a voler individuare il fondamento del potere amministrativo nel citato art. 71 – septies della LDA, detta norma si sarebbe dovuta considerare costituzionalmente illegittima, consentendo l'imposizione di una prestazione patrimoniale in assenza di una predeterminazione puntuale dei criteri di applicazione del potere amministrativo. La riserva di legge ex art. 23 Cost. è relativa ed è consentito al Legislatore rimettere all'autorità amministrativa la fissazione dei presupposti della prestazione imposta, a condizione però che siano assicurate le garanzie idonee a escludere che la discrezionalità si trasformi in arbitrio. Nella specie, viceversa, la determinazione dell'ammontare del compenso era stata rimessa dall'art. 71 – septies al Mibac senza alcun vincolo né tecnico né di altro genere.

4.2.3. La Siae aveva invece sostenuto che l'equo compenso per copia privata doveva essere qualificato come mera prestazione sinallagmatica, con conseguente inapplicabilità dell'art. 23 Cost. alla fattispecie. In ogni caso, nessuna violazione del

principio della riserva di legge relativa di cui all'art. 23 Cost. poteva ritenersi sussistente nel caso in esame.

4.2.4. Nelle sentenze il Tar ha riepilogato la casistica giurisprudenziale costituzionale in tema di nozione di prestazione patrimoniale imposta ex art. 23 Cost. soffermandosi in particolare:

-sulla sentenza della Corte costituzionale n. 435/2001, con la quale si è statuito che, per qualificare una prestazione patrimoniale come imposta, non è necessario ricorrere a elementi quale il carattere di “servizio essenziale” ai bisogni della vita dell'attività svolta dal soggetto cui la prestazione è dovuta, ma occorre focalizzare l'attenzione sul profilo della “imposizione legale” della prestazione, ancorché essa possa avere una funzione corrispettiva di altra controprestazione;

-e sulla sentenza C. cost. n. 66/2005, con la quale si è escluso che possa qualificarsi come prestazione patrimoniale imposta da parte dell'ente proprietario della strada il pagamento di una tariffa per la sosta del veicolo, il quale è configurabile piuttosto come corrispettivo, commisurato ai tempi e ai luoghi della sosta, di un'utilizzazione particolare della strada, rimessa ad una scelta dell'utente non priva di alternative, che non come un tributo o una prestazione patrimoniale imposta;

e ha concluso rimarcando che nella giurisprudenza costituzionale si parla di prestazione imposta, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 23 Cost., non solo quando la fonte della prestazione è di tipo autoritativo, ma anche quando vi sono profili autoritativi nella regolamentazione delle contrapposte prestazioni e, in particolare, quando il corrispettivo è fissato unilateralmente dall'ente pubblico e il privato può solo decidere se richiedere o meno la prestazione ma non può ricorrere al libero mercato per soddisfare in modo diverso la sua esigenza. In questo senso, dunque, la prestazione è imposta, giacché l'unico modo che ha il privato per sottrarvisi è rinunciare alla controprestazione da lui desiderata.

4.2.5. Il Tar ha quindi statuito che “il pagamento dell'equo compenso per la copia privata, pur avendo una chiara funzione sinallagmatica e indennitaria dell'utilizzo (quanto meno potenziale) di opere tutelate dal diritto d'autore, deve farsi rientrare nel novero delle prestazioni imposte, giacché la determinazione sia dell'an che del quantum è effettuata in via autoritativa e non vi è alcuna possibilità per i soggetti obbligati di sottrarsi al pagamento di tale prestazione fruendo di altre alternative. In questo senso, il profilo dell'imposizione è ... «prevalente». Tuttavia, ... il principio costituzionale in discorso non pone una riserva di legge assoluta, ma relativa, limitandosi a porre al legislatore l'obbligo di determinare preventivamente sufficienti criteri direttivi di base e linee generali di disciplina della discrezionalità amministrativa... Pertanto, il principio non esige che la prestazione sia imposta «per legge», ma «in base alla legge», cosicché è anche ammissibile il rinvio a provvedimenti amministrativi diretti a determinare elementi o presupposti della prestazione, purché risultino assicurate, mediante la previsione di adeguati parametri, le garanzie in grado di escludere un uso arbitrario della discrezionalità amministrativa....” .

4.2.6. Il Tar ha dunque affermato che gli articoli 71 –sexies, septies e octies contengono indicazioni sufficientemente stringenti allo scopo di poter considerare rispettato l'art. 23 Cost. , e che la materia è disciplinata in modo compiuto dalla legge, venendo indicati, nella legge stessa, “la nozione di riproduzione privata per uso personale che dà diritto all'erogazione del compenso, l'identificazione dei soggetti beneficiari del compenso e di quelli tenuti al pagamento, l'indicazione degli apparecchi e dei supporti per i quali è dovuto il compenso, la distinzione tra apparecchi esclusivamente destinati alla riproduzione e tra quelli cosiddetti polifunzionali ed il diverso criterio per la quantificazione del compenso, la distinzione tra i diversi tipi di supporti, distinguendo ai fini della commisurazione del compenso tra supporti analogici, digitali, memorie fisse o trasferibili...” :

cosicché il DM si limita a dare puntuale attuazione alle disposizioni legislative, stabilendo l'ammontare dei diversi prelievi per copia privata.

4.2.7. Nelle sentenze si soggiunge infine sul punto che la definizione che dal citato art. 71 septies si trae degli “apparecchi polifunzionali” è “ampia ma precisa: si tratta di apparecchi che pur non essendo destinati in modo esclusivo alla registrazione analogica o digitale di fonogrammi o videogrammi, tuttavia hanno al loro interno una componente destinata alla registrazione che gli consente di svolgere anche questa funzione...”. Inoltre l'art. 71 septies, “nella determinazione dell'entità del compenso per copia privata, tiene conto della possibilità che negli apparecchi polifunzionali la funzione di registrazione possa avere diversa rilevanza, tanto che indica come parametro sul quale calcolare il compenso il “prezzo di un apparecchio avente caratteristiche equivalenti a quelle della componente interna destinata alla registrazione”: evidente, perciò, l'intenzione del Legislatore di collegare l'entità del compenso all'effettiva rilevanza della secondaria funzione di registrazione o riproduzione.

4.2.8. Negli appelli si sottolinea che:

-gli articoli 71 sexies e septies non predeterminano in modo puntuale criteri applicativi idonei a delimitare la discrezionalità tecnica del Mibac in sede di quantificazione dei prelievi dovuti per copia privata;

-viceversa, le norme di legge citate esprimono un'indeterminatezza tale da consentire che l'autorità amministrativa possa sconfinare, com'è in concreto avvenuto, nell'arbitrio più puro, il che appare evidente nell'ipotesi degli apparecchi polifunzionali, dato che in relazione agli stessi la legge non stabilisce come calcolare il peso della componente interna destinata alla registrazione, limitandosi a prevedere che “ove ciò non sia possibile” debba applicarsi un prezzo fisso per apparecchio, attribuendo in pratica all'Amministrazione il potere di fissare l'entità della prestazione patrimoniale senza vincoli di alcun genere;

-il DM imporrebbe quindi prestazioni patrimoniali in assenza di copertura legislativa, e ciò vale anche per quanto attiene al novero degli apparecchi e dei supporti assoggettati a prelievo, dato che l'obbligo di corresponsione del compenso per copia privata viene a estendersi anche a dispositivi i quali, in origine e finora, non erano assoggettati a prelievo;

-la delega al Mibac, da parte della LDA, per quanto riguarda l'individuazione dell'ambito di applicazione e della misura relativamente a una prestazione patrimoniale imposta, sarebbe quindi assolutamente indeterminata, anche perché disancorata da elementi tecnici oggettivamente idonei a circoscrivere le scelte dell'Esecutivo relativamente all'entità delle prestazioni imposte;

-a nulla varrebbe inoltre, al fine di considerare osservato il principio della riserva di legge relativa, nella prospettiva di una limitazione della discrezionalità del Mibac, la peculiare disciplina del procedimento di approvazione del DM;

-va aggiunta la carenza di criteri validi, anche in relazione a quanto dispone l'art. 76 Cost. , dai quali desumere il potere del legislatore delegato di quantificare il compenso; carenza che investe "a monte" la normativa di delegazione e fa concludere per l'illegittimità costituzionale degli articoli 1, 2 e 30 e dell'Allegato B della l. n. 39/2002, per violazione dell'art. 76 Cost. ;

-le sentenze del Tar sarebbero poi censurabili anche là dove si è escluso che l'affidamento, da parte dell'Allegato 4 dell'Allegato Tecnico del DM, di estesi poteri applicativi del medesimo DM alla Siae, Ente rappresentativo degli interessi dei soggetti percettori degli equi compensi per copie private, possa implicare una violazione della riserva di legge relativa di cui all'art. 23 Cost. ; e là dove è stato giudicato legittimo il DM anche nella parte in cui, all'art. 4 cit. , non ha escluso l'applicazione dell'equo compenso ai prodotti destinati a uso professionale, esenzione disposta invece dall'LDA e dalla normativa comunitaria, considerando sufficiente per aversi conformità alla normativa la previsione della possibilità di

addivenire ad accordi, tra Siae e soggetti interessati, in merito ad esenzioni per i prodotti a uso professionale. Esenzioni e protocolli applicativi non possono essere rimessi all'arbitrio –o comunque a una discrezionalità o a un potere negoziale manifestamente eccessivi- dell'Ente che rappresenta i soggetti –autori, artisti, interpreti- che dovranno percepire i compensi per copia privata; oltre al fatto che la Siae trattiene per sé una parte degli importi riscossi traendo quindi un vantaggio diretto dal sistema dei compensi per copia privata.

4.2.9. Attesa l'infondatezza delle censure proposte, sia pure con la precisazione di cui si dirà "in finem", per quanto attiene al rinvio al p. 4.6. dell'esame delle questioni attinenti al citato art. 4 e all'esenzione da compenso dei dispositivi destinati a un uso strettamente professionale, si può fare a meno di prendere posizione sull'eccezione, sollevata dalla Siae e dal Mibac, di inammissibilità delle censure stesse, "in coerente applicazione dell'art. 101, comma 1, del c.p.a.", secondo cui il ricorso in appello deve contenere censure specifiche contro i capi della sentenza gravata.

4.2.10. I motivi sopra riassunti, con i quali le parti appellanti finiscono col chiedere alla Sezione un sostanziale riesame delle decisioni del giudice di primo grado, sono infondati e vanno respinti.

4.2.11. Il percorso argomentativo seguito nelle premesse e nelle conclusioni delle sentenze appare condivisibile.

4.2.12. E infatti:

-è corretta la premessa qualificatoria, argomentata in modo ampio mediante il richiamo alla giurisprudenza costituzionale sopra rammentata, dalla quale prende la mosse il Tar là dove fa rientrare il versamento dell'equo compenso per copia privata nel novero delle prestazioni patrimoniali imposte (con un profilo di "imposizione prevalente", peraltro, nel senso che il compenso per copia privata comprende anche elementi caratteristici di una remunerazione privatistica di

attività creative: negli atti delle parti appellate e nelle sentenze si parla di una funzione dell'equo compenso anche sinallagmatica e comunque indennitaria, sia pure in via forfettaria, dell'utilizzo, quantomeno potenziale, di opere tutelate dal diritto d'autore, nell'impossibilità pratica di effettuare un prelievo su ogni singola copia riprodotta da ciascun privato);

-non sono ravvisabili profili d'illegittimità costituzionale, in riferimento all'art. 23 Cost. , in particolare dell'art. 71 –septies della LDA, e profili riflessi d'illegittimità del DM poiché, diversamente da quanto sostengono le parti appellanti, e in modo conforme a quanto ha affermato il Tar, la LDA non ha lasciato al Mibac spazi di discrezionalità, nella fissazione dei compensi per copia privata, talmente estesi da porsi in contrasto coi principi di legalità e di riserva di legge, peraltro solo relativa, di cui all'art. 23 Cost. . Non è vero che la LDA abbia dato al Mibac una delega indeterminata, priva dell'individuazione sia di idonei criteri e limiti all'imposizione e sia della previsione di un adeguato modulo procedimentale. Nessuna delega in bianco o, comunque, assolutamente indeterminata, è stata conferita al Mibac;

-la disciplina dell'equo compenso per copia privata è invero contenuta in modo organico –e in ogni caso è delineata in maniera sufficientemente specifica e tale da potersi considerare rispettato il principio della riserva di legge relativa di cui all'art. 23 Cost. –dato che il Legislatore:

-all'art. 71 sexies della LDA definisce la nozione di riproduzione privata di fonogrammi e videogrammi;

-all'art. 71 septies, comma 1, individua i soggetti beneficiari del cosiddetto equo compenso e definisce i parametri per la determinazione del compenso in relazione alle caratteristiche degli apparecchi (apparecchi “esclusivamente destinati alla registrazione analogica o digitale di fonogrammi o videogrammi”, in relazione ai quali il compenso per la riproduzione di copie è commisurato a una quota del prezzo pagato dall'acquirente finale; apparecchi “polifunzionali”, per i quali il

compenso è calcolato sul prezzo di un apparecchio avente caratteristiche equivalenti a quelle della componente interna destinata alla registrazione, ovvero, qualora tale criterio non risulti applicabile, da un importo fisso per apparecchio - fatto salvo quanto si dirà “infra”, al p. 4.3. , sui criteri di determinazione del compenso con riferimento agli apparecchi polifunzionali-; “supporti di registrazione audio e video, quali supporti analogici, supporti digitali, memorie fisse o trasferibili destinate alla registrazione di fonogrammi o videogrammi”, soggetti all’applicazione di un compenso pari a una somma commisurata alla capacità di registrazione dei medesimi supporti);

-all’art. 71 –septies, comma 2, disciplina il –peculiare, come detto- procedimento amministrativo per la determinazione del compenso. A questo riguardo, a differenza di ciò che si sostiene negli appelli, le particolarità del procedimento di approvazione del DM, evidenziate sopra, al p. 4.1., realizzando la collaborazione di una pluralità di soggetti qualificati, appaiono idonee a circoscrivere la discrezionalità ministeriale nello stabilire il compenso per copia privata prevenendo rischi di “arbitrio ministeriale”;

-all’art. 71 –septies, comma 3, individua i soggetti tenuti al pagamento;

-all’art. 71 –octies disciplina le modalità di riscossione di ripartizione del compenso, demandando le relative attività alla Siae, alla quale dev’essere anche presentata, come prevede l’art. 71 –septies, comma 3, della LDA, la dichiarazione trimestrale da parte dei soggetti obbligati;

-i parametri di riferimento dettati dal Legislatore appaiono tutt’altro che privi di elementi concreti capaci di delimitare la discrezionalità del Mibac in materia. La disciplina di livello primario reca criteri oggettivi idonei a circoscrivere la discrezionalità ministeriale –anche, lo si ripete, mediante la previsione del peculiare procedimento di approvazione del DM- evitando che la stessa sconfini nell’arbitrio;

-non pare inutile aggiungere, per quanto riguarda la legge di delegazione n. 39/2002, che l'art. 30 l. cit. richiama in modo esplicito i criteri e i principi contenuti nella direttiva e nei considerando, delineando così anche "a monte", in modo sufficientemente specifico, il quadro normativo di riferimento per il legislatore delegato;

-quanto all'affermata "estensione arbitraria" del novero degli apparecchi e dei supporti assoggettati a prelievo per copia privata, merita di essere condivisa l'affermazione centrale del Tar sul punto, secondo la quale, in sintesi, l'art. 71 septies LDA, al comma 1, definisce gli "apparecchi polifunzionali", sia pure in via indiretta. Infatti, li distingue dagli "apparecchi esclusivamente destinati alla registrazione analogica o digitale di fonogrammi o videogrammi", giacché gli "apparecchi polifunzionali" hanno anche "funzioni ulteriori" rispetto agli apparecchi "dedicati" in via esclusiva alla registrazione anzidetta. Nelle sentenze si puntualizza poi che il comma 1 fa specifico riferimento all'esistenza, nell'apparecchio polifunzionale, di una "componente interna destinata alla registrazione": di qui la conclusione per cui dall'art. 71 septies comma 1 si trae una definizione degli "apparecchi polifunzionali" "ampia ma (nel contempo sufficientemente-n. d. est.) precisa", dato che si tratta in definitiva di apparecchi che, benché non "riservati" a funzioni di "registrazione analogica o digitale di fonogrammi o videogrammi", hanno all'interno una componente destinata alla registrazione che consente loro di svolgere anche questa funzione. Il Tar soggiunge in modo puntuale che:

-quanto alla fissazione della misura del compenso per copia privata l'art. 71 septies, comma 1, valuta anche la possibilità che negli apparecchi polifunzionali la funzione di registrazione possa avere un diverso "peso", e infatti indica come parametro sul quale calcolare il compenso il "prezzo di un apparecchio avente caratteristiche equivalenti a quelle della componente interna destinata alla registrazione": ciò

corroborata la tesi per la quale il Legislatore non ha inteso escludere dal campo di applicazione del compenso per copia privata “gli apparecchi polifunzionali nei quali la registrazione ha solo una minima rilevanza, quali ad esempio i computer, ma ha solo voluto ancorare l’entità del compenso all’effettiva rilevanza della secondaria funzione di registrazione o riproduzione” (così il Tar);

-a livello di DM non viene dunque in questione un’“estensione arbitraria” (o indebita) della categoria dei dispositivi sottoposti a prelievo per copia privata, non avendo, il Mibac, fatto altro se non “esplicitare il contenuto” degli apparecchi e dei supporti soggetti a prelievo, senza porsi in contrasto con l’art. 71 septies;

-in definitiva, la norma ha individuato due categorie di apparecchiature idonee alla “registrazione analogica e digitale di fonogrammi e videogrammi”, vale a dire quelle “esclusivamente destinate” a tale funzione e quelle “polifunzionali” in quanto destinate anche –anzi, soprattutto- a funzioni diverse. Il legislatore ha voluto sottoporre all’obbligo di versamento dell’equo compenso qualsiasi supporto idoneo alla registrazione (anche se non dedicato in via esclusiva a una tale funzionalità tecnica) ma ha previsto una diversa modulazione dell’importo dovuto parametrandola alla potenzialità tecnica dell’apparecchio, e consentendo espressamente anche la determinazione del compenso in misura fissa qualora non sia possibile una valutazione per analogia della capacità di registrazione dell’apparecchio considerato;

-quanto infine al profilo di censura correlato all’interpretazione e all’applicazione dell’art. 4 dell’Allegato Tecnico al DM, anche in relazione alla posizione, sopra illustrata dalle appellanti, d’interesse diretto della Siae a riscuotere i compensi per copia privata; e quanto, più in generale, alla –nuovamente- dedotta illegittimità dell’art. 4 dell’Allegato Tecnico nella parte in cui si limita a prevedere che SIAE promuove (possa promuovere) protocolli, anziché esentare in via diretta, e in maniera radicale, i soggetti obbligati, dal versamento dell’equo compenso con

riferimento agli apparecchi destinati a uso esclusivamente professionale, si fa rinvio a ciò che si dirà “infra”, al p. 4.6. .

4.3.1. Per quanto riguarda le critiche alle sentenze nelle parti in cui non sono state dichiarate illegittime, per ragioni di illegittimità “sostanziale”, singole statuizioni amministrative ritenute lesive, si osserva quanto segue.

4.3.2. In primo luogo, dinanzi al Tar erano state dedotte censure dirette alla dichiarazione d’illegittimità del DM per avere, quest’ultimo, assoggettato a compenso per copia privata gli apparecchi polifunzionali (quali telefoni cellulari e computer, ma anche decoder TV e game console) senza riconoscere che il pregiudizio sofferto dai titolari dei diritti, in conseguenza delle attività di copia privata realizzate attraverso i dispositivi suddetti, era “assente o minimo”. Nei ricorsi al Tar era stato sostenuto in particolare che, per l’assoggettamento degli apparecchi polifunzionali a prelievo per copia privata, non era sufficiente la mera idoneità di tali dispositivi alla realizzazione di copie private; non poteva bastare cioè la semplice possibilità, o capacità, di dette apparecchiature di realizzare copie; né poteva considerarsi irrilevante ai fini dell’assoggettamento suddetto la circostanza che detti apparecchi sono utilizzati solo in via residuale e marginale per la copia e per la riproduzione di materiale audio –video.

4.3.3. Nelle decisioni di primo grado il Tar ha:

-rammentato, sul piano della ricostruzione “storica”, che “la rivoluzione digitale ha rimosso ogni barriera tra l’originale dell’opera e le sue duplicazioni, rendendo possibile la riproduzione gratuita delle opere dell’ingegno (in particolare, quelle musicali, cinematografiche ed audiovisive) ed ha comportato una vera e propria crisi nel settore, determinando una notevolissima diminuzione dei proventi spettanti ai titolari delle opere dell’ingegno (nell’anno 2011, ad esempio, si è registrata una flessione del 50% nella vendita dei supporti fonografici... (cosicché) la crisi del settore ha indotto il Legislatore sia comunitario che nazionale – in sede

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

-precisato che ai fini della determinazione dell'equo compenso è stato previsto il criterio del pregiudizio sofferto dall'autore dell'opera protetta giacché, “dai “considerando” trentacinquesimo e trentottesimo della direttiva 2001/29 emerge ... che l'“equo compenso” è volto ad indennizzare “adeguatamente” gli autori per l'uso delle loro opere protette effettuato senza autorizzazione. Al fine di determinare l'entità di tale compenso –ha soggiunto il Tar- occorre tener conto, quale «criterio utile», dell'«eventuale pregiudizio» subito dall'autore per effetto dell'atto di riproduzione di cui trattasi, ove un «danno (...) minimo» non può tuttavia far sorgere alcun obbligo di pagamento. L'eccezione per l'uso di copia privata deve quindi poter implicare un sistema volto a «indennizzare i titolari di diritti del pregiudizio subito»...;

-sottolineato che “il soggetto che ha causato il pregiudizio al titolare esclusivo del diritto di riproduzione è quello che realizza, a fini di uso privato, tale riproduzione di un'opera protetta senza chiedere la previa autorizzazione al relativo titolare... (aggiungendo che, viste) ... le difficoltà pratiche per individuare gli utenti privati nonché per obbligarli a indennizzare i titolari dei diritti del pregiudizio loro procurato ... (e poiché) il pregiudizio che può derivare da ogni utilizzazione privata, singolarmente considerata, può risultare minimo senza quindi far sorgere un obbligo di pagamento, come affermato nell'ultimo periodo del

trentacinquesimo 'considerando' della direttiva 2001/29, è consentito agli Stati membri istituire, ai fini del finanziamento dell'equo compenso, un «prelievo per copia privata» a carico non dei soggetti privati interessati, bensì di coloro che dispongono di apparecchiature, dispositivi e supporti di riproduzione digitale e che, quindi, conseguentemente, di diritto o di fatto, mettono tali apparecchiature a disposizione dei soggetti privati ovvero rendono loro un servizio di riproduzione...” salva la ripercussione dell'imposizione del prelievo per copia privata sul prezzo della messa a disposizione di tali apparecchiature, dispositivi e supporti di riproduzione ovvero sul prezzo del servizio di riproduzione da essi reso;

-richiamato in modo ampio la sentenza Padawan C-467/08 del 21 ottobre 2010 della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) (§ 42 ss. e, in particolare, dal § 52 al § 58) e concluso affermando che per l'assoggettamento a prelievo degli apparecchi polifunzionali –tra i quali rientrano i telefoni cellulari- è sufficiente la mera idoneità di tali dispositivi alla realizzazione di copie private: basta cioè la semplice possibilità, o capacità, di dette apparecchiature di realizzare copie. Non assume rilievo invece ai fini di causa che apparecchi, supporti e dispositivi siano solo in via residuale e marginale utilizzati per la copia e per la riproduzione di materiale audio –video.

4.3.4. Questi i principali passaggi motivazionali delle decisioni del Tar.

4.3.5. Negli appelli viene dedotta l'erroneità delle sentenze nelle parti in cui non è stata riconosciuta l'illegittimità dell'impugnato DM per avere esso assoggettato a compenso gli apparecchi polifunzionali senza accertare il pregiudizio subito dai titolari dei diritti in conseguenza delle attività di copia privata realizzate –in particolare- attraverso i telefoni cellulari, e senza riconoscere che tale pregiudizio è assente o minimo.

4.3.6. Più in dettaglio le parti appellanti sottolineano anzitutto che il prelievo per copia privata stabilito dal DM è illegittimamente svincolato da un accertamento circa l'effettivo pregiudizio arrecato agli autori dall'uso degli apparecchi polifunzionali, pregiudizio che, nel caso ad esempio dei telefoni cellulari, è inesistente o, al più, talmente minimo da non giustificare alcun compenso a favore degli aventi diritto, e ciò in base al considerando 35 della direttiva –ultimo periodo (c. d. regola “de minimis”, per la quale il compenso non è dovuto qualora il danno per il titolare del diritto sia minimo), data la stretta correlazione tra compenso per copia privata e pregiudizio sofferto dall'autore dell'opera protetta. Ai fini dell'assoggettamento a prelievo per copia privata di computer, cellulari e altri prodotti rientranti nella categoria residuale prevista dalla lett. x) dell'art. 2 dell'Allegato Tecnico al DM, non basta che detti prodotti ricadano nella categoria degli apparecchi polifunzionali: occorre anche verificare “quanto” della componente di tali apparecchi idonea alla riproduzione sia effettivamente utilizzata per la riproduzione privata lecita di opere. E, ad esempio, i computer non sarebbero apparecchi utilizzati prevalentemente per effettuare copie private.

4.3.7. Negli appelli si contesta che per l'assoggettamento a prelievo sia sufficiente la mera idoneità dell'apparecchio alla realizzazione di copie private, con il che sarebbe irrilevante la verifica del pregiudizio arrecato da ciascuna diversa categoria di prodotti. Si sostiene che l'assoggettamento a prelievo per copia privata presuppone che venga accertato il pregiudizio causato agli autori da quella certa tipologia di prodotti, pregiudizio che, come detto, non dev'essere minimo: e che il pregiudizio derivante dall'uso degli apparecchi polifunzionali con particolare riferimento ai telefonini (v. appelli RG nn. 7662/12, 7371/12, 7383/12, 7508/12, 7661/12, 7801/12) non possa che essere assolutamente minimo e tale da non giustificare i milioni di euro versati alla Siae come compenso per copia privata

sarebbe confermato dal rilievo che solo il 2,5 % dei possessori di telefonini ha nel telefono cellulare lo strumento principale con cui realizzare le copie private.

4.3.8. Le appellanti rimarcano poi che il Mibac, nel corso dell'istruttoria, ai fini della determinazione dell'equo compenso per copia privata, avrebbe tenuto conto, pur non potendolo fare, del danno derivante agli autori anche dall'attività di copia non autorizzata / pirata (downloading tramite Internet, c. d. P2P...), anziché limitarsi a verificare il pregiudizio riconducibile in via esclusiva all'attività di copia privata.

4.3.9. Le argomentazioni delle parti appellanti non colpiscono il segno.

4.3.10. Per respingere le censure sopra riassunte va richiamata anzitutto la sopra citata sentenza Padawan della CGUE.

4.3.11. La Corte di Giustizia ha statuito che il pregiudizio che giustifica l'obbligo del pagamento dell'equo compenso e la determinazione dell'entità del compenso stesso è "il pregiudizio eventuale" dato dalla "semplice capacità" degli apparecchi e dei supporti di dare ai privati la "semplice possibilità" di realizzare copie di opere o materiali protetti ad uso personale (§§ 52-58 sent. cit.).

4.3.12. La Corte ha affermato in particolare che "la semplice capacità di tali apparecchiature o di tali dispositivi di realizzare copie è sufficiente a giustificare l'applicazione del prelievo per copie private" se i suddetti dispositivi sono messi a disposizione di persone fisiche quali utenti privati. (§ 56). Il medesimo principio è stato esplicitamente richiamato dalla CGUE anche nella sentenza Amazon.com -11 luglio 2013, causa C -521/11: v. in particolare, il § 42, cui si rinvia.

4.3.13. Al § 55 della sentenza Padawan si è statuito che è "legittimo presumere che tali persone fisiche beneficino integralmente di tale messa a disposizione, vale a dire che si

presume che esse sfruttino pienamente le funzioni associate a tali apparecchiature, ivi comprese quelle di riproduzione".

La CGUE chiarisce che la sua “interpretazione risulta avvalorata dal tenore del trentacinquesimo “considerando” della direttiva 2001/29 (che) menziona, quale criterio utile ai fini della determinazione dell’entità dell’equo compenso, non il semplice “pregiudizio” in quanto tale, bensì il pregiudizio “eventuale”. Il carattere “eventuale” del danno causato all’autore dell’opera protetta risiede nella realizzazione della necessaria condizione preliminare consistente nella messa a disposizione di una persona fisica di apparecchiature o dispositivi che consentano l’effettuazione di copie, che non deve essere necessariamente seguita dall’effettiva realizzazione di copie private” (§ 57 sent. cit.).

4.3.14. Sotto gli aspetti sopra considerati appare quindi indubitabile la legittimità del sistema di copia privata delineato dal DM 30 dicembre 2009 in conformità con l’art. 71-septies della LDA, con riferimento agli apparecchi polifunzionali quali i computer e i telefoni cellulari.

4.3.15. Se lo scopo del citato art. 71 –septies è, conformemente a quanto prevede l’art. 5, § 2, lett. b) della direttiva 2001/29, quello di attribuire agli autori e agli altri aventi diritto un equo compenso per la riproduzione “su qualsiasi supporto” di opere e materiali protetti, è giocoforza che il diritto all’equo compenso per copia privata debba essere riconosciuto in relazione a qualsiasi apparecchio e supporto che consenta ai privati la registrazione di fonogrammi e di videogrammi.

4.3.16. La tesi secondo la quale il citato art. 71 –septies sottoporrebbe a prelievo per copia privata soltanto gli apparecchi e i supporti di registrazione che abbiano come funzione principale quella di registrare fonogrammi e videogrammi è chiaramente infondata.

4.3.17. L’art. 71 –septies cit. , coerentemente con la direttiva, assoggetta a prelievo per copia privata non singoli tipi di apparecchi e di supporti di registrazione, ma tutti gli apparecchi e i supporti che svolgono (anche) la funzione di registrazione e

che sono idonei a essere utilizzati dai privati per riprodurre a uso personale opere e materiali protetti.

4.3.18.L'eventuale carattere marginale o residuale della funzione di riproduzione, rispetto ad altre funzioni "connaturali" dell'apparecchio (sia esso computer o telefonino o altro); la circostanza che la realizzazione della copia a uso privato non costituisca una delle funzioni essenziali o principali dell'apparecchio, sono elementi privi di rilievo ai fini della sottoposizione a prelievo, o meglio, dell'esclusione da compenso per copia privata di apparecchi "ibridi", non specificatamente dedicati alla registrazione e alla memorizzazione di contenuti.

4.3.19.Ciò che conta ai fini della soggezione all'obbligo di pagamento dell'equo compenso è che apparecchiature, dispositivi e supporti di riproduzione siano idonei a essere utilizzati per realizzare copie private, potendo dunque causare un pregiudizio all'autore dell'opera protetta: per l'assoggettamento a prelievo –e, simmetricamente, per aversi equo compenso per copia privata- è sufficiente, insomma, la (mera) capacità, idoneità, potenzialità di realizzazione di copie private da parte di tali apparecchi.

4.3.20.Non può dunque trarsi alcun profilo d'illegittimità del decreto impugnato in primo grado dal fatto che il DM faccia riferimento a supporti "dedicati", "non dedicati, idonei alla registrazione", a "dispositivi con funzioni ulteriori", "memorie che consentano la registrazione", anziché fare riferimento soltanto ad "apparecchi, dispositivi, memorie, supporti destinati alla registrazione": di qui la correttezza anche del riferimento, contenuto nelle decisioni impugnate, alla sentenza della CGUE 7 dicembre 2006, causa C-306/05, SGAE, punti 43 e 44, là dove è stato chiarito che per l'assoggettamento a compenso per copia privata non occorre che i dispositivi siano in concreto adoperati per la riproduzione di opere dell'ingegno: è sufficiente la loro "possibile utilizzazione", ossia la semplice capacità di realizzare copie private.

4.3.21. La marginalità della funzione di riproduzione, rispetto alle funzioni “tipiche” dell’apparecchio, verrà presa in considerazione in sede di determinazione della misura del prelievo; il compenso verrà commisurato alla effettiva rilevanza della (secondaria) funzione di registrazione o di riproduzione ma –come correttamente posto in risalto dalle parti appellate- in base ai principi di diritto europeo l’eventuale carattere residuale della funzione di riproduzione non può di per sé escludere la previsione dell’assoggettamento a compenso.

4.3.22. In definitiva, sotto l’aspetto suindicato il DM non è andato al di là di quanto previsto dalla legge.

4.3.23. Per quanto riguarda il pregiudizio asseritamente inesistente, o del tutto minimo, per l’autore, derivante dall’utilizzo di apparecchi polifunzionali, con particolare riferimento ai dispositivi di telefonia mobile, se una singola utilizzazione privata, individualmente considerata, può arrecare un pregiudizio “minimo” senza quindi far sorgere un obbligo di pagamento (v. § 46 sent. Padawan), non può invece essere ritenuto “minimo” il pregiudizio causato agli autori dalla realizzazione di molteplici copie private mediante apparecchi che consentono la riproduzione di opere protette. Del resto, è incontestabile che la memoria di un telefono cellulare sia idonea alla duplicazione di un’ingente quantità di materiale protetto dal diritto d’autore.

4.3.24. Il collegio perciò condivide l’affermazione centrale del Tar sulla questione, secondo cui non può parlarsi di “danno minimo” per i “titolari dei diritti”, secondo l’ultimo periodo del considerando 35 della direttiva, in relazione alla possibilità di visionare le opere diffuse in rete mediante gli apparecchi polifunzionali (principalmente, computer e telefoni cellulari), e ciò perché “la memoria di un computer, di un telefono cellulare ovvero di qualsiasi altro apparecchio idoneo a scaricare files è senz’altro idonea alla duplicazione di ingenti quantità di materiale protetto dal diritto di autore”.

4.3.25. Se cioè una singola utilizzazione privata, individualmente considerata, può essere in grado di arrecare un pregiudizio minimo o, comunque, trascurabile, ai titolari dei diritti, non potrà essere considerato minimo il danno arrecato agli autori dalla realizzazione di molteplici copie private mediante più apparecchi che consentano la riproduzione di opere protette.

4.3.26. La “logica individuale” di –parziale- corrispettività che permea la disciplina sull’equo compenso non risulta affievolita, avuto riguardo alla capacità di ciascuna memoria di un computer, o di un telefono cellulare, ovvero di qualsiasi altro apparecchio idoneo a scaricare files, di duplicare ingenti quantità di materiale protetto dal diritto di autore.

4.3.27. Ciò esime dall’approfondire la questione specifica sul se il § 46 della sentenza Padawan, nel quale si afferma che “il pregiudizio che può derivare da ogni utilizzazione privata, singolarmente considerata, può risultare minimo senza quindi far sorgere un obbligo di pagamento” (v. ultimo periodo del considerando 35 della direttiva), possa essere letto, “a contrariis” e in via “indiretta”, nel senso che, se si considera la complessiva capacità di duplicazione di ciascun prodotto “ibrido”, o l’insieme dei consumatori, il pregiudizio diventi di non scarsa rilevanza.

4.3.28. Nè può ritenersi che l’assoggettamento ad equo compenso su una serie di apparecchi multimediali previsti in particolari dalle lett. r), s) e x) del decreto impugnato sia irragionevole. Si tratta, infatti, come ha correttamente soggiunto il Tar, di supporti dotati di funzionalità di registrazione e di riproduzione di opere protette e dunque idonei ad arrecare un pregiudizio al titolare del diritto di autore attraverso la riproduzione: pregiudizio che dev’essere quindi remunerato.

4.3.29. Merita condivisione anche l’affermazione ulteriore del Tar per la quale neppure la previsione di una categoria aperta quale quella di cui alla lett. x) del DM può ritenersi irrazionale o tale da rendere indeterminato il decreto stesso, dato che il settore della tecnologia digitale è soggetto a una continua evoluzione e la

categorizzazione operata – senza la previsione di una categoria residuale – “potrebbe determinare il mancato assoggettamento a compenso di prodotti che abbiano funzioni di registrazione di contenuti audio e video ma che non possano concretamente inquadrarsi nelle specifiche previsioni indicate nelle lettere precedenti dell’Allegato tecnico al decreto, con evidenti violazioni del principio di non discriminazione...”.

4.3.30. Non va inoltre sottaciuto che, con riguardo all’equo compenso per i telefoni cellulari, il Tar ha osservato in modo persuasivo che la misura del prelievo (€ 0,90) rivela come “sia stato ben tenuto in conto dall’amministrazione, nella sua quantificazione, il parametro del pregiudizio causato agli autori, che è stato appunto valutato non particolarmente rilevante (sul punto cfr. i dati dello studio GPF che danno atto del fatto che i telefonini, pur essendo usati per l’attività di copia privata, solo per un numero non rilevante di utenti (valori intorno al 2,5%) rappresentano il principale strumento per effettuarla)...”: decisione che, assunta nell’esercizio di poteri di discrezionalità tecnica attribuiti all’Amministrazione, non appare manifestamente irragionevole o sproporzionata o incongrua.

4.3.31. Secondo logica, per i prodotti “dedicati” viene previsto un compenso più elevato, poiché si tratta di prodotti destinati alla riproduzione di opere protette. Per i prodotti “ibridi” il compenso fissato è invece più esiguo, essendo gli stessi destinati anche ad altri scopi.

4.3.32. La determinazione di un compenso fisso di € 0,90 in relazione a dispositivi che hanno una funzione primaria di comunicazione comprova la cautela usata dal Mibac nel definire le misure dei compensi.

4.3.33. Va ora esaminato il riproposto profilo di censura secondo cui il Mibac, nel determinare il compenso per copia privata, avrebbe illegittimamente tenuto conto, pur non potendolo fare, del danno derivante agli autori anche dalle riproduzioni gratuite delle opere dell’ingegno, ossia dall’attività di copia non autorizzata / pirata

(downloading tramite Internet, condivisione P2P –“peer to peer” dei file...), anziché limitarsi a verificare il pregiudizio riconducibile in via esclusiva all'attività di copia privata, calcolando solo su quello l'importo del prelievo.

4.3.34.L'assunto delle società appellanti è che l'equo compenso non mira a indennizzare i titolari di diritti per gli atti illegali collegati alla riproduzione non autorizzata di opere dell'ingegno e di altri materiali protetti. I danni derivanti dalle diverse riproduzioni illecite –la c.d. pirateria, non possono essere risarciti con i compensi previsti per le riproduzioni private lecite di opere.

4.3.35.Il Tar non avrebbe tenuto ben distinto l'istituto della copia privata dal fenomeno della copia non autorizzata –fattispecie di “pirateria”, e avrebbe avallato una determinazione dei livelli del compenso commisurata sia al pregiudizio derivante dalle attività di copia privata, e sia ai danni derivanti dalle attività di copia non autorizzata. 4.3.36.L'Amministrazione avrebbe dovuto compiere una verifica effettiva sul pregiudizio derivante dalle attività di copia privata, e solo di esse, con riferimento a ciascuna categoria di prodotto, escludendo il compenso ove il pregiudizio per gli autori fosse risultato assente o minimo (come nel caso dei telefoni cellulari). Gli studi GPF acquisiti nel corso dell'istruttoria sarebbero inidonei a consentire la determinazione di un compenso parametrato al pregiudizio derivante dalle attività di copia privata.

4.3.37.Anche il profilo di censura sopra riassunto non può trovare accoglimento.

4.3.38.Preliminarmente non pare inutile rammentare e comunque ribadire che gli Stati membri dispongono di un “ampio potere discrezionale”, di “marginari di manovra estesi” per quanto attiene alla determinazione dell'entità dell'equo compenso per copia privata (cfr. sent. CGUE Amazon.com cit. , § 20; v. anche il considerando 35 della direttiva, secondo cui nel determinare l'entità dell'equo compenso va tenuto conto delle peculiarità di ciascun caso).

4.3.39. A valle, ossia a livello amministrativo interno, la decisione sulla misura del prelievo viene assunta nell'esercizio di estesi poteri contrassegnati da discrezionalità tecnica.

4.3.40. Guardando ora più da vicino la fattispecie, dall'esame del DM e degli atti dell'istruttoria –adeguata e congrua, come si dirà meglio più avanti- non risulta presa in considerazione, in vista della quantificazione del compenso, l'attività di copia illegale o in ogni caso non autorizzata.

4.3.41. Non è quindi pertinente, o in ogni caso rilevante per decidere, il richiamo delle appellanti alla sentenza CGUE Aci Adam 10 aprile 2014 –causa C-435/12 (v. in particolare i § 29 e seguenti, 37, 41 e da 54 a 58, oltre al p. 2) del dispositivo), nella parte in cui si è affermato che l'art. 5, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2001/29, in combinato disposto con il paragrafo 5 di tale articolo, dev'essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, che non fa distinzione tra la situazione in cui la fonte a partire dalla quale una riproduzione per uso privato è realizzata è legale e la situazione in cui tale fonte è illegale.

4.3.42. La decisione sulla misura del prelievo è stata presa, nell'esercizio della discrezionalità tecnica sopra ricordata, tenendo conto della possibilità che gli apparecchi e i supporti siano utilizzati per riprodurre fonogrammi e videogrammi lecitamente prodotti e diffusi e secondo una forfetizzazione, come detto, tutt'altro che incongrua.

4.3.43. Sulla questione relativa al rischio di “doppie imposizioni” sulla medesima attività di realizzazione di un'unica copia privata, in violazione del considerando 35 della direttiva, in base al quale quando il titolare dei diritti ha già ricevuto un pagamento in altra forma, per esempio nell'ambito di un diritto di licenza, ciò non può comportare un pagamento specifico o a parte, nei ricorsi al Tar era stata denunciata la irragionevolezza della “doppia imposizione” alla quale può essere

assoggettata un'unica attività di riproduzione di una copia per uso personale, e ciò per due diverse ragioni, una di carattere generale, l'altra di ordine tecnico:

- in primo luogo perché per la maggior parte dei file scaricati da internet il privato avrebbe già pagato al titolare del diritto o al suo licenziatario un corrispettivo a titolo di diritto d'autore; e

- inoltre perché, data la limitata potenzialità dei normali computer, gli utenti privati, che utilizzino il computer prevalentemente per realizzare copie di videogrammi, dovrebbero acquistare anche un masterizzatore e una periferica di registrazione pagando, oltre al compenso per l'acquisto del computer, quello per il masterizzatore e per la periferica di registrazione.

4.3.44. Il Tar ha escluso il rischio della doppia imposizione, con riguardo alla prima ipotesi, poiché “non é affatto certo che i files duplicati dagli utenti abbiano già scontato la corresponsione dei diritti spettanti agli autori”; e con riguardo alla seconda ipotesi poiché “secondo l'art. 3 dell'Allegato Tecnico per gli apparecchi monofunzionali o polifunzionali con memoria o hard disk fissi é dovuto il solo compenso per copia privata commisurato alla capacità di registrazione resa dalla memoria o hard disk fissi e, per quanto concerne specificamente i computer, la lettera y) dell'Allegato Tecnico al decreto prevede il pagamento del compenso in misura fissa differenziato a seconda che il computer abbia o meno un masterizzatore incorporato, non essendo dovuto alcun compenso commisurato alla memoria del computer. Non sussiste quindi il rischio di una doppia imposizione. Solo in caso di acquisto separato di un masterizzatore o di una memoria esterna che potenzi la capacità di memoria del computer, è dovuto il compenso per detti dispositivi, ma occorre tener conto che detti dispositivi vengono acquistati successivamente dagli utenti proprio per poter potenziare le capacità di memoria dell'apparecchio e dunque le sue capacità potenzialmente riproduttive “.

4.3.45. Negli appelli (si veda l'RG 7318/12, da pag. 46; poco dissimili gli altri), si ribadisce che l'assoggettamento a compenso sia di dispositivi atti alla riproduzione di fonogrammi e di videogrammi (ad es. , masterizzatori), sia di congegni capaci di immagazzinare dette riproduzioni, costituirebbe una forma di doppia imposizione, dovendo, ad esempio, l'utente che intenda realizzare una sola copia a uso privato del fonogramma o del videogramma, impiegare necessariamente tanto un dispositivo di riproduzione quanto uno di immagazzinamento, con l'obbligo di versare il compenso per copia privata sia sul dispositivo di riproduzione, sia su quello di immagazzinamento: e con conseguente doppio pagamento a fronte dell'unica copia privata realizzata. L'unica ipotesi che sfugge alla doppia imposizione è quella che riguarda l'impiego di un PC con masterizzatore residente (v. art. 2/y) dell'Allegato Tecnico).

4.3.46. Anche il profilo di censura relativo al rischio di "doppia imposizione" è infondato e va respinto, dovendo essere condivise le asserzioni svolte nelle sentenze.

4.3.47. A questo riguardo si considera decisivo porre in risalto l'argomentazione centrale del Tar secondo la quale "non è affatto certo che i files duplicati dagli utenti abbiano già scontato la corresponsione dei diritti spettanti agli autori".

4.3.48. Poiché non si può conoscere "ex ante" se e in quale misura un determinato apparecchio o supporto di registrazione verrà utilizzato dal privato acquirente per riprodurre fonogrammi o videogrammi per i quali è già stato pagato un corrispettivo ovvero per la riproduzione di fonogrammi o di videogrammi per i quali non è stato versato alcun corrispettivo; la condizione necessaria ma anche sufficiente per giustificare l'applicazione del prelievo è la "presunzione" che gli apparecchi e i supporti di registrazione acquistati dai privati vengano da essi utilizzati per riprodurre in modo lecito fonogrammi e videogrammi per i quali non è stata pagata alcuna remunerazione al legittimo titolare, secondo il principio –

richiamato sopra, all'inizio del p. 4.3. -insito nel sistema del prelievo per copia privata in base al quale il compenso è dovuto, appunto, in relazione alla semplice "possibilità" che gli apparecchi e i supporti siano utilizzati dai privati per riprodurre in modo lecito e a uso personale opere e materiali protetti dalla LDA, sulla base, cioè, del presumibile carattere legale della fonte a partire dalla quale viene realizzata una riproduzione per uso privato.

4.3.49. Diversamente opinando sfuggirebbero –inammissibilmente- al pagamento del prelievo prodotti in grado di aumentare anche di molto la capacità di registrazione del computer.

4.3.50. Sulla questione se il DM abbia tenuto conto, conformemente a quanto prevedono gli articoli 5, § 2/b) della direttiva e 71 septies, comma 2, della LDA, nel determinare il compenso per copia privata, dell'adozione, o meno, di misure tecnologiche di protezione (i DRM), destinate a impedire o a limitare atti non autorizzati dai titolari dei diritti, tra cui la possibilità di realizzare la copia stessa; per quanto riguarda cioè l'incidenza delle misure tecnologiche di protezione di cui all'art. 102 –quater della l. n. 633/1941 sulla determinazione del compenso, il Tar ha considerato rispettato l'art. 71 septies della LDA nella parte in cui stabilisce che "per la determinazione del compenso si tiene conto dell'apposizione o meno delle misure tecnologiche di cui all'articolo 102-quater...".

4.3.51. Il giudice di primo grado ha in particolare affermato che l'Amministrazione, nella determinazione dell'equo compenso, ha valutato l'apposizione dei DRM tenendo conto del loro effettivo grado di utilizzo, anche se l'incidenza degli stessi sulla riproduzione delle cosiddette copie private è stata –motivatamente- ritenuta solo marginale.

4.3.52. Negli appelli viene ribadito che l'Amministrazione, ai fini della determinazione delle misure dei prelievi dovuti avrebbe omesso, per propria ammissione, di tenere conto dell'apposizione, e della rilevanza, dei DRM, con

conseguente violazione dell'art. 5, § 2/b) della direttiva e dell'art. 71 septies, comma 2, della LDA.

4.3.53.L'affermazione sul rilievo attualmente marginale dei DRM sarebbe apodittica e priva di riscontri istruttori.

4.3.54.Anche il profilo di censura sopra sintetizzato è infondato e va respinto.

4.3.55.L'art. 5, § 2, lett. b) della direttiva si limita a imporre agli Stati membri che consentano la copia privata di tener conto dell'apposizione o meno delle misure tecnologiche di protezione lasciando però ai singoli Stati ampia discrezionalità nello stabilire in che modo si debba tenere conto delle misure tecnologiche stesse.

4.3.56.Sui DRM la CGUE, nella sentenza VG Wort del 27 giugno 2013, cause riunite da C-457/11 a C-460/11 -§ 55 -59 della motivazione e n. 3 del dispositivo, ha affermato in particolare che “lo Stato membro interessato può far dipendere il livello concreto del compenso dovuto ai titolari di diritti dall'applicazione o meno di siffatte misure tecnologiche, affinché questi ultimi siano effettivamente incoraggiati ad adottarle a contribuiscano, quindi, volontariamente alla corretta applicazione dell'eccezione per copia privata”, ma che “la possibilità di applicazione delle misure tecnologiche previste all'art. 6 della direttiva 2001/29 non fa venir meno la condizione dell'equo compenso prevista all'art. 5, paragrafo 2, lettera b), di tale direttiva”.

4.3.57.Inoltre, a livello di decisione amministrativa interna, l'attività di ricognizione circa l'efficacia, o meno, dei DRM, e sugli inconvenienti tecnici che gli stessi sono in grado di produrre; e l'attività di valutazione conclusiva sulla rilevanza da riconoscere alle misure tecnologiche suddette ai fini della determinazione del compenso, costituiscono espressioni di discrezionalità tecnica caratterizzata da spiccato tecnicismo, ancorché frammista, per quanto riguarda la parte finale dell'attività valutativa, a profili di discrezionalità amministrativa, con la conseguente possibilità di un sindacato giudiziale circoscritto a errori di fatto o ad

aspetti di manifesta illogicità o di palese carenza di motivazione, nella specie insussistenti.

4.3.58. A questo riguardo, come si evince dalla relazione illustrativa del decreto impugnato (v. pag. 5 –nota, e pag. 7), nel DM si è tenuto conto dell'apposizione, sulle opere protette dal diritto d'autore, dei DRM di cui al citato art. 102 –quater della LDA, anche se alle misure tecnologiche di protezione è stato –motivatamente- attribuito un rilievo marginale.

4.3.59. I DRM, infatti, nel tempo hanno perso sostanziale rilevanza.

4.3.60. Gli aventi diritto hanno rinunciato all'apposizione delle misure tecnologiche di protezione sulle proprie opere a causa della loro inefficacia e di gravi inconvenienti tecnici che hanno prodotto problematiche superiori a quelle che i DRM avrebbero dovuto risolvere.

4.3.61. Il Mibac ha dunque sì tenuto conto dei DRM, asseverando tuttavia che l'incidenza delle misure tecnologiche di protezione è talmente irrisoria da non poter incidere in modo significativo sulla riproduzione delle copie private.

4.3.62. Per quanto detto sopra, argomentazioni e conclusioni con le quali il Tar ha respinto il profilo di censura suesposto appaiono ineccepibili e vanno confermate.

4.3.63. Le parti appellanti hanno poi rilevato l'erroneità delle sentenze nelle parti in cui è stata esclusa l'illegittimità del DM là dove (v. art. 2 Allegato Tecnico, da r) a x), con particolare riferimento agli apparecchi polifunzionali, il compenso è stato determinato mediante commisurazione del prelievo alla capacità di memoria della componente interna destinata alla registrazione (ovvero in misura fissa: art. 2/w), anziché con riferimento a una quota parte del prezzo di vendita di un apparecchio avente caratteristiche equivalenti a quelle della componente interna destinata alla registrazione.

4.3.64. Si sostiene in particolare che l'art. 71 septies della LDA prevederebbe che il compenso per la riproduzione privata di fonogrammi e di videogrammi venga

necessariamente determinato, per gli apparecchi polifunzionali, come una percentuale del prezzo di un apparecchio avente caratteristiche equivalenti a quelle della componente interna destinata alla registrazione, invece che –come è stato stabilito dal DM- sulla base della capacità di memoria della componente interna medesima.

4.3.65.L'alterazione rispetto alla previsione normativa consisterebbe nell'aver commisurato il compenso, per quanto riguarda i dispositivi di cui alle lettere da r) a x) dell'art. 2 dell'Allegato Tecnico al DM, alla capacità di memoria della componente interna destinata alla registrazione, anziché a una quota parte del prezzo di vendita.

4.3.66.Il profilo di doglianza riproposto negli appelli è infondato e va respinto.

4.3.67.Il DM è “in parte qua” rispettoso del dettato di cui all'art. 71 septies, comma 1, della LDA poiché tale norma prevede (tra l'altro) che “per i supporti di registrazione audio e video, quali supporti analogici, supporti digitali, memorie fisse o trasferibili destinate alla registrazione di fonogrammi o videogrammi, il compenso è costituito da una somma commisurata alla capacità di registrazione resa dai medesimi supporti...”.

4.3.68.L'Amministrazione, nell'esercizio, tutt'altro che irragionevole, della discrezionalità tecnica che le spetta (anche) in tema di determinazione dei criteri e di quantificazione dei compensi dovuti per copia privata, ha ritenuto che gli apparecchi polifunzionali destinati alla registrazione possano essere qualificati come “supporti di registrazione audio e video”.

4.3.69.Il DM, nella parte in cui il compenso è stato commisurato –non a una quota parte del prezzo di vendita dell'apparecchio, ma, quasi integralmente- alla capacità di memorizzazione, non ha dunque sovvertito la scelta compiuta dal legislatore.

4.3.70.Meritano condivisione in particolare i rilievi del Tar (v. in particolare le sentenze nn. 2157 e 2159 del 2012) secondo i quali:

-“il riferimento alla capacità di memoria trova adeguato fondamento nella “ratio” della normativa in esame –che è chiara nella finalità sebbene questa non si rifletta adeguatamente nella formulazione testuale (dell’art. 71 septies cit.) e scaturita da considerazioni di carattere oggettivo ricollegabili alla natura del prodotto”;

-“i prodotti più evoluti vengono utilizzati per la riproduzione di audio e videogrammi in maniera significativa e pertanto l’adozione della capacità di memoria quale parametro di determinazione del quantum risponde a quell’esigenza di commisurazione del compenso al fine del ristoro per il pregiudizio arrecato ai titolari dei diritti di autore che costituisce appunto la ratio della normativa in esame...”;

-“l’adozione dell’opposto criterio del prezzo di prodotto avente medesima capacità avrebbe comportato, esso sì, risultati incongrui, in quanto, a parità di memoria, il prezzo degli apparecchi monofunzionali può variare in misura più o meno ampia in ragione di diversi fattori (marca, estetica, etc.) che non hanno attinenza con la minore o maggiore possibilità di utilizzo a fini di copia privata, che invece aumenta, anche nei prodotti polifunzionali, in modo proporzionale con l’aumentare della capacità di memoria...”;

-è nella “capacità di registrazione” che, alla stregua di un esercizio non illogico della discrezionalità in materia, va individuato il “parametro prevalente” per il calcolo del compenso, “in quanto in tal modo l’importo del compenso viene commisurato alla capacità di duplicazione delle opere protette e pertanto proporzionato all’effettivo pregiudizio cagionato dall’utilizzo del materiale protetto”;

-(per quanto riguarda la categoria “aperta” di supporti ex art. 2/x DM cit. , come già detto sopra) la previsione della commisurazione del compenso alla capacità di memoria “risponde ... alla logica del sistema di remunerazione che richiede un continuo adattamento all’evoluzione della tecnologia digitale per cui “si

paleserebbe estremamente arbitrario che un apparecchio con funzioni di riproduzione audio e video, solo perché non ricadente in categorie predefinite, sfugga all'obbligo di pagamento dell'equo compenso. In tal caso, sì, che si determinerebbe una situazione di discriminazione tra prodotti con la medesima idoneità riproduttiva”.

4.3.71.Sul piano della completezza e dell'adeguatezza dell'istruttoria non pare inutile fare richiamo alla relazione illustrativa al DM nella quale, dopo avere acquisito e preso in considerazione i diversi interessi coinvolti, si afferma che, per i dispositivi di telefonia mobile e i computer, in ragione delle caratteristiche ibride che li connotano, le modalità di determinazione del compenso vanno individuate con la previsione di un importo fisso in luogo del criterio inizialmente previsto della capacità di registrazione, trattandosi di prodotti che possono essere qualificati, agli effetti della normativa, “tanto come apparecchi, quanto come supporti” (v. pag. 8 relazione illustrativa).

4.3.72.Sulla questione della videoregistrazione da remoto.

Nell'appello di Fastweb (n. RG 7508/12, contro la sentenza del Tar Lazio n. 2157/12) viene ribadita l'illegittimità del DM anche nella parte in cui l'autorità amministrativa non ha ritenuto opportuno provvedere alla determinazione del compenso con riferimento ai sistemi di videoregistrazione da remoto. Come si evince dalla relazione illustrativa al DM (pag. 13), l'Amministrazione ha ritenuto di soprassedere, in via cautelativa, alla determinazione del compenso, con riferimento ai sistemi di videoregistrazione da remoto, per non esporre lo Stato Italiano a una procedura d'infrazione preannunciata dalla Commissione europea in ragione della rappresentata non conformità dell'art. 71 septies, comma 1, ultimo periodo, della LDA -secondo cui “per i sistemi di videoregistrazione da remoto il compenso (per la riproduzione privata) è dovuto dal soggetto che presta il servizio ed è commisurato alla remunerazione ottenuta per la prestazione del servizio stesso”-

rispetto alla direttiva 2001/29; e in relazione alla segnalata incompatibilità della bozza di DM con la direttiva medesima.

4.3.73. Il Tar, dopo avere (soltanto) adombrato la sussistenza di un interesse di Fastweb alla proposizione della censura, e ciò in relazione al “pieno riconoscimento legislativo” dei servizi di videoregistrazione da remoto “come modalità consentite per effettuare una riproduzione a fini privati” (ossia “come interesse all’attuazione di un “contesto normativo” che consenta di giovare della qualificazione come copia privata e della sottoposizione alla relativa disciplina anche della riproduzione di opere effettuata tramite i servizi” forniti da Fastweb agli abbonati); ha ritenuto di prescindere dalla qualificazione di tale interesse come giuridico o di fatto e dal suo carattere diretto, personale e attuale, o meno, data l’infondatezza della censura nel merito.

4.3.74. E nel merito il Tar, esposte in sintesi le diverse interpretazioni alle quali è sottoposto il citato art. 71 septies, comma 1, ultimo periodo della LDA, è giunto alla conclusione che, per respingere il motivo, bastava rilevare il carattere “tutt’altro che arbitrario”, in un contesto qualificatorio e interpretativo “di estrema incertezza”, della scelta del Mibac di soprassedere in via temporanea a dare attuazione alla disposizione di cui al citato art. 71 septies, comma 1, ultimo periodo, della LDA.

4.3.75. L’appellante reitera la –complessa– questione di merito che riguarda la qualificazione dei servizi di videoregistrazione da remoto e l’estensione della disciplina comunitaria sull’equo compenso per copia privata ai sistemi di videoregistrazione da remoto.

4.3.76. Sennonché, per superare anche il profilo di doglianza appena riassunto, in disparte il rilievo per cui non si vede dove stia –e comunque quale consistenza effettiva e diretta assuma attualmente, e assumesse all’epoca del ricorso al Tar– l’interesse alla censura di Fastweb, dal momento che la sottoposizione a critica

riguarda in via diretta il DM nella parte in cui non viene imposto a carico della società alcun obbligo di versamento di compensi per le prestazioni, nell'ambito della propria offerta commerciale, dei servizi di videoregistrazione da remoto, con la conseguenza che, non essendo previsto alcun esborso, nessun prelievo potrà essere imposto a carico degli operatori del settore i quali non potranno soffrire alcun pregiudizio; in disparte ciò, per superare anche questo profilo di censura appare decisivo il vaglio relativo all'esistenza, "cristallizzati" al momento dell'adozione del decreto, di validi presupposti per giustificare la scelta del Mibac di soprassedere alla determinazione del compenso per copia privata con riferimento ai sistemi "da remoto".

4.3.77. Il vaglio predetto è favorevole. Dagli atti di causa (si veda in particolare la relazione illustrativa al DM, pag. 13), si ricava infatti che in prossimità dell'adozione del DM era in atto una riflessione, in sede comunitaria e nazionale, sull'inclusione, o meno, dei sistemi di videoregistrazione da remoto nell'ambito della disciplina dell'equo compenso per copia privata.

4.3.78. In particolare, la Commissione europea aveva segnalato e ribadito al Governo italiano il contrasto tra l'art. 71 septies, comma 1, ultimo periodo, della LDA e le disposizioni di cui agli articoli 2 (diritto esclusivo di riproduzione) e 3 (diritto di messa a disposizione del pubblico dell'opera protetta) della direttiva 2001/29.

4.3.79. Al fine di non subire una procedura d'infrazione da parte della Commissione europea per la violazione di una disciplina oggetto di armonizzazione a livello comunitario, il Mibac ha in modo legittimo deciso di soprassedere in via temporanea a dare attuazione al citato comma 1 –ultimo periodo, assumendo una condotta -come ha correttamente osservato il Tar- "ispirata a esigenze cautelative del tutto condivisibili (ponendo in essere) quindi un atto soprassessorio ... legittimo alla stregua delle circostanze in essere al momento

della sua adozione”; compiendo così un ragionevole bilanciamento tra le esigenze di tutela degli interessi degli autori o di coloro che commercializzano opere dell’ingegno (unici soggetti, come rileva l’appellata Siae, sicuramente lesi dalla mancata determinazione del compenso in questione), e l’interesse pubblico a non emanare atti tali da esporre lo Stato italiano a responsabilità in sede europea.

4.3.80. Va solo aggiunto che è inappropriato il riferimento, compiuto da Fastweb, al § 46 della sentenza Padawan, che riguarda unicamente i soggetti sui quali incombe l’obbligo del versamento del compenso per copia privata, considerate le difficoltà pratiche di individuare gli utenti privati che, mediante la riproduzione a uso personale, hanno arrecato pregiudizio all’autore dell’opera.

4.3.81. Anche quest’ultima statuizione del Tar non è dunque censurabile.

4.3.82. Sono infondati e vanno respinti anche i profili di critica (proposti in particolare nei ricorsi nn. 7661, 7662 e 7801 del 2012) imperniati sulle –asserite– carenze relative all’istruttoria svolta in vista dell’adozione del DM, con particolare riferimento alla mancata verifica del pregiudizio effettivamente sofferto dai titolari dei diritti a causa delle copie private riprodotte impiegando ciascuna delle categorie di apparecchi e supporti assoggettati al compenso, escludendo dal calcolo dell’ammontare del prelievo tutte le attività che non rientrano nella nozione di “copia privata”, il che, nella prospettazione delle appellanti, influirebbe anche sulla logicità, nel suo complesso, dell’agire dell’Amministrazione.

4.3.83. Senza dover ripercorrere tutte le fasi dell’assai articolato “iter” procedimentale che ha condotto alla emanazione del DM, per confutare i profili di censura sopra riassunti va in primo luogo e in termini generali ribadito, col Tar e con le parti appellate, che il Mibac:

-ha sentito sia il Comitato consultivo permanente per il diritto d’autore e sia i rappresentanti delle associazioni maggiormente rappresentative dei produttori degli apparecchi e dei supporti;

-ha istituito, in seno al Comitato consultivo permanente, un'apposita Commissione speciale per l'istruttoria del parere, che ha compiuto circa 30 audizioni di soggetti interessati;

-per il tramite della Siae ha commissionato indagini di mercato ed effettuato una ricognizione della situazione normativa ed economica dei diritti di copia privata nei principali Paesi europei.

4.3.84. Vero che è stata la Siae a commissionare indagini e studi.

4.3.85. Ma è vero anche che Siae –arg. ex art. 71 octies, comma 3, della LDA, secondo cui "il compenso di cui all' articolo 71-septies per gli apparecchi e i supporti di registrazione video è corrisposto alla Società italiana degli autori ed editori (S.I.A.E.), la quale provvede a ripartirlo al netto delle spese, anche tramite le loro associazioni di categoria maggiormente rappresentative, per il trenta per cento agli autori, per il restante settanta per cento in parti uguali tra i produttori originari di opere audiovisive, i produttori di videogrammi e gli artisti interpreti o esecutori..."- non è il percettore finale dell'equo compenso per copia privata ma ha esclusivamente compiti di riscossione dei compensi e di redistribuzione degli stessi agli autori e ai produttori, al netto delle spese: sotto questo aspetto la Siae, concorrendo a soddisfare esigenze d'interesse generale a protezione del diritto d'autore, a tutela di interessi collettivi, di raccolta e ripartizione di compensi per copia privata, espleta funzioni istituzionali o comunque di rilievo pubblicistico, il che "colora" di plausibilità le risultanze delle indagini e degli studi compiuti. In ogni caso, dagli atti prodotti non risulta una mancanza di affidabilità attribuibile agli studi e alle indagini suddette.

4.3.86. Sul difetto d'istruttoria riferito, in modo più specifico, alla mancata verifica in ordine all'incidenza concreta, sugli autori di opere dell'ingegno, del danno provocato dalle riproduzioni private, la conclamata, notevole diminuzione dei proventi degli autori di opere dell'ingegno (in dieci anni la riduzione delle entrate

ha superato i due terzi), “combinata” con l’estesa discrezionalità tecnica riconosciuta al Mibac in materia di compensi per copia privata, esimevano, ed esimono, dal compiere indagini ulteriormente approfondite sulla ripartizione del danno.

4.3.87. Appaiono invece pregnanti e vanno condivise le conclusioni del Tar sul punto, nel senso cioè che il Mibac, nell’esercizio dei propri poteri di discrezionalità tecnica, prima di adottare il decreto impugnato ha compiuto un’istruttoria adeguata e idonea a soddisfare le esigenze definite dalla LDA, acquisendo e tenendo conto di tutti gli interessi coinvolti, e inoltre contemperando le diverse esigenze rappresentate dagli esponenti delle categorie interessate.

4.3.88. La motivazione delle decisioni del Tar sull’addotta carenza d’istruttoria è dunque sufficiente e congrua.

4.4.1. Vanno ora esaminati i profili di censura che attengono alla –ribadita– violazione diretta dei principi comunitari in materia di divieto di aiuti di Stato, di divieto di abuso di posizione dominante e di libera circolazione delle merci.

4.4.2. Il Tar (per tutte, v. sent. n. 2158/12) ha considerato insussistenti le violazioni suddette.

4.4.3. In particolare il giudice di primo grado:

a) sulla dedotta violazione dei principi comunitari in materia di divieto di aiuti di Stato:

-ha precisato in via preliminare che la qualificazione di una misura in termini di aiuti di Stato implica un trasferimento di risorse pubbliche e un indebito vantaggio economico per le imprese interessate, oltre che la “selettività” della misura, e gli effetti sulla concorrenza e sugli scambi;

-ha osservato che poiché le norme sugli aiuti di Stato riguardano soltanto “le misure che comportano un trasferimento di risorse statali”, anche se erogate da enti diversi dallo Stato (la Siae, nella specie), chiaramente non sussiste il requisito

del “trasferimento di risorse pubbliche” venendo invece in discorso unicamente la distribuzione, ai titolari di diritti, di somme, pagate da privati a titolo di “controprestazione” per la riproduzione privata e soltanto acquisite dalla Siae nell’esercizio di compiti di raccolta e di ripartizione dei compensi;

-ha soggiunto che manca il requisito del vantaggio, sotto forma di riduzione di costi, o di aumento di entrate, privo di giustificazione sotto il profilo economico, vantaggio che il beneficiario non avrebbe ottenuto in condizioni normali di mercato, con conseguente collocazione fuori dal funzionamento del mercato e distorsione della concorrenza e degli scambi, dato che si verifica un trasferimento di risorse tra privati a titolo di “compenso” dovuto dall’utente di un prodotto multimediale per la fruizione individuale di un prodotto coperto da copyright e che pertanto trova la sua giustificazione proprio nello scambio tra privati, in una prospettiva di mercato e non d’ausilio. Inoltre il compenso è ridotto rispetto alle misure fissate da altri Paesi europei;

-ha rilevato che neppure sussiste l’elemento della selettività, in quanto non si tratta di una misura arbitrariamente adottata dallo Stato italiano per favorire le proprie imprese o i propri autori, ma si tratta, piuttosto, di un atto doveroso di adempimento di impegni comunitari, che obbligano lo Stato membro che decida di consentire la copia privata di rendere indenni autori e produttori dal danno per la mancata percezione dei relativi diritti e ciò avviene mediante il versamento di una somma –ridotta- a titolo appunto di equo compenso, che si applica indipendentemente dalla origine nazionale del supporto o del dispositivo nei riguardi quindi dell’intera categoria di operatori, senza discriminazioni in base alla nazionalità degli stessi;

-quanto agli effetti sulla concorrenza e sugli scambi fra Stati membri si tratta di un aspetto già considerato dal legislatore comunitario e oggetto di armonizzazione delle legislazioni nazionali, in attesa di una possibile, futura “tariffa unica” stabilita

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

4.4.4. Negli appelli contro la statuizione sopra riassunta si osserva in sintesi, sul profilo di censura relativo alla dedotta violazione del divieto di aiuti di Stato, che:

-quanto alla provenienza dell'aiuto da fonte statale, non va fatta distinzione tra l'ipotesi in cui l'aiuto viene concesso direttamente dallo Stato e quella in cui l'aiuto è concesso da enti pubblici o privati che lo Stato designa per la gestione dell'aiuto;

-il vantaggio economico indebito appare di immediata evidenza giacché il DM ha ampliato in maniera notevole il numero degli apparati assoggettati a compenso, non sono state previste esenzioni dal prelievo per copia privata con riferimento ai dispositivi utilizzati a scopo esclusivamente professionale e sussistono seri rischi di doppie imposizioni; il vantaggio eccede la misura congrua destinata a indennizzare il titolare del diritto, a fronte della riproduzione per copia privata; per quanto eccede il quantum strettamente necessario a indennizzare l'autore dell'opera; a fronte dell'utilizzo della copia privata l'equo compenso –che non è un corrispettivo- diventa una misura pubblica non economicamente giustificata;

-sulla selettività, vi sarebbe uno spostamento di risorse da un settore produttivo (quello dei produttori / importatori di apparecchi e supporti) a un altro (quello della “industria dei contenuti”).

4.4.5. L'impugnazione è infondata.

4.4.6. Le statuizioni del Tar resistono nel complesso alle critiche mosse.

4.4.7. L'equo compenso non integra un aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107 del TFUE.

4.4.8. Il divieto di aiuti di Stato “presuppone che sia soddisfatto ognuno dei quattro criteri cumulativi sui quali si fonda l'art. (107, par. 1 del TFUE). In prima luogo, deve trattarsi di un intervento dello Stato ovvero effettuato mediante risorse statali; in secondo luogo tale intervento deve poter incidere sugli scambi tra gli Stati

membri, in terzo luogo deve concedere un vantaggio al suo beneficiario e, in quarto luogo, deve falsare o minacciare di falsare la concorrenza" ("ex multis" v. CGUE, sentenza 17 novembre 2009, causa C-169/08, Presidente del Consiglio dei Ministri c. Regione Sardegna, § 52).

4.4.9. Le condizioni di cui all'art. 107 del TFUE sono cumulative ed è quindi sufficiente che anche una sola di esse non sia soddisfatta per escludere la presenza di un aiuto di Stato.

4.4.10. In primo luogo, il Tar ha chiarito che non vengono in questione risorse pubbliche erogate dalla SIAE ai suoi associati, bensì somme -pagate da privati a titolo di "controprestazione" per la copia privata- che vengono dalla SIAE soltanto raccolte in virtù del rapporto di mandato con i privati effettivi beneficiari e poi a essi redistribuite.

4.4.11. L'equo compenso riveste infatti –come già detto- una funzione (anche) sinallagmatica o comunque di indennizzo, a favore del titolare del diritto d'autore, a fronte dell'utilizzazione, quantomeno potenziale, di opere tutelate dal diritto d'autore, in relazione al pregiudizio che l'autore dell'opera riceverebbe dalla riproduzione e/o dall'utilizzazione non autorizzata di una sua opera, con conseguente indebito arricchimento degli utenti.

4.4.12. Di qui, la correttezza sostanziale, ai fini suindicati, della qualificazione della somma versata, dal privato all'ente –"collettore" Siae, come "controprestazione", ancorché con aspetti "forfettari", per la riproduzione privata (sul fatto che l'equo compenso sia da considerarsi "contropartita" del pregiudizio sofferto dal titolare del diritto esclusivo di riproduzione in ragione dell'istituzione dell'eccezione per copia privata v. anche CGUE, sentenza Amazon.com, causa C-521/11, § 50).

4.4.13. Nella fattispecie, la previsione dell'equo compenso non è imputabile in via unilaterale allo Stato italiano, ma rappresenta una misura esplicitamente prevista dalla direttiva 2001/29/CE (art. 5, § 2, lett. b), secondo la quale gli Stati membri

hanno facoltà di introdurre l'eccezione per copia privata "a condizione che i titolari dei diritti ricevano un equo compenso".

4.4.14. In situazioni come questa, nel trasporre la norma nel diritto interno "gli Stati membri non fanno che dare esecuzione a norme comunitarie in conformità degli obblighi che incombono loro in virtù del Trattato. La disposizione di cui si tratta, quindi, non è imputabile allo [Stato membro], ma deriva in realtà da un atto del legislatore comunitario" (Tribunale dell'Unione europea, sentenza 5 aprile 2006, T-351/02, Deutsche Bahn c. Commissione, § 102).

4.4.15. In secondo luogo la misura deve essere non solo riferibile allo Stato, ma deve altresì costituire un trasferimento di risorse pubbliche verso operatori privati: "soltanto i vantaggi concessi direttamente o indirettamente mediante risorse statali vanno considerati aiuti di Stato ai sensi dell'art. [107, par. 1, TFUE]" (Corte di Giustizia, sentenza 5 marzo 2009, causa 222/07, UTECA c. Administración General del Estado, § 43).

4.4.16. Va dunque esclusa la presenza di un aiuto di Stato ogniqualvolta l'intervento statale produca una redistribuzione di risorse tra privati, senza in alcun modo coinvolgere risorse pubbliche (non è stato infatti ritenuto che integrasse un aiuto di Stato una legislazione statale che determina i prezzi minimi di rivendita al dettaglio, in favore dei distributori "e a carico esclusivo dei consumatori" -Corte di Giustizia, sentenza 24 gennaio 1978, causa 82/77, Van Tiggele, §§ 24—25), ovvero che impone a imprese di distribuzione "di acquistare a prezzi minimi prefissati l'energia elettrica prodotta da fonti di energia rinnovabili", addossando il relativo onere alle imprese produttrici di energia da fonti convenzionali (CGUE, sentenza 13 marzo 2001, causa C-379/98, Preussen Elektra, §§ 59-60).

4.4.17. In maniera analoga, nel caso in esame il DM non determina alcun trasferimento di risorse pubbliche a vantaggio di alcuni operatori, limitandosi invece a prevedere, come detto, un trasferimento di "somme pagate dai privati a

titolo di “controprestazione” per le copie private che sono dalla SIAE raccolte in virtù del rapporto di mandato con i privati e poi ad essi redistribuite” (così, in modo condivisibile, il Tar Lazio).

4.4.18.E’ inoltre rilevante osservare come, ai sensi della normativa qui in contestazione, la SIAE trattenga dal montante complessivo degli importi incamerati una somma per fare fronte agli oneri di gestione del sistema.

4.4.19.Il che, a ben vedere, determina uno schema affatto ‘rovesciato’ rispetto a quello tipico degli aiuti di Stato di cui all’art. 107 TFUE: in quel caso il soggetto pubblico risulta essere ‘erogatore netto’ di risorse pubbliche in favore delle imprese; mentre in questo caso il soggetto pubblico reimmette nel sistema una quantità di risorse addirittura inferiore a quella versata dai soggetti privati, trattenendone una parte per gli ‘oneri di sistema’ (peraltro, in modo complessivamente giustificato).

4.4.20.Sul rilievo delle appellanti per cui il vantaggio economico eccederebbe la misura (congrua) destinata a indennizzare il titolare del diritto, a parte che si tratta di argomentazione presentata in termini meramente astratti e generici, va condivisa la posizione del Tar secondo la quale l’equo compenso non solo non supera il mancato guadagno dei titolari dei diritti d’autore per effetto della copia privata, ma è stato determinato dal Mibac, in realtà, in misura alquanto modesta in confronto all’effettivo sacrificio economico patito dai titolari del diritto d’autore a causa della riproduzione privata.

4.4.21.A questo proposito la Siae rammenta in modo pertinente come il Mibac, in parziale accoglimento di istanze formulate dall’industria tecnologica e telefonica, abbia fissato i compensi riducendo in maniera considerevole i valori che erano stati proposti dalla stessa Siae a seguito di indagini e di analisi svoltesi negli anni e allargate anche alla disciplina applicabile in altri Stati membri della UE.

4.4.22. Per comprovare che il compenso è superiore al “quantum” strettamente necessario per indennizzare i titolari del diritto d'autore, con conseguente qualificazione della misura come vantaggio non dovuto, non pare possa bastare la segnalazione di un recente, cospicuo incremento degli introiti della Siae derivanti da compensi per copia privata, dato che l'aumento dei suddetti introiti potrebbe essere stato causato da una pluralità di ragioni che nulla hanno a che vedere con un indebito vantaggio economico percepito dalla Siae stessa.

4.4.23. Al contrario sembra che, ai fini che qui rilevano, il corretto tertium comparationis sia rappresentato dal dato (adeguatamente provato in atti) relativo al relevantissimo decremento registratosi negli anni più recenti (e nella misura dei due terzi circa) degli introiti per diritti d'autore.

4.4.24. Le parti appellanti non risultano dunque avere adempiuto “l'onere di allegare e provare gli elementi di fatto necessari a dimostrare la ricorrenza nel caso concreto di un aiuto di Stato, essendo escluso che il giudice di merito debba accertare d'ufficio l'esistenza di tali elementi” (Cass., sez. I, 24 febbraio 2006, n. 4206; v. altresì Cass., sez. I, 8 febbraio 2005, n. 2534).

4.4.25. Inoltre non sembra sussistere alcuna incidenza sulla concorrenza e sugli scambi fra Stati membri.

4.4.26. In particolare, il fatto che i beneficiari dell'equo compenso siano tutti titolari di diritti a prescindere dalla società cui sono iscritti esclude che l'equo compenso possa determinare uno svantaggio concorrenziale a danno di titolari di diritti loro concorrenti.

4.4.27. Le considerazioni su esposte, ampiamente sufficienti per disattendere il profilo di censura sull'ipotizzata violazione del divieto dell'aiuto di Stato, esimono il collegio dall'approfondire l'argomentazione delle appellanti sulla “selettività dell'aiuto”.

4.4.28. b) Sulla affermata violazione del divieto di abuso di posizione dominante il Tar ha osservato che:

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

-il DM, nella parte in cui fissa la misura del compenso oggetto di contestazione estendendolo anche a prodotti non destinati prevalentemente alla riproduzione di opere protette, con la conseguenza, tra l'altro, di avvantaggiare un settore produttivo (impresa audiovisiva) in danno al comparto ad esso collegato (produttori di supporti e apparecchi destinati alla fruizione di contenuti protetti da diritto di autore), non costituisce un comportamento qualificabile in termini di abuso di posizione dominante. Non è stato infatti adeguatamente comprovato che le “tariffe” applicate ai diversi prodotti costituiscano compensi “eccessivamente gravosi e non equi” rispetto alla perdita subita dai titolari dei diritti d'autore e quindi esorbitanti rispetto alla necessità di compensare questi ultimi, almeno in parte, per l'esecuzione di copia privata di tali opere. Non risulta infatti dimostrato che la misura di detto compenso sia superiore a quello spettante ai suoi associati e possa in tal modo costituire un vantaggio non dovuto. Si tratta invece di cifre ben al di sotto di quelle fissate da altri Paesi europei. Non risulta in conclusione che le condizioni imposte dalla Siae esorbitino da quanto è necessario “per conseguire le finalità istituzionali dell'ente” , tanto più considerato il rilievo prioritario attribuito

dal legislatore comunitario all'esigenza di un elevato grado di protezione dei destinatari dei servizi gestiti dalla Siae, tutelati appunto mediante il riconoscimento dell'equo compenso in questione; né può sussistere da parte della Siae l'abuso di posizione dominante tenuto conto che la Siae stessa non agisce in qualità di rappresentante degli associati, bensì secondo una funzione pubblicistica di raccolta e ripartizione del compenso, il quale è stato predeterminato negli elementi essenziali dallo stesso Legislatore.

4.4.29. Nei ricorsi in appello, precisato in via preliminare che le argomentazioni del Tar muovono dall'assunto per cui, data la funzione d'intermediazione nei diritti svolta "ex lege" dalla Siae, essa beneficia dell'esimente di cui all'art. 106 del TFUE, in base al quale "le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione..."; le società osservano che l'assunto non trova riscontro nella "prassi applicativa", avuto riguardo alle modalità di esercizio dei diritti e dei doveri attribuiti alla Siae con gli articoli 71 septies e octies della LDA, incontestabile essendo la sussistenza di una posizione dominante in capo alla stessa Siae.

4.4.30. Negli appelli si soggiunge che la disciplina dettata dal Mibac e la condotta della Siae sono suscettibili di provocare restrizioni nel mercato interno circoscrivendo la concorrenza e violando il combinato disposto di cui agli articoli 102 e 106 del TFUE, alla luce in particolare di quanto prevede l'art. 4 dell'Allegato Tecnico al DM –La Siae "promuove protocolli per una più efficace applicazione delle presenti disposizioni, anche al fine di praticare esenzioni oggettive o soggettive, come, a titolo esemplificativo, nei casi di uso professionale di

apparecchi o supporti ovvero per taluni apparati per videogiochi. Detti protocolli applicativi sono adottati in accordo con i soggetti obbligati alla corresponsione del compenso per copia privata o con loro associazioni di categoria. Sino all'adozione dei protocolli di cui al comma 1, restano in vigore gli accordi previgenti alle presenti disposizioni”.

4.4.31.L'art. 4 lascia al monopolista “de facto” di settore ampia discrezionalità nella scelta dei soggetti coi quali concludere accordi di esenzione dall'applicazione di compensi per copia privata per uso professionale di apparecchi e supporti. L'impostazione argomentativa è che l'art. 4 dell'Allegato Tecnico si limiti a prevedere la semplice possibilità che Siae promuova, con le parti interessate, protocolli di esenzione nei casi di uso professionale.

4.4.32.Contestazioni e critiche finiscono con l'incentrarsi sull'art. 4 cit. , sul sistema di esenzioni e (richiesta di) rimborsi elaborato dalla Siae e sulle statuizioni del Tar con le quali la disciplina in tema di esenzione per uso professionale è stata giudicata “non difforme” dalla normativa comunitaria e nazionale.

4.4.33.Il collegio osserva in via preliminare che la questione relativa alla disciplina dell'esenzione dal compenso per uso professionale verrà trattata più sotto (v. p. 4.6.), in sede di formulazione della domanda di rinvio pregiudiziale alla CGUE.

4.4.34.Ciò posto, per respingere anche il profilo di doglianza sull'affermato abuso di posizione dominante, va osservato e comunque ribadito che l'incompatibilità ex art. 102 del TFUE si realizza non per il fatto di creare una posizione dominante in capo a un soggetto, ma per lo “sfruttamento abusivo” della posizione stessa, sfruttamento abusivo che si concretizza ad esempio nel praticare condizioni inique o nell'applicare nei rapporti commerciali condizioni dissimili per prestazioni equivalenti.

4.4.35.A questo riguardo va segnalata la recente sentenza della CGUE 27 febbraio 2014 –causa C -351/12 –OSA (si tratta dell'ente che nella Repubblica Ceca ha la

gestione collettiva dei diritti d'autore sulle opere musicali –v. , in particolare, i paragrafi da 82 a 92 sent. cit. e il p. 3. del dispositivo), con la quale si è statuito in particolare che:

-(dal § 83.) riguardo all'interpretazione dell'articolo 102 TFUE in un siffatto contesto, secondo giurisprudenza costante, il semplice fatto di creare una posizione dominante mediante l'attribuzione di diritti esclusivi ai sensi dell'articolo 106, paragrafo 1, TFUE non è, di per sé, incompatibile con tale primo articolo. Uno Stato membro viola i divieti sanciti da queste due disposizioni solo quando l'impresa di cui trattasi sia indotta, con il mero esercizio di diritti speciali o esclusivi che le sono attribuiti, a sfruttare abusivamente la sua posizione dominante, o quando tali diritti siano idonei a creare una situazione in cui l'impresa è indotta a commettere tali abusi (sentenza del 3 marzo 2011, AG2R Prévoyance, C 437/09, Racc. pag. I 973, punto 68 e giurisprudenza ivi citata);

-il semplice fatto che uno Stato membro, ai fini della gestione dei diritti d'autore relativi a una categoria di opere protette, accordi a un ente di gestione, quale l'OSA, un monopolio nel territorio del medesimo Stato membro non contrasta, di per sé, con l'articolo 102 TFUE;

-un ente di gestione quale l'OSA, che disponga di un monopolio ai fini della gestione, nel territorio di uno Stato membro, dei diritti d'autore relativi a una categoria di opere protette, detiene una posizione dominante su una parte sostanziale del mercato interno ai sensi dell'articolo 102 TFUE (v., in tal senso, sentenza dell'11 dicembre 2008, Kanal 5 e TV 4, C 52/07, Racc. pag. I 9275, punto 22);

-se dovesse accadere che un tale ente di gestione imponga, per i servizi da esso prestati, tariffe sensibilmente più elevate di quelle praticate negli altri Stati membri e qualora il raffronto dei livelli delle tariffe sia stato effettuato su base omogenea, tale differenza dovrebbe essere considerata come l'indizio di un abuso di posizione

dominante ai sensi dell'articolo 102 TFUE. In questo caso, spetterebbe all'ente di gestione di cui trattasi giustificare la differenza basandosi sulle diversità obiettive tra la situazione dello Stato membro interessato e quella prevalente in tutti gli altri Stati (v., in tal senso, precitate sentenze Tournier, punto 38, nonché Lucazeau e a., punto 25);

-analogamente, un siffatto abuso potrebbe consistere nel praticare un prezzo eccessivo, privo di ogni ragionevole rapporto con il valore economico della prestazione fornita (sentenza Kanal 5 e TV 4, cit., punto 28);

-qualora un abuso siffatto dovesse sussistere e qualora fosse imputabile alla normativa applicabile a tale ente di gestione, la suddetta normativa sarebbe contraria agli articoli 102 TFUE e 106, paragrafo 1, TFUE;

-spetta al giudice del rinvio verificare se una simile situazione sussista, eventualmente, nella fattispecie oggetto del procedimento principale;

(cfr. p. 3) del dispositivo) l'art. 102 del TFUE dev'essere interpretato "nel senso che non osta(no) a una normativa di uno Stato membro, come quella oggetto del procedimento principale, che riservi l'esercizio della gestione collettiva dei diritti d'autore relativi a talune opere protette, nel proprio territorio, ad un unico ente di gestione collettiva dei diritti d'autore e, così facendo, impedisca all'utilizzatore di tali opere, quale l'istituto termale di cui trattasi nel procedimento principale, di beneficiare dei servizi forniti da un ente di gestione stabilito in un altro Stato membro. "Tuttavia –ha proseguito la Corte di Giustizia- l'articolo 102 TFUE deve essere interpretato nel senso che costituiscono indizi di un abuso di posizione dominante il fatto che il suddetto ente di gestione imponga, per i servizi da esso prestati, tariffe sensibilmente più elevate di quelle praticate negli altri Stati membri, purché il confronto dei livelli delle tariffe sia stato effettuato su base omogenea, o che pratici prezzi eccessivi, privi di ogni ragionevole rapporto con il valore economico della prestazione fornita".

4.4.36. Se il monopolio territoriale accordato dalla legge è compatibile con la libera prestazione dei servizi, la Corte rimarca tuttavia che il fatto che un ente nazionale di gestione dei diritti d'autore imponga, per i servizi da esso prestati, tariffe sensibilmente più elevate rispetto a quelle praticate negli altri Stati membri oppure prezzi eccessivi, privi di un ragionevole rapporto con il valore economico della prestazione fornita, può essere un indizio dell'esistenza di un abuso di posizione dominante.

4.4.37. Nella specie tali condizioni non sembrano ricorrere dato che, come si è detto anche poc'anzi, il DM ha fissato in via diretta l'importo del compenso – sulla base di un'adeguata istruttoria e di indagini e studi, anche comparativi- in misura tutt'altro che eccessivamente gravosa o comunque iniqua, non spettando alla Siae – Ente che, giova ripeterlo, svolge compiti di rilievo pubblicistico di raccolta e di ripartizione dei compensi per copia privata a tutela degli interessi collettivi di cui sono portatori gli aventi diritto al compenso- alcun potere di determinazione unilaterale del compenso stesso.

4.4.38. Nessun abuso dei poteri conferiti, quindi.

4.4.39. c) Sul ribadito contrasto tra misura del prelievo per copia privata e principi di libertà di circolazione delle merci, il Tar ha compiuto una panoramica sulla posizione della giurisprudenza comunitaria e nazionale sul tema, ponendo in risalto gli elementi di sinallagmaticità del compenso e il difetto del carattere di “unilateralità” dell'introduzione della misura, requisito richiesto per qualificare la stessa come tassa o misura di effetto equivalente ex art. 30 del TFUE (“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”).

4.4.40. Al riguardo il Tar ha evidenziato che il prelievo per copia privata non è stato introdotto in via unilaterale dallo Stato italiano ma è stato imposto in base alla

necessità di attuare la normativa comunitaria, il che è proprio ciò che è avvenuto in relazione al DM contestato.

4.4.41. Inoltre il prelievo suddetto non può essere inquadrato, ex art. 34 del TFUE –“sono vietate fra gli Stati membri le restrizioni quantitative all'importazione nonché qualsiasi misura di effetto equivalente”- come misura di effetto equivalente che colpisce il prodotto in ragione della sua importazione o esportazione rendendole più onerose.

4.4.42. In sede d'appello si insiste nella prospettazione di una disciplina restrittiva della libera circolazione delle merci, in contrasto con l'art. 34 del TFUE, o nella configurazione della misura in questione come tassa di effetto equivalente a dazi doganali all'importazione / esportazione: di qui la dedotta violazione degli articoli 28, 29, 30, 34 e 35 del TFUE.

4.4.43. Premesso, anche qui, che, per quel che attiene ai meccanismi di esenzione per uso professionale e rimborso si rinvia a quanto si dirà “infra”, al p. 4.6. , i profili di censura su esposti non meritano un vaglio favorevole atteso che, come correttamente rilevato dal giudice di primo grado e dalle parti appellate:

-l'esistenza dell'equo compenso deriva dalla scelta del legislatore dell'Unione europea di subordinare la previsione dell'eccezione della copia privata al compenso predetto, considerando esistenti in questo senso ragioni di pubblico interesse. La nozione di equo compenso ricade quindi in un' “area normativamente protetta” (si vedano, in particolare, il ripetuto art. 5, paragrafo 2, lettera b) della direttiva e il considerando 11 della direttiva, secondo cui “un sistema efficace e rigoroso di protezione del diritto d'autore e dei diritti connessi è uno dei principali strumenti in grado di garantire alla creazione e alla produzione culturale europea le risorse necessarie nonché di preservare l'autonomia e la dignità di creatori e interpreti o esecutori”);

-il prelievo per copia privata non costituisce dunque una “scelta arbitraria ed unilaterale dello Stato italiano, ma (è) una misura adottata in attuazione di una direttiva comunitaria, nella quale è previsto che il “quantum” del compenso sia determinato dai singoli Stati, sulla base delle specifiche differenze culturali e giuridiche, nel rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità che, nella fattispecie, appaiono rispettati dato che la misura del compenso è estremamente ridotta rispetto a quella fissata in provvedimenti analoghi adottati da altri Stati membri” (così Tar Lazio, 2158/2012, pag. 63);

-l'equo compenso non è poi assimilabile a una “tassa di effetto equivalente ai dazi doganali all'importazione o esportazione” o, comunque, a una misura di effetto equivalente alle restrizioni quantitative all'importazione/esportazione;

-a tale riguardo, il diritto dell'Unione europea osta all'applicazione di “qualsiasi onere pecuniario imposto unilateralmente indipendentemente dalla sua denominazione e dalla sua struttura che colpisce le merci per il fatto che esse attraversano una frontiera” (Corte di Giustizia, sentenza del 21 giugno 2007, causa C-173/05, Commissione c. Repubblica italiana, § 28);

-il compenso è previsto in modo esplicito dalla legislazione europea –v. art. 5, § 2, lett. b, della direttiva- e la sua introduzione non costituisce come detto misura unilaterale ma è adempimento di un obbligo imposto a livello europeo a tutti gli Stati membri;

- siccome al livello europeo non risulta armonizzata la determinazione della misura del prelievo (la quale resta invece demandata alla discrezionalità normativa dei singoli Stati membri), non può ritenersi che l'esistenza nell'ordinamento italiano di un quantum impositivo diverso rispetto a quello fissato da altri Stati membri costituisca di per sé una misura ad effetto equivalente;

-sul carattere (anche) di “remunerazione” del pregiudizio, a favore di autori, artisti e produttori, insito nella funzione del compenso per copia privata il quale, lungi dal

costituire un'imposizione di tipo doganale, legata al semplice transito di una merce, viene invece concepito e applicato da diversi anni -ben prima dell'adozione del DM- in funzione della potenziale idoneità di apparecchi e supporti a effettuare riproduzioni di opere protette dal diritto d'autore, si è già detto sopra;

-il prelievo "de quo" non colpisce le merci per il fatto che esse attraversano una frontiera. Il compenso viene invece corrisposto "al momento della vendita del bene o supporto atto alla riproduzione dell'opera tutelata da copyright. E deve essere corrisposto in ugual misura da tutte le case di produzione dei supporti e degli apparecchi interessati a prescindere dalla loro nazionalità..." (sent. Tar cit.);

-il fatto costitutivo dell'obbligo di pagamento è dato dalla cessione dei beni, e non dal passaggio della frontiera;

-l'equo compenso di cui al DM si applica indistintamente a prodotti nazionali e di altri Stati membri dell'Unione Europea. La corresponsione dell'equo compenso trova necessariamente applicazione nel Paese di destinazione dei supporti, nel quale la domanda e la circolazione dei supporti e degli apparecchi è in stretta relazione con le abitudini di consumo degli utenti che beneficiano della riconosciuta facoltà di copia privata. Il sistema italiano esclude "ab origine" che possano verificarsi episodi di doppia imposizione prevedendo meccanismi di rimborso o esenzione in tutti i casi di merci destinate all'esportazione (cfr. sent. Tar n. 2158/12, pag. 66).

4.5.1. Per quanto riguarda le richieste di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, anzitutto il Tar aveva giudicato insussistenti i presupposti per disporre il rinvio alla CGUE tenuto conto di quanto espresso dalla Corte stessa con la sentenza Padawan del 21 ottobre 2010 e con la successiva sentenza Opus Supplies del 16 giugno 2011, e alla luce inoltre di quanto rilevato in precedenza con riferimento alle misure tecniche di protezione, alla questione relativa alla doppia imposizione e

al potere della Siae di stipulare protocolli integrativi al fine di prevedere l'esenzione dal pagamento del compenso.

4.5.2. Sulle richieste di rinvio pregiudiziale riproposte e riformulate in alcuni appelli (v. gli RG nn. 7383/12, 7386/12, 7662/12 e 7371/12) il collegio,

-rammentato che, in ordine alla portata dell'"obbligo" del giudice nazionale di ultima istanza di sollevare "pregiudiziale comunitaria", tale obbligo non sussiste se:

- la questione di interpretazione di norme comunitarie non è pertinente al giudizio (vale a dire nel caso in cui la soluzione non possa in alcun modo influire sull'esito della lite);

- la questione è materialmente identica ad altra già decisa dalla Corte o comunque il precedente risolve il punto di diritto controverso (qualora esista cioè una giurisprudenza in materia applicabile al contesto per cui è causa);

- la corretta applicazione del diritto comunitario può imporsi con tale evidenza da non lasciar adito a nessun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione sollevata;

-e precisato inoltre che sono improponibili questioni interpretative che non riguardano in via immediata norme di diritto dell'Unione europea ma che sono rivolte a chiedere alla Corte di giustizia di pronunciarsi in via diretta sulla compatibilità della normativa nazionale con quella europea e di interpretare quindi la normativa interna (conf. il consolidato orientamento secondo cui "non spetta alla Corte pronunciarsi, nell'ambito di un procedimento pregiudiziale, sulla compatibilità di una normativa nazionale con il diritto comunitario né interpretare il diritto nazionale" : Corte di Giustizia, sentenza 16 dicembre 2008, Michaniki c. Eihniko, causa C-213/07, § 51; Corte di Giustizia, sentenza 31 gennaio 2008, causa C-380/05, Centro Europa 7 c. Ministero delle Comunicazioni, § 49);

-indipendentemente poi da considerazioni ulteriori sull'eccepita formulazione di alcune delle questioni con elementi di specificità tali da sostanziare in modo adeguato, o meno, le allegazioni d'incompatibilità con la normativa europea;

4.5.3. tutto ciò posto il collegio osserva quanto segue:

-la questione se sia compatibile con la nozione di "equo compenso", di cui all'art. 5, § 2, lett. b) della direttiva, una determinazione del compenso per copia privata parametrata alla mera idoneità di una categoria di dispositivi alla realizzazione di copie private prescindendo dal reale pregiudizio subito dai titolari dei diritti accertato sulla base di indagini statistiche, è stata sostanzialmente definita dalla Corte di giustizia con la sentenza Padawan (v. § 52 e da 54 a 59-primi periodi, ai quali si rinvia per brevità, sulla possibilità di utilizzo di apparecchiature, dispositivi e supporti ai fini della realizzazione di copie private, sulla potenzialità di causazione di un pregiudizio all'autore di un'opera protetta e sul carattere eventuale del danno; conf., inoltre, sent. CGUE Amazon.com C-521/11, § da 41 a 43);

-per superare la questione sul se sia compatibile con la nozione di pregiudizio minimo di cui al considerando 35 della direttiva una interpretazione che non riconosca che detto pregiudizio debba essere un "pregiudizio statisticamente minimo", accertato cioè sulla base di una verifica degli impieghi complessivi di una determinata categoria di apparecchi per le sole attività di copia privata, si ritiene esaustivo un rinvio al § 46 della sentenza Padawan là dove si statuisce che, "tenuto conto delle difficoltà pratiche per individuare gli utenti privati nonché per obbligarli a indennizzare i titolari dei diritti del pregiudizio loro procurato nonché in considerazione del fatto che il pregiudizio che può derivare da ogni utilizzazione privata, singolarmente considerata, può risultare minimo senza quindi far sorgere un obbligo di pagamento, come affermato nell'ultimo periodo del trentacinquesimo 'considerando' della direttiva 2001/29, è consentito agli Stati membri istituire, ai fini del finanziamento dell'equo compenso, un «prelievo per

copia privata» a carico non dei soggetti privati interessati, bensì di coloro che dispongono di apparecchiature, dispositivi e supporti di riproduzione digitale e che, quindi, conseguentemente, di diritto o di fatto, mettono tali apparecchiature a disposizione dei soggetti privati ovvero rendono loro un servizio di riproduzione. Nell'ambito di un siffatto sistema, il versamento del canone per le copie private incombe quindi a tali soggetti". Sul carattere "non minimo" del danno arrecato ai titolari dei diritti, in relazione al pregiudizio sofferto dagli stessi in maniera "cumulativa", si è già detto sopra, al p. 4.3. ;

-circa la questione se sia compatibile con la disciplina dettata dall'art. 5, § 2, lett. b), e dai considerando 35 e 39 della direttiva, un'interpretazione secondo cui l'applicazione di efficaci misure tecnologiche di protezione rispetto agli apparecchi digitali, o comunque la disponibilità di tali misure atte a proteggere le opere coperte da diritto d'autore non deve essere concretamente accertata, appare decisivo fare rinvio a CGUE –sent. VG Wort, 27 giugno 2013, cause riunite da C - 457 a C-460/11, § da 55. a 59. , secondo cui "secondo il considerando 52 della direttiva 2001/29, i titolari di diritti possono ricorrere a misure tecnologiche applicate volontariamente che siano compatibili con l'eccezione per copia privata e permettano di realizzare l'obiettivo indicato da tale eccezione. Gli Stati membri devono promuovere l'adozione di siffatte misure tecnologiche. Pertanto, per misure tecnologiche che i titolari di diritti hanno la facoltà di disporre si devono intendere le tecnologie, i dispositivi o i componenti che mirano ad assicurare la realizzazione dell'obiettivo perseguito dall'eccezione per copia privata e ad impedire o limitare le riproduzioni che non sono autorizzate dagli Stati membri nell'ambito di tale eccezione. Alla luce del carattere volontario dell'applicazione di tali misure tecnologiche, la mancata applicazione di dette misure non può far venir meno l'equo compenso, nonostante una siffatta possibilità sia prevista. Tuttavia, lo Stato membro interessato può far dipendere il livello concreto del compenso

dovuto ai titolari di diritti dall'applicazione o meno di siffatte misure tecnologiche, affinché questi ultimi siano effettivamente incoraggiati ad adottarle e contribuiscano, quindi, volontariamente alla corretta applicazione dell'eccezione per copia privata. Alla luce delle suesposte considerazioni, occorre rispondere alla quarta questione dichiarando che la possibilità di applicazione delle misure tecnologiche previste all'articolo 6 della direttiva 2001/29 non fa venir meno la condizione dell'equo compenso prevista all'articolo 5, paragrafo 2, lettera b), di tale direttiva”;

-in merito alla questione sul se sia compatibile con la nozione di "equo indennizzo" di cui all'art. 5, comma 2, lett. b) della direttiva una determinazione del compenso che non esclude dalla verifica del pregiudizio tutte le attività che non rientrano nella nozione di copia privata (copie tramite peer2peer, copie tramite downloading illegale, copie tramite scambio di file con conoscenti, copie autorizzate dai titolari dei diritti dietro pagamento di corrispettivo, etc.), con un accertamento della relativa rilevanza svolto con riferimento a ciascuna diversa categoria di prodotto gravato, il collegio rileva in primo luogo che sulla questione se, nell'ambito della determinazione dell'equo compenso di cui all'articolo 5, paragrafo 2, lettera b), della direttiva, si debba tener conto delle riproduzioni realizzate a partire da una fonte illegale, la sentenza CGUE ACI Adam, 10 aprile 2014, C-435/12, dopo avere precisato che l'art. 5, § 2/b) della direttiva “non si esprime esplicitamente sul carattere legale o illegale della fonte a partire dalla quale una riproduzione dell'opera può essere realizzata (v. § 18 e 29), ha statuito che “l'articolo 5, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2001/29 dev'essere interpretato nel senso che non comprende l'ipotesi di copie private realizzate a partire da una fonte illegale” , e nel senso che il medesimo art. 5/2/b) della direttiva “osta a una normativa nazionale ... che non fa distinzione tra la situazione in cui la fonte a partire dalla quale una riproduzione per uso privato realizzata è legale e la

situazione in cui tale fonte è illegale” (v. i § 29 e seguenti e, in particolare, i § 37, 41 e da 54 a 58 sent. cit.). Inoltre non è condivisibile il punto di partenza argomentativo dal quale si prende le mosse in sede d’appello, secondo cui il Mibac, nella quantificazione dell’incidenza del fenomeno della copia privata, e nella determinazione del compenso, non avrebbe operato alcuna distinzione tra copia privata e copia non autorizzata; avrebbe cioè a tal fine preso in considerazione anche lo scambio di files tramite il sistema del P2P. Di tale presupposto non vi è prova certa, come ritenuto dal Tar (v. sopra, p. 4.3.). La situazione considerata ai fini della determinazione del compenso è consistita unicamente dall’attività di copia privata (legale), e delle copie illegali si è tenuto conto solo al fine di escluderle dal novero dei fattori incidenti sulla determinazione dell’entità del compenso. Di qui, l’improponibilità della questione (potendosi a questo punto prescindere dal rilievo del Tar -per tutte, v. sent. 2156/12, pag. 61- per cui “tramite il sistema del P2P, che è in sé uno strumento neutro, possono essere posti in condivisione e scaricati gratuitamente da internet anche contenuti leciti perché non coperti o non più coperti dal diritto di autore. Tuttavia, la recente sentenza della CGUE sopra menzionata (III sez. del 24 novembre 2011 n.70, sent. Scarlet Extended, di recente riconfermata dalla sentenza CGE, III sez., 16 febbraio 2012, SABAM), ha chiarito che non è possibile, sia per ragioni tecniche che per la tutela della privacy, un sistema di filtraggio di tutte le comunicazioni elettroniche che transitano, in particolare, mediante programmi «peer-to-peer», onde impedire lo scambio di file aventi per contenuto opere protette dal diritto di autore, poiché tale filtraggio potrebbe non essere in grado di distinguere adeguatamente tra un contenuto lecito ed un contenuto illecito. Dunque, in questo quadro...non sarebbe tuttavia possibile - in base a quanto si è detto e in base a ciò che ha riconosciuto anche la CGUE - ritenere illegittima l’istruttoria compiuta dalla amministrazione sotto questo profilo, posto che (come si è già chiarito) non è possibile, nemmeno

per l'Internet Provider, scerverare i contenuti leciti da quelli illeciti trasmessi in base al meccanismo P2P”.

4.6.1. Restano da vagliare i profili di censura sul dedotto, illegittimo assoggettamento a prelievo per copia privata anche con riguardo ai prodotti destinati a un uso esclusivamente professionale.

4.6.2. Sull'affermata, necessaria esenzione “ex ante” da prelievo per copia privata nei casi di utilizzo dei dispositivi per fini manifestamente estranei a quelli della realizzazione di copie private, ossia per uso strettamente professionale, si è già detto che nella prospettazione delle società l'art. 4 del DM –secondo cui la Siae “promuove protocolli per una più efficace applicazione delle presenti disposizioni, anche al fine di praticare esenzioni oggettive o soggettive, come, a titolo esemplificativo, nei casi di uso professionale di apparecchi o supporti ovvero per taluni apparati per videogiochi. Detti protocolli applicativi sono adottati in accordo con i soggetti obbligati alla corresponsione del compenso per copia privata o con loro associazioni di categoria. Sino all'adozione dei protocolli di cui al comma 1, restano in vigore gli accordi previgenti alle presenti disposizioni” - sarebbe illegittimo nella parte in cui, anziché escludere “ex ante” e in modo reciso l'applicazione dell'equo compenso per copia privata con riferimento agli apparecchi e ai supporti destinati a un uso esclusivamente professionale, sembra non avere escluso il compenso anche per i prodotti suddetti (come tali non idonei ad arrecare alcun danno in capo al titolare del diritto di riproduzione), essendo stata –si sostiene- rimessa alla facoltà discrezionale di Siae –ente, per sua natura, tutt'altro che “super partes”, e anzi in conflitto d'interessi con gli altri soggetti coinvolti, in quanto rappresentativo degli interessi dei soggetti percettori dei compensi– la possibile conclusione di accordi e di protocolli, con le imprese interessate, in ordine alla esenzione dal compenso per i casi di dispositivi per uso professionale.

4.6.3. Negli appelli si osserva in particolare che:

- il Tar ha dapprima rammentato, in modo corretto, che con la sentenza Padawan (§ 52-ultimo periodo, § 53, § 59 e p. 3. del dispositivo) la Corte di giustizia ha affermato che sussiste un nesso imprescindibile tra l'applicazione del prelievo per copie private ad apparecchiature, dispositivi e supporti di riproduzione digitale e l'uso dei medesimi a fini di riproduzione privata. “Conseguentemente –ha affermato la CGUE- l'applicazione indiscriminata del prelievo per copie private nei confronti di tutti i tipi di apparecchiature, dispositivi e supporti di riproduzione digitale, ivi compresa l'ipotesi... in cui essi siano stati acquistati da soggetti diversi da persone fisiche, a fini manifestamente estranei a quelli della realizzazione di copie private, non risulta conforme all'art. 5, § 2, della direttiva 2001/29” (§ 53; conf. § 59: l'art. 5, § 2, lett. b), della direttiva 2001/29 dev'essere interpretato nel senso che è necessario un collegamento tra l'applicazione del prelievo destinato a finanziare l'equo compenso con riguardo alle apparecchiature, ai dispositivi nonché ai supporti di riproduzione digitale ed il presunto uso di questi ultimi a fini di riproduzione privata. Conseguentemente, l'applicazione indiscriminata del prelievo per copie private, segnatamente nei confronti di apparecchiature, dispositivi nonché di supporti di riproduzione digitale non messi a disposizione di utenti privati e manifestamente riservati ad usi diversi dalla realizzazione di copie ad uso privato, non risulta conforme con la direttiva 2001/29...”);

-il giudice di primo grado avrebbe tuttavia errato nel ritenere che il citato art. 4, stabilendo in modo esplicito “la necessità di prevedere (mediante i protocolli in questione) esenzioni con riguardo (ai casi di) uso professionale degli apparecchi” o dei supporti, non sarebbe difforme dal diritto comunitario e nazionale;

-quanto in particolare alla -ritenuta, dal Tar- non difformità, rispetto alla direttiva e all'art. 71 septies LDA, alla luce del § 53 della sentenza Padawan, della previsione di cui all'art. 4 cit. sulle esenzioni da praticare a seguito di protocolli tra la Siae e i

soggetti obbligati al pagamento del compenso, o con loro associazioni di categoria, il giudice di primo grado ha rilevato che poiché il citato art. 4 rimette alla stipulazione di protocolli la disciplina delle esenzioni prevedendo che “sino all’adozione dei protocolli di cui al comma 1, restano in vigore gli accordi previgenti alle presenti disposizioni” in ciò confermando l’applicabilità - alla fattispecie dell’uso professionale - della disciplina in vigore al momento dell’emanazione dell’impugnato decreto, la mancata stipulazione dei protocolli non potrebbe in ogni caso comportare alcun pagamento dell’equo compenso relativamente all’uso professionale dovendosi comunque applicare – fino al momento della stipulazione dei protocolli – la disciplina concordata previgente all’emanazione del decreto oggetto di impugnazione; e ha poi specificato che risultano sottoscritti, con imprese e associazioni, diversi protocolli aventi a oggetto esenzioni dal pagamento dell’equo compenso.

4.6.4. Negli appelli viene ribadita l’illegittimità dell’art. 4 nella parte in cui ci si limita a prevedere che Siae possa (e non debba) promuovere protocolli, anziché esentare in via diretta e “in radice” i soggetti interessati dal pagamento dell’equo compenso con riferimento ai dispositivi per uso professionale –business : per ricondurre a legittimità il sistema non basta la mera disponibilità di Siae a valutare particolari situazioni relative a specifici prodotti, in relazione ai quali si possa disporre un’esenzione parziale o totale. All’art. 4 dell’Allegato Tecnico andava stabilita in via diretta l’esenzione dall’equo compenso nel caso di evidente destinazione del dispositivo a uso strettamente professionale. Manca la previsione esplicita che nessun compenso è dovuto per supporti e dispositivi venduti e acquistati per uso strettamente professionale. Anzi, vale la regola opposta, nel senso che l’equo compenso viene imposto in maniera indiscriminata. Il principio comunitario sull’esenzione da compenso per i prodotti a uso esclusivamente professionale non può essere assoggettato a compressione rimettendo alla discrezionalità di Siae –o a

un “potere negoziale”, manifestamente eccessivo, comunque attribuito alla Siae- la facoltà di concludere accordi, anche perché si tratta di Ente che non è “super partes” e che potrebbe rifiutarsi di restringere l’area di applicazione del compenso (come difatti sta accadendo dato che finora sono stati conclusi ben pochi protocolli di esenzione, e nessuna esenzione per uso professionale con riferimento ai cellulari).

4.6.5. Gli apparecchi destinati a un uso strettamente professionale non vanno sottoposti a equo compenso; l’esenzione riferita agli usi strettamente professionali è necessaria e non basta il rimborso “ex post” (con un procedimento tra l’altro complesso, sottoposto a istruzioni di Siae, descritte in dettaglio a pag. 13 della memoria di replica di **Nokia** Italia sull’RG 7662/12, modificabili a piacimento dell’ente e per importi minimi, richiedibili solo dall’acquirente finale e non dal soggetto sul quale grava l’imposizione: un rimedio quindi in concreto impraticabile) per ricondurre a legittimità la disciplina.

4.6.6. Una cosa è parlare, come fa il Tar, di “necessità di prevedere esenzioni con riguardo all’uso professionale” di dispositivi, il che dovrebbe significare fissazione dei casi di esenzione da parte del Mibac e vincolo, per Siae, a praticare esenzioni nei casi di uso professionale, e altro è prevedere in concreto una disciplina delle esenzioni rimessa alla stipula, discrezionale, di appositi protocolli tra la Siae –alla quale spetta in definitiva stabilire se taluni apparati vadano, o no, assoggettati a compenso- e i soggetti interessati.

4.6.7.A) In subordine si richiede che, ove necessario, venga disposto rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia affinché sia accertata l’esatta interpretazione del 35° considerando e dell’art. 5 della direttiva 2001/29/CE e se tali norme ostino a un sistema di compenso per copia privata –e a disposizioni- che non prevedono in modo esplicito esenzioni dalla disciplina dell’equo compenso con riferimento agli apparecchi a uso strettamente professionale.

B) Si richiede di disporre rinvio pregiudiziale alla CGUE per conoscere se sia compatibile con la nozione di equo indennizzo per copia privata di cui all'art. 5, § 2, lett. b) della direttiva un sistema d'imposizione nazionale che non preveda esenzioni legali per gli apparecchi destinati a un uso diverso da quello privato, stabilendo in via esclusiva un rimborso "ex post" in virtù del quale produttori e/o importatori di apparecchi e supporti sono tenuti ad anticipare il compenso ed è solo l'utente finale a poter eventualmente chiedere il rimborso compatibile;

C) Si richiede di disporre rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per conoscere se sia compatibile con i principi del diritto comunitario e con le disposizioni della direttiva 2001/29/CE, compresi in particolare l'art. 5, § 2/b) e il considerando 31, una normativa nazionale che deleghi la determinazione dei criteri di esenzione "ex ante" dal prelievo per copia privata alla contrattazione –o "libera negoziazione"– privatistica, in assenza di previsioni generali e di alcuna garanzia di parità di trattamento;

D) in caso di risposta positiva al quesito su esposto, se sia compatibile con i principi del diritto comunitario e con le disposizioni della direttiva 2001/29/CE, compresi in particolare l'art. 5, § 2/b) e il considerando 31 una normativa nazionale che deleghi la determinazione dei criteri di esenzione dal prelievo per copia privata al soggetto istituzionalmente rappresentante degli interessi dei beneficiari del compenso e incaricato, per legge, di provvedere, dietro corrispettivo, alla riscossione di detto compenso.

4.6.8. Le appellate (Mibact, Siae, Apt) hanno controdedotto e, circa le richieste di rinvio pregiudiziale alla CGUE, hanno eccepito l'inammissibilità delle questioni suindicate:

-poiché esse non avrebbero a oggetto l'interpretazione o la validità di un atto comunitario ma sarebbero volte a ottenere dalla Corte una pronuncia sull'interpretazione della normativa italiana, ossia una pronuncia sulla compatibilità

della disciplina italiana rispetto a quella comunitaria, pronuncia affidata in via esclusiva al giudice interno; inoltre, essendo stato impugnato solo un atto amministrativo interno, ossia il DM 30 dicembre 2009, un simile rinvio pregiudiziale non potrebbe essere invocato;

-poiché appaiono assai generiche e tali da non sostanziare in modo adeguato le allegazioni d'incompatibilità con la normativa europea;

-poiché questioni analoghe a quelle suindicate sono state disattese dalla Corte di giustizia e in ogni caso i giudici nazionali sono tenuti a interpretare il diritto nazionale in conformità al diritto comunitario. Le appellate segnalano in particolare che nel corso del giudizio d'appello sono sopravvenute pronunce chiarificatrici della CGUE: VG Wort 27 giugno 2013 –C da 457/11 a 460/11; Amazon.com 11 luglio 2013 –C 521/11 e ACI Adam 10 aprile 2014 –C-435/12. In particolare, sulla legittimità di un sistema che, con riferimento all'utilizzazione dei supporti per riproduzione per fini manifestamente estranei a quelli della realizzazione di copie private, si basi su un'applicazione in via indiscriminata del prelievo con la previsione, però, nel contempo, di un diritto al rimborso –effettivo– dei prelievi versati, la sentenza Amazon.com (v. § da 16 a 37, cui si rinvia) ha statuito al § 37 (v. anche p. 1) del dispositivo) che “l'articolo 5, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2001/29 deve essere interpretato nel senso che esso non osta alla normativa di uno Stato membro che applica indiscriminatamente un prelievo per copia privata alla prima immissione in commercio sul suo territorio, a fini commerciali ed a titolo oneroso, di supporti di registrazione idonei alla riproduzione, prevedendo, al contempo, un diritto al rimborso dei prelievi versati nel caso in cui l'utilizzazione finale di tali supporti non rientra nell'ipotesi prevista da tale disposizione, allorché, tenuto conto delle circostanze proprie di ciascun sistema nazionale e dei limiti imposti da tale direttiva, difficoltà pratiche giustificano un siffatto sistema di finanziamento dell'equo compenso e tale diritto

al rimborso è effettivo e non rende eccessivamente difficile la restituzione del prelievo versato, ciò che spetta al giudice del rinvio verificare.

La CGUE ha inoltre affermato (§ 45 –p. 2.) che l'articolo 5, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2001/29 deve essere interpretato nel senso che, nell'ambito di un sistema di finanziamento dell'equo compenso oggetto di tale disposizione mediante un prelievo per copia privata a carico di coloro che realizzano la prima immissione in commercio sul territorio dello Stato membro di cui trattasi di supporti di registrazione idonei alla riproduzione, a fini commerciali ed a titolo oneroso, detta disposizione non osta alla previsione, da parte di tale Stato membro, di una presunzione semplice di uso privato di siffatti supporti in caso di immissione in commercio di questi ultimi presso persone fisiche, allorché difficoltà pratiche legate alla determinazione della finalità privata dell'uso dei supporti di cui trattasi giustificano la previsione di una presunzione siffatta e a condizione che la presunzione prevista non conduca ad imporre il prelievo per copia privata in casi in cui l'utilizzazione finale di tali supporti rimane manifestamente al di fuori dell'ipotesi prevista dalla detta disposizione.

4.6.9. In altre parole, l'applicazione indiscriminata del prelievo per copia privata sulla prima vendita di supporti di registrazione è compatibile con il diritto dell'Unione europea a condizione che:

- sussistano difficoltà pratiche che giustificano tale sistema di finanziamento e
- il rimborso del prelievo riscosso risulti effettivo e non eccessivamente complicato.

4.6.10. Per le appellate ambedue le condizioni si realizzano nel sistema italiano poiché:

- posto che coloro che sono tenuti alla corresponsione dell'equo compenso, vale a dire importatori e produttori, non sono per definizione in grado di conoscere la destinazione effettiva dei supporti e degli apparecchi, sarebbe impossibile

prevedere un sistema di esenzioni ex ante. Sussistono evidenti difficoltà pratiche che giustificano un sistema il quale prevede un'applicazione generalizzata dell'equo compenso (pur temperata da esenzioni e protocolli applicativi) e il conseguente diritto al rimborso per coloro che abbiano acquistato gli apparecchi idonei alla registrazione per usi professionali;

-il sistema di rimborso non è tale da rendere eccessivamente difficile la restituzione del prelievo versato ma appare anzi agevole, dato che richiede il mero invio via email al sito web della Siae di un modulo da parte degli utenti finali che abbiano acquistato i prodotti per uso professionale

4.6.11. Il collegio ritiene che le richieste di rinvio pregiudiziale alla CGUE possano essere (parzialmente) accolte.

4.6.12. Benché l'esenzione legale, "ex ante", dal pagamento dell'equo compenso non sia "comunitariamente imposta" (come detto la sentenza CGUE Amazon –v. § 37 e § 45 e punti 1) e 2) del dispositivo- considera comunitariamente compatibile un sistema nazionale il quale stabilisca l'applicazione in via indiscriminata del prelievo per copia privata nei confronti dei supporti di registrazione idonei alla riproduzione, a condizione però che si previsto un diritto al rimborso, purché effettivo, dei prelievi versati, nelle ipotesi di utilizzazione dei supporti di riproduzione per fini manifestamente estranei a quelli della realizzazione di copia privata); pur tuttavia, anche in una prospettiva di "affinamento" delle domande di pronuncia pregiudiziale da sottoporre alla CGUE, si ritiene ugualmente rilevante e proponibile alla Corte di giustizia anzitutto la questione sopra specificata alla lettera C), diretta a conoscere se sia compatibile con i principi del diritto comunitario e in particolare con le disposizioni della direttiva 2001/29/CE, compresi l'art. 5, § 2, lett. b) e il considerando 31, una normativa nazionale – specificamente l'art. 71 –sexies della LDA italiana, in combinato operare con l'art. 4 dell'Allegato Tecnico al d. m. 30 dicembre 2009- la quale preveda che, nel caso di

supporti e dispositivi acquistati per scopi manifestamente estranei a quelli di copia privata – ossia per uso esclusivamente professionale-, la determinazione dei criteri di esenzione “ex ante” dal prelievo sia rimessa alla contrattazione –o “libera negoziazione”- privatistica, con particolare riguardo ai “protocolli applicativi” di cui al citato art. 4, in assenza di previsioni generali e di alcuna garanzia di parità di trattamento tra Siae e soggetti obbligati al versamento del compenso, o loro associazioni di categoria.

4.6.13. La questione sub D) è stata posta in via subordinata a quella sub C) e quindi può essere tralasciata.

4.6.14. La richiesta di rinvio pregiudiziale sub A) appare chiaramente inammissibile per le ragioni esposte nella sentenza Amazon.com .

4.6.15. Sotto un profilo sicuramente connesso, anche se l'angolazione è in parte diversa, viene in risalto anche la questione sub B), con la quale, come detto, si richiede di disporre rinvio pregiudiziale alla CGUE per conoscere se sia compatibile con il principio del “giusto equilibrio” di cui al considerando 31 della direttiva 2001/29 e con la nozione di equo indennizzo per copia privata di cui all'art. 5, § 2, lett. b) della direttiva medesima un sistema d'imposizione, segnatamente costituito dall'art. 71 sexies della LDA, dal DM 30 dicembre 2009 e dalle istruzioni della Siae sui rimborsi, il quale -non prevedendo esenzioni legali per gli apparecchi destinati a un uso diverso da quello privato- stabilisca in via esclusiva un rimborso “ex post” in virtù del quale però produttori e/ o importatori di apparecchi e supporti sono tenuti ad anticipare il compenso ed è solo l'utente finale a poter eventualmente chiedere il rimborso.

4.6.16. In relazione ad ambedue le richieste sopra precisate va rammentato che, in tema di rinvio pregiudiziale, l'art. 267 TFUE (ex articolo 234 del TCE) dispone che:

“La Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale:

- a) sull'interpretazione dei trattati;
- b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione.

Quando una questione del genere è sollevata dinanzi ad un organo giurisdizionale di uno degli Stati membri, tale organo giurisdizionale può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione.

Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale organo giurisdizionale è tenuto a rivolgersi alla Corte....” .

4.6.17. In ordine alla portata dell’“obbligo” del giudice nazionale di ultima istanza di sollevare “pregiudiziale comunitaria” la CGUE ha chiarito che tale obbligo non sussiste se:

- a) la questione di interpretazione di norme comunitarie non è pertinente al giudizio (vale a dire nel caso in cui la soluzione non possa in alcun modo influire sull'esito della lite);
- b) la questione è materialmente identica ad altra già decisa dalla Corte o comunque il precedente risolve il punto di diritto controverso;
- c) la corretta applicazione del diritto comunitario può imporsi con tale evidenza da non lasciar adito a nessun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione sollevata [C. giust. CE, 6 ottobre 1982 C-283/81, Cilfit] (c.d. atto chiaro) .

4.6.18. Non pare inutile aggiungere che i requisiti formali del provvedimento di rinvio pregiudiziale e le modalità di formulazione dei quesiti sono chiariti nella

nota 2012/C -338/01, pubblicata in G.U.U.E. 6 novembre 2012, peraltro dichiaratamente di valore non vincolante.

4.6.19. Ciò posto, entrambe le questioni suindicate appaiono tutt'altro che generiche e attengono all'interpretazione del considerando 31 della direttiva 2001/29/CE in combinato disposto con l'art. 5, § 2, lett. b) della medesima direttiva, non constando che, nei termini sopra precisati, siano state risolte dalla CGUE.

4.6.20. Le questioni da sottoporre alla Corte appaiono pertinenti per la risoluzione delle controversie dinanzi a questo Consiglio, considerata l'attinenza tra l'interpretazione del diritto dell'UE richiesta ai punti 4.6.12. e 4.6.13. e l'oggetto delle cause o, comunque, le realtà delle vicende controverse.

Le ragioni che spingono le appellanti a richiedere il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia appaiono ben chiare: nella prospettazione delle società, la "combinazione" data a) dall'attribuzione a Siae di ampi margini di discrezionalità nel promuovere e concludere protocolli di esenzione "ex ante", e b) dalla determinazione delle ipotesi e delle modalità per ottenere il rimborso "ex post" per uso professionale (con una procedura come detto assai complessa, tale da svuotarne nella pratica l'effettività consentendo a Siae di incassare somme rilevanti per prelievi riferiti a dispositivi non destinati in alcun modo ad attività di copia privata e in un contesto in cui è solo l'utente finale a poter domandare il rimborso); ebbene, il "combinato disposto" suddetto si porrebbe in contrasto con il principio del "giusto equilibrio" e con l'art. 5, § 2, della direttiva.

Più specificatamente, per quanto riguarda i "protocolli di esenzione dal compenso" ex art. 4, il contesto di fatto nel quale va inserita la questione è stato descritto sopra, al p. 1.22. ss. del provvedimento, in relazione all'acquisto di dispositivi destinati a uso professionale, ed emerge inoltre dai pp. 4.6.2. e 4.6.4. di questa decisione. Sulla "questione rimborsi" appare evidente la sussistenza di un interesse

concreto delle società appellanti al rimborso dei prelievi versati per “uso professionale”.

4.6.21. Nella impostazione di parte appellante, precisato che il citato art. 4 del DM sembra attribuire a Siae poteri negoziali ampiamente discrezionali quanto alla scelta dei soggetti coi quali concludere accordi di esenzione dal pagamento di compensi per copia privata per uso professionale, la direttiva sembra ostare anzitutto a una normativa nazionale la quale preveda che, nel caso di supporti e dispositivi acquistati per scopi manifestamente estranei a quelli di copia privata – ossia per uso esclusivamente professionale-, la determinazione dei criteri di esenzione “ex ante” dal prelievo sia rimessa alla contrattazione –o “libera negoziazione”- privatistica, con particolare riguardo ai “protocolli applicativi” di cui al citato art. 4, in assenza di previsioni generali e di alcuna garanzia di parità di trattamento, tra Siae e soggetti obbligati al versamento del compenso, o loro associazioni di categoria.

Sotto un diverso –ma connesso, come è visto- profilo, vale a dire in una prospettiva di restituzione delle somme versate, la direttiva sembra ostare a un sistema normativo nazionale il quale preveda, sempre nel caso anzidetto, che il rimborso possa essere richiesto dal solo utente finale anziché dal produttore dei supporti e dispositivi.

4.6.22. Vanno perciò rimesse all’esame della CGUE le sopra esposte questioni di corretta interpretazione del diritto comunitario, nei termini che seguono:

1) se l’ordinamento comunitario – e segnatamente il considerando 31 e l’articolo 5, paragrafo 2, lettera b) della direttiva 2001/29/CE - osti a una disciplina nazionale (in particolare: l’articolo 71-sexies della LDA italiana in combinato operare con l’art. 4 del d.m. 30 dicembre 2009) la quale preveda che, nel caso di supporti e dispositivi acquistati per scopi manifestamente estranei a quelli di copia privata – ossia per uso esclusivamente professionale-, la determinazione dei criteri di

esenzione “ex ante” dal prelievo sia rimessa alla contrattazione –o “libera negoziazione”- privatistica, con particolare riguardo ai “protocolli applicativi” di cui al citato art. 4, in assenza di previsioni generali e di alcuna garanzia di parità di trattamento tra Siae e soggetti obbligati al versamento del compenso, o loro associazioni di categoria”;

2) “se l’ordinamento comunitario – e segnatamente il considerando 31 e l’articolo 5, paragrafo 2, lettera b) della direttiva 2001/29/CE - osti a una disciplina nazionale (in particolare: l’articolo 71-sexies della LDA italiana in combinato operare con il d.m. 30 dicembre 2009 e con le istruzioni impartite dalla SIAE in tema di rimborsi) la quale preveda che, nel caso di supporti e dispositivi acquistati per scopi manifestamente estranei a quelli di copia privata – ossia per uso esclusivamente professionale -, il rimborso possa essere richiesto dal solo utente finale anziché dal produttore dei supporti e dispositivi”.

4.6.23. Ai sensi della Raccomandazione n. 2012/C sulla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale si dispone che la segreteria di questo Consiglio trasmetta alla cancelleria della Corte, all’indirizzo di Rue du Fort Niedergrünwald, L-2925 Lussemburgo, mediante plico raccomandato in copia i seguenti atti, debitamente numerati e preceduti da indice, ritenuti necessari e sufficienti alla decisione della questione di rinvio pregiudiziale sopra indicata:

- 1) gli atti di appello proposti;
- 2) i ricorsi proposti in primo grado dalle società in epigrafe;
- 3) le sentenze del TAR del Lazio indicate in epigrafe;
- 4) gli articoli 71 sexies, septies e octies della LDA;
- 5) il DM 30 dicembre 2009, con Allegato Tecnico e relazione illustrativa;
- 6) le istruzioni Siae sul rimborso del compenso per copia privata.

4.6.24. Visto l’art. 79 c.p.a. e il punto 29 delle Raccomandazioni n. 2012/C, il presente giudizio viene sospeso nelle more della definizione del procedimento

incidentale di rinvio, e ogni ulteriore decisione, anche in ordine alle spese, è riservata alla pronuncia definitiva, una volta ricevuta la notificazione della decisione emessa dalla CGUE (v. il punto 34 delle Raccomandazioni).

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, previa riunione degli stessi, così provvede:

- in parte li rigetta, per le ragioni indicate in motivazione (v. dal p. 4.1.);
- dispone la rimessione, all'esame della CGUE, della questione di corretta interpretazione del diritto euro unitario meglio indicata in motivazione (v. dal p. 4.6.12.);
- dispone inoltre, a cura della segreteria, la trasmissione alla Corte di giustizia dell'Unione europea della presente sentenza / ordinanza e di copia degli atti sopra indicati, con le modalità di cui in motivazione;
- dispone la sospensione del presente giudizio fino alla notificazione a questo Consiglio, da parte della cancelleria della Corte di giustizia dell'Unione europea, della decisione emessa dalla suddetta Corte;
- dispone che rimanga riservata alla decisione definitiva ogni ulteriore statuizione in rito, sul merito e in ordine alle spese del giudizio.

Manda la segreteria per gli altri adempimenti di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 4 dicembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Sergio De Felice, Presidente FF

Claudio Contessa, Consigliere

Gabriella De Michele, Consigliere

Carlo Mosca, Consigliere

Marco Buricelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/02/2015

IL SEGRETARIO

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