Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
VERICA TRSTENJAK
presentate il 17 gennaio 2012 [1]

Causa C-510/10

DR
TV2 Danmark A/S
contro
NCB

(domanda di pronuncia pregiudiziale, proposta dall'Østre Landsret, Danimarca)

«Diritto d'autore e diritti connessi — Direttiva 2001/29/CE — Articolo 5, paragrafo 2, lettera d) — Condizioni dell'eccezione al diritto di riproduzione — Registrazioni effimere di opere realizzate da organismi di diffusione radiotelevisiva con i loro propri mezzi e per le loro proprie emissioni — Organismo di diffusione radiotelevisiva che ha commissionato registrazioni a produttori televisivi esterni e indipendenti allo scopo di diffonderle nell'ambito delle proprie emissioni»

I – Introduzione

1. La presente domanda di pronuncia pregiudiziale sottoposta dall'Østre Landsret danese concerne l'interpretazione dell'articolo 5, paragrafo 2, lettera d), della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 22 maggio 2001, 2001/29/CE, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione [2] (in prosieguo: la «direttiva InfoSoc»).

2. Detta disposizione consente agli Stati membri di disporre una limitazione del diritto di riproduzione di opere protette sul piano della proprietà intellettuale previsto dall'articolo 2 di tale direttiva in relazione alle cosiddette registrazioni effimere di opere [3] realizzate da organismi di diffusione radiotelevisiva con i loro propri mezzi e per le loro proprie emissioni.

3. Anche a seguito della trasposizione della direttiva InfoSoc, la legge sul diritto d'autore danese non precisa, peraltro, i criteri in base ai quali debba stabilirsi se una registrazione sia stata realizzata da un organismo di diffusione radiotelevisiva «con i propri mezzi e per le proprie emissioni» [4]. Su tale problematica si incentra la causa principale in cui il giudice del rinvio è chiamato ad esaminare l'applicazione dell'articolo 5, paragrafo 2, lettera d), della direttiva InfoSoc ai programmi televisivi commissionati dagli organismi di diffusione radiotelevisiva a società di produzione esterne.

1 — Lingua originale delle conclusioni: il tedesco. Lingua del procedimento: il danese.

2 — GU L 167, pag. 10.

3 — Tale nozione risale a quella delle registrazioni effimere di cui alla Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie ed artistiche nella quale è stata introdotta nel 1948. Essa descrive un fenomeno tipico della radiodiffusione. Ai fini della preparazione di una successiva emissione differita è necessario che i contributi di autori e artisti ingaggiati dagli organismi di radiodiffusione vengano precedentemente fissati su dispositivi meccanici. Le registrazioni così realizzate vengono designate come registrazioni effimere, per cui non è chiaro, a tenore della Convenzione di Berna, fino a quando possano essere conservate. Esse hanno per così dire un carattere accessorio, in quanto la loro realizzazione serve unicamente all'esercizio del diritto di emissione delle opere registrate ed esse non possono essere sfruttate in modo diverso (Ruijsenaars, H., «Zur Vergänglichkeit von "ephemeren Aufnahmen"», in ZUM 1999, pag. 707, in particolare pag. 708).

4 — V. pag. 6 dell'ordinanza di rinvio.

4. Tutto ciò premesso, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se e, in caso di soluzione affermativa, in presenza di quali condizioni la registrazione di un programma televisivo da parte di una società di produzione debba essere considerata, ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 2, lettera d), della direttiva InfoSoc, nel combinato disposto con il suo quarantunesimo considerando, «realizzata con i loro propri mezzi e per le loro proprie emissioni» dall'organismo di diffusione radiotelevisiva, qualora quest'ultimo, per le sue proprie emissioni, abbia commissionato la produzione di detto specifico programma a tale società.

II – Contesto normativo

A – *Diritto dell'Unione*

5. L'articolo 2 della direttiva InfoSoc (rubricato «Diritto di riproduzione») dispone quanto segue:

«Gli Stati membri riconoscono ai soggetti sotto elencati il diritto esclusivo di autorizzare o vietare la riproduzione diretta o indiretta, temporanea o permanente, in qualunque modo o forma, in tutto o in parte:

a) agli autori, per quanto riguarda le loro opere;

(…)».

6. L'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva InfoSoc (rubricato «Diritto di comunicazione di opere al pubblico, compreso il diritto di mettere a disposizione del pubblico altri materiali protetti») così recita:

«1. Gli Stati membri riconoscono agli autori il diritto esclusivo di autorizzare o vietare qualsiasi comunicazione al pubblico, su filo o senza filo, delle loro opere, compresa la messa a disposizione del pubblico delle loro opere in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente.

(…)».

7. Il successivo articolo 5, paragrafo 2, della direttiva InfoSoc così recita:

«Gli Stati membri hanno la facoltà di disporre eccezioni o limitazioni al diritto di riproduzione di cui all'articolo 2 per quanto riguarda:

(…)

d) le registrazioni effimere di opere realizzate da organismi di diffusione radiotelevisiva con i loro propri mezzi e per le loro proprie emissioni; (…)».

8. Sulla nozione di «propri mezzi» si legge nel quarantunesimo considerando della direttiva InfoSoc:

«L'applicazione dell'eccezione o della limitazione per le registrazioni effimere effettuate da organismi di diffusione radiotelevisiva va intesa nel senso che i servizi di un'emittente comprendono quelli di persone che operano per conto o[5] sotto la responsabilità di un organismo di diffusione radiotelevisiva».

5 — Le diverse versioni linguistiche risultano, tuttavia, disomogenee su tale punto, come rilevato dal giudice del rinvio nella sua seconda questione pregiudiziale. Quelle che, come la versione tedesca, contengono la congiunzione «o» che implica un'alternatività sono, a tal riguardo, in minoranza rispetto a quelle che presentano la formulazione cumulativa («e»).

9. Nella posizione comune (CE) n. 48/2000, emanata dal Consiglio [6] viene precisato, a tal proposito, al punto 27:

«Le disposizioni di cui all'articolo 5, paragrafo 2, lettera d), sono state aggiunte all'elenco delle eccezioni nella proposta modificata della Commissione su proposta del Parlamento europeo (emendamento 39). Il Consiglio (…) ha aggiunto a tale lettera una seconda clausola al fine di conformare la formulazione con l'articolo 11bis della Convenzione di Berna. Il Consiglio ha inoltre chiarito la nozione di "loro propri mezzi" nel nuovo considerando 41 al fine di fornire agli Stati membri la necessaria flessibilità nell'adeguare le rispettive legislazioni all'evoluzione del mercato».

B – *Diritto internazionale*

10. L'articolo 11bis della Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche (Atto di Parigi del 24 luglio 1971), nella versione modificata il 28 settembre 1979 (in prosieguo: la «Convenzione di Berna»), così dispone:

«1. Gli autori di opere letterarie ed artistiche hanno il diritto esclusivo di autorizzare:

1. la radiodiffusione delle loro opere o la comunicazione al pubblico di esse mediante qualsiasi altro mezzo atto a diffondere senza filo segni, suoni od immagini;

2. ogni comunicazione al pubblico, con o senza filo, dell'opera radiodiffusa, quando tale comunicazione sia eseguita da un ente diverso da quello originario;

3. la comunicazione al pubblico, mediante altoparlante o qualsiasi altro analogo strumento trasmettitore di segni, suoni od immagini, dell'opera radiodiffusa.

(...)

3. Salvo patto contrario, l'autorizzazione rilasciata in conformità dell'alinea 1) del presente articolo non implica quella di registrare, mediante strumenti riproduttori di suoni od immagini, l'opera radiodiffusa. È tuttavia riservata alle legislazioni dei Paesi dell'Unione la disciplina delle registrazioni effimere effettuate da un ente di radiodiffusione coi propri mezzi e per le sue emissioni. Dette legislazioni possono autorizzare la conservazione di siffatte registrazioni in archivi ufficiali, in considerazione del loro eccezionale carattere documentario».

C – *Diritto nazionale*

11. L'articolo 31 della legge danese sul diritto d'autore [7] così dispone:

«1. Gli organismi di diffusione radiotelevisiva possono, ai fini della successiva trasmissione, registrare opere su nastro, pellicola o altro supporto idoneo alla riproduzione, a condizione che dispongano del diritto di trasmettere le opere di cui trattasi. Il diritto di rendere le opere così registrate accessibili al pubblico dipende dalle altre norme in vigore.

2. Il Ministro della Cultura può disciplinare specificamente le condizioni di effettuazione di tali registrazioni e della loro utilizzazione e conservazione».

6 — Posizione comune (CE) del Consiglio del 28 settembre 2000, n. 48, definita dal Consiglio, deliberando in conformità della procedura di cui all'articolo 251 del trattato che istituisce la Comunità europea, in vista dell'adozione di una direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione (GU C 344, pag. 1).

7 — Decreto legge del 27 febbraio 2010, n. 202.

12. Nell'ambito della trasposizione della direttiva InfoSoc in Danimarca, il legislatore nazionale riteneva – secondo quanto si apprende dall'ordinanza di rinvio [8] – che nell'articolo 31 della legge vigente fosse prevista un'eccezione corrispondente a quella di cui all'articolo 5, paragrafo 2, lettera d), della direttiva. La trasposizione di quest'ultimo articolo non induceva dunque a modificare l'articolo 31 della legge danese sul diritto d'autore e, nel contempo, non veniva fatta alcuna osservazione in merito alla questione della rilevanza del quarantunesimo considerando della direttiva InfoSoc.

III – Causa principale e questioni pregiudiziali

13. La causa principale riguarda l'interpretazione dell'eccezione per registrazioni a scopo di trasmissione prevista dall'articolo 31 della legge danese sul diritto d'autore, nel caso in cui la registrazione venga realizzata in relazione ai programmi televisivi che un organismo di diffusione radiotelevisiva abbia commissionato a un terzo per le proprie emissioni.

14. Risulta controversa, in particolare, la questione se e in qual misura la direttiva InfoSoc incida sull'applicazione dell'articolo 31 di cui trattasi per effetto di un'interpretazione conforme alla direttiva, nonché come debbano essere specificamente interpretate le disposizioni della direttiva riguardanti gli organismi di diffusione radiotelevisiva.

15. Il presente procedimento vede opposti il Nordisk Copyright Bureau, da un lato, e due organismi di diffusione radiotelevisiva, la DR e la TV2 Danmark, dall'altro.

16. Il Nordisk Copyright Bureau (in prosieguo: l'«NCB») è una società nordico-baltica, la quale, in cooperazione con omologhe società titolari di diritti d'autore, gestisce i diritti di registrazione e riproduzione di opere musicali su CD, DVD, film, video, internet etc. – i cosiddetti diritti di riproduzione meccanica – per conto di compositori, autori di testi e editori musicali.

17. La DR è un organismo di diffusione radiotelevisiva che trasmette in tutta la Danimarca, il cui finanziamento è assicurato dai relativi canoni. La TV2 Danmark (in prosieguo: la «TV2») è un organismo di diffusione televisiva che copre tutto il paese, finanziandosi privatamente attraverso la pubblicità televisiva.

18. Dei programmi radiotelevisivi diffusi dalla DR e dalla TV2 fanno parte anche programmi che sono prodotti da terzi in base a specifici contratti con la DR o la TV2 per essere trasmessi per la prima volta dalla DR o dalla TV2. Solitamente la DR produce essa stessa i propri programmi; tuttavia, per rafforzare la produzione privata è obbligata da un cosiddetto contratto di pubblico servizio stipulato con il Ministero della cultura a commissionare a terzi un numero sempre crescente di programmi televisivi. Invece, la TV2 si è concettualmente basata su un cosiddetto «modello di commissione» in cui sostanzialmente tutti i programmi televisivi, ad eccezione dei notiziari, dei programmi di attualità e dei film – rientranti in contratti di licenza – sono commissionati a terzi.

19. Il maggiore ricorso da parte della DR e della TV2 a società di produzione televisiva esterna indipendenti ha accentuato un'annosa controversia tra le parti, riguardante la questione se l'eccezione legislativa comprenda parimenti le registrazioni effettuate da società di produzione televisiva esterna indipendenti su commissione della DR o della TV2 per essere trasmesse per la prima volta dalla DR o dalla TV2 Danmark.

20. In concreto, si tratta, a tal riguardo, di opere musicali che possono essere utilizzate nelle produzioni televisive come oggetto principale della trasmissione oppure come elemento subordinato come, ad esempio, la musica di sottofondo di accompagnamento della trasmissione, nonché delle spettanze economiche che ne derivano di cui sono titolari determinate società di gestione collettiva dei diritti [9].

8 — V. ivi pag. 6.

9 — V., a tal proposito, i punti 5 e 6 delle osservazioni scritte dell'NCB, i punti 2-10 delle osservazioni scritte della DR e della TV2, nonché i punti 4-7 delle osservazioni scritte della Commissione.

21. In tale contesto, il giudice del rinvio ha sottoposto alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

1. Se le espressioni «con i propri mezzi» contenute nell'articolo 5, paragrafo 2, lettera d), della direttiva 2001/29/CE, e «per conto o[10] sotto la responsabilità di un organismo di diffusione radiotelevisiva» di cui al considerando 41 del preambolo della direttiva, debbano essere interpretate alla luce del diritto nazionale o del diritto dell'Unione.

2. Se la formulazione dell'articolo 5, paragrafo 2, lettera d), della direttiva 2001/29/CE, debba intendersi, come ad esempio nella versione in lingua danese, inglese e francese della direttiva, nel senso di «per conto o sotto la responsabilità di un organismo di diffusione radiotelevisiva», oppure, come ad esempio nella versione in lingua tedesca, nel senso di «per conto e sotto la responsabilità di un organismo di diffusione radiotelevisiva».

3. Nel caso in cui le nozioni esposte nella prima questione debbano essere interpretate alla luce del diritto dell'Unione: quali siano i criteri che il giudice nazionale deve applicare nella valutazione concreta della questione se una registrazione effettuata da un terzo (in prosieguo: il «produttore») per essere utilizzata nelle trasmissioni di un organo di diffusione radiotelevisiva sia stata effettuata «con i propri mezzi» e «per conto [e/o] sotto la responsabilità di un organismo di diffusione radiotelevisiva», cosicché la registrazione risulti compresa nell'eccezione prevista all'articolo 5, paragrafo 2, lettera d).

   Nella risoluzione della terza questione si chiede che vengano risolte, in particolare, le seguenti questioni:

   a) Se la nozione «con i propri mezzi» di cui all'articolo 5, paragrafo 2, lettera d), della direttiva 2001/29/CE debba essere intesa nel senso che una registrazione effettuata dal produttore per le trasmissioni di un organismo di diffusione radiotelevisiva ricada nell'eccezione prevista dall'articolo 5, paragrafo 2, lettera d), solo nel caso in cui l'organismo di diffusione radiotelevisiva sia responsabile verso terzi per le azioni e omissioni del produttore relative alla registrazione, come se l'organismo di diffusione radiotelevisiva avesse esso stesso compiuto tali azioni e omissioni.

   b) Se la condizione che la registrazione avvenga «per conto [e/o] sotto la responsabilità di un organismo di diffusione radiotelevisiva» sia soddisfatta nel caso in cui l'organismo di diffusione radiotelevisiva abbia commissionato al produttore la registrazione al fine di trasmetterla subordinatamente alla condizione che l'organismo medesimo abbia il diritto di trasmettere detta registrazione.

      L'Østre Landsret chiede se le seguenti circostanze possano o debbano essere prese in considerazione nella risoluzione della terza questione, lettera b), e, in tal caso, quale importanza rivestano per tale risoluzione:

      i) se la decisione definitiva sul piano artistico/redazionale relativa ai contenuti del programma commissionato spetti all'organismo di diffusione radiotelevisiva o al produttore, conformemente agli accordi conclusi;

      ii) se l'organismo di diffusione radiotelevisiva sia responsabile nei confronti dei terzi degli obblighi del produttore riguardanti la registrazione, come se lo stesso organismo di diffusione radiotelevisiva avesse compiuto tali azioni e omissioni;

10 — Infatti, la versione danese della direttiva è tra quelle che contengono, nel quarantunesimo considerando, una formulazione cumulativa con la congiunzione «e» [«Når undtagelsen eller indskrænkningen gælder efemere optagelser foretaget af radio- og fjernsynsforetagender, antages radio- og fjernsynsforetagendets egne midler at omfatte midler tilhørende en person, der handler på radio- og fjernsynsforetagendets vegne *og* under dette foretagendes ansvar» (il corsivo è mio)].

iii) se il produttore, in base agli accordi conclusi con l'organismo di diffusione radiotelevisiva, sia contrattualmente obbligato a fornire il programma in questione all'organismo di diffusione radiotelevisiva al prezzo pattuito e se, in tale prezzo, sia obbligato a sopportare tutte le spese collegate alla registrazione;

iv) se sia l'organismo di diffusione radiotelevisiva o il produttore ad assumere la responsabilità della registrazione nei confronti dei terzi.

(c) Se la condizione secondo cui la registrazione deve essere effettuata «per conto [e/o] sotto la responsabilità di un organismo di diffusione radiotelevisiva» sia soddisfatta qualora l'organismo di diffusione radiotelevisiva abbia commissionato al produttore la registrazione per poterla trasmettere e sul presupposto che l'organismo di diffusione radiotelevisiva di cui trattasi abbia il diritto di trasmettere la registrazione, se il produttore, nel contratto con l'organismo di diffusione radiotelevisiva riguardante la registrazione, ha assunto: i) la responsabilità economica e finanziaria di tutte le spese connesse alla registrazione mediante pagamento anticipato di una certa somma; ii) la responsabilità per l'acquisizione dei diritti e, iii) la responsabilità in caso di circostanze impreviste, inclusi ritardi nella registrazione e inadempimenti, ma senza che l'organismo di diffusione radiotelevisiva sia responsabile verso i terzi per gli obblighi del produttore riguardanti la registrazione, come se l'organismo stesso avesse compiuto tali azioni e omissioni.

IV – Sulla ricevibilità delle questioni pregiudiziali

22. La Corte può rifiutare di pronunciarsi su una questione pregiudiziale sollevata da un giudice nazionale solo qualora risulti manifestamente che la richiesta interpretazione del diritto dell'Unione non ha alcuna relazione con l'effettività o con l'oggetto della causa principale oppure qualora il problema sia di natura ipotetica o infine la Corte non disponga degli elementi di fatto o di diritto necessari per fornire una soluzione utile alle questioni che le vengono sottoposte [11].

23. Nella causa principale è controversa tra le parti la questione se la direttiva InfoSoc, sulla cui interpretazione vertono i quesiti pregiudiziali, sia o meno rilevante ai fini della decisione della controversia pendente dinanzi al giudice del rinvio.

24. Gli organismi di diffusione televisiva hanno sottolineato che l'espressione «con i propri mezzi e per le proprie emissioni» non si riscontra affatto nell'articolo 31 della legge danese sul diritto d'autore e, pertanto, non potrebbe essere fatta valere nella causa principale. Inoltre, l'articolo 5, paragrafo 2, lettera d), della direttiva InfoSoc non sarebbe direttamente applicabile e la condizione relativa alla realizzazione «con i propri mezzi» di cui all'articolo 31 della legge sul diritto d'autore non potrebbe essere aggiunta in via interpretativa, in mancanza di apposita previsione da parte del legislatore danese.

25. Al contrario, l'NCB afferma nella causa principale che, ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 2, lettera d), della direttiva InfoSoc, ricorre la condizione relativa alla realizzazione con «i propri mezzi» e che essa trova applicazione anche nel diritto danese, in quanto l'articolo 31 della legge sul diritto d'autore deve essere interpretato alla luce di detta direttiva.

26. Se, per motivi di diritto, fosse definitivamente precluso al giudice danese di prendere in considerazione la disposizione della direttiva nella causa principale e non fosse dunque possibile un'interpretazione conforme alla direttiva con gli strumenti del diritto nazionale, dovrebbe essere messa in discussione la ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale per irrilevanza delle questioni pregiudiziali ai fini della decisione della controversia principale [12].

11 — Sentenza della Corte del 18 dicembre 2007, Laval un Partneri (C-341/05, Racc. pag. I-11767, punto 46 con ulteriori riferimenti).

12 — Su un analogo problema di ricevibilità – relativo però all'interpretazione di una decisione quadro – v. recentemente sentenza della Corte del 15 settembre 2011, Gueye (C-483/09 e C-1/10, Racc. pag. I-8263, punti 34-45), e le conclusioni dell'avvocato generale Kokott, presentate in detta causa, paragrafi 21-32, ove viene analizzata la questione di una possibile interpretazione contra legem del diritto nazionale.

27. Tuttavia, nell'ambito della collaborazione tra la Corte e i giudici nazionali istituita dall'articolo 267 TFUE, secondo costante giurisprudenza, spetta esclusivamente al giudice nazionale, cui è stata sottoposta la controversia e che deve assumersi la responsabilità dell'emananda decisione, valutare, alla luce delle particolari circostanze di ciascuna causa, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere in grado di pronunciare la propria sentenza, sia la rilevanza delle questioni sottoposte alla Corte. Di conseguenza, se le questioni sollevate vertono sull'interpretazione del diritto dell'Unione la Corte, in linea di principio, è tenuta a statuire [13].

28. Nel caso in esame le questioni sollevate vertono sull'interpretazione del diritto dell'Unione e non vi sono elementi che impongano di ritenere che non sussisterebbe nel campo del possibile quantomeno un'interpretazione del diritto nazionale conforme alla direttiva. Piuttosto, quanto affermato supra al paragrafo 12 si pone in senso contrario alla tesi sostenuta dagli organismi di diffusione radiotelevisiva, secondo cui sarebbe esclusa la possibilità di tener conto, nella controversia principale, della detta disposizione della direttiva. Dal momento che il legislatore nazionale, all'atto della trasposizione della direttiva, si è astenuto dal modificare l'articolo 31 della legge sul diritto d'autore ritenendo in buona fede che detta disposizione fosse già compatibile, nella sua attuale redazione, con il diritto dell'Unione, è naturale tener conto, in via interpretativa, di detta intenzione del legislatore, per quanto forse manifestata in maniera inadeguata. Il giudice del rinvio, ad ogni modo, non ritiene espressamente impossibile un siffatto modus procedendi. Occorre pertanto rispettare le sue prerogative nella valutazione della rilevanza delle questioni pregiudiziali ai fini della causa principale e concluderne che queste ultime abbiano una relazione con l'effettività o con l'oggetto della causa principale e il problema sollevato non sia di natura puramente ipotetica [14].

V – Sull'analisi delle questioni pregiudiziali sotto il profilo sostanziale

29. Le questioni di diritto poste dal giudice del rinvio vertono, in sostanza, sulla nozione di «propri mezzi» e sulla sua interpretazione nel contesto della direttiva InfoSoc.

A – *Sulla prima questione pregiudiziale*

30. Con la sua prima questione, il giudice del rinvio chiede se le espressioni «con i propri mezzi» e «per conto [e/o] sotto la responsabilità di un organismo di diffusione radiotelevisiva» debbano essere interpretate alla luce del diritto nazionale o del diritto dell'Unione.

1. Argomenti delle parti

31. Le opinioni delle parti sulla prima questione pregiudiziale divergono: mentre gli organismi di diffusione radiotelevisiva propendono per un approccio interpretativo basato solo sul diritto nazionale, in quanto la direttiva in questione non conterebbe alcuna definizione a tal riguardo e non mirerebbe ad un'armonizzazione [15], il governo spagnolo, la Commissione e l'NCB ritengono necessaria un'interpretazione autonoma sul piano del diritto dell'Unione.

13 — Sentenza Gueye (cit. supra, nota 12), punto 39 con ulteriori riferimenti.

14 — A tal proposito può restare aperta la questione se sia possibile, in base agli strumenti interpretativi messi a disposizione dal diritto nazionale danese, analogamente a quanto stabilito dal Bundesgerichtshof tedesco in seguito alla sentenza della Corte del 17 aprile 2008, Quelle (C-404/06, Racc. pag. I-2685), sviluppare il diritto nazionale esistente attraverso una costruzione normativa conforme alla direttiva e svincolata dal tenore letterale (v., a tal riguardo, sentenza del Bundesgerichtshof del 26 novembre 2008, VIII ZR 200/05, pubblicata, inter alia, in ZGS 2009, pag. 85).

15 — Punti 46-51 e punto 127 delle loro osservazioni scritte.

2. Analisi della questione pregiudiziale

32. Non mi sembra opportuno procedere all'interpretazione delle espressioni «con i propri mezzi», contenuta nell'articolo 5, paragrafo 2, lettera d), della direttiva 2001/29/CE, e «per conto [e/o] sotto la responsabilità di un organismo di diffusione radiotelevisiva», di cui al quarantunesimo considerando, alla luce del diritto nazionale, , né tale interpretazione può risultare giustificata, segnatamente, dal solo fatto che la direttiva non contenga una specifica precisazione delle nozioni impiegate, ad esempio, sotto forma di un elenco di definizioni.

33. Secondo costante giurisprudenza, infatti, l'applicazione uniforme tanto del diritto dell'Unione quanto del principio di uguaglianza esige che una disposizione del diritto dell'Unione che non contenga alcun espresso richiamo al diritto degli Stati membri per quanto riguarda la determinazione del suo senso e della sua portata deve normalmente dar luogo, in tutta l'Unione, ad un'interpretazione autonoma e uniforme [16].

34. Quanto alla nozione di «propri mezzi», manca anzitutto qualsiasi richiamo al diritto nazionale e, in secondo luogo, la direttiva InfoSoc precisa tale termine, sia pure solo in maniera approssimativa, nel suo quarantunesimo considerando, il che evidenzia come il diritto dell'Unione si sia direttamente preoccupato di fornire precisazioni specifiche di tale nozione immanenti nell'atto giuridico, offrendo nel quarantunesimo considerando pertinenti criteri interpretativi.

35. La necessità di un'interpretazione tematica della nozione de qua autonoma sul piano del diritto dell'Unione, anche in considerazione della rilevanza dei legami economici nel territorio dell'Unione nonché in ambito transfrontaliero emerge, in terzo luogo, alla luce della ratio della direttiva InfoSoc. Si può analogamente rinviare, a tal proposito, alle osservazioni contenute nella recente sentenza Brüstle, nonché nella sentenza Padawan [17].

36. Considerato che non si ravvisa quindi alcun motivo per deflettere dalla regola dell'interpretazione autonoma e uniforme, occorre risolvere la prima questione pregiudiziale nel senso che le espressioni «con i propri mezzi» contenuta nell'articolo 5, paragrafo 2, lettera d), della direttiva 2001/29/CE, e «per conto [e/o] sotto la responsabilità di un organismo di diffusione radiotelevisiva» di cui al quarantunesimo considerando di detta direttiva devono essere interpretati alla luce del diritto dell'Unione.

37. All'esame dell'interrogativo se e in qual misura dovrà farsi ricorso, nell'individuazione di un'interpretazione autonoma e uniforme della nozione de qua sul piano del diritto dell'Unione, a criteri, norme sostanziali o persino ad una lettura preliminare di fonti del diritto internazionale [18], come la Convenzione di Berna, può soprassedersi nell'ambito della soluzione di tale prima questione, potendo questo essere rimandato all'esame della seconda questione pregiudiziale.

B – *Sulla seconda questione pregiudiziale*

38. Oggetto della seconda questione è una divergenza tra differenti versioni linguistiche. Il giudice del rinvio chiede, infatti, se l'articolo 5, paragrafo 2, lettera d), della direttiva 2001/29/CE, debba leggersi nel senso di «per conto o sotto la responsabilità di un organismo di diffusione radiotelevisiva» oppure nel senso di «per conto e sotto la responsabilità di un organismo di diffusione radiotelevisiva». La

16 — Così, di recente, sentenza della Corte del 18 ottobre 2011, Brüstle (C-34/10, Racc. pag. I-9821, punto 25, con ulteriori riferimenti); sull'interpretazione autonoma e uniforme della nozione di «equo compenso» di cui all'articolo 5, paragrafo 2, della direttiva InfoSoc, v. sentenza della Corte del 21 ottobre 2010, Padawan (C-467/08, Racc. pag. I-10055, punti 32-37 e punto 1 del dispositivo), sull'interpretazione autonoma e uniforme della nozione di «comunicazione al pubblico» ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva, v. sentenza della Corte 7 del dicembre 2006, SGAE (C-306/05, Racc. pag. I-11519).

17 — V., sulla nozione di «embrione» e sull'interpretazione della direttiva 98/44/CE sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, sentenza Brüstle (cit. supra, nota 16), punti 26 e segg.; sull'interpretazione autonoma e uniforme della nozione di «equo compenso» di cui all'articolo 5, paragrafo 2, della direttiva InfoSoc, v. sentenza Padawan (cit. supra, nota 16), punti 32-37.

18 — In tal senso, recentemente, sentenza della Corte del 4 ottobre 2011, Football Association Premier League e a. (C-403/08 e C-429/08, Racc. pag. I-9083, punto 189, con ulteriori riferimenti).

questione non è formulata in termini precisi, in quanto fa sì riferimento all'articolo 5 della direttiva InfoSoc, ma intende, evidentemente, il suo quarantunesimo considerando, alla luce del quale detto articolo 5 deve essere interpretato. Infatti, le menzionate divergenze linguistiche non si rinvengono nell'articolo 5 di detta direttiva, bensì nei suoi considerando.

1. Argomenti delle parti

39. Mentre la Commissione sottolinea la fondamentale uguaglianza delle lingue ufficiali e si dichiara a favore di un approccio teleologico aperto, l'NCB sostiene un punto di vista decisamente restrittivo, condiviso, in definitiva, anche dal governo spagnolo, che si basa sulla peculiarità della versione linguistica tedesca e propende, anche per motivi logici, per un'interpretazione in senso cumulativo [19]. Anche la DR e la TV2, dal canto loro, invocano la logica, approdando tuttavia ad un risultato esattamente opposto [20].

2. Analisi della questione pregiudiziale

40. Ritengo che non sia rilevante il rapporto numerico [21] tra le versioni linguistiche contenenti le congiunzioni in questione («e» [22] oppure «o» [23]), così come non lo sono le specifiche differenze terminologiche, ma che ci si debba basare decisamente sulla ratio del contesto della disposizione [24].

a) Principio: assenza di un primato di una determinata versione linguistica ai fini dell'interpretazione

41. Secondo costante giurisprudenza, data la necessità che le disposizioni di diritto comunitario vengano applicate, e quindi interpretate, in modo uniforme, in caso di dubbio il testo di una disposizione non può essere considerato isolatamente, in una delle sue versioni, ma deve venire interpretato e applicato alla luce dei testi redatti nelle altre lingue ufficiali [25]. A tal riguardo, nelle disposizioni del diritto dell'Unione, la forza descrittiva di una singola parola, tenuto conto delle imprecisioni determinate dal multilinguismo è, del resto, minore rispetto ad un ambito monolingue [26].

b) La questione della sussistenza di peculiarità interpretative in considerazione del riferimento alla Convenzione di Berna e ai trattati dell'OMPI

42. L'articolo 5, paragrafo 2, della direttiva InfoSoc, cui fa riferimento il quarantunesimo considerando, si conforma nel suo tenore letterale [27] all'articolo 11bis, paragrafo 3, della Convenzione di Berna.

19 — Punto 25 delle osservazioni scritte del governo spagnolo.

20 — Punto 131 delle sue osservazioni scritte.

21 — V., a proposito del caso particolarmente estremo della disparità di una sola versione linguistica, sentenza della Corte del 19 aprile 2007, Profisa (C-63/06, Racc. pag. I-3239, punti 13 e 14, con ulteriori riferimenti).

22 — Così, ad esempio, le versioni bulgara, danese, estone, finlandese, francese, greca, inglese, lettone, lituana, olandese, polacca, , rumena, slovacca, slovena, spagnola, svedese e ungherese.

23 — Così, ad esempio, le versioni tedesca, ceca, italiana, maltese e portoghese.

24 — V., a tal riguardo, sentenze del 27 ottobre 1977, Bouchereau (C-30/77, Racc. pag. 1999, punto 14), e del 7 dicembre 1995, Rockfon (C-449/93, Racc. pag. I-4291, punto 28), nonché le mie conclusioni presentate l'8 marzo 2003 nella causa C-466/03, Albert Reiss Beteiligungsgesellschaft, paragrafo 62 e nota 32; sui problemi interpretativi del diritto dell'Unione, v. Stotz, R., «Die Rechtsprechung des EuGH», in Riesenhuber, K., Europäische Methodenlehre, II ed., Walter de Gruyter 2010, § 22, punti 13 e segg.

25 — Sentenza Profisa (cit. supra, nota 21), punto 13, nonché, di recente, sentenza della Corte del 7 luglio 2011, IMC Securities (C-445/09, Racc. pag. I-5917, punto 25, con ulteriori riferimenti).

26 — V. Colneric, N., «Auslegung des Gemeinschaftsrechts und gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung», in ZEuP, 2005, pag. 225, in particolare pag. 227.

27 — V. la posizione comune del 28 settembre 2000, n. 48, riportata supra al paragrafo 9, e il paragrafo 10 delle presenti conclusioni.

43. Fino ad oggi, secondo quanto indicato sul sito internet dell'Organizzazione mondiale della proprietà intellettuale (OMPI)[28], hanno aderito alla Convenzione di Berna 165 Stati, tra cui tutti gli Stati membri dell'Unione europea. Tuttavia, contrariamente ai trattati dell'OMPI[29], solo gli Stati possono far parte della Convenzione di Berna.

44. A norma dell'articolo 37, paragrafo 1, lettera c), della Convenzione di Berna, nel caso di dubbi interpretativi, fa fede la sua versione francese.

45. Nel presente contesto di diritto dell'Unione, la versione linguistica francese non va però preferita, in applicazione analogica dell'articolo 37, paragrafo 1, lettera c), della Convenzione di Berna, alle altre lingue ufficiali.

46. È pur vero che la direttiva InfoSoc deve essere interpretata, per quanto possibile, alla luce del diritto internazionale[30] e, in particolare, della Convenzione di Berna e del trattato dell'OMPI sul diritto d'autore. Tale direttiva serve, infatti, inter alia, a dare attuazione a detto trattato[31], che, al suo articolo 1, paragrafo 4, impone alle parti contraenti di conformarsi agli *articoli 1-21* della Convenzione di Berna[32]. La disposizione di quest'ultima convenzione che stabilisce, nel caso di dubbi interpretativi, che la versione francese sia quella facente fede si colloca, però, nel suo *articolo 37, paragrafo 1, lettera c*), e, dunque, al di fuori delle norme alle quali rinvia il trattato dell'OMPI sul diritto d'autore, all'adempimento dei cui obblighi è volta la direttiva InfoSoc.

47. Sarebbe del pari peregrino e addirittura irragionevole, per il solo motivo che la direttiva InfoSoc rinvia al trattato dell'OMPI sul diritto d'autore, importare, per così dire, in tale direttiva la disciplina linguistica stabilita dall'articolo 24 del trattato e considerare le lingue ivi menzionate come facenti fede nel caso di dubbi interpretativi anche nell'ambito della direttiva. Basti al riguardo rilevare che l'articolo 24 del trattato dell'OMPI sul diritto d'autore indica come ugualmente facenti fede sei lingue, tra le quali peraltro – il che non deve meravigliare in un trattato dell'OMPI –, oltre al francese, all'inglese e allo spagnolo – vale a dire tre lingue ufficiali dell'Unione – figurano il russo, l'arabo e il cinese, che non possono essere prese in considerazione de lege lata ai fini dell'interpretazione della direttiva.

48. A prescindere dal contesto internazionale nel quale si colloca la direttiva InfoSoc, non si può individuare, pertanto, alcuna lingua ufficiale come facente fede in via primaria nel caso di dubbi interpretativi.

c) Interpretazione in funzione della genesi, del sistema e della finalità dell'articolo 5, paragrafo 2, della direttiva InfoSoc nel combinato disposto con il quarantunesimo considerando

49. Non resta allora che seguire il principio generale per il quale, in caso di disparità tra le diverse versioni linguistiche di un atto giuridico dell'Unione, la disposizione di cui è causa dev'essere intesa in funzione del sistema e della finalità della normativa di cui fa parte[33]. A tali fini risulta utile, nel caso in esame, un'analisi della genesi della disposizione.

28 — Consultabile all'indirizzo internet http://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/.

29 — Si intendono il trattato dell'OMPI sul diritto d'autore (WCT) e il trattato dell'OMPI sulle interpretazioni ed esecuzioni e sui fonogrammi (WPPT). La Comunità ha ratificato entrambi il 14 dicembre 2009. V., a tal riguardo, la decisione del Consiglio del 16 marzo 2000, 2000/278/CE, relativa all'approvazione, in nome della Comunità europea, del trattato dell'OMPI sul diritto d'autore e del trattato dell'OMPI sulle interpretazioni ed esecuzioni e sui fonogrammi (GU L 89, pag. 6).

30 — In tal senso anche il suo considerando 44.

31 — Così, espressamente, il considerando 15 della direttiva InfoSoc.

32 — Sentenza Football Association Premier League e a. (cit. supra, nota 18), punto 189.

33 — Sentenze Profisa (cit. supra, nota 21), punto 14; Bouchereau (cit. supra, nota 24), punto 14; del 7 dicembre 2000, Italia/Commissione (C-482/98, Racc. pag. I-10861, punto 49), e del 1° aprile 2004, Borgmann (C-1/02, Racc. pag. I-3219, punto 25).

i) Assenza di definizioni terminologiche precise

50. Ad un primo approccio, un'analisi separata degli elementi contenuti nel quarantunesimo considerando da congiungere tramite «e» oppure «o», al fine di preparare il terreno a tale esame teleologico – sistematico, non sembra portare lontano. Prima facie, infatti, alle espressioni «per conto [di]» ovvero «sotto la responsabilità [di]» non può essere attribuito un contenuto chiaramente definito che possa costituire oggetto di un'interpretazione in senso cumulativo ovvero alternativo ed essere collocato in un determinato contesto. Gli elementi, anzi, si sovrappongono e non risultano precisamente distinguibili.

51. La coppia di nozioni de qua ricorda peraltro vagamente la differenza, nota nel diritto tedesco, tra la produzione su commissione «propria» e «impropria». Per produzione su commissione impropria si intende che il produttore «[opera] dall'inizio in nome *e*[34] per conto dell'organismo di diffusione radiotelevisiva, il quale, pertanto, acquisisce direttamente tutti i diritti di utilizzazione e i diritti connessi. In tal caso, il produttore non produce film autonomamente, (…) ma risulta essere, dal punto di vista organizzativo, un semplice ausiliario distaccato dell'organismo di diffusione radiotelevisiva [[35]]». Qualora, invece, il quarantunesimo considerando della direttiva InfoSoc avesse inteso adottare tale limitazione sostanzialmente per la registrazione effimera, nella quale, tra l'altro, difficilmente può rientrare una registrazione di un'opera cinematografica in linea di principio a carattere permanente, escludendo dalla nozione di «propri mezzi» solo quelle produzioni in cui il produttore realizzi il programma a nome proprio (e, eventualmente, a proprio rischio) e sia tenuto a trasferire all'organismo di diffusione radiotelevisiva in un secondo momento i diritti di utilizzazione e i diritti connessi da lui acquisiti, sarebbe stato naturale che avesse espresso tale intenzione in maniera più chiara nei considerando.

52. Considerato che i termini utilizzati nella disposizione non autorizzano di per sé alcuna deduzione precisa quanto alle intenzioni del legislatore, occorrerà esaminare, nel prosieguo, la genesi della disposizione ed acclarare se essa sia in grado di far luce sulla ratio della norma in questione.

ii) Genesi dell'articolo 5, paragrafo 2, della direttiva InfoSoc quale disposizione derogatoria

53. La genesi dell'articolo 5, paragrafo 2, della direttiva InfoSoc risale, in ultima analisi, alla Convenzione di Berna da cui è tratta la nozione di «propri mezzi».

54. La genesi del quarantunesimo considerando della direttiva InfoSoc, esplicativo dell'articolo 5, paragrafo 2, lettera d), può essere compresa alla luce di un'ampia documentazione dei materiali legislativi[36] e rivela tendenze divergenti dei soggetti partecipanti al procedimento legislativo in ordine alla portata della nozione di «propri mezzi».

55. Uno sguardo alla genesi della disposizione e del relativo considerando mostra, infatti, in primo luogo, che al Parlamento europeo premeva anzitutto privilegiare quegli atti di riproduzione posti in essere con l'unico scopo di rendere successivamente possibile la legittima trasmissione di un programma[37]. A prescindere da ciò, si è tuttavia inteso, da un lato, ispirarsi nel tenore letterale alla Convenzione di Berna, dall'altro forzare ed ampliare proprio la circoscritta nozione di «propri mezzi» contenuta, in una formulazione simile (e considerata superata), in detta convenzione, in base al rilievo che occorreva tener conto del progresso tecnico e pratico. Nello stesso ordine di idee si iscrive anche la posizione comune precedentemente riportata per estratto.

34 — Il corsivo è mio.

35 — Schack, H., Urheber- und Urhebervertragsrecht, V ed., Mohr Siebeck, Tübingen 2010, paragrafo 1225.

36 — Sintesi nelle osservazioni scritte della DR e della TV2, paragrafi 30 e segg.; v. pure Mayer, H.-P., «Richtlinie 2001/09/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft», in EuZW 2002, pag. 325.

37 — Così — sull'articolo 5, paragrafo 2, della direttiva — l'emendamento 39 alla risoluzione legislativa del Parlamento europeo sulla proposta di una direttiva Parlamento europeo e del Consiglio sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione (COM(97)0628 - C4-0079/98 - 97/0359(COD)) (GU 1999, C 150, pag. 171, in particolare pag. 179).

56. La disposizione derogatoria, che deve essere interpretata, in linea di principio, restrittivamente, avrebbe dovuto essere oggetto, pertanto, per effetto del quarantunesimo considerando, di una cauta apertura, senza perdere del tutto la sua fisionomia. Un'interpretazione storico-teleologica depone quindi, sebbene, in linea di principio, le disposizioni derogatorie debbano essere interpretate restrittivamente [38], segnatamente nella direttiva InfoSoc, a favore di un'interpretazione flessibile e aperta dell'espressione contenuta nel quarantunesimo considerando, ove tale considerando è peraltro sostanzialmente configurato come un'esemplificazione normativa, senza costituire una definizione vincolante e tassativa.

iii) Conclusioni teleologico-sistematiche

57. Alla luce di tali considerazioni ci si chiede se possano da ciò trarsi indicazioni decisive per la soluzione del problema, in ultima analisi sintattico, posto nella seconda questione pregiudiziale.

58. Il criterio della responsabilità risulta, a mio avviso, preminente nella coppia di nozioni «per conto [e/o] sotto la responsabilità», in quanto più ampia dell'espressione «per conto [di]», in cui è, del pari, implicito il principio dell'imputazione, fonte della responsabilità. Tale criterio può essere interpretato estensivamente oppure restrittivamente, per cui esso può assumere anche nelle diverse versioni linguistiche un diverso carattere.

59. Nella specie, dunque, in considerazione del fatto che nel contesto specifico si tratta della valutazione di produzioni su commissione da parte di imprese terze, le rispettive ipotesi sono caratterizzate dal fatto che l'organismo di diffusione radiotelevisiva assuma o meno una qualche forma di responsabilità per una produzione realizzata su propria commissione ovvero per la sua registrazione effimera da parte di imprese terze.

60. La portata del criterio della responsabilità deve essere individuata nel prosieguo sulla base di considerazioni sistematico-teleologiche.

61. Nell'interpretazione occorre tener conto, dal punto di vista sistematico, del fatto che un'interpretazione estensiva dell'elemento della «responsabilità» incide direttamente sull'articolo 5, paragrafo 2, lettera d), della direttiva: quante più imprese vengono considerate operanti «sotto la responsabilità di un organismo di diffusione radiotelevisiva», tante più registrazioni si considerano, ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 2, lettera d), della direttiva (in combinato disposto con il suo quarantunesimo considerando), realizzate «con i propri mezzi», privilegiate [39] e possono beneficiare della disposizione derogatoria per le registrazioni effimere.

62. In misura maggiore rispetto alle eventuali sfumature linguistiche dei 'considerando' occorre tener conto, nell'interpretazione dell'articolo 5, paragrafo 2, lettera d), della direttiva InfoSoc e dell'espressione «per conto [e/o] sotto la responsabilità», del fatto che la nozione di «propri mezzi», che deve essere sviluppata sulla base del criterio della responsabilità, senza peraltro snaturarla, è tratta da uno degli articoli della Convenzione di Berna al cui rispetto l'Unione è parimenti tenuta [40].

38 — V., ad esempio, sentenza della Corte del 16 luglio 2009, Infopaq International (C-5/08, Racc. pag. I-6569, punti 56-59) e del 1º dicembre 2011, Painer (C-145/10, Racc. pag. I-12533, punti 109 e 110).

39 — Laddove sia configurabile anche l'elemento «per le proprie emissioni».

40 — V. quarantaquattresimo considerando della direttiva InfoSoc.

63. La nozione di "propri mezzi" è stata interpretata restrittivamente dalla dottrina relativa alla Convenzione di Berna, in considerazione del suo carattere eccezionale [41], il che deporrebbe ulteriormente a favore dell'applicazione di requisiti rigorosi al criterio della responsabilità, al fine di evitare un indebolimento di tutto il modello. Tale ragionamento dev'essere, in linea di massima, condiviso, considerato che, altrimenti, una disposizione derogatoria, la quale va interpretata, in via di principio, restrittivamente, incorrerebbe nel rischio di perdere la propria fisionomia.

64. Alla luce di quanto esposto supra nel paragrafo 61, nel caso in esame, occorre eseguire un atto di equilibrismo nell'interpretazione giuridica [42]. Da un lato, tendenze ravvisabili nella genesi della direttiva InfoSoc indicano un'interpretazione della nozione de qua volutamente estensiva, dall'altro, la Convenzione di Berna, i cui principi, in linea di massima, devono essere rispettati, adotta un approccio decisamente restrittivo.

65. Tuttavia, – malgrado la concordanza testuale con la Convenzione di Berna – mi sembrerebbe riduttivo né imposto dal mero contesto della terminologia adoperata da detta convenzione, nonché difficile da conciliare con la realtà pratica del cui sviluppo intende espressamente tener conto il flessibile approccio definitorio adottato dalla direttiva in questione, il fatto che verrebbero considerati operanti sotto la responsabilità dell'organismo di diffusione radiotelevisiva solo i soggetti inseriti nell'organizzazione aziendale e che esercitano dunque, per così dire, in qualità di agenti – alla stregua di impiegati o lavoratori distaccati –, nel migliore dei casi, società appartenenti allo stesso gruppo, e che, conseguentemente, ogni esternalizzazione della produzione da parte dell'organismo di diffusione radiotelevisiva si collocherebbe al di fuori del contesto normativo dell'articolo 5, paragrafo 2, lettera d), della direttiva InfoSoc [43].

66. In particolare, i gruppi di mass media, in cui, ad esempio, sotto il controllo di una holding comune una controllata garantisce la trasmissione, mentre la sua società consorella, nella veste di prestatore di servizi, realizza la registrazione, nel caso in cui non venisse loro applicato il criterio dei «propri mezzi dell'organismo di diffusione radiotelevisiva», risulterebbero, sotto tale profilo, pregiudicati in maniera poco comprensibile sul piano economico rispetto ad imprese di diritto pubblico operanti su larga scala che affidino le due funzioni a singole divisioni operanti autonomamente ma giuridicamente collegate.

67. Suggerisco, pertanto, di superare sul piano teleologico il problema sintattico posto nella seconda questione pregiudiziale e di valutare il quarantunesimo considerando, alla luce del quale deve essere interpretato l'articolo 5, paragrafo 2, lettera d), della direttiva, nel senso che i mezzi ivi menzionati includono quelli adoperati da terzi con l'unico scopo di rendere successivamente possibile, sulla base della registrazione effimera, un atto di trasmissione legittimo da parte di un determinato organismo di diffusione radiotelevisiva, purché la registrazione abbia luogo sotto la responsabilità di quest'ultimo.

68. La rilevanza pratica del criterio della responsabilità svolge un ruolo importante nella valutazione dell'ultima questione pregiudiziale.

41 — Sulla Convenzione di Berna e la nozione inglese «by means of its own facilities», v. von Lewinski, International Copyright Law and Policy, Oxford 2008, pag. 165.

42 — Sulle «rilevanti perplessità sul piano del diritto della convenzione» nei confronti di un'«interpretazione estensiva del tenore letterale della legge» relativo alla nozione dei propri mezzi alla luce del quarantunesimo considerando, v. Melichar, F., in Schricker, G., Loewenheim, U., Urheberrecht, Kommentar, IV ed., Verlag C. H. Beck, München 2011, § 55 paragrafo 5, con ulteriori riferimenti.

43 — Walter, M. M, e von Lewinski, S., «European Copyright Law», A Commentary, Oxford 2010, pag. 1039, invece, invocando le disposizioni della Convenzione di Berna, si oppongono fermamente ad ogni esternalizzazione della «recording activity to another company». Sulla Convenzione di Berna e sulla nozione inglese di «by means of its own facilities», v. von Lewinski, S. (cit. supra, nota 41), pag. 165, paragrafo 5.191: «… this excludes the possibility of the organization putting someone else in charge of this task».

C – Sulla terza questione pregiudiziale

69. Con tale questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, di esaminare specifiche situazioni pratiche e di elaborare, sulla base di esse, i criteri che possono essere rilevanti ai fini dell'esame della sussistenza di «propri mezzi» ovvero dell'operare «per conto [e/o] sotto la responsabilità dell'organismo di diffusione radiotelevisiva».

70. In definitiva, si tratta di stabilire se qualsiasi produzione terza, istituita tra un terzo e l'organismo di diffusione radiotelevisiva sulla base di un contratto – che lasci eventualmente un'ampia discrezionalità sul piano artistico – possa beneficiare dell'articolo 5, paragrafo 2, lettera d), della direttiva InfoSoc ovvero se, in particolare, l'elemento «sotto la responsabilità dell'organismo di diffusione radiotelevisiva» denoti un approccio più ristretto, per il quale risulti rilevante stabilire se e in qual misura l'organismo di diffusione radiotelevisiva debba essere garante per eventuali danni arrecati dall'impresa terza.

1. Argomenti delle parti

71. La Commissione ritiene decisiva la finalità della registrazione e osserva che soltanto le registrazioni effimere potrebbero beneficiare dell'eccezione controversa. Difficilmente tale situazione si verificherebbe nel caso di più grandi produzioni cinematografiche, ove la valutazione concreta del singolo caso resterebbe tuttavia riservata al giudice nazionale. Per contro, mentre la DR e la TV2 sostengono un approccio favorevole agli organismi di diffusione radiotelevisiva, il governo spagnolo e l'NCB ne propongono uno restrittivo, in cui l'NCB non intende ritenere sufficienti le relazioni contrattuali con il terzo, qualora non venga garantita una responsabilità dell'organismo di diffusione radiotelevisiva verso l'esterno. In definitiva, resta aperta la questione relativa al possibile oggetto specifico di tale responsabilità.

2. Analisi della questione pregiudiziale

72. Trasponendo la conclusione raggiunta a proposito della seconda questione pregiudiziale risulta che, ai fini della terza questione, nell'esaminare in concreto se una registrazione sia stata realizzata da un terzo per la trasmissione da parte di un'impresa di radiodiffusione o di televisione «con propri mezzi» e anche «per conto [e/o] sotto la responsabilità dell'organismo di diffusione radiotelevisiva», cosicché la registrazione ricada nell'eccezione prevista dall'articolo 5, paragrafo 2, lettera d), della direttiva InfoSoc, occorre far riferimento al fatto che i mezzi siano stati adoperati con l'unico scopo di rendere successivamente possibile, sulla base della registrazione effimera, un atto di trasmissione legittimo da parte di un organismo di diffusione radiotelevisiva, purché la registrazione abbia luogo sotto la responsabilità di quest'ultimo.

73. I presupposti in presenza dei quali tale responsabilità dev'essere affermata saranno oggetto di esame, in subordine, delle questioni seguenti.

a) Terza questione pregiudiziale, lettera a)

74. Con tale quesito il giudice chiede, in sostanza, se la nozione di «propri mezzi» debba essere intesa nel senso che una registrazione rientri nell'ambito di applicazione della norma derogatoria solo nel caso in cui l'organismo di diffusione radiotelevisiva sia responsabile verso terzi per le azioni e omissioni del produttore relative alla registrazione, come se l'organismo di diffusione radiotelevisiva avesse esso stesso compiuto tali azioni e omissioni.

75. Tale questione subordinata si fonda sull'assunto dell'imputazione della responsabilità all'organismo di diffusione radiotelevisiva. Tale assunto risulta coerente con il criterio di responsabilità su cui si basa la direttiva InfoSoc, anzi addirittura essenziale, salvo sfocare completamente la nozione di «propri mezzi».

76. La nozione di «propri mezzi» di cui all'articolo 5, paragrfo 2, lettera d), della direttiva InfoSoc deve essere pertanto intesa, conformemente al criterio della responsabilità, nel senso che una registrazione effettuata dal produttore per le trasmissioni di un organismo di diffusione radiotelevisiva rientri nell'eccezione prevista dall'articolo 5, paragrafo 2, lettera d), solo nel caso in cui l'organismo di diffusione radiotelevisiva sia responsabile verso terzi per le azioni e omissioni del produttore relative alla registrazione, come se l'organismo di diffusione radiotelevisiva avesse esso stesso compiuto tali azioni e omissioni.

77. Il criterio della responsabilità di cui al quarantunesimo considerando risulterebbe, infatti, sostanzialmente vanificato qualora non ne costituisse un presupposto necessario l'obbligo di garanzia dell'organismo di diffusione radiotelevisiva. È pur vero che tale considerando, pur mantenendo il criterio della responsabilità, intende configurare in maniera flessibile la nozione di «propri mezzi» consentendo così di adeguarsi alle mutevoli circostanze del contesto, ma a ciò deve coniugarsi il fatto che le azioni realizzate con i propri mezzi conducono necessariamente, in definitiva, all'assunzione dell'obbligo di garanzia, anche verso l'esterno, proprio da parte di colui al quale detti mezzi siano imputati come propri. L'ampliamento del significato della nozione di «mezzi» determinata dall'utilizzazione del criterio della responsabilità implica così un obbligo di garanzia – non strutturato nel dettaglio, ma presupposto – a carico dell'organismo di diffusione radiotelevisiva.

78. Seguendo tale impostazione, resta aperta la questione della concreta configurazione di tale responsabilità, in particolare, se essa si manifesti come una traslazione della responsabilità o come un obbligo solidale e se venga configurata come una responsabilità extracontrattuale ovvero contrattuale, ad esempio a titolo di accollo o di assunzione liberatoria del debito.

79. Il fondamentale obbligo di garanzia dell'organismo di diffusione radiotelevisiva si rivela, secondo tale interpretazione, correlato all'ampliamento della nozione di «propri mezzi» e dovrebbe, di regola, restare privo di effetti pratici, subordinatamente ad un comportamento legittimo del terzo interposto.

b) Terza questione pregiudiziale, lettera b)

80. Con tale quesito il giudice chiede se la condizione che la registrazione avvenga «per conto [e/o] sotto la responsabilità di un organismo di diffusione radiotelevisiva» sia soddisfatta nel caso in cui l'organismo di diffusione radiotelevisiva abbia commissionato al produttore la registrazione al fine di trasmetterla, purché tale organismo detenga il diritto di trasmettere detta registrazione.

81. Tale quesito si fonda, pertanto, su un'ipotesi diametralmente opposta ed è volto a stabilire, sostanzialmente, se possa accogliersi il criterio della responsabilità anche in assenza di un obbligo di garanzia dell'organismo di diffusione radiotelevisiva.

82. Conformemente a quanto esposto supra al paragrafo 75, la condizione che la registrazione avvenga «per conto [e/o] sotto la responsabilità di un organismo di diffusione radiotelevisiva» è soddisfatta nel caso in cui l'organismo di diffusione radiotelevisiva abbia commissionato al produttore la registrazione al fine di trasmetterla e con il presupposto che tale organismo possieda il diritto di trasmettere detta registrazione.

83. Nel caso in esame rileva come le relazioni contrattuali siano concretamente strutturate, unitamente ai loro effetti e, in ultima analisi, se debba affermarsi un obbligo di garanzia dell'organismo di diffusione radiotelevisiva nei confronti dei terzi, come precisato supra al paragrafo 75.

84. I seguenti quesiti subordinati sono rivolti all'analisi di ulteriori singoli elementi dei possibili accordi contrattuali tra organismi di diffusione radiotelevisiva e produttori nel contesto dell'articolo 5, paragrafo 2, lettera d), della direttiva InfoSoc e vanno risolti sulla base dei parametri sopra esposti.

i) Terza questione pregiudiziale, lettera b), punto i

85. Con tale quesito il giudice del rinvio chiede se il potere decisionale sul piano artistico/redazionale possa costituire un criterio rilevante con riguardo all'elemento «per conto [e/o] sotto la responsabilità di un organismo di diffusione radiotelevisiva».

86. A tale quesito va data risposta negativa.

87. Non è essenziale sapere a chi spetti la decisione definitiva sul piano artistico/redazionale relativa ai *contenuti* del programma commissionato, in quanto nella disposizione derogatoria contemplata dalla direttiva InfoSoc, da un lato, si tratta solo della *registrazione*, dunque della *riproduzione tecnica*, e, dall'altro, la direzione artistica potrebbe essere irrilevante sul piano della responsabilità verso l'esterno. Determinante è solo l'obbligo di garanzia che è conseguenza della responsabilità dell'organismo di diffusione radiotelevisiva.

ii) Terza questione pregiudiziale, lettera b), punto ii

88. Con tale quesito il giudice del rinvio chiede se presenti una qualche rilevanza il fatto che l'organismo di diffusione radiotelevisiva sia responsabile nei confronti dei terzi per gli obblighi del produttore riguardanti la registrazione, come se lo stesso organismo di diffusione radiotelevisiva avesse compiuto tali azioni e omissioni.

89. Conformemente a quanto affermato supra, al paragrafo 75, sulla nozione di «propri mezzi», va rilevato che tale obbligo di garanzia è rilevante e decisivo con riguardo all'elemento «per conto [e/o] sotto la responsabilità di un organismo di diffusione radiotelevisiva».

iii) Terza questione pregiudiziale, lettera b), punto iii

90. Con tale quesito il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se sia rilevante con riguardo all'elemento «per conto [e/o] sotto la responsabilità di un organismo di diffusione radiotelevisiva» se il produttore, in base all'accordo contrattuale con l'organismo di diffusione radiotelevisiva, sopporti l'intero rischio economico collegato al programma commissionato.

91. Al quesito va data risposta negativa.

92. Non risulta decisivo che il produttore, in base al contratto con l'organismo di diffusione radiotelevisiva, sia contrattualmente obbligato a fornire il programma in questione all'organismo di diffusione radiotelevisiva al prezzo pattuito e che, nell'ambito di tale prezzo, sia obbligato a sopportare tutte le spese collegate alla registrazione. Quest'ultimo elemento non è, infatti, rilevante sul piano della responsabilità verso l'esterno.

iv) Terza questione pregiudiziale, lettera b), punto iv

93. Con detto quesito il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se, ai fini della condizione che la registrazione venga realizzata «per conto [e/o] sotto la responsabilità di un organismo di diffusione radiotelevisiva», rilevi se sia l'organismo di diffusione radiotelevisiva o il produttore ad assumere la responsabilità della registrazione nei confronti dei terzi.

94. A tale quesito va data risposta affermativa.

95. Infatti, alla luce di quanto esposto supra, è determinante acclarare se sia l'organismo di diffusione radiotelevisiva o il produttore ad assumere la responsabilità della registrazione nei confronti dei terzi, potendo essere anche entrambi responsabili in solido. In considerazione dell'obbligo di garanzia dell'organismo di diffusione radiotelevisiva, occorre muovere, in ogni caso, dall'assunto che il produttore opera «per conto [e/o] sotto la responsabilità di un organismo di diffusione radiotelevisiva», ove non sarebbe invero di nocumento una responsabilità solidale, eventualmente anche aggiuntiva, del produttore.

c) Terza questione pregiudiziale, lettera c)

96. Infine, alla luce delle suesposte considerazioni, la condizione secondo cui la registrazione deve essere effettuata «per conto [e/o] sotto la responsabilità di un organismo di diffusione radiotelevisiva», non è realizzata per il sol fatto che l'organismo di diffusione radiotelevisiva abbia commissionato al produttore la registrazione per poterla trasmettere – sempreché l'organismo di diffusione radiotelevisiva di cui trattasi possieda il diritto di trasmettere la registrazione –, laddove il produttore, nel contratto con l'organismo di diffusione radiotelevisiva riguardante la registrazione, abbia assunto: i) la responsabilità economica e finanziaria di tutte le spese collegate alla registrazione mediante pagamento anticipato di una certa somma; ii) la responsabilità per l'acquisizione dei diritti e, iii) la responsabilità in caso di circostanze impreviste, inclusi ritardi nella registrazione e inadempimenti, senza che l'organismo di diffusione radiotelevisiva sia tuttavia responsabile verso i terzi per gli obblighi del produttore riguardanti la registrazione, come se l'organismo stesso avesse compiuto tali azioni e omissioni.

97. Infatti, risulta decisivo l'obbligo di garanzia verso l'esterno da ultimo menzionato. Esso non può mancare.

VI – Conclusione

98. Alla luce dei suesposti rilievi, propongo di risolvere le questioni pregiudiziali nei seguenti termini:

1. Le espressioni «con i propri mezzi», contenuta nell'articolo 5, paragrafo 2, lettera d), della 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, e «per conto [e/o] sotto la responsabilità di un organismo di diffusione radiotelevisiva», di cui al quarantunesimo considerando di detta direttiva, devono essere interpretate alla luce del diritto dell'Unione.

2. Il quarantunesimo considerando, alla luce del quale deve essere interpretato l'articolo 5, paragrfo 2, lettera d), della direttiva 2001/29, va inteso nel senso che i mezzi ivi menzionati includono quelli adoperati da terzi con l'unico scopo di rendere successivamente possibile, sulla base della registrazione effimera, un atto di trasmissione legittimo da parte di un determinato organismo di diffusione radiotelevisiva, sempreché la registrazione abbia luogo sotto la responsabilità di quest'ultimo.

3. Nella valutazione in concreto se una registrazione sia stata realizzata da un terzo (in prosieguo: il «produttore»), ai fini della trasmissione da parte di un'impresa di radiodiffusione o di diffusione televisiva, «con propri mezzi» e anche «per conto [e/o] sotto la responsabilità dell'organismo di diffusione radiotelevisiva», cosicché la registrazione ricada nell'eccezione prevista dall'articolo 5, paragrafo 2, lettera d), della direttiva 2001/29/CE, occorre far riferimento al fatto che i mezzi

sono stati adoperati con l'unico scopo di rendere possibile successivamente, sulla base della registrazione effimera, un atto di trasmissione legittimo da parte di un organismo di diffusione radiotelevisiva, sempreché la registrazione abbia luogo sotto la responsabilità di quest'ultimo.

a) La nozione di «propri mezzi» di cui all'articolo 5, paragrafo 2, lettera d), della direttiva 2001/29/CE deve essere intesa nel senso che una registrazione effettuata dal produttore per le trasmissioni di un organismo di diffusione radiotelevisiva ricade nell'eccezione prevista dall'articolo 5, paragrafo 2, lettera d), solo nel caso in cui l'organismo di diffusione radiotelevisiva sia responsabile verso terzi per le azioni e omissioni del produttore relative alla registrazione, come se l'organismo di diffusione radiotelevisiva avesse esso stesso compiuto tali azioni e omissioni.

b) La condizione che la registrazione avvenga «per conto [e/o] sotto la responsabilità di un organismo di diffusione radiotelevisiva» non è tuttavia sempre realizzata per il sol fatto che l'organismo di diffusione radiotelevisiva abbia commissionato al produttore la registrazione al fine di trasmetterla, sempreché tale organismo detenga il diritto di trasmettere detta registrazione.

   Ai fini della soluzione della terza questione, lettera b)

   i) non è essenziale acclarare se la decisione definitiva sul piano artistico/redazionale relativa ai contenuti del programma commissionato spetti all'organismo di diffusione radiotelevisiva o al produttore, conformemente agli accordi conclusi;

   ii) è determinante che l'organismo di diffusione radiotelevisiva sia responsabile verso terzi per le azioni e omissioni del produttore relative alla registrazione, come se l'organismo di diffusione radiotelevisiva avesse esso stesso compiuto tali azioni e omissioni;

   iii) non è rilevante se il produttore, in base agli accordi conclusi con l'organismo di diffusione radiotelevisiva, sia contrattualmente obbligato a fornire il programma in questione all'organismo di diffusione radiotelevisiva al prezzo pattuito e se, in tale prezzo, sia obbligato a sopportare tutte le spese collegate alla registrazione;

   iv) è determinante che l'organismo di diffusione radiotelevisiva o il produttore siano responsabili verso terzi per la registrazione, potendo essere anche entrambi responsabili congiuntamente.

c) La condizione secondo cui la registrazione deve essere effettuata «per conto [e/o] sotto la responsabilità di un organismo di diffusione radiotelevisiva» non è realizzata per il sol fatto che l'organismo di diffusione radiotelevisiva abbia commissionato al produttore la registrazione per poterla trasmettere – sempreché l'organismo di diffusione radiotelevisiva di cui trattasi possieda il diritto di trasmettere la registrazione –, laddove il produttore, nel contratto con l'organismo di diffusione radiotelevisiva riguardante la registrazione, abbia assunto: i) la responsabilità economica e finanziaria di tutte le spese collegate alla registrazione mediante pagamento anticipato di una certa somma; ii) la responsabilità per l'acquisizione dei diritti e, iii) la responsabilità, nel caso di circostanze impreviste, inclusi ritardi nella registrazione e inadempimenti, senza che l'organismo di diffusione radiotelevisiva sia tuttavia responsabile verso i terzi per gli obblighi del produttore riguardanti la registrazione, come se l'organismo stesso avesse compiuto tali azioni e omissioni.