

IL NUOVO COMPENSO PER COPIA PRIVATA: CIMITERO DEGLI ELEFANTI E PRESTAZIONE PATRIMONIALE IMPOSTA

È stata resa nota la bozza del nuovo decreto ministeriale sulla «Determinazione del compenso per la riproduzione privata di fonogrammi e videogrammi». Tuttavia, il concetto stesso di “copia privata” appare inadeguato e del tutto obsoleto. Esaminiamo nel dettaglio la bozza di decreto e le criticità in tema di compenso, riportando in parte il Position Paper recentemente adottato e diffuso da ANDEC sull'argomento.



MAURIZIO IORIO

Dalla partnership tra Marketplace e ANDEC prende vita questa rubrica, curata dall'Avvocato Maurizio Iorio, nel suo duplice ruolo di Avvocato Professionista in Milano e di Presidente di ANDEC.

1 - Il concetto di “copia privata” è anacronistico.

La normativa sulla copia privata è stata introdotta in Italia con la legge n. 93 del 5 febbraio 1992 (e poi completamente riveduta, a seguito della D. 2001/29 CE con il D.Lgs. n. 68 del 9 aprile 2003) con lo scopo di compensare gli autori delle opere audio o video potenzialmente oggetto di copia as uso personale da parte degli acquirenti di un originale. La pratica della copia privata rappresentava effettivamente, allora, una realtà assai diffusa, resa possibile dalla commercializzazione di apparecchi e supporti destinati principalmente a questo scopo.

A trent'anni di distanza, ci troviamo di fronte a una realtà concreta dal punto di vista delle tecnologie disponibili e dei comportamenti degli utenti, completamente diversa e, anzi, radicalmente trasformata a tal punto che l'assunto da cui prende le mosse lo schema di Decreto in questione deve ritenersi totalmente superato e non più aderente al reale.

Nel 2020, grazie all'enorme sviluppo tecnologico, alla diffusione delle piattaforme streaming e ai mutati atteggiamenti del consumatore, praticamente nessuno genera “copie” permanenti di opere tutelate dal

diritto d'autore.

La fruizione di opere audio/video avviene per lo più attraverso canali streaming, accedendo ai quali l'utente, in forma gratuita o a pagamento, acquista il pieno diritto a fruire dell'opera stessa.

Altro discorso, del tutto differente e che non può in alcun modo essere ricondotto nell'alveo di questa normativa e dello schema di decreto in esame, è quello del fenomeno criminale della pirateria. L'accesso a opere protette dal diritto d'autore in modo illegale, attraverso canali che violano i diritti di autori ed esecutori, rappresenta un crimine che deve essere prevenuto e perseguito, ma che mai, in alcun modo, si può ipotizzare di “compensare” attraverso il sistema della copia privata.

Queste considerazioni, più volte e da più parti, anche in sede parlamentare, espresse, argomentate e ribadite, dovrebbero suggerire una radicale modifica dell'attuale impianto normativo.

Adeguare la legge che disciplina una determinata materia alla realtà effettiva che si è trasformata nel corso del tempo è infatti un dovere irrinunciabile per il legislatore e di riflesso anche per chi è chiamato a implementare fattualmente la normativa.

Lo schema di Decreto si prefigge invece la mera reiterazione di una misura anacronistica finalizzata essenzialmente alla preservazione di un “gettito” da spartire e questa discutibile finalità di “cassa” viene conseguita colpendo molti apparecchi e supporti che nulla hanno a che fare con la produzione di copie di opere protette dal diritto d'autore, sulla base di una presunzione d'uso contraria al buon senso e alla realtà dei fatti.

2- Cosa si intende esattamente per “copia privata“?

Quando si parla di “copia privata”, si parla di diritto d'autore. Il diritto d'autore comprende la facoltà di vietare la diffusione pubblica di un'opera o, quando si è deciso di

renderla pubblica, di pretendere un certo compenso per il godimento da parte di terzi della stessa: tale diritto comprende anche la facoltà - prevista per la prima volta in Italia dalla L. n° 93/92, oramai sostituita dalla successiva legislazione, di esigere un secondo compenso nel caso di una "riproduzione", ossia dell'effettuazione da parte dell'utente di una copia dell'opera originariamente acquistata; si tratta di un diritto riconosciuto anche a livello UE, posto che ai sensi della Direttiva 2001/29/CE gli stati membri che decidano di permettere la copia privata delle opere protette dal diritto d'autore devono prevedere un compenso a favore dei titolari dei correlativi diritti.

Così, ad esempio, almeno **concettualmente**, su ogni vendita del DVD di un film il titolare del diritto d'autore TIZIO ha diritto a un certo compenso; su ogni copia del DVD ad uso personale legittimamente effettuata dall'acquirente CAIO (se ci riesce!), è dovuto oltre al compenso per il "godimento dell'opera" anche uno specifico "compenso per copia privata". La copia privata è pertanto un'eccezione al diritto d'autore, a fronte della quale è previsto il pagamento di un correlativo compenso .

3- Il compenso per copia privata è commisurato alla copia privata effettuata dai consumatori?

Ai sensi dell'**art.71 septies della legge 633/1941** sul diritto d'autore il compenso per copia privata prescinde dall'effettivo utilizzo degli apparecchi e supporti forniti atti in astratto a realizzare la copia, su cui il compenso medesimo grava; anche il Tar Lazio, investito della questione (Tar Lazio 02/03/2012,



N. 02162/2012 REG.PROV.COLL., N. 04827/2010 REG.RIC.), sostiene che ai sensi di una lontana pronuncia della Corte di Giustizia Europea (III Sez. S. 21.10.2010 Padawan) "...non è ... necessario accertare che esse (le apparecchiature) abbiano effettivamente realizzato delle copie private e quindi in concreto arrecato il pregiudizio, essendo sufficiente la loro potenzialità di riproduzione... la semplice capacità di tali apparecchiature e di tali dispositivi di realizzare copie è sufficiente a giustificare l'applicazione del prelievo per copie private (il 35° considerando della direttiva 201/29CE menziona, infatti, come criterio utile alla determinazione dell'equo compenso, quello del «pregiudizio eventuale», che ricorre nella semplice messa a disposizione della persona fisica di apparecchiature idonee alla riproduzione per scopi privati...".

Questa lettura della normativa di riferimento, ancorché parzialmente (e solo parzialmente) fondata in diritto, contrasta tuttavia - oltre che col buon senso e col comune sentire del consumatore medio - con la Risoluzione Castex del Parlamento Europeo (27 febbraio 2014), la quale evidenzia che "J) ... i prelievi dovreb-

bero essere calcolati sulla base del potenziale pregiudizio arrecato ai titolari dei diritti dall'atto di copia privata ... " e che "N) l'importo dei prelievi per copia privata dovrebbe rispecchiare l'utilizzo effettivo di tali apparecchiature e servizi ai fini della realizzazione di copie private di materiale sonoro, visivo e audiovisivo ... ". In realtà, la Direttiva 2001/29/CE si ispira (si consideri ad esempio il considerando n. 35) al raggiungimento di una proporzionalità tra la concreta effettuazione della copia privata e la determinazione del compenso a essa afferente .

4 - Il compenso per la copia privata è una "prestazione patrimoniale imposta".

L'articolo 23 della Costituzione stabilisce che "Nessuna prestazione personale patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge". Tale articolo rileva soprattutto, ma non solo, in campo tributario e significa, ad esempio, che una nuova tassa non potrà mai essere stabilita se non in forza di una norma di legge (quindi: non con decreto ministeriale o con altro atto amministrativo). Per fare qualche esempio, ricordiamo che la giurisprudenza della Corte



Costituzionale ha riconosciuto quali prestazioni patrimoniali imposte le tariffe telefoniche stabilite per legge quando sussisteva il correlativo monopolista; il pagamento del diritto di approdo da parte dell'utente di beni del demanio marittimo; il canone dovuto per l'estrazione di materiale sabbioso dal greto dei fiumi; le tariffe inserite di diritto nei contratti di assicurazione per la responsabilità civile dei veicoli e dei natanti; le tariffe dei c.d. diritti sanitari dovuti alle aziende sanitarie per le prestazioni e molte altre. Secondo il Tar del Lazio costituisce altresì "prestazione patrimoniale imposta" il compenso per copia privata in quanto il medesimo: (a) operando presuntivamente, a differenza del compenso per diritto d'autore è dovuto anche da chi in realtà non effettua alcuna copia privata ed inoltre, (b) è stabilito nel se e nel quanto autoritativamente; infatti "... non può che giungersi alla conclusione che il pagamento dell'equo compenso per copia privata, pur avendo una chiara funzione sinallagmatica e indennitaria dell'utilizzo (quanto meno potenziale) di opere tutelate dal diritto di autore, deve farsi rientrare nel novello delle prestazioni imposte, giacché la determinazione sia dell'an che del quantum è effettuata in via autoritativa e non vi è alcuna possibilità per i soggetti obbligati di sottrarsi al pa-

gamento di tale prestazione fruendo di altre alternative. In questo senso, dunque, il profilo della imposizione è – per usare le parole della Corte Costituzionale – prevalente". (Tar Lazio 02/03/2012, N. 02162/2012 REG.PROV.COLL., N. 04827/2010 REG.RIC.; così anche Tar Lazio 02/03/2012 N. 02159/2012 REG.PTOV.COLL.; N. 02333/2010 REG.RIC. e diverse altre).

5 - Nuove tariffe e aree critiche

5.1. Decoder (art. 2 lett. f dell'Allegato Tecnico).

Rispetto al precedente Decreto Ministeriale 20 giugno 2014, i "Decoder" non dotati di hard disk interno, ma semplicemente muniti della funzione PVR Ready ("Personal Video Recording Ready") non sono più considerati apparecchi polifunzionali di registrazione, ma vengono assoggettati a compenso in misura fissa pari a 4 euro al pezzo, la medesima misura prevista per gli apparecchi Tv.

La funzione PVR ready si realizza tramite una porta Usb che permette all'utente di salvare esclusivamente su un supporto di memoria esterno, già di per sé assoggettato a compenso per copia privata, un determinato evento televisivo.

L'individuazione di un compenso in misura fissa (per di più la medesima misura prevista per i televisori) rap-

presenta una forzatura inaccettabile e illogica. Basti pensare all'incidenza percentuale di tale compenso rispetto al costo di produzione ed al prezzo di vendita dell'apparecchio: un apparecchio Tv Led avente un prezzo medio di circa 340 euro pagherebbe lo stesso compenso di un decoder di prima fascia, il cui prezzo al pubblico oscilla tra i 20 e i 30 euro. Considerando il costo industriale ed i margini di importatore e distributore, oltre all'incidenza dell'IVA, ne consegue che un prodotto che costa circa 15 euro sarebbe gravato da un compenso di 4 euro pari al 26%. Per di più, il decreto non prevede alcun periodo temporale utile allo smaltimento dei decoder presenti nei magazzini dei produttori/importatori sui quali sarebbe impossibile rivedere i prezzi di vendita per adeguarli immediatamente a questo aggravio imprevisto.

5.2. Apparecchi polifunzionali (art. 2 lett. e dell'Allegato Tecnico)

Lo schema di decreto si limita a ripetere la formula utilizzata dal legislatore nell'art. 71-septies della legge 22.4.1941 n. 633, secondo cui per gli apparecchi polifunzionali il compenso si calcola «sul prezzo di un apparecchio avente caratteristiche equivalenti a quelle della componente interna destinata alla registrazione».

Si tratta di una locuzione generica e astratta, incomprensibile nel suo significato sul piano dell'attuazione pratica e quindi sostanzialmente inapplicabile se non con un margine di fantasia e discrezionalità intollerabili. Questo ostacolo è stato in passato risolto attraverso protocolli applicativi siglati da SIAE e dalle maggiori associazioni imprenditoriali coinvolte, i quali avevano individuato criteri di calcolo oggettivi che, partendo dal prezzo di cessione dell'apparecchio polifunzionale, ne determinavano la riduzione in misura proporzionale al numero di funzioni supportate, ai fini dall'applicazione dell'aliquota del 5%.

5.3. Smartphone (art. 2 lett. dell'allegato tecnico)

La nuova tabella prevista dallo schema di Decreto apporta piccole diminuzioni sugli apparecchi dotati di memoria bassa (inferiori a 16 GB) ormai ai margini del mercato, mentre **incrementa sensibilmente il prelievo sulle memorie maggiori, fino ai 6,90 euro dovuti su apparecchi con oltre 128 GB di memoria.**

Il Decreto presume che all'incremento della memoria corrisponda un maggior ricorso alla copia privata, ma con ogni evidenza non è così: gli smartphone di nuova generazione implementano una pluralità di fun-

zioni e di applicazioni sempre nuove e bisognose di maggiore memoria e inoltre i sistemi operativi necessari per governare il funzionamento dell'apparecchio assorbono parte significativa della memoria stessa. La memoria "libera", effettivamente utilizzabile dall'utente, è principalmente dedicata alla funzione fotocamera/videocamera a uso personale, del tutto estranea alla copia di opere protette dal diritto d'autore.

Occorre qui ribadire, infine, quanto espresso in Premessa: la fruizione di file audio/video attraverso questi apparecchi è resa possibile grazie all'accesso a piattaforme legali già assoggettate al pagamento dei diritti d'autore.

5.4. Computer (art. 2 lett. o dell'allegato tecnico)

Il Computer, senza alcuna distinzione di prezzo o di capacità di memoria, **passano da 5 a 6,90 euro di compenso in misura fissa.** Come già osservato circa l'aumento di memoria degli smartphone, non vi è alcuna ragione "tecnica" per incrementare la misura del compenso se non la ricerca di maggior gettito.

5.5. Smartwatch (art. 2 lett. p dell'allegato Tecnico)

Entrano in gioco per la prima volta i cosiddetti "dispositivi indossabili"

tipo smartwatch e fitness tracker.

Gli smartwatch sono apparecchi ideati per dialogare con lo smartphone e fornire "servizi" aggiuntivi rispetto all'indicazione dell'ora, soprattutto legati al monitoraggio dello stato di salute ed alla gestione delle telefonate, della messaggistica e della posta elettronica.

La presenza di una eventuale funzione di ascolto di file audio è resa possibile dalla connessione con lo smartphone associato e rappresenta una modalità d'uso del tutto marginale di questo tipo di apparecchi, per cui valgono qui le considerazioni svolte al punto 3.

5.6. Uso professionale (art. 2 e 3 dello schema di decreto)

Lo schema di decreto **individua un criterio di esenzione "generale" (art. 2 comma 1) nella sussistenza di «uso manifestamente estraneo alla copia privata [...] ivi incluso l'uso esclusivamente professionale» di apparecchi e supporti idonei alla registrazione. Successivamente (comma 2) elenca in via non esclusiva alcune fattispecie di esenzione.** Sul piano meramente formale, osserviamo che sarebbe più chiaro parlare di "uso oggettivamente estraneo alla copia privata" piuttosto che "manifestamente" (non ha cioè rilievo la percezione esterna immediata, ma l'oggettività dello scopo e quindi dell'utilizzo del prodotto).

Si rileva poi una pericolosa confusione di ruoli sul piano dell'operatività. Infatti, riteniamo che il MIBACT debba assumere a pieno titolo il ruolo di soggetto organizzatore e disciplinatore della materia, in quanto autorità super partes e di garanzia. SIAE, che è soggetto deputato alla riscossione del compenso e ha quindi interessi diretti, non può avere che un ruolo meramente esecutivo e non deve avere la potestà di adottare alcuna misura o modalità che non sia, appunto, meramente esecutiva rispetto alle decisioni di merito assunte in sede ministeriale.

