

FRANCESCO MEZZANOTTE

## COPIA PRIVATA « EUROPEA » ED EVOLUZIONE DELLE TECNICHE DI RIPRODUZIONE NELL'AMBIENTE DIGITALE: IL CASO DELLE REGISTRAZIONI « DA REMOTO »

**SOMMARIO:** 1. Introduzione. — 2. Copia privata e « sistemi di videoregistrazione da remoto ». — 3. Potenziali profili di conflitto con la disciplina del diritto d'autore. — 4. (*Segue*) ... alla luce del fondamento concettuale della copia privata « europea ». — 5. Lo scopo di lucro del fornitore del servizio: lesione dell'esclusiva d'autore? — 6. Le caratteristiche della riproduzione da remoto: uno sguardo all'esperienza statunitense. — 7. (*Segue*) La disciplina europea e nazionale: copia privata e diritto d'autore sulle piattaforme di media audiovisivi. — 8. L'evoluzione delle tecniche di copia privata e la concorrenza dei servizi commerciali nell'ambiente digitale.

### 1. INTRODUZIONE.

L'indagine svolta in queste pagine ha ad oggetto la natura delle limitazioni imposte al diritto d'autore dalle eccezioni per la « riproduzione privata ad uso personale » di materiale fonografico o videografico e, in particolare, l'intima relazione che intercorre tra la conformazione legale dei regimi di privativa e l'evoluzione delle tecniche a disposizione dei consociati per lo sfruttamento di opere dell'ingegno.

Il tema viene esaminato prendendo spunto dal dibattito originatosi intorno al possibile inquadramento nella disciplina della copia privata delle utilizzazioni di materiale audio e video effettuate tramite « sistemi di videoregistrazione da remoto »: quelle tecniche, cioè, che consentono di controllare, attraverso un sistema periferico, un processo di riproduzione di fonogrammi e videogrammi captati dai canali degli emittenti e la cui registrazione non viene « fissata », come con i tradizionali strumenti del *time-shift-ing*, su un supporto destinato a rimanere nella materiale disponibilità dell'utente (cassetta, DVD, ecc.), ma su un *server* remoto, messo a disposizione da un operatore commerciale, dal quale, successivamente, il segnale può essere riprodotto<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Per una puntuale descrizione delle caratteristiche di tale tecnologia, la cui prima diffusione è rintracciabile nel mercato statunitense, cfr. la ricostruzione compiuta da M. MILLER, *Cartoon Network LP, LLLP v. CSC Holdings, Inc.*, in 54 *New York Law School Law Rev.* 585 (2009/10), 586:

«[a] network-DVR system [...] offers viewers the ability to record and store content in the "clouds," i.e., on reliable, industrial strength servers, centrally located at the cable company's data center»; e da J. MALKAN, *The Public Performance Problem in Cartoon Network, LP v. CSC*

Se da un lato, con la disposizione introdotta a chiusura dell'art. 71-*septies*, 1° comma, L. 22 aprile 1941, n. 633 (di seguito, «l.d.a.»), il legislatore nazionale sembrava aver implicitamente ascritto tali tecniche nel novero di quei « supporti » utilizzabili per la fruizione di riproduzioni personali (dettando, anche per queste ipotesi, un criterio di determinazione del compenso per copia privata a favore dei titolari dei diritti d'autore), dall'altro lato, in sede comunitaria, sono emerse perplessità in merito alla legittimità di un'inclusione nell'ambito delle libere utilizzazioni per questi sistemi di registrazione, ritenuti lesivi del nucleo minimo delle sfere di esclusiva garantite nel quadro armonizzato del diritto d'autore europeo, in particolare con gli artt. 2 (diritto esclusivo di riproduzione) e 3 (diritto di messa a disposizione del pubblico dell'opera protetta) della direttiva 2001/29/CE sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione.

In questa sede, la posizione critica sollevata dagli organi comunitari stimola un più approfondito tentativo di riflessione in quanto, come si cercherà di illustrare, sembra riproporre i termini sostanziali di una dialettica già in passato emersa (e risoltasi) a fronte dello sviluppo dei sistemi di copia resisi disponibili con la diffusione della riproduzione reprografica e, soprattutto, degli strumenti analogici di audio- e video-registrazione. Ed invero, nel corso degli ultimi decenni, la progressiva, capillare penetrazione di questi apparecchi nel mercato dei prodotti dell'elettronica ha dato luogo, in diversi sistemi giuridici della tradizione occidentale, a rilevanti controversie interpretative che, influenzando significativamente, in quegli stessi ordinamenti, le opzioni di fondo sottese alle successive evoluzioni della disciplina positiva del diritto d'autore, hanno chiarito come i confini dell'esclusiva riservata agli autori e ai titolari dei diritti connessi non possa estendersi fino ad un controllo degli strumenti, inevitabilmente mutevoli a fronte del progresso tecnologico, attraverso i quali i privati possono fruire, a fini personali e senza scopo lucrativo, delle opere dell'altrui ingegno<sup>2</sup>.

Nella successiva trattazione, a seguito di un preliminare inquadramento degli estremi normativi della vicenda (n. 2), saranno isolati i potenziali profili di incompatibilità della disciplina della riproduzione da remoto (n. 3) rispetto ai principi generali della copia privata « europea » (n. 4), per poi sottoporre a verifica sia l'argomento fondato sul maggior margine lucrativo a disposizione dell'operatore commerciale che mette a disposizione il sistema (n. 5), sia quello fondato sul ruolo preminente da questi assunto, rispetto all'utente privato, nel processo di registrazione e riproduzione del materiale protetto (n. 6, 7). Le considerazioni che si andranno svolgendo suggeriscono, da ultima, una riflessione sul ruolo assunto dalle tecniche digitali di fruizione di opere audiovisive quali fattori generatori di

*Holdings, Inc.*, in 89 *Oregon Law Rev.* 505 (2010), a 507: « the digital video recorder (DVR) [...] — like a videocassette recorder (VCR) — is a machine that records televised programming. It does so, however, in digital rather than analog form, and it saves the programming on a hard disk drive, rather than on a spool of magnetic tape ».

<sup>2</sup> Per una prima panoramica, v. N.

HELBERGER, P.B. HUGENHOLTZ, *No Place Like Home for Making a Copy: Private Copying in European Copyright Law and Consumer Law*, in 22 *Berkeley Technology Law Journ.* 1061 (2007), a 1067 ss.; in Italia, S. LAVAGNINI, *Riproduzione privata ad uso personale*, in P.G. MARCHETTI, L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve al diritto della concorrenza*, IV ed., Padova, 2007, 1698 ss.

nuovi profili concorrenziali tra soggetti tradizionalmente posti in settori distinti della filiera commerciale e sulla conseguente influenza che può rivestire, in questo mutevole contesto di rapporti, la disciplina della copia privata (n. 8).

## 2. COPIA PRIVATA E « SISTEMI DI VIDEOREGISTRAZIONE DA REMOTO ».

Come è noto, nel recepire la dir. 2001/29/CE, il legislatore italiano, avvalendosi della facoltà riconosciuta dall'art. 5, par. 2, agli Stati membri<sup>3</sup>, ha novellato l'intero Capo V, Titolo I, l.d.a. disciplinando, con il D.Lgs. 9 aprile 2003 n. 68, un articolato regime di « eccezioni e limitazioni » ai diritti di esclusiva sulle opere dell'ingegno<sup>4</sup>. Tra queste, a fronte del più recente progresso delle tecniche di diffusione consentite dalle piattaforme telematiche e dalla rivoluzione digitale, assumono una notevole importanza, sia pratica che teorica, quelle concernenti la « riproduzione privata ad uso personale » di cui agli artt. 71-*sexies* e ss. l.d.a., con le quali è stata introdotta una specifica regolamentazione per il regime di copia privata di materiale audio e video<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione», art. 5, par. 2: « Gli Stati membri hanno la facoltà di disporre eccezioni o limitazioni al diritto di riproduzione di cui all'articolo 2 per quanto riguarda: a) le riproduzioni su carta o supporto simile, mediante uso di qualsiasi tipo di tecnica fotografica o di altro procedimento avente effetti analoghi, fatta eccezione per gli spartiti sciolti, a condizione che i titolari dei diritti ricevano un equo compenso; b) 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; c) gli atti di riproduzione specifici effettuati da biblioteche accessibili al pubblico, istituti di istruzione, musei o archivi che non tendono ad alcun vantaggio economico o commerciale, diretto o indiretto; d) le registrazioni effimere di opere realizzate da organismi di diffusione radiotelevisiva con i loro propri mezzi e per le loro proprie emissioni; la conservazione di queste registrazioni in archivi ufficiali può essere autorizzata, se hanno un eccezionale carattere documentario; e) le riproduzioni di emissioni radiotelevisive effettuate da istituzioni sociali pubbliche che perseguano uno scopo non commerciale, quali ospedali o prigioni, purché i titola-

ri dei diritti ricevano un equo compenso ». Sulla tecnica di armonizzazione del diritto d'autore europeo promossa dal legislatore comunitario v. S. BECHTOLD, *Directive 2001/29/EC*, in T. DREIER, P.B. HUGENHOLTZ (eds.), *Concise European Copyright Law*, Alphen aan de Rijn, 2006, 343 ss., spec. 369; C. SEVILLE, *EU Intellectual Property Law and Policy*, Cheltenham (UK)-Northampton (Mass.), 2009, 49 ss.; nell'ordinamento tedesco, v. J. REINBOTHE, *Die EG-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft*, in *GRUR Int.*, 2001, 733 ss.; nonché, in Italia, M. BERTANI, *Diritto d'autore europeo*, Torino, 2011, 214 ss.

<sup>4</sup> Cfr. *ex multis*, V.M. DE SANCTIS, *Del diritto di autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche*. (Artt. 2575-2583), in *Comm. c.c. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2012, 163 ss.; B.M. GUTERREZ, *La tutela del diritto di autore*, II ed., Milano, 2008, 159 ss.

<sup>5</sup> Prima dell'emanazione della L. 18 agosto 2000, n. 248 e, successivamente, del D.Lgs. 68/2003, risultavano controversi i margini di interpretazione (analogica o, comunque, estensiva) della disposizione di cui al previgente art. 68, co. 1, l.d.a. (« È libera la riproduzione di singole opere o brani di opere per uso personale dei lettori, fatta a mano o con mezzi di riproduzione non idonei a spaccio o diffusione dell'opera nel pubblico »): sul punto, per una rassegna delle posizioni dottrinali e un'interessante proposta di lettura, v. D. GALLETI, *Le utilizzazioni libere: copia privata*, in *AIDA*, 2002, 146 ss., spec. 166 ss.

In particolare, attraverso le disposizioni in parola<sup>6</sup>: i) da un lato, è stata « 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 [...] » (art. 71-*sexies*, comma 1, l.d.a.); ii) dall'altro, si è riconosciuto, per tali (libere<sup>7</sup>) utilizzazioni, il « diritto ad un compenso » a favore dei titolari dei diritti — *i.e.* « 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 » (art. 71-*septies*, comma 1, l.d.a.).

Per la qualificazione di tale « compenso », e delle relative tecniche di riscossione, il D.Lgs. 68/2003 ha riproposto un modello operativo già recepito nell'ordinamento italiano con le disposizioni della L. 5 febbraio 1992, n. 93<sup>8</sup>, fondato sulla previsione di un onere economico gravante non già, in via diretta, sugli utilizzatori finali delle opere, ma imposto invece ai soggetti che, a livello professionale, producono o commercializzano gli apparecchi e i supporti di registrazione strumentali alla riproduzione privata delle stesse<sup>9</sup>, secondo parametri la cui esatta quantificazione veniva rimessa ad un decreto del Ministero per i beni e le attività culturali (art. 71-*septies*, comma 2, l.d.a.).

Nelle more dell'approvazione di tale provvedimento, la disciplina primaria è stata ulteriormente integrata dall'art. 5, comma 2-*ter*, d.l. 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla L. 28 febbraio

<sup>6</sup> Cfr., tra i primi commentatori, V.M. DE SANCTIS, *La copia privata nel D.Lgs. 68/2003. Prime valutazioni*, in *D. aut.*, 2004, 115 ss., e poi, in chiave comparatistica, G.M. RICCIO, *Privati della copia privata? A proposito di una recente sentenza della cassazione francese*, in *D. int.*, 2006, 238 ss.

<sup>7</sup> Nella nozione di « utilizzazioni libere » originariamente prevista dal legislatore italiano nel 1941, devono, a stretto rigore, distinguersi due diverse tecniche di contemperamento di interessi contrapposti, a seconda che le disposizioni normative facciano riferimento: i) ad una facoltà di sfruttamento completamente gratuita dell'opera da parte di particolari soggetti; ovvero che, come nell'ipotesi descritta nel testo, ii) disciplinino un regime di diritti e libertà « paganti » (così P. SPADA, *Copia privata e opere sotto chiave*, in *D. ind.*, 2002, I, 591 ss., a 194), nel quale l'utilizzazione del materiale protetto è sì indipendente dal consenso del titolare dei diritti, ma subordinata alla corresponsione di un compenso: sulla distinzione, nella prospettiva dell'utente finale, v. R. PENNISI, *Gli utilizzatori*, in *AIDA*, 2005, 181 ss., a 186.

<sup>8</sup> Per un inquadramento della disciplina introdotta dalla L. 93/1992, recante « [n]orme a favore delle imprese fonografiche e compensi per le registrazioni private

senza scopo di lucro », si rinvia a T. COLLOVÀ, *Prime note sull'art. 3 della L. 5 febbraio 1992 n. 93 in materia di diritti per le registrazioni senza scopo di lucro*, in *D. aut.*, 1992, 455 ss.; M. RICOLFI, *Copia privata e diritti di produttori ed artisti*, in *AIDA*, 1992, 59 ss.; A. NIUTTA, *Una quota del prezzo di vendita dei supporti (nastri) per la registrazione video e audio quale compenso per la riproduzione privata per uso personale*, in *G. comm.*, 1993, I, 607 ss.

<sup>9</sup> Secondo originaria formulazione dell'art. 71-*septies*, co. 1, l.d.a., per come introdotta dal D.Lgs. 68/2003, il 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 ».

2008, n. 31, che, come accennato, ha introdotto un ultimo periodo al 1° comma dell'art. 71-septies l.d.a., in forza del quale « [p]er i sistemi di videoregistrazione da remoto il compenso di cui al presente comma [i.e. il compenso per la copia privata] è dovuto dal soggetto che presta il servizio ed è commisurato alla remunerazione ottenuta per la prestazione del servizio stesso »<sup>10</sup>. Nell'emanare il decreto attuativo<sup>11</sup>, la competente autorità ministeriale non ha tuttavia « ritenuto opportuno procedere alla determinazione del compenso » in parola, sospendendo l'attuazione della norma sulla copia da remoto proprio in ragione delle controversie interpretative sorte in ambito comunitario, che avevano addirittura indotto la Commissione europea a preannunciare l'apertura di un procedimento di infrazione nei confronti dell'Italia<sup>12</sup>. In questo contesto si è da ultimo inserita una sentenza resa dal T.A.R. Lazio, a fronte di un ricorso con il quale — come si legge nella ricostruzione compiuta in motivazione — il decreto ministeriale era stato impugnato « nella parte in cui ha ommesso di determinare il compenso per sistemi di video registrazione da remoto, nonostante ciò fosse espressamente previsto dall'art. 71-septies della L. n. 633/41 e su tale compenso la stessa [parte ricorrente] avesse fatto legittimo affidamento »<sup>13</sup>.

Da parte ogni considerazione sul merito del ricorso, la pronuncia del Giudice amministrativo stimola un tentativo di riflessione ulteriore, proprio perché, ai fini della risoluzione della controversia, si limita a rilevare la « non arbitrarietà » della scelta ministeriale « di soprassedere temporaneamente », a fronte « dei rilievi della Commissione », a dare attuazione al dettato legislativo, e prescinde quindi deliberatamente dal dirimere « la complessa questione ermeneutica » concernente l'effettiva (in)compatibilità delle tecniche di riproduzione da remoto con il regime delle riproduzioni private ad uso personale.

### 3. POTENZIALI PROFILI DI CONFLITTO CON LA DISCIPLINA DEL DIRITTO D'AUTORE.

I potenziali profili di conflitto tra le tecniche della riproduzione da remoto e l'eccezione comunitaria di copia privata sono efficacemente enucleati nel passaggio della sentenza del T.A.R. Lazio che, ripercorrendo

<sup>10</sup> Per un primo commento, A. ZOPPINI, *La nuova disciplina della copia privata da remoto*, in A.M. GAMBINO, V. FALCE (a cura di), *Scenari e prospettive del diritto d'autore*, Roma, 2009, 105 ss.; e v. anche A.M. GAMBINO, *Diritto d'autore e nuovi processi di patrimonializzazione*, in *Di.M.T.*, 2011, 13 ss., che critica « l'improvvida rincorsa al digitale attraverso l'apparato normativo pensato per l'analogico » (p. 14).

<sup>11</sup> Cfr. decreto del Ministero per i beni e le attività culturali, 30 dicembre 2009, in *Gazzetta Ufficiale* 6 marzo 2010, n. 54.

<sup>12</sup> Sul punto, cfr. la *Relazione illustrativa* al decreto (reperibile dal sito web

[www.beniculturali.it](http://www.beniculturali.it)), ove, in particolare, si legge che « la Commissione europea con nota del 23 febbraio 2009 prot. n. 29900MARKT D1/DB D (2009) ha rappresentato al Governo italiano la necessità di abrogare la disposizione di cui all'art. 71-septies, co. 1, ultimo periodo, della L. 633/1941 [...] per mancata conformità della stessa con le disposizioni della direttiva 2001/29/CE ed in particolare con le disposizioni di cui all'art. 2 (diritto esclusivo di riproduzione) e all'art. 3 (diritto di messa a disposizione del pubblico dell'opera protetta) della direttiva citata » (p. 13).

<sup>13</sup> T.A.R. Lazio, sent. 2 marzo 2012, n. 2157.

la ricostruzione fornita dalla Commissione europea, evidenzia: « i) l'indubbia vicinanza del servizio di videoregistrazione da remoto al diritto di messa a disposizione (art. 3, par. 2 della Direttiva) che comprende la "messa a disposizione del pubblico di opere o altri materiali in maniera tale che i componenti del pubblico possano avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente", in relazione al quale "non esiste un'eccezione relativa all'uso privato" [...]; ii) la presenza di una potenziale componente commerciale che accompagna la realizzazione della copia da parte dell'operatore nell'ambito del servizio di videoregistrazione da remoto, che si manifesta nella misura in cui il medesimo si inserisce in un più ampio ventaglio di servizi offerto dall'operatore e si associa a modalità di comunicazione commerciale presso l'utente; e iii) la circostanza che la riproduzione sia effettuata in favore di soggetti che "non sono neppure in possesso delle opere originali", restando queste ultime nella disponibilità di chi effettua la riproduzione e, solo successivamente, trasmesse all'utente" ».

Al fine di procedere ad una più puntuale disamina, è possibile distinguere tali argomentazioni alla luce del loro differente fondamento concettuale.

a) L'argomento *sub ii)* sottende un'opzione di vertice nella selezione degli strumenti di copia privata, fondata su un rilievo — il maggior margine lucrativo a disposizione dell'impresa terza che, a fini commerciali, può offrire la riproduzione da remoto di opere in regime di libera utilizzazione — che, senza affatto esser specifico di tali sistemi di copia, ha sempre rivestito un importante ruolo nell'evoluzione normativa della materia, a fronte delle diverse tecniche di riproduzione disponibili ai privati nel corso del tempo.

b) A valle di tale prima opzione, i rilievi isolati *sub i)* e *iii)* presuppongono invece l'adesione ad una particolare ricostruzione della tecnica della videoregistrazione da remoto, come sistema che, proprio in funzione di caratteristiche operative ad esso specifiche, non rientrerebbe nel perimetro legale dell'eccezione comunitaria di copia privata (v. artt. 2; 3, par. 2, dir. 2001/29/CE), per come recepita dal legislatore nazionale attraverso le disposizioni contenute nell'art. 71-*sexies* l.d.a., rispettivamente, al comma 2 (« La riproduzione di cui al comma 1 non può essere effettuata da terzi ») e al comma 3 (« La disposizione di cui al comma 1 non si applica alle opere o ai materiali protetti messi a disposizione del pubblico in modo che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente, quando l'opera è protetta dalle misure tecnologiche di cui all'articolo 102-*quater* ovvero quando l'accesso è consentito sulla base di accordi contrattuali »)<sup>14</sup>.

Tali rilievi meritano dunque di essere esaminati in funzione della loro potenziale influenza sulla qualificazione generale della disciplina delle ri-

<sup>14</sup> Sui confini normativi della « [r]iproduzione privata ad uso personale » introdotti dal D.Lgs. 68/2003, v. F. MORRI, *Commento sub art. 9 D.Lgs. 68/2003*, in AA.Vv., *Diritto d'autore e diritti connessi nella società dell'informazione*, Milano, 2003, 57 ss.; P. DI FABIO, *La nuova norma-*

*tiva sul diritto d'autore e la riproduzione per uso personale delle opere dell'ingegno*, in *Giust. civ.*, 2003, 413 ss., e poi S. ERCOLANI, *Il diritto d'autore e i diritti connessi. La legge n. 633/1941 dopo l'attuazione della direttiva n. 2001/29/CE*, Torino, 2004, 298.

produzioni private nel contesto dell'evoluzione tecnologica e dell'ambiente digitale. Prendendo spunto dalle argomentazioni proposte nel caso concreto, si tenterà quindi, nella successiva trattazione, di esaminare le opzioni interpretative sottese al processo di selezione di « nuovi » strumenti di riproduzione a disposizione degli utenti.

#### 4. (SEGUE) ... ALLA LUCE DEL FONDAMENTO CONCETTUALE DELLA COPIA PRIVATA « EUROPEA ».

In termini generali, è opportuno osservare come l'armonizzazione europea della disciplina del *copyright* attuata con la dir. 2001/29/CE abbia imposto — come da ultimo esplicitamente chiarito dalla Corte di Giustizia nel caso *Padawan* — una unitaria qualificazione delle eccezioni ai diritti di esclusiva sulle opere dell'ingegno e, in particolare, un'autonoma nozione di « equo compenso » spettante ai titolari dei diritti, valevole in tutti gli ordinamenti degli Stati membri che abbiano recepito le limitazioni contenute nella direttiva<sup>15</sup>.

In questo contesto, se da un lato hanno in parte perso immediato rilievo applicativo le questioni interpretative che, in passato, avevano visto impegnata la nostra dottrina nel tentativo di inquadrare teoricamente le situazioni soggettive dell'autore e dell'utente finale a fronte di un atto di copia<sup>16</sup>, dall'altro lato non può dirsi conclusa una volta per tutte, ed in

<sup>15</sup> Cfr. Corte Giust. UE, 21 ottobre 2010, C-467/08, *Padawan* SL c. *Sociedad General de Autores y Editores de España* (SGAE), pubblicata in *D. ind.*, 2011, 81 ss., con nota di S. ALVANINI, *Equo compenso: finalmente per copia privata*; e in *Nuova g. civ. comm.*, 2011, 1089 ss., con nota di C. PAGLIETTI, *L'equo compenso e la copia privata nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, § 29 ss. (spec. § 33: « la nozione di "equo compenso", che figura in una disposizione collocata in una direttiva che non implica alcun rinvio ai diritti nazionali, dev'essere considerata quale nozione autonoma del diritto dell'Unione ed interpretata in modo uniforme sul territorio di quest'ultima », e § 37 « la nozione di "equo compenso", di cui all'art. 5, n. 2, lett. b), della direttiva 2001/29, costituisce una nozione autonoma del diritto dell'Unione, che dev'essere interpretata in modo uniforme in tutti gli Stati membri che abbiano introdotto l'eccezione per copia privata a prescindere dalla facoltà riconosciuta dagli Stati medesimi di determinare, entro i limiti imposti dal diritto dell'Unione, segnatamente dalla stessa direttiva, la forma, le modalità di finanziamento e di prelievo nonché l'entità di tale equo compenso »).

<sup>16</sup> In particolare, dalla consultazione dei contributi pubblicati a seguito della L.

93/1992, emerge chiaramente come, pure a fronte della previsione normativa che disponeva un obbligo di prelievo gravante sulle apparecchiature strumentali alla realizzazione di copie private, l'incertezza derivante dall'assenza di una corrispettiva disciplina di limitazioni al diritto d'autore non avesse agevolato una valutazione univoca circa la rilevanza giuridica (spec.: in termini di liceità) della condotta di « copia privata » né una interpretazione unitaria della natura (sinallagmatica?; risarcitoria?, ecc.) da attribuire alla nozione di « compenso »: per una panoramica, oltre agli autori citati *retro*, nt. 8, v. M. ORLANDI, *Disciplina della riproduzione e dispositivi « anticopia »*, in *AIDA*, 1999, 82 ss.; M. BERTANI, *Diritto d'autore ed uso personale non « sanzionabile »*, *ivi*, 2000, 349 ss., spec. 365 ss. L'art. 71-*sexies*, comma 1, l.d.a., qualifica invece espressamente come « consentita » la riproduzione privata di fonogrammi e videogrammi, limitando conseguentemente l'alternativa ricostruttiva tra l'opzione che vede la disciplina di copia come oggetto di una mera tolleranza da parte dei titolari dei diritti (in tal senso, V.M. DE SANCTIS, *La copia privata nel D.Lgs. 68/2003. Prime valutazioni*, cit., 122; *Id.*, « *No copyright* »? *Una risposta e un commento*, in *D. aut.*, 2006, 92 ss.; M.S. SPOLIDORO, *Le eccezioni e le limitazio-*

modo soddisfacente, l'individuazione delle singole ipotesi di sfruttamento di materiale protetto riconducibili entro i confini delle riproduzioni private ad uso personale<sup>17</sup>. Ed invero la nozione di « copia privata » forgiata dal legislatore europeo (e recepita da quello nazionale) si fonda su una clausola dal tenore aperto, riferita alle riproduzioni *su qualsiasi supporto effettuate* da una persona fisica per uso privato e per fini né direttamente, né indirettamente commerciali (art. 5, par. 2, lett. b), dir. 2001/29/CE; art. 71-sexies, comma 1, l.d.a.).

In tal senso, muovendo dal rilievo per cui, nel settore dell'*intellectual property*, la miglior tecnica di normazione appare quella in grado di assicurare un maggior grado di flessibilità al dettato legislativo, in modo tale che questo non debba risentire negativamente dell'obsolescenza delle singole tecnologie esplicitamente prese in considerazione dal legislatore per l'applicazione dei propri principi<sup>18</sup>, non pare azzardato aderire ad un approccio interpretativo che valorizzi le regole sostanziali estrapolabili dalla disposizione comunitaria, calandole, per quanto possibile, in una dimensione di neutralità tecnologica<sup>19</sup>. Operazione ermeneutica, questa, che risulta perseguibile nella misura in cui non comporti un'alterazione dell'equilibrio di interessi di autori e utenti finali rinvenibile al fondo del regime di copia privata formalmente accolto in sede comunitaria<sup>20</sup> e che, entro

ni, in *AIDA*, 2007, 179 ss., a 203 ss.), e l'interpretazione che, per altro verso, inquadra il fenomeno « nell'ordine della libertà e del diritto soggettivo » (così, v. già P. SPADA, *Copia privata e opere sotto chiave*, cit., 593 s.; e poi G. ANGELICCHIO, *Spunti sistematici sulle utilizzazioni libere*, in *AIDA*, 2005, 569 ss., a 576 e R. PENNISI, *Gli utilizzatori*, cit., 181 ss.).

<sup>17</sup> Sul punto, tra gli altri, v. P. FRASSI, *Le evoluzioni normative a livello nazionale: l'oggetto della protezione*, in A.M. GAMBINO, V. FALCE (a cura di), *Scenari e prospettive del diritto d'autore*, cit., 73 ss., a 74 s., e F. TOZZI, *Il diritto di autore nel nuovo ambiente tecnologico. La copia privata*, *ivi*, 177 ss. (e, poi in *Civiltà europea*, 2009, 133 ss.).

<sup>18</sup> In tema, v. T.C. VINJE, *Should We Begin Digging Copyright's Grave?*, in *European Int. Prop. Rev.*, 2000, 551 ss., a 553 s. (« the best intellectual property is generally the most flexible legislation, in particular so it does not become obsolete as technology develops »); ma v. anche A.M. GAMBINO, *Diritto d'autore e nuovi processi di patrimonializzazione*, cit., 13 ss., che analizza criticamente il tentativo di « incasellare nei vecchi paradigmi normativi le nuove esigenze di tutela legate all'innovazione tecnologica ».

<sup>19</sup> Tale tentativo di valorizzazione degli elementi di flessibilità contenuti nella direttiva appare tanto più opportuno se si riflette sui rischi connessi di irrigidimento della disciplina delle eccezioni al diritto

d'autore connessi all'atteggiamento formalistico assunto dal legislatore comunitario nella predisposizione dell'elenco di cui all'art. 5 dir. 2001/29/CE: sul punto, v. G. MAZZIOTTI, *Monopoli elettronici e utilizzazioni libere nel diritto d'autore comunitario*, in *D. aut.*, 2004, 150 ss., a 173, e ID., *EU digital copyright law and the end-user*, Berlin-Heidelberg, 2008, 79, che riporta la critica di P.B. HUGENHOLTZ, *Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid*, in *European Int. Prop. Rev.*, 2000, 499 ss., a 501.

<sup>20</sup> Merita ad ogni buon conto precisare come l'operazione in discorso non imporrebbe, proprio a fronte del tenore letterale della clausola normativa (« qualunque supporto »), di giustificare un'interpretazione analogica della disposizione sulla riproduzione privata, ma, al più, di favorirne una lettura estensivo-evolutiva: operazione che, secondo una posizione consolidata nella giurisprudenza pratica e teorica, non risulterebbe preclusa, pur a fronte del carattere eccezionale assunto dal regime delle libere autorizzazioni (v. L.C. UBERTAZZI, *Le utilizzazioni libere della pubblicità*, in *AIDA*, 1994, 71 ss.; F.P. REGOLI, *La giurisprudenza della cassazione sulle « libere utilizzazioni di opere protette dal diritto d'autore »*, in *D. aut.*, 1997, 339 ss.; S. ERCOLANI, *Limitazioni ed eccezioni al diritto d'autore nella legislazione italiana*, *ivi*, 1999, 278). Merita al tempo stesso ricordare come, negli ultimi anni, pur a fronte del dettato apparentemente tassati-

questi limiti, appare coerente con l'atteggiamento che nel corso degli anni ha consentito di ricostruire il contenuto delle prerogative spettanti ai titolari dei diritti esclusivi prescindendo dalle differenti tecniche con cui queste sono state in concreto esercitate<sup>21</sup>.

Concentrandosi allora sulla *ratio* della riproduzione privata, pare ragionevole concludere come questa, anche nell'ormai armonizzato contesto europeo, abbia conservato il fondamento concettuale generalmente riconosciute in quegli ordinamenti nazionali ove, come in Italia, già prima dell'emanazione della dir. 2001/29/CE, era possibile ascrivere al contenuto intimo delle prerogative patrimoniali spettanti all'autore un « diritto al compenso » per le forme di fruizione delle opere dell'ingegno non altrimenti controllabili attraverso un regime di accesso esclusivo e, conseguentemente, di scambio organizzato<sup>22</sup>. Ed invero, anche alla luce della normativa comunitaria, per come interpretata dalla stessa Corte di Giustizia, l'« equo compenso » relativo alle limitazioni della sfera di esclusiva dell'autore sullo sfruttamento economico della propria opera si giustifica come istituito dal carattere « retributivo » (più che risarcitorio)<sup>23</sup>, volto ad inden-

vo dell'art. 5 dir. 2001/29/CE, non sono mancate opinioni che hanno criticamente discusso la stessa valenza eccezionale delle norme da questa ispirate: tra queste, sebbene con differenti itinerari argomentativi, v. M. RICOLFI, *Il diritto d'autore*, in N. ABBRIANI, G. COTTINO, M. RICOLFI, *Diritto industriale*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, II, Padova, 2001, 460; D. GALLETTI, *Le utilizzazioni libere: copia privata*, cit., 146 ss.; R. PENNISI, *Gli utilizzatori*, cit., 187 ss.; M.S. SPOLIDORO, *Le eccezioni e le limitazioni*, cit., 197 ss.

<sup>21</sup> Paradigmatici, in tal senso, appaiono studi come quello di L. LEONELLI, *Le video-cassette e il diritto d'autore*, in *D. aut.*, 1970, 200 ss., ove, a fronte del primo affacciarsi delle tecniche di videoregistrazione analogica sul mercato dei prodotti dell'elettronica, ci si interrogava se l'impiego di tali apparati e supporti potesse essere considerato, in sé e per sé, come l'oggetto di un nuovo diritto di sfruttamento esclusivo • come, più semplicemente una nuova modalità di fruizione di facoltà già puntualmente riconducibili al contenuto patrimoniale del diritto d'autore.

<sup>22</sup> Ed in tal senso, nella nostra dottrina, prima delle più recenti riforme alla l.d.a., v. già T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali. Istituzioni di diritto industriale*, III ed., Milano, 1960, 309, 742, e poi, diffusamente, D. SARTI, *Copia privata e diritto d'autore*, in *AIDA*, 1992, 33 ss., in part. alle 39, 47 (« [I]ntroduzione del sistema di compensi [...] presuppone ed espressamente ribadisce il principio generale per cui l'autore ha diritto a venire compensato in relazione

a tutti i benefici che i terzi ricavano all'utilizzazione (commerciale od imprenditoriale) della sua opera », e, coerentemente, Id., *Diritti esclusivi e circolazione dei beni*, Milano, 1996, 367 s.: « [I]l diritto al compenso non sostituisce dunque né degrada lo *ius excludendi*, ma ne conferma la tradizionale funzione ed i presupposti di applicazione aggiungendo visi quale pretesa del tutto autonoma e complessivamente rafforzando la tutela degli autori »; in termini adesivi, M. RICOLFI, *Copia privata e diritti di produttori ed artisti*, cit., 69 ss., e, sebbene in altra prospettiva, M. BERTANI, *Diritto d'autore ed uso personale non « sanzionabile »*, cit., 366., e nt. 8: « [n]el contenuto del diritto patrimoniale d'autore rientrano poi alcuni diritti a compenso previsti (tra l'altro) a fronte della riproduzione personale di videogrammi e della fotocopia di opere a stampa ».

<sup>23</sup> Su questo profilo, ricollegando la disciplina armonizzata a livello europeo con le ricostruzioni dottrinali antecedenti alla dir. 2001/29/CE, cfr. C. PAGLIETTI, *L'equo compenso e la copia privata nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, cit., 1102. Ed invero, a partire dalla pronuncia *Padawan*, emergono evidenti i profili interpretativi dell'« equo compenso europeo come strumento di indennizzo per la diminuzione delle probabilità di guadagno dell'autore derivanti dal mancato sfruttamento dell'esclusiva [v. in part. Corte Giust. UE, 21 ottobre 2010, C-467/08, cit., §§ 39 (« dai "considerando" trentacinquesimo e trentottesimo della direttiva 2001/29 emerge che tale equo compenso è volto ad indennizzare "adeguatamente" gli autori per

nizzare i titolari dei diritti a fronte di utilizzazioni « private » da essi non effettivamente controllabili<sup>24</sup>, e per le quali, quindi, la forma di tutela più efficace viene garantita non già dal tradizionale *ius excludendi alios* (che rischierebbe di ridursi, nei fatti, a ben poca cosa), ma bensì da un sistema di protezione articolato secondo il paradigma delle *liability rules*<sup>25</sup>.

l'uso delle loro opere protette effettuato senza autorizzazione. [...] L'eccezione per copia privata deve quindi poter implicare un sistema "per indennizzare i titolari di diritti del pregiudizio subito"»); 40 (« Da tali disposizioni emerge che la configurazione e l'entità dell'equo compenso sono connesse al danno derivante per l'autore dalla riproduzione della sua opera protetta effettuata senza autorizzazione per fini privati. In tale prospettiva, l'equo compenso dev'essere considerato quale contropartita del pregiudizio subito dall'autore. »); e 41 (« il termine "indennizzare" di cui ai "considerando" trentacinquesimo e trentottesimo della direttiva 2001/29 traduce la volontà del legislatore dell'Unione di istituire un sistema particolare di compensazione la cui attuazione scaturisce dall'esistenza, a detrimento dei titolari dei diritti, di un pregiudizio, il quale fa sorgere, in linea di principio, l'obbligo di "indennizzare" questi ultimi »)]. Al tempo stesso, non può tuttavia non rimarcarsi come il riferimento al « pregiudizio subito dai titolari dei diritti » — indicato dalla dir. 2001/29/CE quale « valido criterio » di quantificazione dell'entità del compenso (v. Considerando n. 35) — stimoli argomentazioni che sembrano attrarre l'equo compenso nell'area concettuale dell'illecito civile: paradigmatiche, sul punto, le conclusioni dell'Avv. Generale Jääskinen, rese nel procedimento *Opus Supplies*, (Causa C-462/09), che, nel ricostruire i termini della precedente sentenza *Padawan*, sostengono che « [l]a Corte ha affermato che, in generale, il soggetto che ha causato il danno al titolare del diritto esclusivo di riproduzione è chi realizza la riproduzione di un'opera protetta senza chiedere la previa autorizzazione e, quindi, colui che deve risarcire il danno » (§ 23).

<sup>24</sup> Sembra in tal senso potersi dire ormai formalmente affermatosi, a livello europeo, quel processo di codificazione di un « principio di onerosità di ogni singolo atto di fruizione di un'opera » delle cui origini ha dato conto G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, Milano, I ed., 2001, 118, e che è possibile collocare nell'ambito di un più complessivo disegno regolatore che ravvede oggi in un « elevato livello di protezione » della proprietà intel-

lettuale (cfr., *ex multis*, art. 9 dir. 2001/29/CE) un tassello fondamentale per assicurare adeguati investimenti privati ed incentivi allo sviluppo di interi settori scientifici, industriali e commerciali: cfr. al riguardo K.J. KOELMAN, *Copyright Law & Economics in the EU Copyright Directive: Is the Droit d'Auteur Passé?*, in *IIC*, 2004, 603 ss., e in termini recisamente critici A. PEUKERT, *Intellectual Property as and End in Itself?*, in *European Int. Prop. Rev.*, 2011, 67 ss.; G. RESTA, *Nuovi beni immateriali e numerus clausus dei diritti esclusivi*, in *Id.* (a cura di), *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Torino, 2011, 3 ss., a 18. Tali linee evolutive, consolidate nella legislazione comunitaria dell'ultimo decennio, portano al tempo stesso ad escludere la possibilità di considerare come estranee al contenuto proprio del diritto d'autore alcune facoltà di sfruttamento « privato » delle opere, come suggerito, in passato, da L. SORDELLI, *L'opera dell'ingegno*, Milano, 1954, 222; G. GUGLIELMETTI, *Apparecchi fonomagnetici e riproduzione per uso personale*, in *D. aut.*, 1956, 489 ss.; ma come, più di recente, sembra potersi evincere da T.C. VINJE, *Should We Begin Digging Copyright's Grave?*, cit., 555 (« even if virtually all private copying could be controlled, this does not mean that all private copies should be subject to an exclusive right. One could still conclude that certain copies — those made for time shifting purposes, for example — should neither fall within the copyright owner's control nor be subject to payment »).

<sup>25</sup> Cfr. tra i molti, a seguito del recepimento della dir. 2001/29/CE, L. NIVARRA, *La proprietà intellettuale tra « mercato » e « non mercato »*, in *R. crit. d. priv.*, 2004, 528, che — con riferimento al modello di G. CALABRESI, A.D. MELAMED, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, in *85 Harv. Law Rev.* 1089 (1972) — ne rileva il peculiare atteggiarsi nella fattispecie in esame, ove, se da un lato si registra un libero accesso alla risorsa, non subordinato al consenso del titolare, dall'altro lato si deve rilevare il permanere di tecniche di tutela « proprietarie » esperibili nei confronti di colui che non si adegua alle condizioni di versamento del compenso.

Tale forma di tutela, dunque, lungi dal degradare il diritto dell'autore sulle utilizzazioni economiche dell'opera dell'ingegno, ne integra invece il contenuto, consentendogli di ottenere una remunerazione a fronte della circolazione di quelle facoltà d'uso per le quali, a causa di elevatissimi costi di transazione e di possibili comportamenti opportunistici dei singoli utilizzatori finali, si riscontra l'impossibilità (o comunque, l'estrema onerosità) di sfruttare contrattualmente la propria posizione di esclusiva (o, in altri termini, si verifichino le condizioni per un fallimento di mercato<sup>26</sup>).

Ed è per l'appunto in questa prospettiva che i sistemi di riproduzione « da remoto » sono apparsi fuoriuscire dai confini legali della normativa di libera utilizzazione, in quanto fondati sulla fruizione di copie non rinvenibili nella materiale disponibilità dei singoli utenti, ma messe invece a loro disposizione, a fini di lucro, da un operatore commerciale in modo apparentemente non dissimile dalla diffusione *on-demand* di contenuti audio e video, secondo un meccanismo riproduttivo che, proprio in quanto « intermediato » da un'impresa terza, risulterebbe controllabile da parte dei titolari dei diritti e comunque rispondente ad una logica diversa da quella che anima le altre forme di riproduzione menzionate dall'art. 71-septies, comma 1. l.d.a.<sup>27</sup>.

A ben vedere, tuttavia, il collegamento così operato tra uso-controllabile e uso-intermediato (e perciò, necessariamente, « non-privato ») delle opere dell'ingegno si presta ad alcune osservazioni critiche, e merita di essere più specificamente analizzato.

In particolare — fermo restando il principio, espressamente sancito nel nostro ordinamento, per cui la riproduzione privata « non può essere *effettuata* da terzi » — la pronuncia *Padawan* sembra chiarire come una qualche attività di « intermediazione » nella fruizione di materiale coperto da esclusiva, lungi dall'essere elemento incompatibile con la disciplina della copia privata, ne è invece, in certa misura, una componente essenziale, in quanto consente di selezionare quei soggetti che, sebbene non coinvolti in prima persona nello sfruttamento di fonogrammi e videogrammi, possono legittimamente fungere da centri di imputazione del prelievo a favore degli autori e dei titolari dei diritti connessi<sup>28</sup>. Queste indicazioni si pon-

<sup>26</sup> Sul punto, in chiave gius-economica, v., con riferimento al noto caso *Betamax*, W.J. GORDON, *Fair Use as a Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors*, in 82 *Columbia Law Rev.* 1600 (1982); in Italia, su questa linea, cfr. M. RICCOLI, *Copia privata e diritti di produttori ed artisti*, cit., 71; D. GALLETI, *Le utilizzazioni libere: copia privata*, cit., 152 ss.; e volendo, per un più generale inquadramento dei problemi derivanti dalla difficile « appropriabilità » delle risorse a contenuto cognitivo, V. ZENO-ZENCOVICH, F. MEZZANOTTE, *Le reti della conoscenza: dall'economia al diritto*, in questa *Rivista*, 2008, 141 ss., spec. 148 ss.

<sup>27</sup> Sul punto, v., in termini generali, G. MAZZIOTTI, *Monopoli elettronici e utilizzazioni libere nel diritto d'autore comuni-*

*tario*, cit., 169 ss.; e con specifico riferimento alla disciplina del novellato art. 71-septies, ult. periodo, l.d.a., oltre a quanto ricostruito *retro*, n. 3, lett. a), cfr. F. TOZZI, *Il diritto di autore nel nuovo ambiente tecnologico. La copia privata*, cit., 188.

<sup>28</sup> Cfr. M. BERTANI, *Diritto d'autore europeo*, cit., 211; e in tal senso, già prima dell'emanazione della dir. 2001/29/CE, cfr. M. ORLANDI, *Disciplina della riproduzione e dispositivi « anticopia »*, cit., 86. In tal senso, la sentenza *Padawan* non sembra fare distinzione, all'interno della cerchia di coloro che « dispongono di apparecchiature, dispositivi e supporti di riproduzione digitale », tra quei soggetti che « di diritto o di fatto, mettono tali apparecchiature a disposizione dei soggetti privati » e quelli che, invece, « rendono loro un servi-

gono, del resto, in linea di continuità con l'orientamento desumibile dalla disciplina internazionale delle eccezioni al diritto d'autore, ed in particolare con la lettura che in tale sede è stata elaborata delle condizioni del *three-step test*<sup>29</sup>, formalmente recepito dalla dir. 2001/29/CE (art. 5, par. 5) e, conformemente, dal legislatore italiano (art. 71-*novies* l.d.a.)<sup>30</sup>. Come è noto, tra le condizioni imposte ai legislatori nazionali nell'adozione di regimi limitativi al contenuto delle posizioni di esclusiva figura quella concernente il rispetto dello « sfruttamento normale delle opere o degli altri materiali », in relazione al quale è ormai invalso il principio per cui la conformità di un'eccezione non può essere esclusa solo per la sussistenza di una qualche forma di utilità economica, sia pur commercialmente sfruttabile, connessa alla risorsa, dovendosi invece incentrare l'analisi sul tipo di *uso* che del materiale protetto viene effettivamente consentito attraverso una certa misura limitativa, verificandone l'effettivo livello di concorrenzialità rispetto a quelle (e a quelle sole) attività di sfruttamento economico dell'opera che risultino monopolisticamente riservate all'impresa culturale<sup>31</sup>.

zio di riproduzione ». Tanto è vero che, in questa prospettiva, « l'utente privato che si avvalga di un servizio di riproduzione dev'essere considerato, in realtà, quale "debitore indiretto" dell'equo compenso », alla stregua di colui « a favore del quale vengano messi a disposizione dispositivi, apparecchiature e supporti di riproduzione »: Corte Giust. UE, 21 ottobre 2010, cit., §§ 46, 48, e sul punto, G. COLANGELO, *Copia privata ed equo compenso per gli autori alla luce della recente giurisprudenza comunitaria*, in *G. comm.*, 2011, 1288 ss.

<sup>29</sup> Come è noto, le condizioni essenziali della disciplina di limitazioni al diritto d'autore trovano il loro fondamento nelle convenzioni internazionali in materia di proprietà intellettuale, a partire dalla disciplina dell'art. 9, § 2, della Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche, ai sensi del quale: « [è] riservata alle legislazioni dei Paesi dell'Unione la facoltà di permettere la riproduzione delle predette opere in taluni casi speciali, purché una tale riproduzione non rechi danno allo sfruttamento normale dell'opera e non causi un pregiudizio ingiustificato ai legittimi interessi dell'autore » (e v., conformemente, art. 13, TRIPs; art. 10, § 2, Accordo WCT).

<sup>30</sup> Significativo, sul ruolo della recezione del principio nell'ordinamento interno, il rilievo di M.S. SPOLIDORO, *Le eccezioni e le limitazioni*, cit., 199, secondo il quale, attualmente, « il three step test esce dall'ambito delle norme che definiscono le obbligazioni degli Stati, dove è nato ed è diventato prospero, per diventare un criterio di giudizio nelle liti tra privati, i quali dun-

que potranno invocarlo nell'interpretazione delle norme sulle libere utilizzazioni, sia in senso restrittivo, sia (ed è più probabile) in senso estensivo ».

<sup>31</sup> Cfr. WTO Panel (WT/DS/160/R del 15 giugno 2000, *US - Section 110 (5) Copyright Act*): « not every use of a work, which in principle is covered by the scope of exclusive rights and involves commercial gains, necessarily conflicts with a normal exploitation of that work. If this were the case, hardly any exception or limitation could pass the test of the second condition and Article 13 might be left devoid of meaning, because normal exploitation would be equated with full use of exclusive rights. [...] [A]n exception or limitation to an exclusive right in domestic legislation rises to the level of a conflict with a normal exploitation of the work [...], if uses, that in principle are covered by that right but exempted under the exception or limitation, enter into economic competition with the ways that right holders normally extract economic value from that right to the work (i.e., the copyright) and thereby deprive them of significant or tangible commercial gains »; e in dottrina, *ex multis*, J. OLIVER, *Copyright in the WTO: The Panel Decision on the Three-Step Test*, in 25 *Colum. Journ. Law & Arts* 119 (2002), 170; S. RICKETSON, J.C. GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights. The Berne Convention and Beyond*, II ed., Oxford, 2006, vol. 1, 770; in Italia, v. già D. SARTI, *Copia privata e diritto d'autore*, cit., 46, e più di recente, M.S. SPOLIDORO, *Le eccezioni e le limitazioni*, cit., 195, nonché, in prospettiva ricostruttiva, A. MUSSO, *Del diritto di autore*

## 5. LO SCOPO DI LUCRO DEL FORNITORE DEL SERVIZIO: LESIONE DELL'ESCLUSIVA D'AUTORE?

Muovendo da queste premesse, il primo dei rilievi isolati (*retro* n. 3, *a*), concernente il beneficio commerciale di cui può giovare l'impresa terza che, a fini di lucro, fornisce la riproduzione da remoto, appare un argomento che, se non puntualmente esplicitato nelle sue ricadute operative, rischia di introdurre, in via surrettizia, un profilo di selezione delle tecniche della copia privata in grado di incidere in modo determinante nel futuro sviluppo dell'intera disciplina secondo direttrici contrastanti con quelle rinvenibili nel nostro ordinamento, così come in altri sistemi della tradizione occidentale.

Per esplicitare le ragioni di una simile considerazione pare utile ripercorrere, sia pure in termini essenziali, l'evoluzione normativa del meccanismo di prelievo per copie private aventi ad oggetto materiale fonico — e videografico, che, se è attualmente accolto come sistema operante in via armonizzata a livello europeo, è stato invece in passato al centro di acceso dibattito, non solo in dottrina, ma anche nella giurisprudenza pratica, che è stata chiamata a garantire il bilanciamento tra le numerose, ed eterogenee, istanze coinvolte nello sfruttamento di opere dell'ingegno<sup>32</sup>. Ed invero, se esaminato in prospettiva diacronica, il regime normativo delle eccezioni di riproduzione privata risulta esser stato costantemente animato da una esigenza di sintesi tra l'interesse degli autori (e dei titolari dei diritti connessi) ad un quanto più esteso controllo sulle attività di rilievo economico connesse alla diffusione delle opere, e la posizione di coloro che, nell'esercizio di una libera iniziativa economica, producono e commercializzano strumenti idonei ad assicurare una soddisfacente fruizione « privata » di materiale protetto da diritto d'autore<sup>33</sup>: a ben vedere, il conflitto tra queste contrapposte istanze, pur in astratto diversamente graduabili, non è mai stato risolto in modo tale da poter giustificare il completo pregiudizio delle seconde a totale vantaggio delle prime<sup>34</sup>.

Ciò è in particolar modo evidente se si pone lo sguardo all'esperienza maturata nell'ordinamento tedesco, che per primo, con l'emanazione del-

sulle opere dell'ingegno letterarie ed artistiche (Art. 2575-2583), in *Commentario c.c. Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna-Roma, 2008, 210 ss.

<sup>32</sup> In Italia, v. tra i primi spunti, S. GATTI, *Sulla riproduzione illegittima di beni oggetto di proprietà intellettuale*, in *R. d. comm.*, 1984, I, 19 ss.; M. AMMENDOLA, voce *Diritto d'autore (diritto materiale)*, in *Dig. disc. priv. - sez. comm.*, IV, Torino, 1989, 372 ss., spec. 440; T. COLLOVÀ, *Analisi comparativa della disciplina legislativa e contrattuale riguardante la riproduzione per uso personale (copia privata) nei Paesi europei*, in *D. aut.*, 1993, 1 ss.

<sup>33</sup> Cfr. tra i molti, nel tempo e con diversi accenti, M. FABIANI, *La nozione di uso personale nel diritto d'autore nei confronti delle possibilità offerte dalla tecnica mo-*

*derna delle utilizzazioni delle opere dell'ingegno*, in *D. aut.*, 1955, 161 ss. e poi, *Id.*, *L'impatto della società industriale sul diritto d'autore*, *ivi*, 1989, 310 ss.; T. COLLOVÀ, *Diritto d'autore, diritti connessi e utilizzazione a mezzo magnetofono di opere dell'ingegno*, in *D. aut.*, 1965, 275 ss.; *Id.*, *Riproduzione sonora e visiva di opere dell'ingegno per uso personale*, *ivi*, 1979, 265 ss.; P. SPADA, *Tecniche succedanee di sfruttamento dell'opera cinematografica tra diritto d'autore e diritto della concorrenza*, *ivi*, 1987, 460 ss.; *Id.*, *La proprietà intellettuale nelle reti telematiche*, in *R. d. civ.*, 1998, I, spec. 646.

<sup>34</sup> Ne dà conto, a seguito di un'analisi comparativa dalla quale trae spunto anche la presente trattazione, D. SARTI, *Copia privata e diritto d'autore*, *cit.*, 48 s.

l'*Urheberrechtsgesetz* del 1965, ha visto l'adozione di un sistema di prelievo dal carattere « indiretto », rivolto nei confronti di imprese operanti nella produzione e commercializzazione di apparecchi di registrazione<sup>35</sup>. Come è stato compiutamente rilevato nella ricostruzione storica della vicenda, la valenza delle regole introdotte dal legislatore tedesco può meglio comprendersi alla luce delle controversie che, nel corso del decennio precedente, avevano visto il *Bundesgerichtshof* impegnato in una serie di importanti sentenze concernenti le copie di opere sonore consentite dai primi apparecchi di registrazione diffusi nel mercato dell'elettronica<sup>36</sup>. In particolare, nel caso *Grundig Reporter* del 1955, la Suprema Corte federale, dopo aver chiarito la natura illecita della condotta di copia di contenuti audio protetti, era arrivata a qualificare la posizione delle imprese produttrici come quella di compartecipi alla contraffazione posta in essere dai privati, riconoscendo conseguentemente l'obbligo per gli operatori commerciali di comunicare alla propria clientela, ad ogni singolo atto di vendita, i divieti e le condizioni d'uso derivanti dalle norme sul diritto d'autore<sup>37</sup>. Investita nuovamente della questione nel 1964, con la pronuncia *Personalausweise* la Corte, pur puntualizzando che il concorso nell'illecita contraffazione da parte di produttori e rivenditori di apparecchi prescindeva dall'accertamento di un'effettiva utilizzazione riproduttiva da parte degli utenti finali, respinse tuttavia la richiesta presentata dalla *collecting society* GEMA di inibire ogni forma di vendita che non fosse preceduta dall'annotazione degli estremi del singolo cliente, in modo tale da poter agevolare successivi controlli tra i privati sull'effettivo uso degli strumenti a loro disposizione<sup>38</sup>.

Ai fini della presente analisi, tale ultima decisione assume un rilievo particolare. Ed invero, oltre ad introdurre la soluzione normativa che sarebbe stata accolta con l'intervento di riforma dell'anno successivo — con la modificazione del contenuto dell'obbligo gravante sui produttori e rivenditori da informativo a remunerativo<sup>39</sup> —, la sentenza chiarisce esplicitamente come, anche considerando illecita la condotta di copia privata, il corretto

<sup>35</sup> V. l'originaria versione del « Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten (*Urheberrechtswahrnehmungsgesetz*), von 9. Sept. 1965 », al § 53, riferito al prelievo relativo agli strumenti di audioregistrazione, e per un riscontro sul contesto culturale in cui la soluzione maturò cfr. K. HAERTEL, K. SCHLIEFER, *Urheberrechtsgesetz und Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1967, 240 ss.; e poi A. DIETZ, *Das Urheberrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden, 1978, 163 ss.

<sup>36</sup> Sul tema, v. G. SCHRICKE (Hrg.), *Urheberrecht. Kommentar*, III ed., München, 2006, sub § 53, Rn. 4 s., 1075; e v. anche P.B. HUGENHOLTZ, L. GUIBAULT, S. VAN GEFFEN, *The Future of Levies in a Digital Environment. Final Report*, Institute for Information Law, Amsterdam, 2003,

11 ss.; B. HAZUCHA, *Enablement of Copyright Infringement: A Role of Social Norms in the Regulation of Dual-Use Technologies*, in 24 *Intellectual Property Law and Policy Journ.* (2009), 6 ss.; in Italia, T. COLLOVA, *Diritto d'autore, diritti connessi e utilizzazione a mezzo magnetofono di opere dell'ingegno*, cit., 299 ss.; D. SARTI, *Copia privata e diritto d'autore*, cit., 43 ss.

<sup>37</sup> Cfr. BGH, 18 maggio 1955 — *Grundig Reporter*, in *GRUR*, 1956, 492 ss., e per le implicazioni sistematiche della decisione, specie in riferimento al diritto al compenso per gli autori a fronte di atti di copia privata, v. H.W. NEUMANN, *Urheberrecht und Technik*, *ivi*, 1957, 579 ss.

<sup>38</sup> BGH, 29 maggio 1964 — *Personalausweise*, in *GRUR* 1965, 104 ss.

<sup>39</sup> Cfr. J. REINBOEHE, *Compensation for Private Taping Under Sec. 53(5) of the German Copyright Act*, in *IIC*, 1981, 36 ss.

bilanciamento delle diverse istanze coinvolte nella riproduzione delle opere non potesse essere ricercato nel riconoscimento, in capo agli autori, di una sfera di esclusiva talmente estesa da comprendere il controllo sulla fabbricazione e commercializzazione di apparecchi di registrazione<sup>40</sup>, con il corollario di ammettere un legittimo esercizio di tali attività imprenditoriali solo da parte di soggetti muniti di una specifica autorizzazione acquisita dai titolari dei diritti sulle opere dell'ingegno<sup>41</sup>.

Conclusioni non dissimili sono quelle rinvenibili nell'ordinamento statunitense, specie con l'orientamento assunto dalla giurisprudenza federale a partire dal *leading case Betamax* del 1984, avente ad oggetto la qualificazione della posizione delle imprese produttrici dei primi supporti di videoregistrazione domestica immessi in commercio. In concreto, secondo la prospettazione fornita dalle parti ricorrenti (un gruppo di imprese cinematografiche), la multinazionale Sony avrebbe dovuto esser giudicata concorrente (*contributory infringer*), insieme con gli acquirenti al dettaglio dei registratori, nella responsabilità per violazione della sfera di privativa causata dalle copie di opere filmiche realizzate dai privati attraverso tali nuove tecnologie<sup>42</sup>. Prescindendo dall'esame dei molteplici profili d'influenza che la vicenda tutt'oggi conserva nella complessiva evoluzione della disciplina del *copyright* nordamericano<sup>43</sup>, ai fini di questo rapido *excursus* appare sufficiente concentrare l'attenzione sulle considerazioni in base alle quali si è negata la possibilità dei titolari dei diritti di condizionare l'attività imprenditoriale di commercializzazione degli apparecchi e supporti di riproduzione (Betamax, prima, e VHS, poi). In tal senso, rovesciando gli esiti del precedente grado di giudizio, la Corte Suprema ha significativamente rilevato che « l'assunto della corte d'appello secondo il quale i resistenti hanno titolo per interdire la distribuzione del VTR [...] allargherebbe la finalità dei monopoli legislativamente accordati ai resistenti ricomprendendovi il controllo su un articolo commerciale che non è sottoposto alla protezione del diritto d'autore. Una tale espansione del privilegio

<sup>40</sup> BGH, 29 maggio 1964 — *Personalausweise*, cit.; cfr. L. GUIBAULT, *The Limit of Balancing Interests Through Copyright Levies*, in C. LENK, N. HOPPE, R. ANDORNO (eds.), *Ethics and Law of Intellectual Property. Current Problems in Politics, Science and Technology*, Aldershot (UK)-Burlington (USA), 2007, 231 ss., spec. 234 ss.

<sup>41</sup> Secondo un'opzione sostenuta da W. NORDEMANN, *Nutzungsrechte oder Vergütungsansprüche?: zur Systematik moderner Urheberrechtsordnungen*, in *GRUR*, 1979, 280 ss., e che, nei termini di T. COLLOVÀ, *A proposito della remunerazione per copia privata*, in *D. aut.*, 1991, 17 ss., a 42, implicherebbe « riconoscere la riproduzione per copia privata come diritto esclusivo dell'autore e prevedere, per renderne effettivo l'esercizio (evitando così che il diritto esclusivo resti lettera morta [...]), il rilascio della licenza e le relative condizioni di remunerazione tramite la negoziazione collettiva tra le

società di autori (o società miste degli aventi diritto) da una parte, e i produttori e importatori di apparecchi e di supporti, dall'altra ».

<sup>42</sup> Cfr. *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, in 464 U.S. 417 (1984), consultabile dal lettore italiano anche in *F.it.*, 1984, V, c. 351 ss., con trad. e nota di G. PASCUZZI, *La videoregistrazione domestica di opere protette davanti alla « Supreme Court »*. Per gli estremi della vicenda nei suoi vari gradi di giudizio, cfr. di recente, nell'ambito di una vasta letteratura, W.W. FISHER III, *Promises to Keep: Technology, Law, and the Future of Entertainment*, Stanford, 2004, 70 ss., e in Italia, N. LUCCHI, *I contenuti digitali. Tecnologie, diritti e libertà*, Milano, 2010, 110 ss.

<sup>43</sup> In relazione ai quali, per un riferimento recente, P.S. MENNELL, D. NIMMER, *Unwinding Sony*, in 95 *Cal. Law Rev.* 941 (2007).

concesso dal dritto d'autore è al di là dei limiti della tutela concessa dal Congresso»<sup>44</sup>.

Ed è su queste stesse basi concettuali che risulta attualmente condivisa — anche nell'ordinamento italiano, quantomeno a partire dall'introduzione della disciplina dei prelievi di cui alla L. 93/1992 — l'opinione per la quale fuoriesce dal perimetro delle prerogative esclusive dell'autore, ed è invece esercitabile in regime di libera concorrenza, l'attività di produzione e commercializzazione dei sistemi che garantiscono la fruizione privata delle opere dell'ingegno fonico — e videografiche<sup>45</sup>. E ciò, a ben vedere, indipendentemente dal rilievo, di per se innegabile, per cui tali iniziative imprenditoriali traggano un indiretto vantaggio commerciale — e, forse, la capacità stessa di imporsi e svilupparsi nel mercato — dall'innalzamento del livello di domanda stimolato dal riconoscimento normativo della facoltà di sfruttare le opere dell'ingegno in regime di libera utilizzazione<sup>46</sup>.

Nei termini propri dell'economista, potrebbe allora dirsi che la disciplina della copia privata, chiamata in via diretta a regolare il rapporto tra autori e utenti finali, genera al tempo stesso significative esternalità positive a beneficio di soggetti terzi (produttori e rivenditori), favorendo l'emersione di utilità economiche da questi ultimi commercialmente sfruttabili, e suscettibili di una qualche forma di internalizzazione non già attraverso l'allocazione in capo ai titolari del *copyright* di una facoltà di veto sulla commercializzazione dei sistemi di riproduzione, ma, al limite, attraverso il coinvolgimento dei terzi imprenditori nell'obbligo di versamento del compenso per la riproduzione privata ad uso personale. In questi termini, infatti, si inquadra il meccanismo di prelievo « indiretto » accolto dal legislatore comunitario, giustificabile proprio in quanto orientato nei confronti di particolari categorie di soggetti che, nell'esercizio della loro attività di impresa « beneficiano (seppur indirettamente, in forma di maggiori vendite) della correlativa libertà di utilizzazione per uso personale assegnata agli utenti »<sup>47</sup>.

<sup>44</sup> Così, *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, trad. it., cit., c. 354.

<sup>45</sup> Cfr., nell'armonizzato diritto d'autore europeo, dir. 2001/29/CE, Considerando n. 27 (« La mera fornitura di attrezzature fisiche atte a rendere possibile o ad effettuare una comunicazione non costituisce un atto di comunicazione ai sensi della presente direttiva »); nonché Corte Giust. CE, 7 dicembre 2005, C-306/05, *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) c. Rafael Hoteles SA*, spec. § 45, in *G. it.*, 2007, 1964 ss. Nella nostra dottrina, v. per tutti, anche prime delle più recenti riforme alla l.d.a., e dell'esplicita qualificazione dell'attività di copia privata come « consentita », M. ORLANDI, *Disciplina della riproduzione e dispositivi « anticopia »*, cit., 83 s.: « il corollario ricavabile dalla disciplina del diritto al compenso potrebbe logicamente avere riguardo, non ad una qualifica del riprodurre (lecito od illecito), ma del diffondere

i mezzi di produzione: nel conflitto tra l'interesse degli autori dell'opera ad impedire la circolazione dei congegni per la copia, e quello contrario dei produttori dei mezzi di riproduzione, il legislatore lascia prevalere quest'ultimo, in cambio di una remunerazione forfetaria del sacrificio ».

<sup>46</sup> Sul riconoscimento di uno sfruttamento indiretto dell'opera dell'ingegno da parte del produttore di strumenti per la registrazione audio e video, v., tra gli altri, T. COLLOVÀ, *Riproduzione sonora e visiva di opere dell'ingegno per uso personale*, in *D. aut.*, 1979, 265 ss., a 294 s.; A. NIUTTA, *Una quota del prezzo di vendita dei supporti (nastri) per la registrazione video e audio quale compenso per la riproduzione privata per uso personale*, cit., 616 ss.,

<sup>47</sup> Così, M. BERTANI, *Diritto d'autore europeo*, cit., 211; e v. anche C. PAGLIETTI, *L'equo compenso e la copia privata nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, cit., 1104, la

Trasferite sul terreno dello scontro tra le istanze degli autori (e dei titolari dei diritti connessi) e gli interessi dei fornitori di sistemi di videoregistrazione da remoto (e, più in generale, di ogni altra forma di riproduzione di contenuti protetti che, nel tempo, potrebbe risultare disponibile a fronte dell'evoluzione tecnologica), le considerazioni sin qui svolte inducono a concludere che la semplice sussistenza di una « componente commerciale » insita nell'attività dell'operatore professionale non costituisce elemento in grado di fornire alcuna indicazione circa la necessità di escludere una tecnica di fruizione di opere dell'ingegno dal novero di quei « supporti » attraverso i quali una persona fisica può legittimamente effettuare riproduzioni per uso privato e per fini né direttamente, né indirettamente commerciali. Così ragionando, il contemperamento di interessi sarebbe infatti attuato attraverso un'estensione del monopolio dei titolari dei diritti fino alle modalità in cui le loro opere possono essere riprodotte, in palese contrasto con le soluzioni operative di libertà pagante già elaborate (ed oggi normativamente consolidate) con riferimento agli (oramai) tradizionali apparecchi di registrazione domestica<sup>48</sup>.

## 6. LE CARATTERISTICHE DELLA RIPRODUZIONE DA REMOTO: UNO SGUARDO ALL'ESPERIENZA STATUNITENSE.

Puntualizzata la valenza dell'opzione di vertice, si può ora passare all'esame degli ulteriori profili di criticità ravvisati a livello comunitario, esaminando, attraverso la ricostruzione del tipo di fruizione di fonogrammi e videogrammi che i sistemi di videoregistrazione da remoto consentono agli utenti, i confini ultimi della disciplina positiva della copia privata di opere audiovisive e, in particolare, i suoi rapporti con altre forme di diffusione al pubblico di materiale coperto dal diritto d'autore certamente escluse dal regime delle libere utilizzazioni.

In questa operazione, un primo interessante elemento di raffronto deriva da un'analisi delle vicende che hanno più di recente interessato il sistema del *copyright* statunitense, ove la qualificazione della tecnica di copia di contenuti audio e video realizzata attraverso sistemi di *Remote Storage Digital Video Recorder* (« RS-DVR ») è stata oggetto di una controversia giurisprudenziale da ultimo definita con la sentenza *Cartoon Network* della Corte d'appello del II Circuito federale<sup>49</sup>. Nello specifico, la vicenda tro-

quale — riferendosi a N. BINCFIN, *La rigueur risqué*, in *Comm. com. électr.*, 2011, 7 ss. — discorre di soggetti « *collecteurs* del prelievo in qualità di intermediari in un circuito economico al quale appartengono in ragione della loro attività d'impresa ». Ma v. già in passato, in termini estremamente significativi, M. FABIANI, *Apunti in tema di utilizzazione di opere dell'ingegno a mezzo delle videocassette*, in *Rass. d. cin.*, 1970, 46: « si propone che i fabbricanti di apparecchi che rendano possibile la riproduzione per uso personale, quali ad esempio, i produttori di video-recorders, corrispondano compensi globali

per diritti d'autore secondo percentuali sulle vendite ».

<sup>48</sup> In questa prospettiva, con riferimento ai temi sollevati dalle nuove tecnologie digitali, si v. S. ROMANO, *L'opera e l'esemplare nel diritto della proprietà intellettuale*, Padova, 2001, 195; R. PENNISI, *Gli utilizzatori*, cit., 191 ss.

<sup>49</sup> Cfr. *Cartoon Network, LP v. CSC Holdings, Inc.*, in 536 F.3d 121 (2<sup>nd</sup> Cir. 2008). Successivamente, in *Cable News Network, Inc., et al., Petitioners v. CSC Holdings, Inc., et al.*, (2009) U.S. LEXIS 4828, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha negato la richiesta di *writ of certiorari*

vava fondamento nella richiesta di un provvedimento inibitorio promossa da parte di un gruppo di imprese produttrici di opere cinematografiche, titolari dei relativi diritti d'esclusiva, nei confronti di Cablevision, una società di videodiffusione già operante attraverso un sistema di trasmissione « via cavo », la quale, pure in assenza di una specifica licenza, aveva manifestato l'intenzione di ampliare la propria offerta ai clienti attraverso la fornitura dell'opzione di registrazione remota del materiale da questi ultimi già autonomamente captato. Sul punto, smentendo la precedente interpretazione fornita dalla Corte distrettuale, la pronuncia in esame ha sancito che le riproduzioni effettuate attraverso simili tecnologie non possano considerarsi lesive del « right of reproduction » e del « right of public performance »<sup>50</sup> spettanti ai titolari dell'esclusiva, e che quindi tali facoltà di sfruttamento delle opere risultano liberamente esercitabili anche in assenza di un esplicito consenso da parte delle imprese culturali. In questa sede, l'iter argomentativo seguito dalla Corte d'oltreoceano merita di essere attentamente esaminato, specie per la valutazione del ruolo concretamente assunto dall'utente privato (e, correlativamente, dall'operatore commerciale fornitore del sistema) nelle attività di riproduzione e di successiva diffusione di opere audiovisive realizzate attraverso i sistemi di *Remote Storage*.

In primo luogo, esaminando la produzione della copia digitale, fissata sul server remoto di Cablevision a seguito dell'ordine di registrazione impartito dal cliente, la ricostruzione compiuta dai Giudici americani mette in evidenza — non diversamente da quanto potesse dirsi per i produttori dei primi apparecchi di registrazione analogica oggetto del caso *Betamax* — che l'imprenditore commerciale non può considerarsi un diretto *infringer* delle sfere di privativa sul « right of reproduction », ma, al limite, un semplice *contributor*, il cui apporto nella realizzazione delle copie non appare in alcun modo prevalere sull'autonoma determinazione del soggetto privato all'attivazione del meccanismo riproduttivo, da questi direttamente gestito attraverso il controllo della periferica a disposizione presso la propria abitazione<sup>51</sup>. Ed è significativo, in tal senso, rilevare come la Corte federale, nel valutare la distinzione normativa tra *direct* e *contributory liability*, pur in astratto ammettendo che il concorso nell'attività di copia realizzata da altri possa assumere un tale rilievo da dover essere giuridicamente qualificato alla stregua di un atto di violazione diretta, si mostri tuttavia chiara nell'escludere che, nel caso di specie, una simile importanza dell'apporto di compartecipazione possa ravvisarsi in capo al gestore del sistema di riproduzione da remoto<sup>52</sup>.

promossa dalle parti soccombenti, così rendendo stabile la decisione del giudice d'appello esaminata in queste pagine.

<sup>50</sup> In particolare, i diritti « to reproduce the copyrighted work in copies or phonorecords » e « to perform the copyrighted work publicly by means of a digital audio transmission » rappresentano due delle facoltà esclusive comprese nel *copyright bundle* definito dal § 106 Copyright Act. 17 U.S.C.

<sup>51</sup> *Cartoon Network, LP v. CSC Holdings, Inc.*, cit.: « In determining who actually "makes" a copy, a significant differ-

ence exists between making a request to a human employee, who then volitionally operates the copying system to make the copy, and issuing a command directly to a system, which automatically obeys commands and engages in no volitional conduct. [...] [T]he person who actually presses the button to make the recording, supplies the necessary element of volition, not the person who manufactures, maintains, or, if distinct from the operator, owns the machine ».

<sup>52</sup> *Cartoon Network, LP v. CSC Holdings, Inc.*, cit.: « We need not decide to-

Con riguardo, invece, alla successiva fruizione delle opere da parte dei singoli utenti, la Corte d'appello esclude la sussistenza di una violazione del « right of public performance » spettante ai titolari della privativa concentrandosi su una articolata interpretazione del § 101 *U.S. Copyright Act*, ed in particolare della condizione, ivi inclusa, della c.d. *transmit clause*<sup>53</sup>. Per quanto in questa sede più interessa, tuttavia, pare utile concentrarsi sulle considerazioni svolte in ragione della semplice ricostruzione fattuale dell'operatività del sistema di riproduzione da *server* remoto, nel quale — osservano i Giudici statunitensi — la copia di videogrammi registrati da ogni singolo utente non è messa a disposizione di una schiera indefinita di soggetti (« to the public ») come potrebbe avvenire in altri tipi di servizi (*on-demand*), ma rimane esclusivamente a suo favore<sup>54</sup>; e, al tempo stesso, ogni utente fruisce non già della riproduzione standardizzata di un'opera, ma solamente dei contenuti specificamente fissati nella propria copia, che è pertanto unica<sup>55</sup>, in quanto necessariamente diversa da tutte quelle realizzate dagli altri clienti attraverso i singoli controlli periferici messi a loro disposizione dal fornitore del sistema<sup>56</sup>.

day whether one's contribution to the creation of an infringing copy may be so great that it warrants holding that party directly liable for the infringement, even though another party has actually made the copy. We conclude only that on the facts of this case, copies produced by the RS-DVR system are "made" by the RS-DVR customer, and Cablevision's contribution to this reproduction by providing the system does not warrant the imposition of direct liability ».

<sup>53</sup> Cfr. *U.S. Copyright Act* — 17 U.S.C., § 101 (*Definitions*): « To perform or display a work "publicly" means — (1) to perform or display it at a place open to the public or at any place where a substantial number of persons outside of a normal circle of a family and its social acquaintances is gathered; or (2) to transmit or otherwise communicate a performance or display of the work to a place specified by clause (1) or to the public, by means of any device or process, whether the members of the public capable of receiving the performance or display receive it in the same place or in separate places and at the same time or at different times »: per una ricostruzione dell'argomentazione svolta in sentenza, cfr. M. MILLER, *Cartoon Network LP, LLLP v. CSC Holdings, Inc.*, cit., 590 ss.

<sup>54</sup> *Cartoon Network, LP v. CSC Holdings, Inc.*, cit.: « In sum, none of the arguments advanced by plaintiffs or the district court alters our conclusion that, under the transmit clause, we must examine the potential audience of a given transmission by an alleged infringer to determine whether that transmission is "to the pub-

lic". And because the RS-DVR system, as designed, only makes transmissions to one subscriber using a copy made by that subscriber, we believe that the universe of people capable of receiving an RS-DVR transmission is the single subscriber whose self-made copy is used to create that transmission ».

<sup>55</sup> *Cartoon Network, LP v. CSC Holdings, Inc.*, cit.: « it seems quite consistent with the Act to treat a transmission made using Copy A as distinct from one made using Copy B, just as we would treat a transmission made by Cablevision as distinct from an otherwise identical transmission made by Comcast ».

<sup>56</sup> *Cartoon Network, LP v. CSC Holdings, Inc.*, cit.: « Because each RS-DVR playback transmission is made to a single subscriber using a single unique copy produced by that subscriber, we conclude that such transmissions are not performances "to the public," and therefore do not infringe any exclusive right of public performance »; forse ancor più efficacemente nella ricostruzione ripresa da J. MALKAN, *The Public Performance Problem in Cartoon Network, LP v. CSC Holdings, Inc.*, cit., 523: « With the RS-DVR each customer's recording can be played *only* to the customer who made it — i.e., only to the particular set-top box from which it was recorded. Although the same *work* may be played back to different subscribers, each playback of a subscriber's own personal recording is a separate private performance. Because each "transmission is only available to one person" — the customer who made the recording — RS-DVR playback "clearly fails to qualify as public" ».

## 7. (SEGUE) LA DISCIPLINA EUROPEA E NAZIONALE: COPIA PRIVATA E DIRITTO D'AUTORE SULLE PIATTAFORME DI MEDIA AUDIOVISIVI.

Sebbene con le opportune cautele — dovute, in primo luogo, al diverso quadro normativo di riferimento<sup>57</sup> —, le indicazioni offerte dall'arresto statunitense assumono notevole rilievo nell'interpretazione della riproduzione da remoto nell'ambito della copia privata europea, ove, come evidenziato nei rilievi già isolati (*retro*, n. 3, *b*), devono considerarsi escluse dal perimetro delle libere utilizzazioni quelle *i*) «effettuate da terzi» e nelle quali *ii*) «opere o materiali protetti sono messi a disposizione del pubblico in modo che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente» (art. 71-*sexies*, commi 2 e 3, l.d.a.).

Proprio con riferimento a tali disposizioni, sin dai primi commenti alla novella attuata con il D.Lgs. 68/2003 si è autorevolmente rilevato come sia stata esplicita l'intenzione del legislatore nazionale di escludere dal regime di copia privata «la prestazione di servizi di riproduzione da parte di imprese aventi scopo di lucro o che realizzano le copie per fini direttamente o indirettamente commerciali a favore di persone fisiche per uso personale»<sup>58</sup>. Tali considerazioni appaiono senz'altro condivisibili nella misura in cui evidenziano — in assoluta coerenza con il fondamento concettuale rinvenibile alla base della normativa sul diritto d'autore (v. *retro*, n. 4) — l'impossibilità di favorire, attraverso una disciplina di libero accesso, l'apertura di canali di sfruttamento economico e di distribuzione commerciale delle opere concorrenziali rispetto a quelli spettanti ai titolari delle prerogative di esclusiva<sup>59</sup>. Non è certo casuale, in tal senso, che il contesto di riferimento per quelle ricostruzioni fosse principalmente l'ambiente digitale, ove un'indebita estensione della sfera applicativa della copia privata avrebbe potuto agevolare terzi fornitori di servizi di diffusione al pubblico di materiale protetto — quali, ad esempio, «siti web specializzati nel porre a disposizione dei navigatori copie di opere protette con licenza di scaricamento e quindi di riproduzione»<sup>60</sup> — potenzialmente erosivi non

<sup>57</sup> Cautele fondate: *i*) in primo luogo, sul merito dell'esaminato giudizio statunitense, concernente la responsabilità di Cablevision per lesione del *copyright*, al di fuori di qualsiasi valutazione sulla disciplina delle eccezioni alla sfera di privativa; nonché *ii*) sul diverso inquadramento concettuale del regime della copia privata, che, se in ambito europeo è da sempre ispirato dal vaglio apicale del principio internazionale del *three-step test* (recepto formalmente dalla dir. 2001/29/CE), negli Stati Uniti si fonda su una clausola generale come quella del *fair use* [clausola che, tuttavia, come rileva M.S. SPOLIDORO, *Le eccezioni e le limitazioni*, cit., non appare, nelle sue linee portanti, inconciliabile con le regole operative di matrice comunitaria, come proverebbe il fatto che l'adesione degli Stati Uniti alla Convenzione di Berna non ha imposto, sul punto, modifiche alle norme del *Copyright Act*: cfr.

J.C. GINSBURG, J.M. KERNOCHAN, *One Hundred and Two Years Later: The United States Joins the Berne Convention*, in *13 Colum. VLA Journ. Law & Arts* 1 (1988)].

<sup>58</sup> Così, V.M. DE SANCTIS, *La copia privata nel D.Lgs. 68/2003. Prime valutazioni*, cit., 122, che sottolinea come le disposizioni in esame sottendano il timore «di creare "generatori" di exposure effect ulteriori rispetto ai centri di riproduzione reprografica e alle biblioteche ed Enti assimilati»; e cfr. anche, in senso analogo, P. SPADA, *Copia privata e opere sotto chiave*, cit., 594.

<sup>59</sup> Su questi profili, cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *Copyright and Freedom of Expression: An Ambiguous Relationship*, in *European Business Law Rev.*, 2007, 351 ss., spec. a 359 s.

<sup>60</sup> V.M. DE SANCTIS, *op. ult. cit.*, 122, 128.

solo della sfera di privativa spettante agli autori, ma anche del contenuto dei diversi diritti ad essa connessi<sup>61</sup>.

Sul punto, si deve peraltro rilevare che il regime della copia privata, e, più in generale, la sfera applicativa del diritto d'autore europeo, registra un potenziale profilo di interferenza con la disciplina comunitaria del mercato dei servizi « radiotelevisivi », per come armonizzato con la direttiva 2007/65/CE<sup>62</sup>, recepita nell'ordinamento italiano con il D.Lgs. 15 marzo 2010, n. 44, che ha ampiamente emendato il D.Lgs. 31 luglio 2005, n. 177 (intitolato, oggi, « Testo Unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici »)<sup>63</sup>. Tra le linee portanti dell'intervento di riforma promosso in sede europea spicca l'equiparazione funzionale, nell'ambito della categoria generale dei fornitori di « servizi di media audiovisivi », tra le tradizionali figure di emittenti radiotelevisivi, da un lato, e i soggetti operanti attraverso le più moderne piattaforme di diffusione digitale, dall'altro<sup>64</sup>. In questo contesto, chiaramente ispirato al principio della neutralità tecnologica, assume fondamentale rilievo la distinzione tra servizi « lineari »<sup>65</sup> — caratterizzati dalla fruizione simultanea, da parte del pubblico, di opere inserite e organizzate in un palinsesto — e servizi « non lineari », che si basano sull'inserimento di contenuti audiovisivi in un catalogo di

<sup>61</sup> La preoccupazione del legislatore italiano circa il potenziale impatto erosivo sul diritto d'autore derivante dalla diffusione di materiale audiovisivo nell'ambiente digitale risulta ben testimoniata dalla novella attuata con il D.Lgs. 68/2003, che, oltre ad una previsione generale quale quella di cui all'art. 16 l.d.a., ha introdotto specifici divieti di diffusione al pubblico in modalità « non lineare » (*on-demand*), non solo a favore degli autori (art. 71-*sexies*, comma 3, l.d.a.), ma relativi anche: ai produttori fonografici e audiovisivi (artt. 72, lett. d); 78-*ter*, lett. d) l.d.a.); agli organizzatori di eventi sportivi, per i relativi diritti audiovisivi (artt. 78-*quater* l.d.a.; 2, comma 1, lett. o) D.Lgs. 9/2008); alle emittenti radiotelevisive (art. 79, comma 1, lett. c, d) l.d.a.); nonché per gli artisti interpreti ed esecutori, per le loro interpretazioni ed esecuzioni (art. 80, comma 1, lett. c, d), l.d.a.).

<sup>62</sup> « Direttiva 2007/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007 che modifica la direttiva 89/552/CEE del Consiglio relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive »; in merito alla quale, per un primo commento, si v. A. CARTA, *La nuova disciplina comunitaria dei servizi di media audiovisivi*, in *Contr. e impresa/Europa*, 2008, 898 ss.

<sup>63</sup> Per un dettagliato inquadramento sistematico dell'intervento di riforma, che non è possibile fornire in questa sede, si rinvia a G.M. ROBERTI, V. ZENO-ZENCOVICH,

*Le linee guida del D.Lgs. 15 marzo 2010, n. 44 (« Decreto Romani »)*, in questa *Rivista*, 2010, 1 ss.; e nella più recente manualistica, R. RAZZANTE, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, V ed., Padova, 2011, 304 ss.

<sup>64</sup> Cfr. dir. 2007/65/CE, Considerando n. 6: (« I servizi di media audiovisivi tradizionali — come la televisione — e gli emergenti servizi di media audiovisivi a richiesta offrono importanti possibilità occupazionali nella Comunità, in particolare nelle piccole e medie imprese, e stimolano la crescita economica e gli investimenti. [...] »); n. 7: « [...] È pertanto necessario, per evitare distorsioni della concorrenza, rafforzare la certezza del diritto, contribuire al completamento del mercato interno e facilitare la realizzazione di uno spazio unico dell'informazione, applicare almeno un complesso minimo di norme coordinate a tutti i servizi di media audiovisivi, sia ai servizi di radiodiffusione televisiva (cioè, ai servizi di media audiovisivi lineari) che ai servizi di media audiovisivi a richiesta (cioè, ai servizi di media audiovisivi non lineari) »; cfr. a riguardo P. MONTELEONE, *La Direttiva Servizi di Media Audiovisivi (DSMA)*, in *D. ind.*, 2009, 563 ss., a 566 ss.

<sup>65</sup> Cfr. il novellato testo dell'art. 2, lett. i), D.Lgs. 177/2005, ove si definisce il « “servizio di media audiovisivo lineare” o “radiodiffusione televisiva” », un servizio di media audiovisivo fornito da un fornitore di servizi di media per la visione simultanea di programmi sulla base di un palinsesto di programmi ».

cui l'utente può fruire « a richiesta », nel momento da lui scelto<sup>66</sup>. Distinzione, questa, che chiaramente richiama l'attuale articolazione del diritto esclusivo di comunicazione al pubblico (v. art. 16 l.d.a.<sup>67</sup>) e che, con specifico riguardo ai servizi *on-demand*, impone a tutti gli operatori il preventivo acquisto delle facoltà esclusive — estranee al regime delle libere utilizzazioni — concernenti la messa a disposizione del pubblico delle opere in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente (art. 3, par. 1, dir. 2001/29/CE)<sup>68</sup>.

Ebbene, anche alla luce di tale quadro normativo, sembra doversi confermare come l'interesse soddisfatto attraverso il servizio di riproduzione da remoto si avvicini più a quello di fornitura di un supporto di registrazione domestica di contenuti audiovisivi (funzionalmente comparabile ai tradizionali apparati analogici) che a quello di fruizione di contenuti media assicurato attraverso le moderne piattaforme digitali. La videoregistrazione da remoto non consente infatti la fruizione, nel luogo e nel tempo scelti dal singolo utente, di una qualsiasi opera protetta dal diritto d'autore, resa disponibile al pubblico nell'ambito di un più articolato catalogo (il che imporrebbe, peraltro, di considerare il titolare del *server* remoto, per ciò solo, come un fornitore di un servizio di media audiovisivi a richiesta<sup>69</sup>), ma agevola, più semplicemente, la fissazione e la riproduzione di quei particolari fotogrammi e videogrammi che già l'utente riceve dalle emittenti radiotelevisive<sup>70</sup> (*rectius*: dai fornitori di servizi di media, tipica-

<sup>66</sup> Cfr. D.Lgs. 177/2005, art. 2, lett. m), ai sensi del quale è « servizio di media audiovisivo non lineare », ovvero « servizio di media audiovisivo a richiesta », un servizio di media audiovisivo fornito da un fornitore di servizi di media per la visione di programmi al momento scelto dall'utente e su sua richiesta sulla base di un catalogo di programmi selezionati dal fornitore di servizi di media ».

<sup>67</sup> Cfr. art. 16, comma 1, l.d.a. (« Il diritto esclusivo di comunicazione al pubblico su filo o senza filo dell'opera ha per oggetto l'impiego di uno dei mezzi di diffusione a distanza, quali il telegrafo, il telefono, la radio, la televisione ed altri mezzi analoghi e comprende la comunicazione al pubblico via satellite, la ritrasmissione via cavo, nonché le comunicazioni al pubblico codificate con condizioni particolari di accesso; comprende, altresì, la messa a disposizione del pubblico dell'opera in maniera che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente »); e sul punto, ampiamente, v. A. MUSO, *Il rispetto dei diritti d'autore e connessi nell'attuazione italiana della direttiva n. 2007/65/CE sui servizi di media audiovisivi*, in questa *Rivista*, 2010, 215 ss., a 218 s.

<sup>68</sup> Nel quadro normativo europeo, per un ulteriore riscontro della sovrapposizione tra il diritto esclusivo di comunicazione al pubblico (e i relativi confini della copia

privata) e la nozione di « servizio di media audiovisivi a richiesta », cfr. l'art. 5, par. 2, lett. b), dir. 2001/29/CE (e il Considerando n. 53: « La protezione delle misure tecnologiche dovrebbe assicurare un ambiente sicuro per la fornitura di servizi interattivi su richiesta ("on-demand"), in modo tale che il fruitore possa accedere alle opere o ad altri materiali dal luogo e nel momento che ha scelto individualmente. »); e l'art. 1, n. 2, lett. g), dir. 2007/65/CE (che definisce il « servizio di media audiovisivi a richiesta » come « un servizio di media audiovisivo fornito da un fornitore di servizi di media per la visione di programmi al momento scelto dall'utente e su sua richiesta sulla base di un catalogo di programmi selezionati dal fornitore di servizi di media »).

<sup>69</sup> Con il conseguente regime di responsabilità editoriale per il controllo sulla selezione dei programmi, di cui all'attuale art. 2, comma 1, lett. b), g), D.Lgs. 177/2005.

<sup>70</sup> Alle quali gli autori hanno concesso, al limite tramite i produttori, il diritto di diffusione delle opere (ricevendo — solo per questo, e in via ulteriore rispetto al corrispettivo di licenza — un ulteriore « equo compenso » ai sensi degli artt. 46-bis e 84, comma 2, l.d.a.: sulla *ratio* della disciplina, v. L. NIVARRA, *L'equo compenso degli autori*, in *AIDA*, 2005, 114 ss., a 120).

mente lineari) e che, in prima persona, sceglie di registrare attraverso il controllo periferico a sua disposizione (con una riproduzione che, pertanto, non appare esser « effettuata da terzi »)<sup>71</sup>.

In questa prospettiva, la fruizione dell'opzione di *time-shifting* assicurata dal sistema di videoregistrazione da remoto dovrebbe considerarsi come una riproduzione privata delle opere esercitata in via decentrata da ogni singolo utente, tale da non incidere sull'esercizio delle facoltà economiche riservate ai titolari delle privative, e la cui esclusione dal regime di copia privata implicherebbe, al contrario, un sostanziale ampliamento della sfera di esclusiva sulle opere dell'ingegno, perlomeno per come riconosciuta agli autori nel corso degli ultimi decenni<sup>72</sup>.

## 8. L'EVOLUZIONE DELLE TECNICHE DI COPIA PRIVATA E LA CONCORRENZA DEI SERVIZI COMMERCIALI NELL'AMBIENTE DIGITALE.

Le considerazioni sin qui svolte invitano a concludere la trattazione tornando sull'influenza esercitata dall'evoluzione tecnologica sul mercato della produzione e circolazione di contenuti culturali, ed in particolare sul ruolo da questa costantemente assunto nella creazione di nuovi potenziali profili di conflitto tra soggetti in esso operanti, sul lato della domanda e/o dell'offerta<sup>73</sup>.

Esaminato nelle sue implicazioni sistematiche, il caso della videoregistrazione da remoto appare infatti esempio paradigmatico, nella disciplina delle riproduzioni private, di quel più ampio processo di emersione di un

<sup>71</sup> In tal senso, appare significativo rilevare come pure nel sistema statunitense sia stata richiamata la distanza funzionale tra facoltà privata di registrazione e facoltà commerciale di trasmissione delle opere audiovisive *on-demand*: cfr *Cartoon Network, LP v. CSC Holdings, Inc.*, cit.: « Cablevision possesses far less control over recordable content than it does in the VOD [video on demand] context, where it actively selects and makes available beforehand the individual programs available for viewing. For these reasons, we are not inclined to say that Cablevision, rather than the user, "does" the copying produced by the RS-DVR system ». Indugiando in un parallelismo funzionale tra le tecniche sviluppate nell'ambiente analogico e quelle evolutesi nel contesto digitale, si potrebbe allora dire che la medesima differenza un tempo ravvisabile tra la fruizione della videoregistrazione domestica (in regime di libera utilizzazione) e la distribuzione di videocassette esercitata dalle imprese di noleggio (a fronte di specifica licenza ottenuta dai titolari dei diritti), si ripropone oggi tra la copia privata di fonogrammi e videogrammi registrati su un server remoto e la diffusione di opere *on-demand*, assicu-

rata da operatori professionali a seguito di specifica negoziazione con i titolari dei relativi diritti.

<sup>72</sup> Verrebbe in particolare alterato quel principio (su cui v. *retro*, n. 5) per cui la sfera dello *ius excludendi* spettante all'autore non può estendersi alle attività di commercializzazione delle apparecchiature, in sé astrattamente controllabili, ma non assoggettabili a controllo esclusivo, per evitare di estendere la privativa ad attività imprenditoriali estranee a quelle organizzate dall'impresa culturale: così, D. SARTI, *Copia privata e diritto d'autore*, cit., 47, nt. 42.

<sup>73</sup> Il tema, in generale, è ovviamente oggetto di una mole vastissima di contributi e trattazioni dottrinali. Per tutti, valga qui il richiamo alle fondamentali intuizioni sull'intima relazione tra contenuto del diritto d'autore e sviluppo delle tecniche dell'industria culturale svolte da A. DIETZ, *Transformation of authors rights: change of paradigm*, in *Rev. int. dr. aut.*, 1988, 22 ss.; e più di recente, in una prospettiva estesa agli interessi emersi con lo sviluppo delle reti telematiche, cfr. S. RODORÀ, *Una costituzione per internet?*, in *Pol. dir.*, 2010, 337 ss.

modello di « utilizzatore »<sup>74</sup> che, con sempre maggiore evidenza, si pone quale destinatario finale di una pluralità di offerte inserite in un ambiente informato alla digitalizzazione dei processi e alla convergenza delle tecniche di fruizione, grazie alle quali egli è in grado di estendere le proprie possibilità di accesso ai contenuti culturali così ridimensionando, al tempo stesso, il ruolo dei tradizionali intermediari professionali di *exposure effects*<sup>75</sup>.

Queste considerazioni inducono a riflettere sull'influenza che i sistemi di riproduzione da remoto possono assumere — specie se considerati quali possibili tecniche di copia privata — non solo *a)* in relazione alla posizione degli autori delle opere, ma altresì, tra i titolari dei diritti connessi, *b)* delle imprese « di emissione radiotelevisiva »<sup>76</sup> dei contenuti oggetto di registrazione da parte degli utenti finali.

*a)* Quanto al primo profilo, le conclusioni cui si è giunti nel precedente paragrafo confermano il senso della posizione che ha ravvisato nella registrazione da remoto un sistema di copia tecnologicamente avanzato, e addirittura in grado di meglio tutelare la posizione degli autori rispetto alle tecniche analogiche, alla luce della presenza di un operatore professionale, gestore del supporto, il cui ruolo, più che escludere la natura privata dell'attività di riproduzione, assicura invece, la sua effettiva destinazione al soddisfacimento degli interessi di fruizione di un singolo utente, e solo nella specifica destinazione riproduttiva consentita dal *server* remoto<sup>77</sup>.

Proseguendo nel parallelismo con le tradizionali tecniche analogiche, simile considerazione può ben esemplificarsi attraverso una rapida rassegna di specifici profili di garanzia assicurati dai più moderni supporti digitali di copia privata di opere audiovisive. Si può in tal senso osservare come, in un contesto esclusivamente analogico, l'autore della registrazione di un'opera fosse considerato in condizione di trarre da tale attività una serie di vantaggi ulteriori, quali il godimento ripetuto delle opere<sup>78</sup>, e, soprattutto, la possibilità di ricombinare il materiale fissato sui supporti a propria disposizione, così creando esemplari « veramente *unic*, non nel senso di isolati, ma nel senso che tali supporti possono vantare vari elementi in più ri-

<sup>74</sup> Nell'accezione esaminata da R. PENNISI, *Gli utilizzatori*, cit., 181 ss.

<sup>75</sup> Cfr. per tutti V.M. DE SANCTIS, *La copia privata nel D.Lgs. 68/2003. Prime valutazioni*, cit., 120 ss.; nonché M. LIBERTINI, *Contraffazione e pirateria*, in *AIDA*, 2007, 207 ss., spec. 215 s. Per un inquadramento generale di questi profili, si v. inoltre A. CASTALDO, S. DA EMPOLI, A. NICITA (a cura di), *La tripla convergenza. Innovazione, regolazione e concorrenza nelle comunicazioni elettroniche*, Roma, 2008; e con particolare riguardo ai profili di tangenza con il diritto d'autore, V. FRANCESCHIELLI, *Convergenza. La « convergenza » nelle telecomunicazioni e il diritto d'autore nella società dell'informazione*, Milano, 2009, 145 ss.

<sup>76</sup> Secondo il riferimento alle « emittenti radiotelevisive » rinvenibile nelle disposizioni di cui agli artt. 78-bis ss. e 79 l.d.a.

<sup>77</sup> Cfr. in tal senso A. ZOPPINI, *La nuova disciplina della copia privata da remoto*, cit., 109, che sostiene che « l'intervento di un intermediario professionalmente qualificato in funzione di *trust third party* restituisce piena effettività al diritto dell'autore sull'opera: 1) assicurando la fruizione della copia privata unicamente alla persona fisica che ne abbia fatto richiesta, attraverso l'adozione di misure tecnologiche di protezione efficaci; 2) garantendo in tal modo al titolare del diritto un ulteriore contenimento dei costi necessari per escludere dallo sfruttamento dell'opera coloro che non hanno sostenuto alcun costo per accedervi ».

<sup>78</sup> V. in tal senso A. NIUTTA, *Una quota del prezzo di vendita dei supporti (nastri) per la registrazione video e audio quale compenso per la riproduzione privata per uso personale*, cit., 612.

spetto a quelli esistenti in commercio »<sup>79</sup>. Ora, simili facoltà risultano più agevolmente controllabili in un sistema che consente al privato una riproduzione avente ad oggetto esclusivamente le particolari sequenze di fonogrammi e videogrammi selezionate, non diversamente ricombinabili data l'assenza di un supporto di sfruttamento materiale dei contenuti digitali. Per le medesime ragioni, la registrazione digitale da supporto remoto può dirsi oggi effettivamente « privata », nella misura in cui è necessariamente destinata all'esclusiva fruizione del titolare dell'apparecchio periferico di controllo dal quale la riproduzione può essere attivata: l'assenza di un supporto materiale dall'agevole circolazione interpersonale (quali VHS, CD, DVD, ecc.) appare maggiormente coerente con una disciplina, come quella delle riproduzioni di cui agli artt. 71-*sexies* ss. l.d.a.<sup>80</sup>, interpretata dalla giurisprudenza e dalla dottrina maggioritarie come destinata a « coprire soltanto le riproduzioni fatte dalla singola persona fisica per usi suoi propri, con esclusione quindi anche dell'attività di copia finalizzata allo scambio con amici e (a maggior ragione) terzi di altro tipo, per quanto senza fini di lucro »<sup>81</sup>.

b) Maggiormente rilevante potrebbe invece apparire l'incidenza dell'opzione digitale di registrazione da remoto nell'equilibrio dei rapporti tra fornitori del sistema, da un lato, ed emittenti e operatori dei più moderni servizi media audiovisivi, dall'altro. Ciò, in special modo, alla luce di quel più ampio contesto di convergenza tecnologica che, non a caso, viene visto come un fattore di « ampliamento del compasso concorrenziale », grazie al quale la competizione di mercato è destinata ad estendersi fra soggetti un tempo operanti in settori distinti, così come fra imprese tradizionalmente collocate su diversi livelli di una medesima filiera commerciale<sup>82</sup>.

<sup>79</sup> Così, T. COLLOVÀ, *Prime note sull'art. 3 della L. 5 febbraio 1992 n. 93 in materia di diritti per le registrazioni senza scopo di lucro*, cit., 461, che sottolineava in tal modo la possibilità dell'utilizzatore privato di ricomporre le opere disponibili sui propri supporti analogici « sviluppando le tematiche preferite (i migliori western, antologia del neorealismo italiano, le migliori coreografie del Bolero di Ravel o dello Schiaccianoci di Ciaikowsky, i balletti del Bolshoi, ecc...) », ovvero di « riunire, per esempio, tutti gli artisti interpreti o esecutori che desidera, ciò che nessun produttore industriale, a causa dell'esistenza dei contratti di esclusiva, potrebbe mai realizzare ».

<sup>80</sup> E anche prima della novella introdotta con il D.Lgs. 63/2003, cfr. la ricostruzione dei confini della copia privata (di cui al vecchio art. 68 l.d.a.) effettuata da D. GALLETTI, *Le utilizzazioni libere: copia privata*, cit., 178 s., spec. nt. 127.

<sup>81</sup> In termini, S. LAVAGNINI, *Riproduzione privata ad uso personale*, cit., 1410; in senso analogo, tra gli altri, si v. G.M. RICCIO, *Privati della copia privata?*, cit., 240 (« Non è ammessa, inoltre, la ri-

produzione per conto di terzi, anche se appartenenti ad una cerchia ristretta e circoscritta (ad esempio, amici o parenti) »); e da ultimo, V.M. DE SANCTIS, *Del diritto di autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche*, cit., 149 ss.

<sup>82</sup> Cfr., *ex multis*, A. NICITA, G.B. RAMELLO, F. SILVA, *Introduzione*, in IDD. (a cura di), *La nuova televisione. Economia, mercato, regole*, Bologna, 2008; e poi G.M. ROBERTI, V. ZENO-ZENCOVICH, *Le linee guida del D.Lgs. 15 marzo 2010, n. 44 (« Decreto Romani »)*, cit., 3 s., che evidenziano come oggi « l'utente audiovisivo è immerso in un ambiente in cui dispone di più contenuti (dal canale, ai cataloghi/bouquet), di più modalità di fruizione (dalla visione passiva, all'interattività) e di più mezzi di fruizione (dal televisore tradizionale, al PC e a diverse configurazioni di terminali mobili) » e come, conseguentemente, « broadcaster tradizionali vengono a confrontarsi con operatori di telecomunicazioni o aggregatori di bouquet satellitari. E imprese operanti su Internet (un esempio per tutti, Google) trasformano il proprio servizio (in origine un motore di ricerca) in un sempre più esteso ed articolato cata-

Esaminando il fenomeno in prospettiva evolutiva, è certamente condivisibile il rilievo di chi, guardando al sistema radiotelevisivo « classico » — caratterizzato da un tipo di diffusione unilaterale, scarsamente interattiva, e dalla limitatezza dei canali (e, in definitiva, dei contenuti) disponibili all'utente —, ha ritenuto che in quel contesto i limiti alle facoltà di copia privata fossero tecnici, prima che giuridici, così spiegando la scarsa importanza attribuita, dagli stessi operatori, alla disciplina normativa di settore<sup>83</sup>: tale considerazione contribuisce forse a spigare le ragioni per le quali, negli scorsi anni, non è mai stato messo in discussione un sistema nel quale le emittenti radiotelevisive, pur incluse tra i soggetti limitati nelle loro sfere di esclusiva dalla disciplina della copia privata (v., da ultimo, art. 71-*decies* l.d.a.), non figurassero al tempo stesso nel novero dei beneficiari del diritto al compenso per le registrazioni (essenzialmente analogiche) compiute dai privati sulle proprie emissioni (art. 71-*septies*, comma 1, l.d.a.<sup>84</sup>). Un simile assetto di rapporti pare invece effettivamente incompatibile con dinamiche di mercato che, più di recente, spingono l'impresa di radiodiffusione televisiva a richiedere (e ottenere) in sede giudiziale pronunce di inibitoria dell'attività di siti internet e piattaforme telematiche per la lesione del diritto esclusivo avente ad oggetto la diffusione dei propri programmi (art. 79 l.d.a.) perpetrata attraverso il servizio di *hosting* di copie di parti degli stessi, indipendentemente dagli ulteriori, eventuali, profili di autorialità dei contenuti trasmessi<sup>85</sup>.

Tale quadro testimonia chiaramente come l'evoluzione dell'ambiente digitale renda fortemente problematica, specie in prospettiva futura, l'individuazione di una netta linea di demarcazione tra la nuova categoria dei

logo audiovisivo (si pensi ai cataloghi organizzati e proposti da YouTube, oggi controllata dalla stessa Google). Ed ancora, produttori di hardware (Apple) o software (Microsoft o la stessa Apple) si propongono come aggregatori e prestatori di servizi tipicamente audiovisivo, mediante partnership, o anche integrazioni strutturali, con titolari di contenuti editoriali (si pensi al fenomeno di iTunes, per i contenuti audio, e, soprattutto, all'emergente Apple TV).

<sup>83</sup> Cfr. A. MUSSO, *Il rispetto dei diritti d'autore e connessi nell'attuazione italiana della direttiva n. 2007/65/CE sui servizi di media audiovisivi*, cit., 235 s.

<sup>84</sup> Disposizione che, in linea con quanto disposto dalla precedente normativa di cui alla L. 93/1992, limita il diritto al compenso nei confronti agli « autori ed i produttori di fonogrammi, nonché [a]i produttori originari di opere audiovisive, [a]gli artisti interpreti ed esecutori ed [a]i produttori di videogrammi, e [a]i loro aventi causa ».

<sup>85</sup> Si fa chiaramente riferimento alle controversie giudiziarie insorte negli ultimi anni, tra le quali si possono ricordare: i) il caso R.T.I. c. Youtube, nel corso del quale quest'ultima (*rectius*: Google UK Ltd., quale società incorporante) si è vista inibi-

ta nella propria attività per la lesione dei diritti di trasmissione esclusiva del *reality show* « Il Grande Fratello », derivante dalla « messa a disposizione » di varie parti del programma sul sito internet: Trib. Roma, ord. 16 dicembre 2009; 10 febbraio 2010; in merito alle quali v. P. PIRRUCCHIO, *Cade il diritto di cronaca a scopo informativo se le pagine web sono piene di pubblicità*, in *Guida al dir.*, 2010, 2, 56; L. GUIDOBALDI, *YouTube e la diffusione di opere protette dal diritto d'autore: ancora sulla responsabilità dei providers tra hoster attivi, conoscenza dell'illecito e obbligo di sorveglianza*, in questa *Rivista*, 2010, 268 ss.; ii) l'analogo caso R.T.I. c. Yahoo, nel quale l'inibitoria ha avuto ad oggetto la messa a disposizione sul portale telematico della convenuta di numerosi estratti di famose trasmissioni andate in onda sulle reti riconducibili alla stessa RTI: cfr. Trib. Milano, ord. 9 settembre 2011, in *D. ind.*, 2011, 559 ss., con nota di A. TROTTA, *Responsabilità del provider per riproduzione di video televisivi: il caso Yahoo*. Per un'ulteriore rassegna, cfr. G. COLANGELO, *Comunicazioni elettroniche, contenuti digitali e diritto d'autore: commento al Regolamento Agcom*, in *Mer. conc. reg.*, 2011, 575 ss., in part. 584 ss.

« servizi di media audiovisivi » e le libere attività svolte dagli operatori delle telecomunicazioni, o, comunque, dai fornitori dei servizi della società dell'informazione, armonizzati su scala europea sulla scorta della direttiva 2001/31/CE<sup>86</sup>. In particolare, è indubbio che le sconfinata potenzialità di sfruttamento delle sequenze digitali garantite dalle reti telematiche rendano difficilmente imbrigliabili nelle categorie del legislatore le molteplici attività di sfruttamento di opere protette astrattamente realizzabili dal singolo utente, sempre meno agevolmente distinguibili da quelle offerte da intermediari professionali gestori degli spazi virtuali e dei materiali attraverso questi veicolabili.

Proprio per queste ragioni, tuttavia, un corretto sviluppo della regolazione di settore impone un approccio ricostruttivo in grado di distinguere, a fronte della costante emersione di nuove formule di offerta, le diverse modalità di sfruttamento di contenuti audiovisivi sulla base delle caratteristiche che ad esse sono proprie, rifiutando con ciò acritiche sovrapposizioni classificatorie<sup>87</sup>, che appaiono tanto più pericolose se concernenti quei servizi, « non lineari », che per loro caratteristiche intrinseche sono destinati a porsi sulla frontiera dei nuovi processi di impiego delle tecniche digitali e delle piattaforme telematiche<sup>88</sup>.

Con riguardo al rapporto tra servizi di diffusione al pubblico e tecniche di riproduzione privata e di fonogrammi e videogrammi, quanto detto suggerisce un ritorno ad un'analisi dell'effettivo livello di concorrenzialità tra attività riservate e attività commerciali alimentate (anche) dalle facoltà di copia spettanti agli utenti finali<sup>89</sup>. Guardando agli interessi degli emittenti alla tutela della sfera di esclusiva sulle proprie programmazioni, appare effettivamente diversa l'incidenza della videoregistrazione da remoto — fondata sull'identità dei contenuti audiovisivi ricevuti e selezionati dal privato

<sup>86</sup> L'inquadramento generale delle numerose problematiche connesse alla disciplina comunitaria della società dell'informazione e del commercio elettronico (recepita in Italia con il D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 70), non può essere ovviamente compiuta in questa sede. Utili spunti per l'evidenza dei primi profili di interconnessione con la disciplina dei servizi audiovisivi emergono dalla rassegna di S. ALVANINI, *La responsabilità dei services providers*, in *D. ind.*, 2010, 329 ss., spec. 335 s., ove tuttavia la lettura (in chiave critica) del caso R.T.I. c. Youtube è compiuta più sul piano delle responsabilità del *service provider* che su quello della posizione di esclusiva spettante agli emittenti.

<sup>87</sup> Pare questo l'invito desumibile dalla ricostruzione di A. MUSSO, *Il rispetto dei diritti d'autore e connessi nell'attuazione italiana della direttiva n. 2007/65/CE sui servizi di media audiovisivi*, cit., 230 s., il quale, con specifico riguardo alla tutela della proprietà intellettuale nell'esercizio dei servizi di media audiovisivi sottolinea che « per essere efficace, la repressione dell'attività illecita ex art. 32-bis del D.Lgs.

n. 177/2005, nonostante il richiamo all'intera disciplina dei diritti d'autore o connessi, non dovrebbe che riguardare la « vera e propria » pirateria ».

<sup>88</sup> Significativamente, in tal senso, cfr. G.M. ROBERTI, V. ZENO-ZENGOVICH, *Le linee guida del D.Lgs. 15 marzo 2010, n. 44 (« Decreto Romani »)*, cit., 13 s., i quali, con riferimento al rapporto tra disciplina del commercio elettronico e servizi audiovisivi, distinguono tre casi: « i) servizi del tutto estranei alla categoria dei servizi di media audiovisivi (come tali sottratti alla Direttiva SMA nel suo complesso, essenzialmente rilevanti ai sensi della disciplina contemplata dalla direttiva sul commercio elettronico, direttiva 200/31/CE); ii) servizi di media audiovisivi lineari e, infine, iii) servizi non-lineari ».

<sup>89</sup> Cfr. *retro* nel testo, n. 4, 5. Tale soluzione pare esser avvalorata dalla demarcazione normativa della nozione di servizio di media audiovisivo, dalla quale, ai sensi dell'attuale art. 2, comma 1, lett. a), n. 1, D.Lgs. 177/2005, sembra potersi desumere un'esclusione di tutte quelle attività non direttamente concorrenti con la radiodiffusione televisiva.

e quelli poi resi disponibili dal sistema per una sua (esclusiva) riproduzione — rispetto ad ipotesi in cui l'oggetto delle emissioni è « gestito, anche a fini di pubblicità » da operatori professionali, in modo tale da metterlo simultaneamente a disposizione di una schiera potenzialmente indefinita di utenti, su siti telematici dai quali è possibile « anche scegliere le singole parti di trasmissione (un giorno, un episodio particolare) » dei diversi programmi<sup>90</sup>. La non sovrapposibilità di tali processi riproduttivi è particolarmente evidente se, com'è apparso sin dall'introduzione della nuova normativa, la disciplina della videoregistrazione da remoto venga circoscritta ai soli operatori di telecomunicazioni che abbiano legittimo accesso al segnale dell'emittente e ai soli contenuti che, a loro volta, siano già stati legittimamente captati dall'utente finale<sup>91</sup>.

Quanto detto non esclude, tuttavia, che, in chiave evolutiva, la forte interrelazione tra i vari servizi offerti sulla rete, o la prospettiva di una quasi totale marginalizzazione del concetto stesso di « copia », per come tradizionalmente inteso a fronte dello sfruttamento analogico delle opere audiovisive, possano indurre ad immaginare soluzioni di modifica dell'assetto normativo oggi in vigore. Tra queste, in primo luogo, un'estensione del meccanismo di compenso a favore delle imprese emittenti e degli operatori dei servizi di media, alla luce delle maggiori capacità di sfruttamento delle relative trasmissioni di cui soggetti terzi possono indirettamente beneficiare, a fronte delle più evolute tecnologie disponibili nell'ambiente digitale.

<sup>90</sup> Così, con riferimento all'attività di *hosting* c.d. « attivo » effettuata attraverso il sito YouTube, v. Trib. Roma, ord. 16 dicembre 2009, cit., e sul punto, cfr. L. GUIDOBALDI, *YouTube e la diffusione di opere protette dal diritto d'autore: ancora sulla responsabilità dei providers tra hoster attivi, conoscenza dell'illecito e obbligo di sorveglianza*, cit., 288 ss.

<sup>91</sup> Cfr. A. ZOPPINI, *La nuova disciplina della copia privata da remoto*, cit., 111, per la quale « il servizio di videoregistrazione da remoto disciplinato dal riformato art. 71-septies L.D.A.: 1) va circoscritto ai soli operatori di tlc che abbiano legittimamente acquisito il diritto d'accesso al segnale in virtù di una specifica licenza di trasmissione o ritrasmissione del segnale dell'emittente; e 2) può essere prestato a favore dei soli utenti che abbiano a loro volta legittimo accesso al segnale dell'emittente ». In questa valutazione del rapporto tra diritti degli emittenti e facoltà

di sfruttamento delle trasmissioni spettanti agli utenti finali appare significativo un parallelismo con la ricezione di segnali televisivi criptati da parte di legittimi abbonati, nell'ambito del quale A. MUSSO, *Del diritto di autore sulle opere dell'ingegno letterarie ed artistiche*, cit., 214 s., spec. nt. 17, distingue l'eventuale attività di moltiplicazione del segnale in più parti dell'abitazione dall'ipotesi in cui il cliente si limiti ad articolare il segnale per visionare il medesimo programma emesso dopo la decodificazione: mentre nel primo caso « l'utilizzazione è concorrenziale [rispetto alle facoltà esclusive dell'emittente] in quanto l'attività consente di fruire non tanto di più punti di visione della stessa abitazione, quanto di diverse opere in ciascun punto », nel secondo « vi sarebbe ravvisabile una *ratio* simile all'essenzione di *time-shifting* [...] non contraria né ascrivibile *a priori* alla riserva di utilizzazione economica del titolare ».