



L'ITALIA VERSO IL DMCA – DIGITAL MILLENNIUM COPYRIGHT ACT

CONSULTAZIONE PUBBLICA SUI LINEAMENTI DI PROVVEDIMENTO DELL'AGCOM A TUTELA DEL DIRITTO D'AUTORE ON LINE

GIULIA ARANGÜENA DE LA PAZ

SOMMARIO: PARTE I: 1. Introduzione. - 2. Contenuti dello schema di delibera. - 3. Sintesi della delibera. - 4. Procedura di consultazione pubblica. - 5. Sintesi dei lineamenti delle disposizioni proposte. - PARTE II: 6. Contesto di riferimento della consultazione avviata da AGCOM. - 7. Ambito di applicazione del futuro DMCA Italiano e presupposti normativi. - 8. Fonti normative di riferimento. - 9. Compiti di AGCOM nel diritto d'autore online. - 10. Aspetti critici del nuovo rapporto tra AGCOM e SIAE. - 11. Revisione dei ruoli di AGCOM e SIAE sul diritto d'autore digitale. - 12. Compiti di AGCOM nel settore degli audiovisivi - Decreto Romani. - 13. Potenziale ambito applicativo del regolamento sul copyright digitale degli audiovisivi. - 14. Individuazione degli audiovisivi suscettibili di tutela di diritto d'autore online. - 15. Violazioni del copyright digitale sugli audiovisivi e soggetti responsabili. - PARTE III: 16. Ratio delle misure proposte dall'AGCOM. - 17. Misure preventive - azioni dirette sugli ISP. - 18. Aspetti critici delle misure preventive e sanzionatorie a carico degli ISP. - 19. Attività a supporto dell'offerta legale di contenuti protetti. - 20. Interventi sulle modalità di cessione e di distribuzione dei contenuti. - 21. Considerazioni sulle proposte in tema di cessione dei diritti di sfruttamento e di distribuzione delle opere digitali. - 22. Licenze collettive estese. - 23. Nuovo sistema di remunerazione del diritto d'autore online basato sulle licenze collettive estese. - 24. Effetto estensivo della licenza collettiva- soluzione proposta. - 25. Considerazioni sulle criticità dell'estensione degli accordi collettivi di licenza proposta dall'AGCOM. - 26. Altre misure positive – attività informativa e di educazione alla legalità e coinvolgimento degli ISP. - 27. Istituzione di un tavolo tecnico sul diritto d'autore. - PARTE IV: 28. Misure proposte a tutela del diritto d'autore. - 29. Il notice and take down proposto dall'AGCOM. - 30. Individuazione dei soggetti responsabili. - 31. Sistemi sanzionatori e black list - aspetti critici del potere di irrogare sanzioni. - 32. Attività di risoluzione delle controversie. - PARTE IV: 33. Osservazioni finali.

PARTE I

1. A fine novembre del 2010, l'AGCOM dava notizia dell'avvio di una procedura di consultazione pubblica per l'adozione di misure regolamentari a tutela del diritto d'autore nell'ambito delle reti elettroniche. Un comunicato del successivo 17 dicembre ha dato evidenza della decisione di procedere a consultazione sullo schema di delibera recante i lineamenti del provvedimento, che l'AGCOM intende assumere *nell'esercizio delle sue competenze di regolamentazione del diritto d'autore online*. Successivamente, il 22 dicembre, con delibera n. 668/2010/CONS, l'Autorità ha avviato la procedura di consultazione pubblica.



Pertanto, con la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale di tale provvedimento (G.U. 3.1.2011, n. 1, serie Gen. Suppl. Ord.), si procederà alla raccolta delle considerazioni dei soggetti interessati, e a conclusione di tale processo l'Italia potrà avere un primo corpo unico di norme a disciplina del complesso rapporto sussistente tra Internet e diritto d'autore, così come nel 1998 è avvenuto negli Stati Uniti con l'emanazione del *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA).

2. Il documento varato dall'AGCOM il 17/22 dicembre 2010 si compone:

- (i) dello schema di delibera articolato nei "considerando" e nei "visti", nonché nella parte dispositiva;
- (ii) di un Allegato A contenente le modalità di consultazione pubblica da seguire;
- (iii) di un Allegato B recante i lineamenti delle disposizioni, i presupposti normativi, il contenuto e le finalità della proposta regolamentare.

3. Nel dettaglio, l'analisi dei "considerando" e dei "visti"¹ del provvedimento proposto è piuttosto complessa.

Questa parte della delibera n. 668/2010/CONS, per economia espositiva, verrà trattata unitamente ai presupposti normativi del provvedimento oggetto di consultazione (Allegato B), tenuto conto che necessitano diversi approfondimento sulle numerose questioni che ne derivano; tra le quali, ad esempio, l'aperta presa di posizione dell'Autorità nei confronti di SIAE e lo scenario del futuro assetto di sovra ordinazione istituzionale dell'AGCOM nella materia della protezione del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica.

4. L'art. 11 del D. Lgs. n. 259/2003 (c.d. Codice delle comunicazioni elettroniche) stabilisce che, fatti salvi i casi di cui agli artt. 12, comma 6 (motivi di urgenza), 23 e 24 (risoluzione delle controversie), il Ministero delle Comunicazioni e l'AGCOM, quando intendono adottare provvedimenti in applicazione del Codice che abbiano un impatto rilevante sul mercato di riferimento:

¹ Come è noto, i "considerando" ed i "visti" costituiscono la motivazione di un provvedimento normativo. In via generale, i "considerando" hanno lo scopo di informare sulle circostanze che hanno indotto l'esercizio della competenza relativa all'emanazione di un atto o di un provvedimento, mentre i "visti" hanno la funzione di esporre le basi giuridiche che conferiscono il potere di emanarlo, fornendo alle parti di eventuali controversie la possibilità di tutelare i loro diritti ed agli organi giurisdizionali quella di esercitare il loro sindacato di controllo.



- ✓ consentono alle parti interessate di presentare le proprie osservazioni sulla proposta di provvedimento entro un termine non inferiore a trenta giorni, nel rispetto della legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni;² e
- ✓ rendono pubblica la procedura applicabile ai fini della consultazione.

In coerenza con tale norma,³ l'AGCOM ha elaborato e comunicato pubblicamente nell'Allegato A le modalità di interpello degli *stakeholders* coinvolti dalle nuove proposte di intervento regolativo sul diritto d'autore *online*.

Nel *vademecum* di cui Allegato A, richiamata la delibera n. 453/03/CONS recante il Regolamento della consultazione pubblica che l'Autorità ha emanato ai sensi del ricordato art. 11, è stato stabilito:

- 1) un termine di durata della consultazione di sessanta giorni dalla data di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale della delibera n. 668/2010/CONS;
- 2) che i soggetti rispondenti facciano pervenire le loro osservazioni sulle proposte regolamentari rispondendo alle domande inserite in appositi *box* di lettura visibili nel testo sottoposto a consultazione;
- 3) che le osservazioni rechino la dicitura “*consultazione pubblica sui lineamenti di provvedimento concernente l'esercizio delle competenze dell'Autorità nell'attività di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica*”, nonché la denominazione del soggetto rispondente;
- 4) che l'invio venga fatto all'indirizzo di posta elettronica certificata agcom@cert.agcom.it con l'indicazione, in oggetto, della denominazione del soggetto

² Norme in materia di procedimento amministrativo e di accesso ai documenti amministrativi.

³ L'art. 11 del Codice delle comunicazioni elettroniche di cui al D. Lgs. n. 259/2003 si pone nel solco del rilievo istituzionale ormai acquisito nel nostro ordinamento in svariati ambiti dalla c.d. regolazione di qualità (c.d. “*better regulation*”), attuata attraverso forme permanenti di consultazione che modificano il meccanismo di produzione delle regole. In tale contesto, la consultazione pubblica prevista dall'art. 11 del Codice delle comunicazioni elettroniche deve considerarsi, a tutti gli effetti, una procedura di c.d. A.I.R., cioè una Analisi di Impatto alla Regolamentazione. L'A.I.R. è stata introdotta in via sperimentale nel nostro ordinamento, con finalità di semplificazione e trasparenza amministrativa, a partire dalla Legge 8 marzo 1999, n. 50. L'A.I.R. si occupa di valutare l'impatto (a) degli schemi normativi adottati dal Governo e; (b) dei regolamenti ministeriali o interministeriali sia sull'organizzazione delle amministrazioni pubbliche sia su quello delle attività svolte dai cittadini e dalle imprese. Il fine di dette procedure è quello di migliorare, attraverso una loro attenta valutazione, la qualità delle attività regolatorie e di introdurre procedure di valutazione dei costi e dei benefici degli interventi di regolamentazione pubblica.



rispondente seguita dalla predetta dicitura, con facoltà di trasmissione anche a mezzo raccomandata con ricevuta di ritorno e a mezzo fax;

5) che l'elaborazione delle osservazioni avvenga in maniera puntuale e sintetica e nel rispetto dell'ordine espositivo proposto;

6) un termine ulteriore per presentare istanza di audizione, di dieci giorni prima di quello della scadenza della consultazione stessa (escluso dal computo il giorno di arrivo dell'istanza), con l'indicazione di un referente ed un contatto fax/mail per l'inoltro di eventuali successive comunicazioni.

Tutte le predette indicazioni, per espresso richiamo della stessa Autorità, devono essere integrate con le disposizioni del citato Regolamento n. 453/03/CONS concernente la procedura di consultazione pubblica stabilita dall'art. 11 del D. Lgs. n. 259/2003.⁴

L'art. 3 del Regolamento precisa che entro il termine di scadenza della consultazione pubblica, la parte interessata può inviare le proprie osservazioni, *“oppure può chiedere, con apposita istanza presentata dieci giorni prima della scadenza del termine, di illustrare le proprie osservazioni nel corso di un'audizione”*.

Ne deriva che l'invio delle osservazioni e l'audizione costituiscono modalità alternative, rispettivamente scritta o orale di consultazione dei soggetti interessati; purché gli stessi facciano pervenire le proprie osservazioni scritte nelle forme ricordate entro il medesimo termine di durata della consultazione, oppure una richiesta di audizione entro dieci giorni prima della scadenza del termine della consultazione medesima (*“escluso il giorno di arrivo dell'istanza stessa”*)⁵. Il termine a ritroso di dieci giorni è stabilito per evidenti esigenze di concentrazione del procedimento, atteso che, secondo il comma 2 del richiamato art. 3 del Regolamento, l'audizione dei soggetti interessati avviene *“entro il medesimo termine”* di durata della consultazione.

Nel corso dell'audizione, sempre ai sensi del citato comma 2 dell'art. 3 del Regolamento, *“la parte illustra la propria posizione sulla base di un documento scritto inviato in precedenza o consegnato prima dell'inizio della predetta audizione”*, e si redige il processo verbale, *“recante, in forma sintetica, le principali osservazioni e dichiarazioni della parte”*, che verrà sottoscritto *“dal soggetto legittimato a rappresentare la parte, ovvero dal soggetto a cui sia stata conferita apposita procura”*.

⁴ Deve precisarsi che tra i “visti” dello schema di delibera del 17/22 dicembre 2010, l'AGCOM, quale presupposto normativo, richiama, oltre che il proprio Regolamento di cui alla delibera n. 453/03/CONS, recante la procedura di consultazione pubblica emanato ai sensi del ricordato art. 11 del Codice delle comunicazioni elettroniche, anche il suo precedente regolamento, assunto con delibera n. 278/99/CONS in tema di consultazioni pubbliche da svolgere nell'ambito di *ricerche e indagini conoscitive*.

⁵ Così stabilisce l'Allegato A dello schema di delibera del 17/22 dicembre 2010, operando una precisazione non presente nel Regolamento AGOM, approvato con la delibera n. 453/03/CONS.



Sicché, i soggetti rispondenti che abbiano fatto l'opzione di consultazione orale devono comunque predisporre un testo scritto da consegnare, al massimo, prima dell'inizio dell'audizione stessa, e sulla cui base illustrare le loro osservazioni e condurre il "contraddittorio". Peraltro, trattandosi di atto di regolazione, tutti i soggetti rispondenti possono formulare, a norma del comma 3 dell'art. 3 del Regolamento, anche "*le proprie considerazioni relative all'impatto delle misure proposte*" ai fini dell'analisi degli obiettivi stabiliti dal Codice delle comunicazioni elettroniche.⁶

Infine, giacché, a norma dell'art. 4 del Regolamento sulle procedure di consultazione, è prevista la successiva pubblicazione della sintesi dei risultati in un apposito documento finale da recepire nelle motivazioni del provvedimento regolamentare,⁷ i soggetti interessati, unitamente alle loro osservazioni, devono allegare:

- a) un nulla osta alla pubblicazione delle comunicazioni fornite; e
- b) nell'ipotesi di esigenze particolari, la dichiarazione *ex art. 3* del Regolamento in materia di accesso agli atti, approvato con la delibera n. 217/01/CONS, con l'indicazione dei documenti o delle parti di essi da sottrarre all'accesso e dei motivi di riservatezza o di segretezza che giustificano la richiesta.

5. Nell'Allegato B recante i lineamenti delle disposizioni della futura disciplina sul diritto della proprietà intellettuale *online* sono annoverati, in modo discorsivo, i presupposti normativi, il contenuto e le finalità della proposta regolamentare avanzata dall'AGCOM.

Trattando i presupposti normativi, l'Autorità, da un lato, ha inteso precisare il futuro ambito di applicazione del diritto d'autore in rete, e dall'altro, ha delineato i suoi compiti istituzionali di tutela e vigilanza in detta materia. E ciò alla luce di un complesso quadro di fonti che l'AGCOM stessa ha interpretato - anche con riferimento alla definizione dei compiti della SIAE - portando a termine quella riflessione che aveva avviato con la stesura dell'indagine conoscitiva su "*il diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica*" del febbraio del 2010.⁸

I contenuti della proposta regolamentare sono di due tipi:

- (a) azioni di tipo positivo e programmatico, volte a favorire il diritto d'autore ed a prevenire le violazioni del *copyright*; e
- (b) misure di protezione dei diritti di proprietà intellettuale in rete.

⁶ Si veda in particolare l'art. 13 del Codice delle comunicazioni elettroniche di cui al citato D. Lgs n. 259/2003.

⁷ Il medesimo art. 4 del Regolamento AGCOM di cui alla delibera n. 453/03/CONS prevede, quale fase di conclusione della consultazione, l'acquisizione del parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, alla quale vengono inviati lo schema di provvedimento e le risultanze della consultazione.

⁸ L'indagine conoscitiva è stata presentata in un evento pubblico tenutosi alla LUISS il 15.5.2010, alla quale hanno partecipato diversi operatori del settore.



Tra le azioni di tipo positivo, l'AGCOM ha proposto:

i) interventi diretti nei confronti degli ISP (*internet service providers*, o fornitori di servizi di accesso alla rete) e dei gestori di siti Internet per l'imposizione di obblighi di sorveglianza ed informazione sul traffico Internet da loro gestito e sui servizi resi, ovvero per la sottoscrizione di protocolli d'intesa che definiscano le condizioni ed i termini di fornitura delle informazioni rilevanti senza imposizioni coercitive, ma attraverso una cooperazione permanente con l'Autorità;

ii) attività di promozione e sostegno dell'offerta legale di contenuti protetti;

iii) azioni di superamento degli ostacoli normativi e commerciali che rallentano lo sviluppo dei contenuti *premium* (a pagamento);

iv) superamento del sistema di concessione dei diritti di sfruttamento economico dei contenuti basato sull'esclusiva su tutta la filiera, favorendo sistemi di licenze collettive estese;

v) incentivazione dell'interoperabilità tra le diverse piattaforme trasmissive per consentire la fruizione integrale dei contenuti con qualsiasi sistema operativo;

vi) riduzione delle c.d. finestre di distribuzione dei contenuti protetti, affinché ne vengano abbreviati i tempi di uscita dai circuiti di distribuzione tradizionale a favore dei canali commerciali digitali, così da rendere questi ultimi competitivi rispetto ai canali non autorizzati;

vii) attività informativa e di educazione alla legalità;

viii) predisposizione di *black list* dei siti che abbiano quale unica attività quella di diffondere contenuti illeciti o i cui *server* siano posti al di fuori dei confini nazionali, ovvero possibilità di inibire, in tali casi, previo contraddittorio, il nome di dominio ovvero l'indirizzo IP; e

ix) istituzione di un tavolo tecnico per il dibattito permanente tra tutti gli attori della filiera (SIAE, fornitori di accesso ad Internet, aggregatori di contenuti, associazioni di consumatori) sulle problematiche applicative delle misure ipotizzate, per individuare gli interventi di riforma della Legge 22 aprile 1941, n. 633 sul diritto d'autore e agevolare lo sviluppo tecnologico e giuridico del settore.



Tra i provvedimenti di tutela dei diritti di proprietà intellettuale in rete, l'AGCOM ha proposto, sul modello statunitense del *notice and take down*,⁹ una procedura di rimozione selettiva dei contenuti protetti illegittimamente caricati sul *web*, alternativa e non sostitutiva rispetto a quella già offerta dall'autorità giudiziaria.

Nelle finalità del futuro provvedimento proposto, l'Autorità ha elencato:

a) il sostegno al mercato unico digitale quale strumento di sviluppo sociale ed economico

b) il superamento degli ostacoli alla diffusione dell'economia digitale attraverso la rimodulazione del diritto di proprietà intellettuale in senso più adeguato al cambiamento delle modalità di fruizione dei contenuti protetti da parte degli utenti, avvenuto con il mutamento tecnologico;

c) il contemperamento degli interessi contrapposti degli autori a mantenere le proprie prerogative economiche e morali, e dei consumatori/utenti ad avere libero accesso alla cultura ed all'informazione ed a potervi partecipare attivamente ricevendo e comunicando idee liberamente.¹⁰

PARTE II

6. La consultazione pubblica indetta sul diritto d'autore *online* dall'AGCOM, in termini generali, è una procedura di c.d. A.I.R., cioè una Analisi di Impatto alla Regolamentazione.¹¹

Le procedure di A.I.R. sono state introdotte, nel nostro ordinamento, con finalità di semplificazione e trasparenza amministrativa, a partire dalla Legge 8 marzo 1999, n. 50, e servono per valutare l'impatto degli schemi normativi adottati dal Governo e dei

⁹ Con l'adozione del *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) del 1998, gli Stati Uniti sono stati il primo paese occidentale in assoluto a regolare ed adeguare la disciplina del *copyright* secondo le mutate esigenze della diffusione e circolazione dei contenuti protetti attraverso Internet. Il § 512 del DMCA prevede la procedura di "notifica e ritiro" ("*notice and takedown procedure*") di tutti i materiali che si presumono in violazione dei diritti d'autore, purché la segnalazione soddisfi taluni requisiti formali prestabiliti, indichi con precisione i contenuti da rimuovere e sia indirizzata ad un soggetto specifico dell'organizzazione del *provider*, fatta salva la possibilità di responsabilità del soggetto segnalante qualora il contenuto oggetto di segnalazione si rilevi successivamente diffuso in rete senza alcuna violazione dei diritti d'autore.

¹⁰ Con riferimento alla *ratio* a base dei lineamenti di disposizioni, l'AGCOM si ispira alla tendenza evolutiva tracciata, nel diritto d'autore, dalla normativa europea ed all'esigenza di adeguamento e di armonizzazione della disciplina del diritto di proprietà intellettuale con lo sviluppo dell'*information technology* (si pensi, ad esempio alla Direttiva 2001/29/CE del 22.5.2001 sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, che ha dettato i criteri che devono adottare gli stati membri per dar luogo alle c.d. eccezioni e limitazioni al diritto d'autore).

¹¹ Vedi nota n. 3.



regolamenti ministeriali o interministeriali sull'organizzazione delle amministrazioni pubbliche e sull'attività dei cittadini e delle imprese, allo scopo di migliorare la qualità delle attività regolatorie pubbliche.

Con l'entrata in vigore dell'art. 12 della prima legge di semplificazione amministrativa (Legge 29 luglio 2003, n. 229), l'A.I.R. è stata estesa alle autorità amministrative indipendenti,¹² ed il primo esempio di applicazione alle *authorities* è stato proprio il Codice delle comunicazioni elettroniche che ha previsto, al ricordato art. 11 del D. Lgs. n. 259/2003, l'obbligo di A.I.R. con riferimento all'AGCOM.

In attuazione di tale obbligo, come già detto, l'Autorità ha emanato il relativo Regolamento contenuto nella delibera n. 453/03/CONS a cui si richiama il procedimento avviato il 17/22 dicembre 2010 sul diritto d'autore *online*. Tuttavia, lo schema di delibera ora a consultazione, nei "considerando" (e "visti"), richiama altresì la precedente delibera n. 278/99/CONS, con cui l'AGCOM ha stabilito di usare il modello di A.I.R. anche in ambito procedimentale con riferimento alle ricerche ed indagini conoscitive.¹³

Da ciò si ricava la duplice finalità della consultazione indetta sui lineamenti di provvedimento per la disciplina del diritto d'autore *online*. Infatti, ferme le modalità di consultazione di cui all'Allegato A dello schema di delibera, la consultazione medesima, con il richiamo operato, è indirizzata anche a far acquisire all'Autorità ulteriori elementi di informazione e documenti di integrazione dell'indagine conoscitiva su "*il diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica*" del febbraio del 2010 su cui si basa l'avviso di consultazione in questione.

Tale riferimento postula, da parte dell'Autorità, l'implicito riconoscimento della necessità di concludere l'attività conoscitiva sul tema del diritto di proprietà intellettuale nella rete prima di giungere ad un assetto regolamentare compiuto della materia; ma non vale ad escludere, a parere nostro, la finalità principale della consultazione di definire, cioè, un primo regolamento unitario e sistematico dell'intera materia del diritto d'autore *online*.

Per tale motivo può emergere un aspetto di probabile criticità della futura disciplina regolamentare dell'Autorità. Infatti, la delibera n. 453/03/CONS sulla cui base avverrà la consultazione sul diritto d'autore, non appare, a prima lettura, conforme al precetto normativo stabilito dal Codice delle comunicazioni elettroniche (D. Lgs. n. 259/2003), che stabilisce altresì l'obbligo per l'AGCOM, all'art. 13, commi 8 e 9, di corredare ogni atto regolamentare di un'analisi di impatto. In sintesi, le norme sulla consultazione pubblica che devono applicarsi in concreto per lo svolgimento della consultazione per l'adozione della disciplina sul diritto d'autore in rete non sono state a loro volta sottoposte ad A.I.R.

¹² Tale norma è andata a colmare la lacuna legislativa che alcuni commentatori avevano rilevato con riferimento alle autorità amministrative indipendenti, le quali, più di altre amministrazioni, sono chiamate ad emanare "*atti regolatori ad altissimo impatto nel tessuto economico e sociale*" (cfr D. Ielo "*L'analisi d'impatto delle regolazioni*", in *Amministrare*, fasc. 2 del 2005, p. 289).

¹³ Vedi nota n. 4.



Alla luce di ciò, qualora il completamento del quadro conoscitivo a base delle determinazioni dell'Autorità rimanga solo lo scopo incidentale della prossima consultazione, può eventualmente prospettarsi un vizio nel procedimento di formazione della futura disciplina sul diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica per violazione del suddetto obbligo *ex art.* 13, commi 8 e 9 del Codice delle comunicazioni elettroniche.¹⁴

7. Tracciare l'ambito di applicazione della futura disciplina che l'AGCOM si prefigge di emanare sul diritto d'autore in rete è tutt'altro che semplice. L'Autorità, infatti, non delinea in maniera netta il contesto oggettivo che intende regolare, ma fa uno *screening* interpretativo del quadro normativo a base dei suoi compiti istituzionali nel settore, onde delimitare il suo ruolo specie in rapporto con la SIAE e ricavarne, solo indirettamente, l'ambito applicativo della futura disciplina.

Ma, a parte la difficoltà di lettura, indagare l'abbozzo del futuro contesto applicativo del futuro diritto di proprietà intellettuale *online* è di primaria rilevanza, sebbene l'analisi esiga un'interpolazione costante del testo dei lineamenti di provvedimento varati il 17/22 dicembre 2010 con un quadro eterogeneo di fonti normative e con quanto illustrato nella menzionata indagine conoscitiva pubblicata da AGCOM nel febbraio del 2010.

8. Secondo la ricostruzione dell'AGCOM, le fonti della sua competenza istituzionale sulle utilizzazioni delle opere di ingegno attraverso i *media* di comunicazione elettronica risalgono ai compiti che originariamente aveva il Garante per la radiodiffusione e l'editoria.¹⁵

A partire da detto primo intervento normativo, l'ordinamento ha progressivamente attribuito all'Autorità poteri espliciti in tema di diritto d'autore. In particolare, l'AGCOM, nei suoi lineamenti di provvedimento, ricorda, quali fonti principali dei suoi compiti sul diritto d'autore in rete, l'art. 182 *bis* della Legge 22 aprile 1941, n. 633 (c.d. Legge sul diritto d'autore, cioè LDA), il D.Lgs. n. 70/2003 sul commercio elettronico, lo stesso Codice delle comunicazioni elettroniche di cui D. Lgs n. 259/2003 e, da ultimo, l'art. 6 del D.Lgs. n. 44/2010 (c.d. decreto Romani).

¹⁴ Per un approfondimento si veda M. Giorgio, "L'AIR nelle autorità indipendenti italiane: il contributo della giurisprudenza", Papers dell'Osservatorio sull'Analisi di Impatto della Regolazione, aprile 2010.

¹⁵ L'AGCOM – Autorità per le garanzie nelle comunicazioni è stata istituita con la Legge 31 luglio 1997, n. 249 (c.d. legge Maccanico). L'AGCOM, con tale legge, ha sostanzialmente ereditato i compiti e le funzioni che nel nostro ordinamento aveva il Garante per la radiodiffusione e l'editoria ai sensi della Legge 6 agosto 1990, n. 223 (c.d. legge Mammi), concernente la disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato (abrogata e confluita nel Testo Unico della Radiotelevisione di cui al D.Lgs 177/2005). L'Art. 15, comma 8, della legge Mammi prevedeva, infatti, che al Garante fosse affidato il compito della vigilanza sull'osservanza, da parte della RAI e di tutti gli altri concessionari per la radiodiffusione, "delle leggi e delle convenzioni internazionali in materia di telecomunicazioni e di utilizzazione delle opere dell'ingegno".



9. L'art. 182 *bis*, introdotto nella LDA con la legge di riforma sul diritto d'autore del 18 agosto 2000, n. 248, stabilisce una serie di compiti concorrenti tra AGCOM e SIAE, in tema di lotta alla violazione dei diritti d'autore.¹⁶ In particolare, tale norma ha demandato:

1) ad AGCOM e SIAE, “*nell'ambito delle rispettive competenze previste dalla legge*”, la funzione istituzionale della vigilanza su una serie di attività dalle quali possono derivare le violazioni al *copyright*;¹⁷

2) alla SIAE, “*nei limiti dei propri compiti istituzionali*”, di coordinarsi con l'AGCOM per lo svolgimento dell'attività di vigilanza;

3) all'AGCOM funzioni ispettive in collaborazione con SIAE con poteri di:

i) accedere ai locali dove vengono svolte le attività di riproduzione, duplicazione, vendita, emissione via etere e via cavo o proiezione cinematografica, nonché le attività ad esse connesse;

ii) richiedere agli operatori l'esibizione della documentazione relativa all'attività svolta; e

iii) richiedere all'autorità giudiziaria, nel caso in cui i suddetti locali non siano luoghi aperti al pubblico, l'autorizzazione a svolgervi ispezioni.

¹⁶ In virtù della norma *ex art. 182 bis* della LDA - vista l'espressione tutt'altro che precisa del legislatore che, per distinguere i compiti della SIAE da quelli della AGCOM, ha solo espresso l'inciso “*nell'ambito delle rispettive competenze*” senza aggiungere null'altro -, i due enti hanno stipulato, per disciplinare l'attività di coordinamento prevista dalla legge, l'accordo del 6 luglio 2001 integrato il 10 maggio 2007 da una nuova convenzione. Con tale ultimo accordo i due enti si sono impegnati a pianificare congiuntamente l'attività di coordinamento ispettivo *ad hoc*, l'interscambio di dati ed informazioni utili alla prevenzione ed alla repressione delle violazioni dei diritti d'autore, e la loro collaborazione permanente nell'attività di studio sugli argomenti di comune interesse. Secondo l'indagine conoscitiva pubblicata da AGCOM nel febbraio del 2010, è auspicabile una revisione della convenzione in essere, poiché “*appare chiaro che il richiamo operato dalla legge 248 al coordinamento tra l'attività dell'Autorità e della SIAE (“nell'ambito delle rispettive competenze”) deve essere riferito unicamente all'attività di tipo operativo posta in essere dalla società (n.d.r. SIAE) sulla base di un'attività istruttoria-ispettiva svolta dall'AGCOM*”, non sussistendo alcun ruolo propulsivo ed istituzionale di SIAE a tutela del diritto d'autore *online*.”

¹⁷ Secondo l'art. 182 *bis* della LDA, l'ambito della vigilanza attribuita ad AGCOM e SIAE deve svolgersi: “*a) sull'attività di riproduzione e duplicazione con qualsiasi procedimento, su supporto audiovisivo, fonografico e qualsiasi altro supporto nonché su impianti di utilizzazione in pubblico, via etere e via cavo, nonché sull'attività di diffusione radiotelevisiva con qualsiasi mezzo effettuata; b) sulla proiezione in sale cinematografiche di opere e registrazioni tutelate dalla normativa sul diritto d'autore e sui diritti connessi al suo esercizio; c) sulla distribuzione, la vendita, il noleggio, l'emissione e l'utilizzazione in qualsiasi forma dei supporti di cui alla lettera a); d) sui centri di riproduzione pubblici o privati, i quali utilizzano nel proprio ambito o mettono a disposizione di terzi, anche gratuitamente, apparecchi per fotocopia, xerocopia o analogo sistema di riproduzione. d-bis) sull'attività di fabbricazione, importazione e distribuzione degli apparecchi e dei supporti di cui all'art. 71-septies*”.



Secondo tali criteri, l'Autorità ritiene che le spettino la competenza esclusiva e *rationae materiae* su tutte le violazioni dei diritti di proprietà intellettuale perpetrate attraverso le reti, nonché il potere di vigilanza sulle attività di cui alla lettera a), comma 1 dell'art. 182 *bis* della LDA;¹⁸ vale a dire su tutte quelle attività:

(a) di riproduzione e duplicazione di materiale audiovisivo ed editoriale coperto da *copyright*, da parte di soggetti non detentori dei relativi diritti d'autore, effettuate attraverso strumenti informatici, e di diffusione, via etere e via cavo, indipendentemente dalla piattaforma e dalle tecnologie usate; e

(b) di accesso abusivo a contenuti audiovisivi *premium* attraverso la violazione dei sistemi di accesso condizionato (c.d. CAS).¹⁹

Sulla base di tali considerazioni, il raggio d'azione dell'Autorità per la tutela del diritto d'autore avrà come oggetto specifico da un lato tutti i materiali editoriali in generale (cioè tutte le opere di ingegno in grado di essere diffuse attraverso i media di comunicazione elettronica), e, dall'altro, i contenuti audiovisivi e *premium*.

In tali ambiti, secondo l'impostazione della stessa Autorità, la SIAE deve coordinarsi con funzioni operative con l'AGCOM sulla base di un'attività istruttoria-preventiva svolta solo da quest'ultima.²⁰

Conseguentemente, rimarrebbero di competenza della SIAE il controllo delle attività di c.d. "pirateria fisica", quella realizzata cioè attraverso la contraffazione dei supporti fisici (dvd e cd), nonché le ispezioni nelle sale cinematografiche e nei centri di fotocopie;²¹ spettando ad AGCOM una competenza generale ed istituzionale di vigilanza e protezione dei diritti di proprietà intellettuale su tutti i contenuti audiovisivi ed editoriali immessi nella rete.

10. Il ruolo marginale da attribuire a SIAE nell'ambito del diritto d'autore in rete - che l'AGCOM desume dalla ricostruzione dell'art. 182 *bis* della LDA fatta nei lineamenti delle future disposizioni di cui all'Allegato B -,²² muove direttamente da quanto l'Autorità stessa ha illustrato nella menzionata indagine conoscitiva del febbraio del 2010.

In quella sede, l'Autorità ha affermato che il suo regolamento istitutivo (Legge 31 luglio 1997, n. 249 c.d. legge Maccanico) le ha affidato la promozione e lo sviluppo in regime di concorrenza delle risorse nel settore audiovisivo, la verifica di posizioni dominanti, il servizio universale, la tutela del pluralismo sociale nei media, e "*in particolare la tutela del diritto d'autore nel settore informatico ed audiovisivo*".²³ Sicché, l'azione di vigilanza della

¹⁸ Vedi nota n. 17.

¹⁹ Così l'indagine conoscitiva a p. 64.

²⁰ Così l'indagine conoscitiva a p. 13.

²¹ Così l'Allegato B della delibera n. 668/2010/CONS a p.4 .

²² *Ibidem*.

²³ Così l'indagine conoscitiva a p. 11.



SIAE a tutela dei diritti di proprietà intellettuale andrebbe circoscritta alle sole attività (di cui alle lettere b), c), d), d-*bis*), d-*ter*) dell'art. 182 *bis* della LDA,²⁴ come sopra ricordato) che si concretizzano in azioni di pirateria fisica, essendo riservata ad AGCOM la competenza istituzionale e generale di tutela del diritto d'autore su tutti i contenuti immessi nelle reti di comunicazione elettronica (tv, reti di tlc e internet).

L'AGCOM giunge a tali conclusioni, penalizzanti per la posizione di SIAE, sulla base di un duplice ragionamento. Da un lato, infatti, l'Autorità ha valorizzato la *ratio* dell'art. 182 *bis* della LDA introdotto con la legge di riforma del diritto d'autore del 18 agosto 2000, n. 248,²⁵ e, dall'altro, ha fatto leva sulla natura di SIAE, intesa esclusivamente quale società di *collecting* per la gestione, a titolo oneroso, del diritto d'autore dei suoi associati.

In particolare, nella menzionata indagine conoscitiva, l'AGCOM, sulla scorta della lettura di alcune pronunce di legittimità,²⁶ ha precisato che la SIAE andrebbe inquadrata soltanto quale ente di tipo associativo che esercita l'attività economica di gestione degli interessi degli autori di un'opera, traendone provvigioni di incasso per il servizio reso ai suoi associati. Di conseguenza, secondo l'Autorità, il legislatore, delineando la SIAE esclusivamente quale società di *collecting* a scopo di lucro, avrebbe attribuito a quest'ultima la protezione di interessi privatistici dei detentori dei diritti, escludendo un suo qualsiasi ruolo propulsivo di tipo istituzionale nell'ambito della tutela generale del diritto d'autore nelle reti che avrebbe, invece, affidato ad AGCOM.

Tuttavia, detto ragionamento non può condividersi appieno e presta il fianco a diverse censure.

In primo luogo, non va dimenticato che la SIAE, nel disegno normativo attuale, non è soltanto la società di *collecting* italiana. La SIAE, infatti, disciplinata nel titolo V della LDA quale “ente di diritto pubblico per la protezione e l'esercizio dei diritti d'autore”, non svolge soltanto attività di tipo economico a presidio degli interessi di natura privatistica dei suoi associati,²⁷ ma ha anche funzioni prettamente pubblicistiche, quali:

²⁴ Vedi nota n. 17.

²⁵ Così l'indagine conoscitiva a p. 13. In tale contesto, l'Autorità illustra che la relazione di accompagnamento della legge di riforma del diritto d'autore n. 248/2000, in una prima fase dei lavori della commissione parlamentare, aveva previsto, addirittura, che l'art. 182 *bis* della LDA dovesse stabilire l'attribuzione all'AGCOM, in via esclusiva, del compito di vigilare, prevenire ed accertare le violazioni della legge a tutela del diritto d'autore per contrastare, con un organo già specializzato alla sorveglianza delle reti di comunicazione elettronica, i fenomeni di pirateria informatica. Mentre poi, effettivamente, venne introdotto il supporto della SIAE ed il coordinamento con tale ente.

²⁶ L'AGCOM stessa nell'indagine conoscitiva (p. 10) fa riferimento a Cassazione, 31.7.1998, n. 8880 e Cassazione, Sezioni Unite, 19.3.1997, n. 2431 (peraltro, rispettivamente in tema di apposizione del contrassegno facoltativo sul *software*, e sulla natura dell'ordinanza di ripartizione dei diritti d'autore adottata dalla SIAE e sulla giurisdizione in caso di impugnazione).

²⁷ Tali compiti sono quelli enunciati nell'art. 180 LDA.



- la tenuta dei pubblici registri di cui all'art. 103 LDA (*cf.* il registro pubblico generale delle opere protette dal diritto d'autore presso la Presidenza del Consiglio, il registro pubblico speciale per le opere cinematografiche e il registro pubblico speciale per i programmi da elaboratore);

- la gestione dei servizi di accertamento e riscossione di imposte, contributi e diritti dovuti allo Stato sul diritto d'autore anche in regime di convenzione con pubbliche amministrazioni, regioni, enti locali, ecc.;²⁸

- l'attività di vigilanza sull'apposizione del contrassegno sulle opere a stampa, sui supporti contenenti immagini o suoni o programmi per elaboratore, aventi finalità di lucro;²⁹

- l'incasso per lo Stato del c.d. equo compenso sui dispositivi di memorizzazione venduti in Italia (su pellicole fotografiche, musicassette, VHS, CD, DVD, HD DVD, Blu Ray, masterizzatori, hard disk, pen drive, schede di memoria, personal computer, decoder, lettori MP3, telefoni cellulari, ecc.), presumendosi che vi si registrerà una copia privata di materiale protetto dai diritti d'autore.³⁰

In secondo luogo, a partire dalla legge Bassanini (Legge 15 marzo 1997, n. 59), la SIAE ha subito una ampia opera di riorganizzazione amministrativa.

Tale ristrutturazione amministrativa, con il D.Lgs n. 419/99 sul riordino degli enti pubblici nazionali, è giunta ad attribuire alla SIAE l'esercizio di ogni altra attività necessaria per la migliore tutela dei diritti di proprietà intellettuale "*nell'ambito della società dell'informazione*".³¹ Con il che, vista anche la previsione in bianco di cui all'art. 181 LDA - che rimanda alla possibilità per la SIAE di svolgere "*altri compiti connessi con la protezione delle opere dell'ingegno in base al suo statuto*" - sussiste nell'ordinamento un'espressa delega normativa che legittima la società degli autori e degli editori ad adottare ogni norma secondaria utile per l'attuazione della sua funzione istituzionale della protezione del diritto d'autore anche nell'ambito della società dell'informazione, e cioè dei nuovi media.³²

²⁸ Vedi art. 181 LDA.

²⁹ Vedi artt. 171 *bis*, 171 *ter* e 181 *bis* LDA.

³⁰ Ci si riferisce al D.M. 30.12.2009 per la rideterminazione del compenso per la copia privata.

³¹ Vedi art. 7, comma 1, lett. c) del D.Lgs n. 419/99.

³² Si deve precisare che l'art. 7 del citato D.Lgs. n. 419/99 detta i contenuti obbligatori dello statuto della SIAE che, effettivamente, all'art. 1 lett. c) del suo Statuto - approvato con D.M. del 4.6.2001, e successivamente modificato con D.M. 3.12.2002 e con DPCM dell'11.12.2008 -, ha stabilito tra i suoi compiti



Di converso, l'AGCOM sembra compiere un tentativo infruttuoso rinvenendo un ancoraggio normativo al suo potere istituzionale di tutela generale del diritto d'autore sui contenuti immessi nelle reti sulla base della sua legge istitutiva (Legge 31 luglio 1997, n. 249 c.d. legge Maccanico), ovvero del Codice delle comunicazioni elettroniche di cui al D. Lgs. n. 259/2003.

Infatti, nella legge che ha istituito AGCOM l'unico riferimento al diritto d'autore è quello fatto dall'art. 1, comma 6, lett. b), punto 4 *bis*,³³ che però si limita, tautologicamente, ad attribuire all'Autorità (in particolare alla sua Commissione per i servizi e i prodotti) i compiti di cui al già ricordato art. 182 *bis* della LDA; che, come precisato, individua nella materia specifica soltanto delle funzioni concorrenti tra AGCOM e SIAE, “*nell'ambito delle rispettive competenze*”, senza alcuna ripartizione né precisazione di alcun genere.

Né soccorre a colmare tale lacuna il Codice delle comunicazioni elettroniche. In tale fonte normativa, infatti, non v'è traccia né della competenza generale di AGCOM sul diritto d'autore, né del suo potere di imporre misure sanzionatorie a presidio dei diritti di proprietà intellettuale nelle reti, né, tantomeno, dell'attribuzione all'Autorità anche delle funzioni regolamentari oltre che di vigilanza in materia.³⁴

Infine, neanche il D.Lgs. n. 70/2003 sul commercio elettronico sembra idoneo a fondare il presupposto normativo della competenza generale dell'AGCOM su tutti i contenuti protetti da *copyright* diffusi nelle reti di comunicazione elettronica (specie di natura editoriale). Con tale strumento legislativo, infatti, è stata data attuazione alla Direttiva 31/2000/CE sui servizi resi nella società dell'informazione, con particolare riferimento alle comunicazioni commerciali finalizzate alla promozione delle vendite di beni e servizi attraverso la rete. In breve, anche in detta fonte normativa, emanata a tutela dell'affidabilità delle transazioni a distanza, non c'è alcun particolare riferimento diretto al diritto d'autore;³⁵ fatti salvi i poteri generali dell'Autorità, nell'ambito dei suoi compiti istituzionali di vigilanza sulle reti di comunicazione elettronica, di impedire e porre fine alle violazioni commesse dagli operatori con riferimento alle comunicazioni commerciali.³⁶

“*la migliore tutela dei diritti di cui alla lettera a) nell'ambito della società dell'informazione, nonché la protezione e lo sviluppo delle opere dell'ingegno*”.

³³ Tale disposizione, peraltro, è richiamata tra i “visti” dello schema di delibera del 17/22 dicembre 2010, oggetto di consultazione.

³⁴ L'unico ed isolato riferimento ai diritti d'autore fatto dal Codice delle comunicazioni elettroniche è costituito dalla disposizione di cui all'art. 49, 3 comma, lett. e), in tema di eventuale imposizione, da parte dell'Autorità, di obblighi agli operatori sull'accesso alle reti che, oltre ad ispirarsi ai principi dell'opportunità e della proporzionalità e degli altri obiettivi tutelati dal Codice stesso, devono altresì tener conto di “*eventuali diritti di proprietà intellettuale applicabili*”.

³⁵ L'unico riferimento al diritto d'autore è quello dell'art. 4 lett a), che però esclude espressamente, in tale materia, l'applicabilità di alcune disposizioni del D.Lgs. n. 70/2003.

³⁶ Vedi artt. 14, comma 3, 15, comma 2, e 16, comma 3 del D.Lgs. n. 70/2003.



Peraltro, dopo la legge di riforma sul diritto d'autore n. 248/2000, che ha introdotto l'art. 182 *bis* nella LDA, non vi è stato nessun altro intervento integrativo o applicativo della norma in questione. Conseguentemente, stante il vuoto legislativo, se da un lato alla SIAE non sono stati conferiti specifici compiti generali di tutela in materia di diritto di proprietà intellettuale (esclusi quelli concernenti la verifica del contrassegno su alcuni supporti recanti contenuti di suoni ed immagini *ex artt.* 171 *bis*, 171 *ter* e 181 *bis* della LDA), dall'altro la competenza istituzionale di vigilanza e tutela *tout court* del settore del diritto d'autore *online* deriva all'AGCOM, non da una specifica fonte di diritto, bensì, e solo indirettamente, dalla sua stessa natura giuridica di autorità amministrativa indipendente con funzioni di sorveglianza nell'ambito dell'informazione e della comunicazione.³⁷

Alla luce di quanto detto, per quanto diversamente prospettato dall'Autorità nell'indagine conoscitiva e, quindi, nei lineamenti di provvedimento messi a consultazione, visto il principio di legalità che governa l'intera attività amministrativa, non può condividersi l'impostazione interpretativa dell'AGCOM.³⁸

L'esclusione della SIAE dal ruolo istituzionale nell'ambito del settore del diritto d'autore *online*, l'attribuzione di una posizione propulsiva unicamente all'Autorità, la limitazione dei compiti della SIAE alle sole attività di pirateria fisica e, *last but not least*, la stessa attività regolamentare che AGCOM si appresta a svolgere per disciplinare in via generalizzata tutti i contenuti protetti, appaiono, dunque, ad una prima analisi, una forzatura della norma contenuta nell'art. 182 *bis* LDA. Né l'abrogazione della norma che ha conferito a SIAE (art. 7, comma 1, lett. c) D.Lgs n. 419/99)³⁹ il compito di svolgere ogni altra attività necessaria per la tutela dei diritti d'autore anche “*nell'ambito della società dell'informazione*” può valere, a nostro avviso, ad escludere l'estrema criticità di prospettare, ai sensi dell'art. 182 *bis* della LDA, poteri generali in capo all'AGCOM sovraordinati alla SIAE su tutte le tipologie di contenuti tutelabili *online*. Infatti, nonostante tale abrogazione, non può negarsi:

- il vuoto normativo derivante dalla poca puntualità del testo dell'art. 182 *bis* LDA;

³⁷ Vedi *sub art.* 183 *ter*, “*Commentario breve alle leggi sulla proprietà intellettuale e concorrenza*”, Marchetti-Ubertazzi, Padova, 2007, p. 2018.

³⁸ In breve, nell'ordinamento, allo stato, manca una espressa previsione legislativa di dettaglio ed integrazione dell'art. 182 *bis* della LDA. Di converso, sussistono fonti legali di rango primario che, invece, attribuiscono a SIAE la delega normativa e la piena titolarità ad esercitare la funzione istituzionale della protezione del diritto d'autore nell'ambito della società dell'informazione (art. 7, comma 1, lett. c) D.Lgs n. 419/99 e art. 181 LDA. Delega normativa quest'ultima che in concreto, peraltro, è stata resa esecutiva dallo statuto della SIAE all'art. 1 lett. c) (approvato con D.M. del 4.6.2001, e successivamente modificato con D.M. 3.12.2002 e con DPCM dell'11.12.2008), che ha stabilito che la Società Italiana Autori ed Editori “*assicura la migliore tutela dei diritti di cui alla lettera a) nell'ambito della società dell'informazione, nonché la protezione e lo sviluppo delle opere dell'ingegno*”.

³⁹ Tale norma è stata abrogata dalla Legge 9 gennaio 2008, n. 2 (art. 1, comma 5).



- la mancanza di un riferimento normativo esplicito a competenze generali in materia di diritto d'autore in capo ad AGCOM, diverse da quelle ispettive; ovvero

- la portata pratica della permanenza nell'ordinamento sia dell'art. 181 LDA sia della disposizione statutaria di cui si è munita effettivamente la SIAE,⁴⁰ che la abilitano all'esercizio di funzioni di tutela del diritto di proprietà intellettuale anche nella società dell'informazione (si pensi, ad esempio, alle licenze di utilizzazione delle opere via Internet che SIAE offre agli operatori sul suo vastissimo catalogo per (i) lo *streaming on demand* nel quale l'utente può richiedere la riproduzione di contenuti audio/video attraverso una connessione diretta al server su cui sono memorizzati i file audio/video e (ii) per il *webcasting* o *streaming live* che dà accesso ad una riproduzione in diretta dei contenuti video trasmessi sulla rete in modalità *broadcast*).

11. Delineato il quadro normativo di riferimento, occorre precisare che, a norma del Codice delle comunicazioni elettroniche ex D. Lgs. n. 259/2003, l'AGCOM è l'Autorità di regolamentazione del settore delle comunicazioni elettroniche. E cioè, essa è l'ente istituzionalmente preposto a garantire il corretto funzionamento ed utilizzo delle reti (prima fra tutte Internet, a norma dell'art. 1, comma 1, lett. dd),⁴¹ secondo i principi della libera concorrenza e dell'impulso alla coesione sociale ed economica (art. 4, comma 3, lett. e del Codice), ed ha una competenza istituzionale a vigilare, controllare e regolamentare le attività che si svolgono in tale contesto.

Tuttavia, è altrettanto vero che la SIAE ha funzioni di tipo pubblicistico che vanno al di là dei suoi associati, ha maturato nella sua storia pluricentenaria una competenza specialistica sulla materia del diritto d'autore e svolge funzioni di tutela concreta, attraverso l'attività di intermediazione nella gestione dei diritti di proprietà intellettuale che effettua in modo tendenzialmente unitario, sia per gli associati che per gli altri, in virtù dell'esclusiva legale che le è stata conferita dall'art. 180 LDA.

⁴⁰ Art. 1 lett. c) dello Statuto della SIAE.

⁴¹ Tale disposizione è richiamata tra i "visti" dello schema di delibera del 17/22 dicembre 2010, oggetto di consultazione, e fornisce l'ambito oggettivo delle competenze di "governo" dell'AGCOM, definendo le reti di comunicazione elettronica come "i sistemi di trasmissione e, se del caso, le apparecchiature di commutazione o di instradamento e altre risorse che consentono di trasmettere segnali via cavo, via radio, a mezzo di fibre ottiche o con altri mezzi elettromagnetici, comprese le reti satellitari, le reti terrestri mobili e fisse, a commutazione di circuito e a commutazione di pacchetto, compresa Internet, le reti utilizzate per la diffusione circolare dei programmi sonori e televisivi, i sistemi per il trasporto della corrente elettrica, nella misura in cui siano utilizzati per trasmettere i segnali, le reti televisive via cavo, indipendentemente dal tipo di informazione trasportato".



A ciò deve aggiungersi, come appena illustrato, che:

- l'art. 182 *bis* LDA conferisce ad AGCOM e SIAE potestà di vigilanza concorrenti, sebbene “*nell’ambito delle rispettive competenze*”;
- non può desumersi un’attribuzione legale del potere generale di controllo *tout court* del diritto d’autore *online* all’uno a all’altro ente in via esclusiva;
- vi è un’attribuzione concorrente di specifici poteri ispettivi su talune attività da cui possono discendere violazioni dei diritti di proprietà intellettuale;
- non esiste nell’ordinamento una nozione generale di contenuto protetto che, ricalcando la definizione di opera dell’ingegno a norma della LDA, a parte il media di diffusione, valga a distinguere i compiti di vigilanza della SIAE da quelli dell’AGCOM.

Sulla base anche di tali ulteriori considerazioni, se da un lato l’AGCOM, in quanto autorità amministrativa indipendente, può sempre far leva sulla c.d. teoria dei poteri impliciti,⁴² come sembra aver fatto estendendo (oltre che la sua potestà regolamentare anche) la sua potestà ispettiva e di controllo su tutti i contenuti protetti da *copyright* purché transitanti sulle reti, dall’altro, la SIAE mantiene sempre la sua legittimazione a compiere tutte le attività previste dall’art. 182 *bis* LDA, e può espletare compiti di vigilanza e controllo anche attraverso la gestione *online* dei suoi repertori, concedendo licenze ed amministrando i relativi diritti d’autore sulle opere protette.

Da ciò potrebbe conseguire una confusione non di poco conto. E’ infatti evidente che la mancanza di una norma primaria di chiarificazione degli ambiti operativi della SIAE e di AGCOM, nella materia del diritto d’autore *online*, ha un impatto deteriore in termini di certezza del diritto ed alimenterebbe conflitti di attribuzione tra i due enti, minando seriamente la possibilità di un assetto unitario della materia e creando disparità nei confronti degli autori delle opere protette iscritte ai repertori della SIAE.⁴³

⁴² Cfr G. Morbidelli, *Il principio di legalità ed i c.d. poteri impliciti*, in Dir. Amn., 2007, p. 703. Sulla base di detto principio, tutta l’attività di regolamentazione secondaria troverebbe piena legittimità (a prescindere dalla stretta applicazione del principio di legalità) ogni qualvolta il legislatore si limiti a tracciare le finalità di un precetto, delegando di fatto all’Amministrazione investita della norma il potere implicito di determinare in concreto la competenza che le è stata attribuita.

⁴³ Si pensi, ad esempio, alle licenze ed alle istruzioni che offre SIAE, per le opere amministrate, ai siti che utilizzano musica *online* (licenza c.d. di SSP, streaming service provider), alle autorizzazioni delle web TV e delle radio web (licenza c.d. di AWR, autorizzazione web radio). Inoltre, si precisi che proprio in tema di web radio, SIAE, in data 20.12.2010, tre giorni dopo il varo della consultazione pubblica di AGCOM, ha siglato con l’associazione di categoria che riunisce le maggiori web radio attualmente in rete (WRA) la licenza di utilizzazione online dei vastissimi repertori musicali, concretizzando così la possibilità di estendere l’accordo ad un numero considerevole di operatori radiofonici operanti in Internet.



La revisione del rapporto tra l'Autorità e la SIAE, pertanto, è molto più che auspicabile. In tale ci si deve augurare che la consultazione indetta dall'AGCOM abbia come effetto quello di una positiva rivisitazione degli accordi in essere tra i due enti per ripartire le competenze loro affidate dall'art. 182 *bis* LDA,⁴⁴ in modo da fornire, in sede di regolamentazione, un quadro chiaro del governo nelle reti in materia di *copyright* sui contenuti protetti ed evitare “doppi binari” nella disciplina della materia, eventuali disarticolazioni del mondo del diritto d'autore e rallentamenti del processo di formazione di regole e di prassi certe di cui il settore ha estrema urgenza.

12. A differenza di quanto fin qui precisato sulle competenze dell'AGCOM con riferimento generale a tutte le opere di ingegno, il settore dei contenuti audiovisivi non presenta gli aspetti critici appena riferiti.

Sugli audiovisivi, infatti, non si pongono le questioni derivanti dal vuoto legislativo, o dalla mancanza di una norma esplicativa dell'art. 182 *bis* LDA circa la titolarità delle funzioni istituzionali di tutela di tutti i contenuti protetti, rientranti nel contesto delle legge sul diritto d'autore. Né tantomeno si dà il caso di un eventuale conflitto di attribuzioni tra la SIAE e l'Autorità da risolvere ricorrendo all'implicita potestà di “governo” sui diritti d'autore *online* derivante dalla natura di quest'ultima, di autorità indipendente preposta alla vigilanza delle reti di comunicazione elettronica.

Con riferimento specifico agli audiovisivi, l'ordinamento, attraverso il decreto Romani di cui al D.Lgs. n. 44/2010,⁴⁵ ha compiuto a marzo del 2010 una scelta precisa, vista, probabilmente, l'acquisita competenza dell'AGCOM quale ente che ha ereditato le funzioni del vecchio Garante per la radiodiffusione e l'editoria.

Il decreto Romani, infatti, ha conferito espressamente all'Autorità, in via esclusiva, il compito di emanare le disposizioni regolamentari necessarie per rendere effettiva l'osservanza dei limiti e dei divieti posti agli operatori dei “*media audiovisivi*” in tema di protezione dei diritti d'autore.

In particolare, l'art. 6 del D.Lgs. n. 44/2010 ha inserito nel Testo Unico della Radiotelevisione di cui al D.Lgs. n. 177/2005 (ora divenuto Testo Unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici) l'art.32 *bis*, il quale ora:

⁴⁴ Ci si riferisce all'accordo del 6 luglio 2001 integrato il 10 maggio 2007 da una nuova convenzione (vedi nota n. 16). Si deve però precisare che nei lineamenti di provvedimento sottoposti a consultazione (Allegato B), l'AGCOM da conto (p. 10, nota 2) dei diversi tentativi di sollecitare la SIAE, a partire dal dicembre del 2009, all'apertura di una fase di revisione della convenzione di collaborazione, rimasti finora privi di riscontro da parte della SIAE.

⁴⁵ Vedi art. 6 del D.lgs. n. 44/2010.



✓ enuncia la conformità delle norme del T.U. ai principi delle direttive europee,⁴⁶ nonché alle norme generali della LDA;

✓ obbliga i “*fornitori di media audiovisivi*” ad operare nel rispetto dei diritti d'autore e dei diritti connessi:

a) trasmettendo opere cinematografiche solo alle condizioni concordate con i titolari dei diritti; ovvero

b) astenendosi dal trasmettere, ri-trasmettere, o mettere comunque a disposizione degli utenti, su qualsiasi piattaforma e qualunque sia la tipologia di servizio offerto, i programmi oggetto di diritti di proprietà intellettuale di terzi, o parti di tali programmi, senza il consenso di titolari dei diritti;

✓ conferisce all'AGCOM il potere di emanare le disposizioni regolamentari necessarie a rendere effettiva l'osservanza di tali limiti e divieti da parte degli operatori di media audiovisivi.

In virtù del menzionato, nuovo art. 32 *bis* e, soprattutto, grazie alla ridefinizione, da parte del decreto Romani, della nozione unitaria di “programma” televisivo e radiofonico di cui alla precedente formulazione del T.U. del 2005,⁴⁷ l'ordinamento è approdato al concetto di “*servizi di media audiovisivi*”, estendendo così il raggio d'azione dell'AGCOM oltre i media radiotelevisivi tradizionali.

Pertanto, l'AGCOM ha ora la potestà non solo sui siti internet che ospitano per il *download* file audiovisivi coperti da *copyright* (c.d. pirateria statica), ma può esercitare i suoi poteri regolamentari ed ispettivi anche sui quegli operatori che nel web offrono la fruizione illegittima di programmi televisivi e cinematografici attraverso lo *streaming* o il *webcasting*, rispettivamente consentendo agli utenti di accedere ad eventi *premium* (es: di natura sportiva)

⁴⁶ Ci si riferisce alla Direttiva 2001/29/CE del 22.5.2001 sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, che ha dettato i criteri che devono adottare gli stati membri per le c.d. eccezioni e limitazioni al diritto d'autore, nonché alla Direttiva 2004/48/CE del 29.4.2004 sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, a cui si è data attuazione con il D.Lgs. n. 140/2006, che ha modificato alcuni articoli della LDA e del codice della proprietà industriale.

⁴⁷ Adesso, in virtù dell'art. 4 del Decreto Romani, è stata modificata la definizione di “programma” contenuta nel T.U. di cui al D.Lgs n. 177/2005 (art. 2, lett. e), chiarendo che si intende per “programma”: “una serie di immagini animate, sonore o non, che costituiscono un singolo elemento nell'ambito di un palinsesto o di un catalogo stabilito da un fornitore di servizi di media, la cui forma ed il cui contenuto sono comparabili alla forma ed al contenuto della radiodiffusione televisiva. Non si considerano programmi le trasmissioni meramente ripetitive o consistenti in immagini fisse”.



in tempo reale ed in assenza di una abilitazione legale alla visione, oppure proponendo film di prima visione in contemporanea con l'uscita nelle sale (c.d. pirateria dinamica).⁴⁸

13. Al di là dell'enunciazione degli scopi generali perseguiti dalla futura normativa per la protezione dei diritti d'autore *online* sugli audiovisivi, pare opportuno a questo punto soffermarsi tanto sui divieti espressi dal nuovo art. 32 *bis* sopra ricordato, quanto sulla definizione di "*media audiovisivo*" ormai introdotta nel sistema; e ciò per tentare di delineare anticipatamente, per quanto possibile, i confini entro i quali l'Autorità potrà esercitare la sua delega normativa sul *copyright* riferibile ai servizi di media audiovisivi.

Al riguardo, vista la lettera del nuovo art. 32 *bis* del T.U. di cui al D.Lgs. n. 177/2005, può ritenersi che gli obblighi di diritto d'autore riguardanti gli audiovisivi siano di due tipi, a seconda che incidano su:

- opere cinematografiche; ovvero su
- programmi o parti di programmi, da intendersi, secondo le nuove definizioni, come "*serie di immagini animate, sonore o non, che costituiscono un singolo elemento nell'ambito di un palinsesto o di un catalogo stabilito da un fornitore di servizi di media, la cui forma ed il cui contenuto sono comparabili alla forma ed al contenuto della radiodiffusione televisiva. Non si considerano programmi le trasmissioni meramente ripetitive o consistenti in immagini fisse*".⁴⁹

Per quanto riguarda l'opera cinematografica, alla luce della riforma, accanto alla tutela derivante dalla LDA, si affiancherà, in forza del nuovo art. 32 *bis*, anche la futura regolamentazione secondaria dell'AGCOM. L'Autorità, infatti, a mente della citata disposizione, dovrà rendere operativo, per tutti gli operatori di servizi di media audiovisivi, l'obbligo di trasmettere l'opera cinematografica solo a condizioni e termini preventivamente concordati con i titolari dei diritti (d'autore e diritti connessi); vale a dire dietro espressa autorizzazione, ovvero apposita concessione di licenza a copertura dell'attività di esecuzione dell'opera filmica attraverso le reti elettroniche, e a salvaguardia di tutti i diritti morali e patrimoniali che la legge riconosce agli autori ed ai titolari dei diritti connessi.⁵⁰

⁴⁸ Così Allegato B circolato informalmente (p. 12), e reperibile sul Sole24ore.com qui.

⁴⁹ In virtù dell'art. 4 del decreto Romani, è stata così modificata la definizione di "programma" inserita all'art 2, lett. e) del T.U. di cui al D.Lgs. n. 177/2005.

⁵⁰ Secondo l'art. 2, comma 2, della LDA, per opera d'arte cinematografica si intende quella creazione intellettuale (consistente in immagini in movimento) destinata, in via prioritaria, alla proiezione nelle sale cinematografiche. L'ordinamento considera l'opera filmica un'opera complessa, essendone autori il produttore cinematografico e, a mente degli artt. da 44 a 50 della LDA, anche l'autore del soggetto, l'autore della



Con riferimento agli altri audiovisivi definibili quali programmi ai sensi del nuovo assetto normativo le questioni sono più complesse, giacché, in primo luogo, occorre individuare a quali contenuti si potrà riferire la futura tutela di diritto d'autore dell'AGCOM per poi verificare, in secondo luogo, la tipologia di obblighi e di condotte che l'Autorità potrà imporre a protezione dei diritti di proprietà intellettuale.

14. Si può notare come la stessa nuova definizione di “programma”, introdotta dal decreto Romani,⁵¹ offra l'occasione di delineare un ambito applicativo della futura regolamentazione sul diritto d'autore potenzialmente idoneo a coprire parte di quei prodotti audiovisivi che, tradizionalmente, sfuggivano alla tutela concessa all'opera cinematografica ed ai videoclip.⁵² Nel corso del tempo, infatti, erano rimasti privi della tutela del diritto d'autore tutti gli altri contenuti audiovisivi quali, ad esempio: 1) i telefilm ed i film per la televisione; 2) i film di mera documentazione; 3) i programmi televisivi (tra cui giochi e *format*, intesi quali schemi ideativi di programmi); e 4) gli ipertesti (testo o commento ad immagini, che rientra nella tutela delle opere multimediali o informatiche).

Su tali contenuti, ad eccezione dei film di mera documentazione da sempre regolati quali opere fotografiche soggette alla tutela degli artt. 87 e ss. della LDA, è sempre mancato uno sforzo di collocazione sistematica nell'ambito dell'uno o dell'altro tipo di opera suscettibile di protezione. Adesso, invece, dopo la riforma del decreto Romani e l'inserimento della nuova definizione di “programma” all'interno del T.U. di cui al D.Lgs. n. 177/2005, tutti i contenuti audiovisivi diversi dalle opere cinematografiche, purché aventi determinate caratteristiche, potrebbero avere la possibilità di rientrare in un ambito autonomo di tutela grazie alla regolamentazione di secondo grado che l'AGCOM si appresta a fare.

Sulla base della nuova definizione del concetto legale di programma, può quindi ipotizzarsi che gli audiovisivi potenzialmente rientranti nella futura tutela dell'AGCOM sugli audiovisivi dovranno:

- (i) essere composti da una serie di immagini animate, sonore o non sonore;

sceneggiatura, l'autore della musica ed il direttore artistico, i quali, ai sensi dell'art. 10 LDA, esercitano i diritti morali in comunione tra loro.

⁵¹ Vedi nota n. 49.

⁵² Si osservi che il videoclip, dopo un'iniziale fase di incertezza sulla sua qualificazione giuridica (vedi Cassazione 11.6.1993, n. 1202, in AIDA 1995, p. 365-366), che gli ha riconosciuto la qualità generale di un'opera dell'ingegno, senza però assimilarla ad un'opera musicale né ad un'opera cinematografica minore (la Suprema Corte motiva il suo giudizio perché ritiene di escludere ogni autonomia all'apporto visivo, che considera in rapporto di totale subordinazione nei confronti della componente musicale), si è collocato nell'ambito della disciplina delle opere cinematografiche, grazie ad alcune riflessioni della dottrina (prima fra tutte, G. Bonelli, “*La natura e il regime giuridico del videoclip*”, in *Diritto d'Autore* 2001, p. 301 e ss.).



- (ii) appartenere, quale elemento ben determinato, ad un palinsesto o ad un catalogo di un fornitore di servizi di media che abbia, per forma e contenuto, qualità comparabili a quello tipico dell'attività di radiodiffusione televisiva; e
- (iii) non essere composti di immagini fisse o ripetitive.

Da ciò deriva che gli audiovisivi soggetti a tutela potranno essere: a) i telefilm ed i film per la televisione; b) i film di mera documentazione; e c) i programmi televisivi (tra cui giochi e *format*, intesi quali schemi ideativi di programmi); con esclusione, dunque, di tutti gli altri contenuti audiovisivi relativi ad immagini fisse (quali ad esempio le fotografie), ovvero non compatibili con l'attività di radiodiffusione televisiva (come ad esempio gli ipertesti, o le presentazioni grafiche).

Inoltre, pare che gli audiovisivi rientranti nel raggio d'azione della futura disciplina secondaria dell'AGCOM sul diritto d'autore *online* debbano essere solo quelli che appartengono ad un palinsesto (ovvero ad un catalogo di opere audiovisive) - assimilabile a quello tipico dell'attività di radiodiffusione televisiva - di un fornitore di servizi di media dotato di una responsabilità editoriale nella scelta del contenuto e nella sua organizzazione.⁵³

Alla luce di ciò, stante il concorso nell'individuazione dell'opera audiovisiva suscettibile di tutela di elementi oggettivi e soggettivi, connessi cioè alla qualificazione di un determinato soggetto operante nei servizi di media, è ragionevole concludere che non ogni audiovisivo sarà passibile di tutela di diritto d'autore *online*. Ma rientrerà nell'ambito del futuro regolamento dell'Autorità soltanto quell'opera audiovisiva che:

- ✓ risulti organizzata da un soggetto (persona fisica o giuridica) con una responsabilità editoriale nella scelta del contenuto; e
- ✓ sia inserita in un palinsesto o in un catalogo di opere audiovisive avente tutte le caratteristiche di un palinsesto o catalogo di diffusione tipicamente radiotelevisiva.⁵⁴

⁵³ In virtù dell'art. 4 del decreto Romani, è stata modificata la definizione di "fornitore di servizi media" che, adesso, all'art 2, lett. b) del T.U. di cui al D.Lgs. n. 177/2005, viene a qualificare ogni "*persona fisica o giuridica cui è riconducibile la responsabilità editoriale della scelta del contenuto audiovisivo del servizio di media audiovisivo e ne determina le modalità di organizzazione; sono escluse dalla definizione di "fornitore di servizi di media" le persone fisiche o giuridiche che si occupano unicamente della trasmissione di programmi per i quali la responsabilità editoriale incombe a terzi*".

⁵⁴ Secondo il nuovo art. 2, lett. g) del T.U. di cui al D.Lgs. n. 177/2005, per come riformato dall'art. 4 del decreto Romani, si definisce palinsesto televisivo o radiofonico "*l'insieme, predisposto da un'emittente televisiva o radiofonica, analogica o digitale, di una serie di programmi unificati da un medesimo marchio editoriale e destinato alla fruizione del pubblico, diverso dalla trasmissione differita dello stesso palinsesto, dalle trasmissioni meramente ripetitive, ovvero dalla prestazione, a pagamento, di singoli programmi, o pacchetti di programmi, audiovisivi lineari, con possibilità di acquisto da*



15. A mente del nuovo art. 32 *bis* del T.U. n. 177/2005 introdotto dal decreto Romani, se sulle opere cinematografiche l'attività vietata agli operatori dei servizi di media audiovisivi, nell'ottica del rispetto del diritto d'autore, è costituita soltanto dalla trasmissione dell'opera filmica (per intero) al di fuori delle condizioni e dei termini preventivamente concordati con i titolari dei diritti, sugli altri audiovisivi la medesima norma stabilisce, chiaramente, l'inibizione di molte altre attività, oltre che la semplice trasmissione illecita di programmi o parti di programmi.

La norma, infatti, vieta ai fornitori di servizi di media audiovisivi di: “*trasmettere, ritrasmettere, o mettere comunque a disposizione degli utenti, su qualsiasi piattaforma e qualunque sia la tipologia di servizio offerto, i programmi oggetto di diritti di proprietà intellettuale di terzi, o parti di tali programmi, senza il consenso di titolari dei diritti?*”.

La grandissima potenzialità applicativa in sede regolamentare della nuova disposizione dell'art. 32 *bis*, inserita nell'ordinamento dal decreto Romani, è di tutta evidenza. Attraverso i riferimenti a “*qualsiasi piattaforma*” ed a “*qualsiasi tipologia di servizio offerto*”, la nuova statuizione sembra rivolta ad un ambito di soggetti indeterminato per inibire loro un grandissimo numero di attività, comunque rientrante nel generico concetto della messa a disposizione. Inoltre, l'implicita capacità espansiva della ricordata disposizione, fa ritenere che essa possa costituire, in sede regolamentare, una sorta di norma di chiusura, idonea a colpire cioè, a seconda delle impostazioni assunte, un gran numero di comportamenti illeciti indeterminati e ad estendere il suo raggio d'azione a qualsiasi piattaforma che offra, nel web, un qualsiasi tipo di servizio.

Tuttavia, le preoccupazioni in merito all'eventuale espansione applicativa dell'art. 32 *bis* in tema di opere audiovisive fino a ricomprendere, ad esempio, i materiali di c.d. *user generated content* (UGC) pubblicati dai singoli utenti su piattaforme *hosting provider* di materiale audiovisivo (es: Youtube, Vimeo, ecc.),⁵⁵ devono essere confrontate con la norma *ex art.* 4 del decreto Romani che ha modificato l'art. 2, comma 1, lett. a) del T.U. di cui al D.Lgs. n. 177/2005, così come ha ricordato dalla stessa AGCOM nella sua prima versione informale dei lineamenti di provvedimento.⁵⁶

Sul punto specifico, l'Autorità ha precisato espressamente - almeno nella prima versione dell'Allegato B - di essere “*ben consapevole*” dell'esclusione operata dalla norma appena richiamata, che esonera dall'applicazione della nuova disciplina tutti coloro che non

parte dell'utente anche nei momenti immediatamente antecedenti all'inizio della trasmissione del singolo programma, o del primo programma, nel caso si tratti di un pacchetto di programmi?”.

⁵⁵ Si pensi al caso esplosivo, nel luglio 2008, con la citazione in giudizio avanti al Tribunale di Roma di Youtube da parte del gruppo Mediaset (RTI S.p.A.) per la violazione dei diritti economici connessi alla diffusione Internet di una serie di filmati relativi a trasmissione del gruppo televisivo, ed il relativo risarcimento danni che, per quanto riguarda il programma de il Grande Fratello 10, ha avuto un esito positivo per la Mediaset in sede di inibizione cautelare (ordinanza del 15/16.12.2009) ed in sede di reclamo (il 12.2.2010).

⁵⁶ Così Allegato B circolato informalmente, p. 12, e reperibile sul Sole24ore.com qui.



rientrano nella definizione di servizio di media audiovisivo e non svolgono attività in concorrenza con la radiodiffusione televisiva, come, ad esempio:

- i siti Internet privati e i servizi consistenti nella fornitura o distribuzione di contenuti audiovisivi generati da utenti privati a fini di condivisione o di scambio nell'ambito di comunità di interesse (c.d. *user generated content* o U.G.C.);
- ogni forma di corrispondenza privata, compresi i messaggi di posta elettronica;
- i servizi la cui finalità principale non è la fornitura di programmi;
- i servizi nei quali il contenuto audiovisivo è meramente incidentale e non ne costituisce la finalità principale, quali, a titolo esemplificativo: a) i siti internet che contengono elementi audiovisivi puramente accessori, come elementi grafici animati, brevi spot pubblicitari o informazioni relative a un prodotto o a un servizio non audiovisivo; b) i giochi in linea; c) i motori di ricerca; d) le versioni elettroniche di quotidiani e riviste; e) i servizi testuali autonomi (cioè i servizi di sottotitolazione e le guide elettroniche dei programmi); f) i giochi d'azzardo con posta in denaro, ad esclusione delle trasmissioni dedicate a giochi d'azzardo e di fortuna; ovvero g) una comunicazione commerciale audiovisiva.

Inoltre, l'Autorità - almeno nella prima versione dell'Allegato B circolata informalmente prima della sua pubblicazione ufficiale sul sito dell'AGCOM con la delibera n. 668/2010/CONS - ha richiamato espressamente, a base di tale esclusione da parte del legislatore, la *ratio* della salvaguardia di “una delle principale caratteristiche della rete internet vale a dire quella di fungere da straordinario veicolo di scambio dei file generati da privati”, da tutelare e valutare “quale manifestazione di valori costituzionalmente tutelati come la libertà di espressione e la libertà di manifestazione del pensiero”.⁵⁷ E, per avvalorare l'affermata necessità del rispetto di tali principi, l'Autorità medesima - sempre nella sua versione informale dell'Allegato B - ha fatto altresì riferimento ai suoi regolamenti assunti in tema, rispettivamente di prestazione di servizi di media audiovisivi lineari e radiofonici su altri mezzi di comunicazione elettronica (delibera n. 606/10/CONS pubblicata il 28.12.2010), e di fornitura di servizi di media audiovisivi a richiesta (delibera n. 607/10/CONS pubblicata il 28.10.2010).

Al riguardo, l'AGCOM ha riferito, nei suoi lineamenti di disposizioni sul diritto d'autore *online*.⁵⁸

✓ di aver limitato il campo di applicazione delle nuove discipline sui servizi audiovisivi lineari e radiofonici e su quelli *on demand* ai soli fornitori di servizi “che risultano in concorrenza con la televisione e che sono prestati nell'ambito di attività precipuamente

⁵⁷ Così Allegato B circolato informalmente, p. 12, e reperibile sul Sole24ore.com qui.

⁵⁸ Così Allegato B circolato informalmente, p. 13, e reperibile sul Sole24ore.com qui.



economiche e quindi, in particolare, ai soli servizi i cui ricavi da attività tipicamente radiotelevisive siano superiori a 100.000 euro e irradiano un palinsesto di almeno 24 ore settimanal⁵⁹; e

✓ di aver esonerato dall'applicazione di tali discipline tutti i servizi basati sugli U.G.C dei soggetti privati, a condizione che “*permanga in capo agli stessi la responsabilità editoriale*”, poiché - nell'ipotesi in cui dovessero riscontrarsi congiuntamente la responsabilità editoriale sui materiali audiovisivi e lo sfruttamento degli stessi da parte di soggetti aggregatori - “*si determinerebbe la condizione di servizio di media audiovisivo*”.

Da quanto detto, ferma la necessità di approfondire l'analisi dei due nuovi regolamenti assunti dall'Autorità in tema di servizi audiovisivi sopra citati, si può presagire che l'AGCOM nella futura disciplina del diritto d'autore riferibile ai contenuti audiovisivi seguirà le medesime impostazioni, almeno per come enunciate nella prima bozza dell'Allegato B, ma successivamente eliminate nella stesura ufficiale dei lineamenti di disposizioni effettivamente pubblicati.⁵⁹

Alla luce di quanto detto, ci si deve comunque auspicare che vi sia, in sede regolamentare un'applicazione della ricordata norma di cui all'art. 32 *bis* che temperi, come detta lo stesso decreto Romani all'art. 4, il divieto generalizzato di compimento di attività contrarie al *copyright*, valido a prescindere dalla tipologia di servizio offerto dal fornitore di servizi media audiovisivi e dalla natura della piattaforma utilizzata. Ad esempio, potrebbe immaginarsi l'enunciazione di tale divieto in linea di principio, ma munirlo di adeguati contrappesi, quali:

- i) l'enunciazione espressa di una applicabilità limitata ai soli fornitori di servizi di media audiovisivi che risultino in concorrenza effettiva con la televisione; nonché
- ii) una specifica clausola di esonero valida per siti Internet privati, ovvero esercenti di servizi di fornitura o distribuzione di contenuti generati da utenti privati; e
- iii) una deroga alla clausola di esonero, con conseguente possibilità di applicazione del divieto, così come stabilito, quindi solo qualora venga riscontrata, a seguito di valutazione rigorosa, la responsabilità editoriale sui materiali audiovisivi e lo sfruttamento economico di essi da parte di soggetti aggregatori.

⁵⁹ L'eliminazione, da parte dell'Autorità, nella versione definitiva dell'Allegato B, di tutti i riferimenti fatti alla sua recente disciplina sui servizi audiovisivi lineari e radiofonici ed a quelli *on demand*, nonché alla *ratio* di salvaguardia espressa dalla clausola di esonero di cui all'art. con la norma *ex art.* 4 del decreto Romani, offre all'interprete motivi di incertezza sulle modalità di formulazione effettiva con le quali l'AGCOM tradurrà in norma, in sede applicativa, l'art. 32 *bis* sul diritto d'autore.



Ferma ed impregiudicata per l'Autorità, a prescindere dalla tipologia del materiale in violazione dei diritti d'autore, la possibilità di includere nel raggio d'azione della futura disciplina anche tutti i siti internet privati "strutturalmente illegali" ai sensi e per gli effetti della sua generale competenza a norma dell'art. 182 *bis* della LDA.⁶⁰

PARTE III

16. Come abbiamo già precisato, i contenuti della proposta regolamentare sono di due tipi:

(a) azioni di tipo positivo e programmatico volte a favorire il diritto d'autore e a prevenire le violazioni del *copyright*; e

(b) misure di protezione dei diritti di proprietà intellettuale in rete.

Al riguardo, l'Autorità, nell'Allegato B recante i lineamenti di disposizioni,⁶¹ ha voluto premettere all'esposizione delle misure preventive e di accertamento messe a consultazione l'enunciazione dello scopo perseguito dalla futura normativa regolamentare.

In tale ottica, tutte le misure proposte, dovranno rispettare severi vincoli tecnici e giuridici che vedono, da un parte, il richiamo alle direttive comunitarie in materia,⁶² e, dall'altra, l'obbligo per l'AGCOM di contemperare il diritto degli autori a ricevere un'equa remunerazione, ed il diritto degli utenti di accedere liberamente ad Internet ed alla cultura nel rispetto del principio della neutralità della rete e della libertà di espressione.

Con tali affermazioni è stato declinato di fatto il fine fondamentale della futura normativa sul diritto d'autore sulle reti: addivenire cioè alla risoluzione del conflitto in atto tra diritto d'autore e nuovi media nel rispetto dei vincoli tecnico-giuridici derivanti dalla tipologia di materia e dalla disciplina esistente a livello europeo.

Pertanto, il modello di contemperamento degli interessi contrapposti che l'AGCOM ha proposto potrà e dovrà essere sempre valutato in termini sia di effettiva efficacia allo scopo sia di rispetto del c.d. principio di proporzionalità,⁶³ il quale impone agli Stati membri

⁶⁰ Così Allegato B, p. 6.

⁶¹ Così Allegato B, p. 7.

⁶² Ad esempio, Direttiva 2001/29/CE del 22.5.2001 sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, che ha dettato i criteri che devono adottare gli stati membri per addivenire alle c.d. eccezioni e limitazioni al diritto d'autore.

⁶³ Come il principio di sussidiarietà, il principio di proporzionalità regola l'esercizio delle competenze esercitate dall'Unione Europea. Esso mira a limitare e inquadrare l'azione delle istituzioni dell'Unione. In virtù di tale regola generale, l'azione di tutte le istituzioni operanti nell'Unione deve limitarsi a quanto è necessario per raggiungere gli obiettivi fissati dai trattati. In altre parole, l'intensità dell'azione deve essere in rapporto con la finalità perseguita. Ciò significa che laddove l'Unione dispone di diversi modi d'intervento essa deve selezionare, a parità di efficacia, quello che lascia la maggiore libertà agli Stati membri e alle persone. Il



di interpretare ed agire sul loro diritto interno in modo conforme alle direttive e non in conflitto con i diritti fondamentali o con gli altri principi del diritto comunitario.

17. Nell'Allegato B,⁶⁴ l'AGCOM ha fatto solo un breve accenno alle azioni dirette che intenderebbe adottare nei confronti degli ISP (*internet service providers*), nell'obiettivo di formulare misure preventive delle violazioni del *copyright*; tant'è che esse non sono state nemmeno riportate nel comunicato rilasciato il 17.12.2010 con la notizia dell'avvio della consultazione pubblica.

Interpolando il testo dell'Allegato B con quello dell'indagine conoscitiva sul punto,⁶⁵ si ricava che le azioni nei riguardi degli ISP che l'Autorità ha proposto sono alternativamente:

- l'imposizione di obblighi di sorveglianza e di informazione sul traffico Internet e sui servizi resi; ovvero

- la sottoscrizione di protocolli d'intesa che definiscano le condizioni ed i termini di fornitura delle informazioni rilevanti senza coercizioni, ma attraverso una cooperazione permanente con l'Autorità.

L'opzione alternativa che l'AGCOM ha delineato, senza tuttavia prendere alcuna determinazione, discende direttamente dalla sussistenza di vincoli normativi di rango comunitario,⁶⁶ che escludono la possibilità di imporre obblighi agli ISP - se non a determinate condizioni -, e che postulano, quindi, la necessità di una attenta valutazione in sede regolamentare.

Dalla lettura del quadro comunitario, e della giurisprudenza della Corte di Giustizia,⁶⁷ di cui l'AGCOM è ben consapevole avendovi fatto riferimento nell'indagine conoscitiva,⁶⁸ infatti, derivano i principali parametri di legittimità cui devono ispirarsi eventuali interventi regolamentari volti ad introdurre obblighi di monitoraggio e sorveglianza a carico degli ISP. Tali parametri sono:

principio di proporzionalità è chiaramente iscritto nel diritto primario dell'Unione, all'articolo 5, comma 3 del Trattato che istituisce la Comunità Europea (TCE).

⁶⁴ Così Allegato B, p. 7.

⁶⁵ Così l'indagine conoscitiva a p. 59.

⁶⁶ Direttive 2000/31/CE (art. 15) sull'e-commerce attuata attraverso il D.Lgs. n. 70/2003, e Direttiva 2004/48/CE del 29.4.2004 (art. 8), sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, a cui si è data attuazione con il D.Lgs. n. 140/2006 che ha modificato alcuni articoli della LDA e del codice della proprietà industriale.

⁶⁷ Corte di Giustizia, sentenza nella causa C-275/2006 del 29.1.2008.

⁶⁸ Così l'indagine conoscitiva a p. 59.



- il bilanciamento con i diritti alla tutela dei dati personali degli utenti, che possono subire limitazioni soltanto se proporzionate a quanto strettamente necessario ad assicurare una effettiva tutela del diritto d'autore;
- il rispetto della *privacy* a garanzia dell'anonimato degli utenti (i cui dati personali possono essere oggetto di *disclosure* solo per ordine della pubblica autorità competente).

Inoltre, l'adozione dei prospettati obblighi a carico degli ISP deve essere orientata al c.d. principio di proporzionalità,⁶⁹ e, quindi, rispettare i seguenti criteri:

- 1) adeguatezza rispetto alle finalità dell'intervento;
- 2) restrizioni alla *privacy* degli utenti non superiori alla misura strettamente necessaria allo scopo perseguito;
- 3) stretta proporzionalità per evitare un eccessivo sacrificio degli interessi configgenti;
- 4) condizionamento dell'attività di monitoraggio da parte degli ISP al consenso informato, attraverso un'attività di adeguata e trasparente informativa agli utenti ed indicazione, anche nei contratti di accesso ad Internet, dell'attività di sorveglianza da svolgere.

Come reso evidente dalla valutazione di detti parametri, nonché da quanto l'AGCOM medesima ha affermato nell'indagine conoscitiva, un eventuale intervento regolativo del diritto d'autore, che imponga obblighi agli ISP di sorveglianza e di informazione sul traffico Internet da loro gestito, "*deve essere preceduto da opportune analisi volte a stabilire ex ante, in via previsionale, che gli obblighi suscettibili di essere posti a carico dell'ISP possano rivelarsi idonei*"⁷⁰ a scongiurare le violazioni del *copyright* in rete. Con tale rilievo, l'Autorità ha espressamente riconosciuto che eventuali disposizioni da assumersi in sede regolamentare sul diritto d'autore *online* - che implicino obblighi di controllo ed informazione sul traffico a carico degli ISP - dovranno essere assistite da una "*previa attività di indagine, monitoraggio e sperimentazione, volta a quantificare il fenomeno e identificare le attività degli utenti potenzialmente lesive del diritto d'autore*" (*peer-to-peer, streaming, download*).

Da quanto sopra, vista la complessità delle questioni sostanziali e giuridiche sottostanti, si desume a corollario che il quadro conoscitivo a base della futura regolamentazione sul punto sia ancora da completare con l'acquisizione di dati e di informazioni supplementari. In tal senso, si comprende la proposta alternativa dell'Autorità di affidare eventualmente, il presidio preventivo a protezione del diritto d'autore *online*, non all'imposizione di condotte obbligatorie, bensì alla facoltà di stipula di accordi diretti con gli ISP volti all'ottenimento dei dati rilevanti sul loro traffico Internet evitando misure di tipo coercitivo.

⁶⁹ Vedi nota n. 63.

⁷⁰ Così l'indagine conoscitiva a p. 59



Pertanto, l'occasione della prossima consultazione pubblica potrà fornire tutti gli elementi idonei a completare il quadro conoscitivo necessario per l'adozione di misure adeguate; tanto più che tutti i soggetti interessati potranno far pervenire documenti informativi di supporto, così come desumibile dal richiamo fatto, nella delibera di avvio della consultazione n. 668/2010/CONS, all'utilizzo dello strumento di consultazione anche nell'ambito procedimentale relativo alle ricerche ed indagini conoscitive di cui alla delibera n. 278/99/CONS.⁷¹

18. Con riferimento alla legittimità di introdurre obblighi specifici a carico degli ISP, è da condividersi, in linea di massima, la considerazione fatta dalla stessa Autorità circa la sussistenza di una sua piena titolarità ad imporre misure *ad hoc* per la protezione della proprietà intellettuale con azioni positive e di prevenzione.

Infatti, l'art. 182 *bis* della Legge 22 aprile 1941, n. 633 attribuisce espressamente all'Autorità (non in via esclusiva) il potere di vigilanza in materia di violazioni del diritto d'autore al fine di "prevenire" e "accertare" eventuali violazioni del *copyright*. Alla luce di tale riferimento normativo, l'AGCOM ha dunque la possibilità di imporre misure di natura preventiva per impedire il verificarsi di violazioni dei diritti degli autori sui mezzi di comunicazione affidati alla sua sfera istituzionale di controllo.

A ciò deve aggiungersi che l'AGCOM è l'autorità di regolamentazione del settore delle comunicazioni elettroniche (ai sensi della Legge 31 luglio 1997, n. 249 che l'ha istituita ed ex D. Lgs. n. 259/2003 di cui al Codice delle comunicazioni elettroniche). Ne discende che essa è l'ente istituzionalmente deputato a garantire il corretto funzionamento ed utilizzo delle reti di comunicazione elettronica (ivi compresa la rete Internet), da parte di tutti i soggetti della filiera (*access provider* fino all'utente finale). Sicché, l'AGCOM può (e deve) stabilire le regole ritenute più idonee al perseguimento delle finalità cui essa è preposta e potrà fissare, conseguentemente, in sede regolamentare sul diritto d'autore *online*, parametri di condotta *ex ante* agli operatori di rete che siano direttamente correlati all'azione di prevenzione delle violazioni del *copyright* che l'ordinamento le affida ai sensi dell'art. 182 *bis*.

Ciò detto, secondo l'Autorità,⁷² tali misure preventive, che si potrebbero concretizzare nella fissazione in capo agli ISP di obblighi di monitoraggio e di informazione sul traffico Internet da loro gestito, qualora effettivamente adottate, non andrebbero a minare il principio dell'irresponsabilità penale e civile dei *provider* per i contenuti (illeciti) trasmessi da terzi sulle loro reti.⁷³

⁷¹ Vedi par. 6.

⁷² Così l'indagine conoscitiva a p. 18.

⁷³ Il principio dell'irresponsabilità civile e penale dei "fornitori di connettività alle reti" (ISP) deriva dal D.Lgs. n. 70/2003 sul commercio elettronico che ha attuato la relativa disciplina assunta a livello europeo (Direttiva 31/2000/CE). In particolare, dagli artt. 14, 15, 16 e 17 del citato D.Lgs. n. 70/2003 si ricava un sostanziale esonero da responsabilità per i contenuti veicolati dai c.d. intermediari di servizi della società dell'informazione a patto che rimangano del tutto estranei ai contenuti trasmessi (tale esonero riguarda cioè quei soggetti che si limitano ad offrire l'accesso alle reti di comunicazione elettronica, ovvero il semplice



Infatti, seguendo il ragionamento esposto dall'AGCOM,⁷⁴ il principio dell'irresponsabilità degli ISP - introdotto nel nostro ordinamento (in attuazione di una direttiva comunitaria) per escludere una responsabilità oggettiva a carico degli ISP a causa dei contenuti illeciti eventualmente veicolati da soggetti terzi -, non sarebbe minacciato dall'introduzione dei proposti obblighi. E ciò perché da detti obblighi deriverebbe, soltanto, secondo l'AGCOM, un tipo di responsabilità di natura amministrativa (non civile, né penale), al massimo in grado di tradursi, in caso di inosservanza da parte degli ISP, in una irrogazione di una sanzione amministrativa per inottemperanza ad ordini e diffide ai sensi dell'art. 1, comma 31, della Legge 31 luglio 1997, n. 249 .

Tuttavia, fermo restando che il ragionamento esposto dall'AGCOM e diffusamente approfondito in sede indagine conoscitiva si presenta, in via astratta, sufficientemente convincente, v'è da sottolineare come l'imposizione regolamentare di obblighi generali di condotta sugli ISP sia fortemente problematico, specie con riferimento concreto ai doveri di monitoraggio ed informativa del traffico Internet da loro gestito.

Sul punto, anche volendo superare il vincolo normativo rappresentato dalla Legge 22 maggio 2004, n. 128, (recante la conversione in legge degli interventi per contrastare la diffusione telematica abusiva di materiale audiovisivo, nonché a sostegno delle attività cinematografiche e dello spettacolo),⁷⁵ occorre considerare attentamente il fatto che un coinvolgimento più attivo degli ISP nell'azione di prevenzione delle violazioni del diritto d'autore potrebbe significare la dissoluzione del presupposto su cui si basa l'affermazione, nel nostro ordinamento (ed in quello comunitario), del principio della loro irresponsabilità: cioè l'assenza di un obbligo di tipo generale di sorveglianza sulle informazioni che gli ISP trasmettono o memorizzano (art. 17, comma 1, del D.Lgs. n. 70/2003 sul commercio elettronico).

Infatti, al fine di escludere o, di converso, introdurre elementi di responsabilità a carico degli ISP, è di tutta evidenza che un conto sono i casi specifici e particolari per i quali può essere chiesta loro una specifica attività di intervento sul traffico gestito, e un altro conto, assai diverso, è prevedere in senso generale, sebbene all'interno di norme di carattere secondario, una indiscriminata e generalizzata fissazione di un preciso obbligo di condotta che coinvolga gli ISP nel controllo del loro traffico Internet, dal momento che essi sono sempre stati, per definizione, esonerati da responsabilità proprio perché estranei ai contenuti da loro veicolati.

Alla luce di quanto detto, tralasciata la questione di non poco conto della sussistenza comunque nel nostro ordinamento di una prerogativa esclusiva dell'autorità giudiziaria di

trasporto delle informazioni scambiate in rete da soggetti terzi (c.d. *mere conduit*), ovvero il servizio di memorizzazione temporanea (c.d. *caching*) permanente (c.d. *hosting*) delle informazioni e dei file forniti dal *content provider* (cioè da colui che ha generato il contenuto informativo e/o il file).

⁷⁴ Così l'indagine conoscitiva a p. 19.

⁷⁵ Tale disciplina stabilisce chiaramente che le attività impositive di misure obbligatorie e di doveri informativi a carico degli ISP sono prerogativa esclusiva dell'autorità giudiziaria e di polizia.



chiedere informazioni sul traffico Internet degli ISP (art. 1, comma 5 della menzionata Legge 22 maggio 2004, n. 128), l'eventualità di una regolamentazione dell'AGCOM sul diritto d'autore che prevedesse, senza le opportune formulazioni di dettaglio, un obbligo generalizzato degli ISP a monitorare il traffico Internet ed a fornirne le relative informazioni all'Autorità si porrebbe in contrasto con il ricordato principio di irresponsabilità dei fornitori di connettività, enunciato nel nostro ordinamento dall'art. 17, comma 1, del D.Lgs. n. 70/2003, che dispone, in modo categorico, che il prestatore dei servizi di accesso ad Internet “*non è assoggettato ad un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza, né ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite*”.

Infine, l'ipotesi di una formulazione regolamentare di obblighi rivolti agli ISP dovrebbe, comunque, sempre tener presente il principio di proporzionalità e non contraddire il diritto comunitario che, sul punto, con la Direttiva 2001/29/CE del 22.5.2001 (sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione), stabilisce l'esenzione del principio della irresponsabilità degli ISP e l'affermazione di un loro dovere di sorveglianza sul traffico Internet solo in casi specifici, lasciando impregiudicate la possibilità che vengano adottate delle ordinanze dalle autorità nazionali in tal senso.

Dal che se ne desume che, qualora l'AGCOM intendesse comunque procedere per regolamento generale (e non per ordinanza caso per caso) ad introdurre obblighi di monitoraggio ed informazione sugli ISP, dovrà nel contempo, a nostro avviso, formulare in maniera tassativa e con numero chiuso tutte le ipotesi particolari che valgano a configurare l'imposizione di una misura di sorveglianza di tipo selettivo e specifico sul traffico Internet da parte degli Internet *provider*. E ciò per evitare che l'eventuale norma regolamentare si ponga in violazione con una fonte di diritto di rango superiore (dall'art. 17, comma 1, del D.Lgs. n. 70/2003) e con i principi del diritto europeo.

19. Come è stato detto, la *ratio* che si pone la futura disciplina AGCOM del diritto di proprietà intellettuale *online* si rintraccia nel contemperamento dei configgenti interessi dei portatori dei diritti d'autore e degli utenti delle reti di comunicazione elettronica.

Tale scopo generale è ben visibile nelle azioni positive che l'Autorità ha proposto per promuovere l'offerta di contenuti digitali legalmente accessibili dagli utenti.

Al riguardo, l'AGCOM ha sottolineato l'esigenza di affiancare all'attività di contrasto delle violazioni un'attività di tipo positivo, quale espressione di una politica generale di sostegno allo sviluppo in grado di rendere più efficace la stessa azione di accertamento e repressione degli abusi del *copyright*,⁷⁶ e creare le condizioni per instaurare un mercato di fruizione legale di opere nel web.

Tali azioni propositive sono sostanzialmente finalizzate a rimuovere gli ostacoli

⁷⁶ Così Allegato B, p. 8.



(commerciali, tecnologici e giuridici) allo sviluppo di un'offerta legale di contenuti protetti, e si ripropongono di favorire:

- l'accesso ai contenuti *premium* per incentivare gli autori all'utilizzo del canale elettronico per la diffusione delle loro opere;
- la riduzione delle finestre di distribuzione per consentire ai contenuti protetti un più rapido ingresso nel circuito legale della distribuzione digitale;
- il miglioramento della interoperabilità tra le diverse piattaforme di trasmissione dei contenuti per garantirne una fruizione senza vincoli tecnici;⁷⁷
- il superamento delle licenze esclusive per l'utilizzabilità delle opere digitali.

20. Nell'Allegato B l'Autorità ha dato conto del fatto che durante le audizioni tenutesi con gli operatori interessati, durante i lavori di preparazione e stesura dell'indagine conoscitiva, è emersa la sussistenza, nel mercato, di ostacoli strutturali allo sviluppo dell'offerta legale di opere digitali. Da tale confronto è risultato che le barriere allo sviluppo dell'offerta legale derivano principalmente:

- ✓ dalle modalità di vendita dei contenuti *premium*; e
- ✓ dalle modalità di distribuzione nei circuiti commerciali.

Quanto alle modalità di vendita,⁷⁸ l'Autorità ha preso atto che esse sono per lo più incentrate su un sistema di cessione in esclusiva dei diritti di sfruttamento, vincolante per tutta la filiera dei servizi disponibili per la fruizione dei contenuti (VOD, *pay-per-view*, *pay tv*, *free to air*). Tale sistema, secondo l'AGCOM, avrebbe come conseguenza la possibilità di offrire legalmente contenuti protetti in modalità *premium* soltanto a degli abbonati; ovvero, la

⁷⁷ Al miglioramento dell'interoperabilità l'AGCOM fa solo un rapido accenno, prendendo atto che la creazione dei c.d. *walled garden* punta a difendere determinate situazioni di monopolio relativamente al possesso ed alla messa a disposizione di determinati contenuti. Ma oltre a ciò, l'Autorità non aggiunge nient'altro, auspicandosi soltanto che "*l'industria si adoperi per garantire l'interoperabilità tra piattaforme trasmissive per permettere la fruizione integrale delle library attraverso qualsiasi tecnologia*" (così Allegato B, p. 9). Sul punto specifico, a parte quanto riferito, l'Autorità non ha fatto proposte, potendosi per questo motivo configurare, come verrà detto più avanti, un aspetto carente dei lineamenti di disposizioni proposte, giacché il *deficit* di interoperabilità rappresenta un grave ostacolo all'aumento dell'offerta legale dei contenuti a tutto vantaggio solo di alcuni operatori di mercato che offrono i loro servizi per la fruizione di essi solo attraverso piattaforme scarsamente inter-operative.

⁷⁸ Così Allegato B, p. 9.



scelta alternativa di non offrire affatto taluni servizi di fruizione di opere digitali, impedendo di fatto ad altri operatori di farlo in ragione della sussistenza a monte di vincoli di esclusiva (vedi ad esempio il caso dei film o delle serie TV che vengono resi per tali motivi del tutto indisponibili sulle piattaforme *online*, per via della prassi contrattuale di accordi di cessione per lo sfruttamento su basi esclusive ed a copertura di tutte le possibilità di utilizzo dei contenuti, a favore dei canali tradizionali).

Su tale questione, l'AGCOM ha espresso la sua determinazione ad *“assumere un ruolo propulsivo nell'incentivare la sottoscrizione di accordi tra gli enti rappresentativi dei titolari dei diritti, dei providers e degli utenti, affinché siano trovate soluzioni opportune per salvaguardare i diversi interessi in gioco e, in particolare, il diritto a un'equa remunerazione degli autori a fronte di un ampliamento della libertà di accesso ai contenuti in rete per gli utenti”*.⁷⁹

Con tali affermazioni, l'Autorità è andata oltre la mera prospettiva generica di superare le barriere contrattuali presenti attraverso un adeguato meccanismo di composizione e mediazione degli interessi confliggenti (cioè attraverso, come si vedrà, l'istituzione di un *forum*). Ma ha prospettato concretamente la possibilità di varare e di mettere a disposizione degli operatori il meccanismo della c.d. licenza collettiva estesa, alla quale ha dedicato un'ampia trattazione autonoma cui si fa espresso rinvio per economica espositiva.⁸⁰

Quanto, alle modalità di distribuzione,⁸¹ l'AGCOM, dopo aver descritto nel dettaglio i contorni della prassi commerciale di ritardare il rilascio legale su Internet di un'opera dell'ingegno, ha affermato che essa fa sì che tale opera si renda legalmente fruibile soltanto vari mesi dopo l'uscita su altri canali distributivi, e quindi dopo che sia stata già resa disponibile la copia “pirata”. Da ciò, l'AGCOM ha desunto che quanto più è ampio il lasso temporale intercorrente tra l'uscita nelle sale di un'opera cinematografica e la sua immissione legale nei vari canali di distribuzione alternativi, tanto maggiore è la probabilità che la copia “pirata” sia disponibile in Internet per i vari servizi di utilizzazione abusiva, con conseguente lesione dei diritti d'autore (fenomeno di c.d. intempestività dell'offerta legale).

Per le suesposte considerazioni, l'AGCOM ha sottolineato la necessità di *“ripensare”* il sistema delle modalità di distribuzione incentrato, attualmente, per il ciclo dei diritti cinematografici ed audiovisivi, sul sistema delle “finestre di distribuzione”. E ciò in maniera coerente con lo sviluppo del mercato digitale, adottando quindi una disciplina *“che garantisca flessibilità al mercato, fungendo anche da deterrente allo sviluppo della pirateria”*.⁸²

Pertanto, considerato che le finestre di distribuzione erano regolate rigidamente solo in passato attraverso normative vincolanti sulla tempistica delle finestre di sfruttamento, mentre ora, invece sono affidate alla libera contrattazione tra le parti, l'AGCOM ha

⁷⁹ Così Allegato B, p. 19.

⁸⁰ Così Allegato B, da p. 18 a p. 25.

⁸¹ Così Allegato B, p. 10.

⁸² Così Allegato B, p. 10.



proposto di assumere un ruolo propulsivo per la mediazione degli interessi delle parti. Tale mediazione a compensazione dei diversi interessi stimolerebbe, secondo l'AGCOM, i soggetti interessati di rivedere le *windows* di distribuzione in maniera da ridurre lo scarto temporale di uscita delle opere dai canali di distribuzione tradizionali (sale cinematografiche e *home video*) verso quelli di tecnologia digitale (servizi *on demand*), così da rendere questi ultimi realmente competitivi rispetto ai canali non autorizzati.

21. Con le iniziative messe a consultazione per la rimozione degli ostacoli giuridici e commerciali che si frappongono al corretto sviluppo dell'offerta legale dei contenuti protetti, l'Autorità va a toccare in maniera decisa l'attuale assetto degli interessi economici dei produttori di contenuti con riferimento alla gestione dei diritti d'autore e dei diritti connessi al loro sfruttamento, ponendo relevantissime problematiche di tipo economico-giuridico. Basti pensare che, da sempre, i portatori dei diritti di utilizzazione economica delle opere sono restii ad una rimodulazione delle finestre di distribuzione che, stante la generale incertezza sui modelli di *business* della rete, porterebbe ad una progressiva erosione dei sicuri ricavi provenienti dallo sfruttamento dei contenuti attraverso i canali tradizionali.⁸³

Le azioni proposte, peraltro, si inquadrano, per la loro valenza strutturale, molto più nell'ambito di politiche generali e scelte di tipo strategico ed economico, che non nel contesto di una mera attività di regolamentazione secondaria di dettaglio di precetti assunti dall'ordinamento.⁸⁴

⁸³ Al riguardo, per comprendere la posizione di alcuni produttori di contenuti, è sufficiente leggere il contributo dell'ANICA (associazione di categoria e rappresentanza degli interessi di oltre 9000 imprese nazionali del settore di produzione cinematografica, audiovisiva e multimediale, con oltre 200.000 lavoratori addetti), offerto in risposta alla consultazione indetta dall'Unione Europea e scaduta il 5.1.2010, sul documento di riflessione, denominato "*Creative Content in a European Digital Single Market: Challenges for the Future*" (Contenuti creativi nel mercato unico europeo del digitale: sfide per il futuro) dell'ottobre del 2009. Con tale documento di riflessione la Commissione europea ha inteso raccogliere la sfida della creazione di un mercato unico europeo dei contenuti digitali e creativi come i libri, la musica, i film o i videogiochi. Secondo studi condotti dalla Commissione, un mercato realmente unico e senza frontiere per i contenuti creativi online consentirebbe di quadruplicare le entrate al dettaglio di tale settore produttivo, a condizione che le imprese e le autorità pubbliche adottino misure favorevoli al consumatore ed idonee alla creazione del mercato e vengano superati gli ostacoli regolamentari e territoriali suscettibili di bloccare la distribuzione digitale di prodotti e servizi culturali e, quindi, la creatività e l'innovazione.

⁸⁴ Come chiarito dalla nota precedente, la proposta di AGCOM di azioni positive e di sostegno dell'offerta legale di contenuti creativi *online* si pone nel solco di quanto sta progressivamente emergendo, a livello europeo, sul diritto d'autore e sull'opportunità di creare un mercato unico dei contenuti digitali. Tuttavia, dal punto di vista dell'ordinamento interno, è mancata e manca tuttora, a livello nazionale, un'adeguata azione legislativa e soprattutto di governo che valga a tradurre in precetti vincolanti le istanze e le esortazioni allo sviluppo innovativo che stanno venendo dall'Europa per la creazione degli opportuni presupposti strutturali ed economici (soprattutto di concorrenza, trasparenza e competitività), idonei alla



Pertanto, la complessità degli interessi coinvolti dall'assunzione della decisione di rimuovere gli ostacoli sussistenti allo sviluppo dell'offerta legale di contenuti digitali, e la natura eminentemente politica di tale scelta, sostanzialmente indirizzata ad una pulitura del sistema per aprire il mercato, hanno correttamente suggerito all'Autorità di proporre una misura interlocutoria, volta cioè a realizzare una forma di composizione negoziata degli interessi attraverso l'istituzione di un "*forum per il dialogo fra tutti i portatori di interessi rilevanti in materia (titolari dei diritti, gestori collettivi degli stessi, distributori di contenuti, fornitori di accesso ad Internet, associazioni dei consumatori, etc)*"⁸⁵

Al riguardo, però, giova sottolineare la lacunosità dell'Allegato B sotto diversi aspetti.

A ben vedere, esso – a parte la licenza collettiva estesa che, come detto, ha ricevuto un'ampia analisi da parte dell'Autorità – ha posto, infatti, a consultazione solo enunciazioni generali di tipo programmatico. In breve, sulle problematiche in questione, l'Autorità si è limitata a richiedere agli operatori di esprimere le loro valutazioni di condivisione, o meno, dei concetti astratti e dei presupposti a base delle finalità che si è prefissa per addivenire allo sviluppo di una offerta legale di contenuti.⁸⁶ Sicché, per verificare la proposta concreta avanzata sul tema occorre trarre dal testo dell'indagine conoscitiva l'idea di misura che complessivamente si è mossa dalle determinazioni dell'Autorità e che, come sopra detto,⁸⁷ è quella dell'istituzione di un *forum* per la negoziazione e la composizione degli interessi confliggenti, e di farsene mediatrice.

Inoltre, vale la pena osservare, in linea generale, che se da un lato l'istituzionalizzazione di un canale dialettico di compensazione e mediazione degli interessi

costituzione di un mercato della c.d. economia della conoscenza. Si può e si deve osservare, infatti, che al di là del recepimento delle diverse direttive assunte dall'Unione sul diritto d'autore e sui servizi della società dell'informazione, ovvero in tema di adeguamento infrastrutturale delle reti di comunicazione (si pensi, da ultimo, allo stesso decreto Romani che ha modificato integralmente il vecchio T.U n. 177/2005 sulle radiotelevisioni in attuazione della Direttiva 13/2010/CE del 10.3.2010, che ha introdotto una nuova definizione dei servizi media audiovisivi, svincolata dalle tecniche di trasmissione), le istituzioni legislative e di governo italiane non hanno compiuto, fino ad ora, scelte politiche di tipo strutturale per favorire il mercato digitale. Da questo punto di vista, le proposte dell'AGCOM avanzate in tema di diritto d'autore online sono da considerarsi suppletive di tale lacuna, anche se la mancanza di scelte politiche ne indebolisce la portata e l'efficacia effettiva.

⁸⁵ Così l'indagine conoscitiva a p. 60.

⁸⁶ In sintesi, con le prime otto domande poste ai soggetti rispondenti nei box di lettura visibili sotto i paragrafi in cui si articola l'Allegato B da p. 9 in poi, l'Autorità, sia in tema di prassi contrattuali di vendita e di distribuzione dei contenuti, sia in tema di inter-operatività, ha chiesto ai soggetti rispondenti il loro parere: (i) sulla condivisione delle evidenziate criticità strutturali alla sviluppo dell'offerta legale di contenuti; (ii) su quali misure possano essere efficaci per garantire maggiore interoperabilità tra le piattaforme trasmissive; (iii) sulla condivisione del ruolo di *driver* dell'Autorità nella mediazione negoziale ed economica dei diversi interessi in campo, con riferimento tanto alle prassi contrattuali di licenze esclusive, quanto alle pratiche commerciali di distribuzione dei contenuti che ne rendono intempestiva l'offerta legale nei canali digitali.

⁸⁷ Vedi nota n. 85.



pare coerente con l'estrema rilevanza degli stessi e con la natura politica e strategica delle finalità che si è riproposta di realizzare l'AGCOM attraverso l'apertura del mercato dei contenuti digitali, dall'altro lato è innegabile l'assetto monopolistico e fortemente concentrato del nostro mercato interno sui diritti di sfruttamento delle opere cinematografiche e dei servizi media audiovisivi.

Si aggiunga, poi, la completa mancanza nell'Allegato B, come è evidente, ad esempio, in tema di interoperabilità, di valutazioni e chiare prese di posizione dell'Autorità a supporto di iniziative concrete per garantire la concorrenza effettiva tra gli operatori. Non c'è traccia, infatti, in nessuna delle azioni proposte dall'Autorità di scelte determinate volte ad eliminare le anomalie distorsive presenti in Italia nel mercato della produzione e dello sfruttamento dei contenuti, audiovisivi,⁸⁸ nonché quel *deficit* di interoperabilità utilizzato a difesa dei margini di guadagno di imprese con inaccettabili posizioni dominanti dal punto di vista del diritto europeo della concorrenza. E ciò è tanto più grave ove si rifletta che l'AGCOM sulle reti di comunicazione elettronica, secondo l'ordinamento, è l'autorità garante della promozione e lo sviluppo in regime di concorrenza delle risorse nel settore audiovisivo, della verifica di posizioni dominanti, del servizio universale, e della tutela del pluralismo sociale nei media (*cfr* legge istitutiva (Legge 31 luglio 1997, n. 249 c.d. legge Maccanico e Codice delle comunicazioni elettroniche),⁸⁹ e le sono stati conferiti tutti i poteri necessari per operare in tal senso.

In breve, così stando le cose dal punto di vista realistico dell'assetto degli interessi in campo e vista, oltretutto, la stratificazione corporativa di essi attraverso numerosissime ed eterogenee associazioni di categoria (ad es. l'ANICA, per citarne solo una) nelle quali sono organizzati i diversi produttori di contenuti a difesa degli investimenti fatti, la consultazione degli operatori sul tema delle misure positive da adottarsi per favorire la creazione del mercato dei contenuti digitali potrebbe non avere idonea efficacia in mancanza di scelte ed indirizzi concreti di base.

22. Sul tema di licenze collettive estese, l'AGCOM è stata più decisa avendo,

⁸⁸ La concentrazione del nostro mercato nel settore televisivo e di produzione di contenuti culturali cinematografici e audiovisivi è innegabile.

⁸⁹ L'unico riferimento a generiche necessità di salvaguardia di un approccio fondato sul mercato e sul pluralismo dell'offerta, l'AGCOM l'ha compiuto solo con riferimento alla "*concorrenza nei mercati dell'accesso e dei servizi Internet a banda larga*" (Allegato B, p. 19), riferendo dell'opportunità, in tema di licenze collettive estese, "*di interventi normativi volti a sostenere lo sviluppo dell'offerta legale dei contenuti per evitare distorsioni delle condizioni concorrenziali*". Con tale riferimento, tuttavia, l'Autorità ha inteso considerare soltanto la questione dell'adeguamento contrattuale per l'offerta sul mercato di abbonamenti differenziati ai servizi di accesso ai Internet, da parte degli ISP, al fine di non creare discriminazioni tra gli utenti che intendano acquisire l'autorizzazione a determinati utilizzi dei contenuti, e quelli che vogliano limitarsi ad avere servizi di connessione alla rete non comprendenti anche i servizi di accesso legale alla fruizione dei contenuti protetti.



evidentemente, operato delle scelte a monte ben precise.

Sull'argomento, l'Autorità, una volta elaborato il bisogno di completare il suo approccio regolativo del sistema del *copyright* digitale, non solo con misure di controllo degli abusi, ma anche con azioni positive di sostegno e sviluppo, ha esteso tale ragionamento dal *focus* dell'offerta legale dei contenuti culturali a quello dei sistemi di remunerazione dei diritti di proprietà intellettuale nell'ambito delle reti di comunicazione elettronica.

Infatti, come dichiarato nell'Allegato B,⁹⁰ durante la preparazione dell'indagine conoscitiva a base della consultazione sul diritto d'autore *online*, l'AGCOM ha preso atto della sussistenza di nuove modalità di offerta e fruizione dei contenuti digitali, quali il *file sharing* e lo *streaming*,⁹¹ e dell'urgenza, quindi, di adattare gli istituti tradizionalmente utilizzati dal sistema del diritto d'autore per garantire la remunerazione dei diritti di proprietà intellettuale alle nuove modalità di utilizzazione delle opere nella rete. E ciò, come è agevole dedurre, per definire in concreto un meccanismo di contemperamento dei diritti degli autori al mantenimento delle loro prerogative economiche, e degli utenti ad accedere facilmente ai contenuti culturali e all'informazione e fruirne liberamente con i sistemi tecnologici.

In tal senso, come emerge dall'indagine conoscitiva,⁹² l'Autorità ha valutato i tre modelli di contemperamento sui quali si è acceso il dibattito nel corso degli ultimi anni. Si osserva che, in linea generale, possono soddisfare l'esigenza di liberalizzare l'accesso ai contenuti tutelati dal diritto d'autore, garantendo la remunerazione dei titolari dei diritti, tre diverse ipotesi:

(a) fiscalità generale

lo Stato remunera i titolari dei diritti utilizzando risorse raccolte attraverso l'imposizione fiscale generale;⁹³ ovvero

(b) tassa di scopo

viene prevista sull'accesso al servizio Internet (a carico degli abbonati ad Internet o degli ISP) una tassa specifica, destinata ad attribuire un equo compenso ai titolari dei diritti sulle opere rese accessibili alla fruizione collettiva;⁹⁴ ovvero

(c) licenza collettiva estesa

si stabilisce, in alternativa, un meccanismo di adesione volontaria dei titolari dei diritti d'autore alla possibilità di sfruttamento delle opere tramite le modalità di fruizione digitale. In questo caso, secondo il meccanismo proprio delle licenze collettive estese, gli enti di

⁹⁰ Così Allegato B, p. 18.

⁹¹ Per una definizione generale di *file sharing* e di *streaming* si può vedere, rispettivamente qui e qui.

⁹² Così l'indagine conoscitiva a p. 61.

⁹³ Si ispira a tale modello, per esempio, la remunerazione dei titolari dei diritti per il prestito da parte delle biblioteche e discoteche dello stato (vedi Legge 286/2006 art. 2, comma 132).

⁹⁴ Ad esempio, per il *file sharing* o per lo streaming, una norma specifica potrebbe assoggettare l'accesso ad Internet ad un prelievo a carico di ciascun utente.

carico di ciascun utente, individuando il provider come sostituto di imposta, e destinare la parte del corrispettivo di accesso ad Internet corrispondente al prelievo a favore dei titolari dei diritti.



rappresentanza collettiva degli interessi degli autori negoziano, per conto dei detentori dei diritti (artisti associati), con gli enti rappresentativi degli operatori che veicoleranno i contenuti digitali su Internet un'apposita licenza per la concessione dei diritti di sfruttamento e di utilizzazione delle opere per via digitale. La licenza viene poi offerta ai singoli licenziatari beneficiari dei diritti di sfruttamento (e cioè ai singoli prestatori di servizi di utilizzazione dei contenuti via Internet agli utenti).

Alla luce di ciò, l'AGCOM, con la sua proposta, ha compiuto la sua scelta a favore del meccanismo delle licenze collettive estese, con ciò aderendo espressamente a quanto alcuni operatori avevano suggerito durante la fase di preparazione dell'indagine conoscitiva.⁹⁵

23. Come evidente dall'Allegato B,⁹⁶ l'Autorità, vista la diffusione in alcuni paesi europei del meccanismo delle licenze collettive estese e la loro recente sperimentazione anche in Italia,⁹⁷ ha articolato intorno a tale meccanismo un complesso sistema di remunerazione dei diritti d'autore *online*.

Detto sistema, basato sulle licenze collettive estese, è andato a delineare un assetto complessivo che, almeno nelle aspettative, pare tenga conto sia delle esigenze proprie della rete di garantire a tutti gli utenti forme di utilizzazioni dei contenuti e delle informazioni basate sulla libertà di accesso, sia degli autori di vedersi attribuita la giusta remunerazione per i prodotti del loro ingegno.

Testualmente, la proposta dell'AGCOM, rinvenibile nell'Allegato B,⁹⁸ è quella di *“assumere un ruolo propulsivo nell'incentivare la sottoscrizione di accordi tra gli enti rappresentativi dei titolari dei diritti, dei providers e degli utenti, affinché siano trovate soluzioni opportune per salvaguardare i diversi interessi in gioco e, in particolare, il diritto a un'equa remunerazione degli autori a fronte di un ampliamento della libertà di accesso ai contenuti in rete per gli utenti. In questo senso, possibili soluzioni innovative adottate nell'ambito di accordi volontari potrebbero riguardare, ad esempio, l'introduzione di*

⁹⁵ Si pensi al position paper del Centro Nexa del Politecnico di Torino, ad esempio, con il quale viene esclusa la possibilità di ricorrere a sistemi fiscali.

⁹⁶ Così Allegato B, p. 19.

⁹⁷ L'Autorità si riferisce al recente accordo tra la SIAE e Youtube. Tuttavia, come evidenziato nel presente contributo alla nota n. 43, la SIAE il 20.12.2010 ha siglato con l'associazione di categoria che riunisce le maggiori web radio attualmente in rete (WRA) la licenza di utilizzazione online dei vastissimi repertori musicali, concretizzando così la possibilità di estendere l'accordo ad un numero considerevole di operatori radiofonici operanti in Internet. Le utilizzazioni delle opere licenziate sono essenzialmente incentrate sui modelli di licenza c.d. di SSP, streaming service provider e di AWR, autorizzazione web radio.

⁹⁸ L'Autorità dedica alle proposte incentrate sulle licenze collettive estese un'ampia analisi, così Allegato B, da p. 18 a p. 25.



schemi contrattuali di accesso ad Internet differenziati per gli utenti che intendano acquistare dagli ISP un account “munito di licenza”. A fronte di incrementi tariffari contenuti, i contratti dovrebbero garantire l'autorizzazione per determinati utilizzi online di opere protette, quali la riproduzione o la messa a disposizione del pubblico nel quadro di attività di file sharing. Contestualmente, attraverso gli accordi volontari di filiera, gli ISP potrebbero impegnarsi a destinare i proventi - o parte dei proventi derivanti dalla conclusione di tali contratti - agli enti di gestione collettiva dei diritti, in modo da attribuire un equo compenso agli autori e ai titolari di diritti connessi. Gli accordi volontari potrebbero individuare le categorie di opere protette, e di utilizzi online, resi accessibili alla fruizione collettiva per finalità non commerciali. Infine, tra i contenuti degli accordi potrebbe essere contemplata l'istituzione di un fondo a carico degli ISP finalizzato a sostenere l'industria, in cambio di una parziale liberalizzazione degli usi di contenuti musicali protetti”⁹⁹

Sicché, in tale quadro, le misure che sembrano emergere dalla complessiva proposta dell'AGCOM sono:

- assumere un ruolo propulsivo all'interno di tutta la filiera dei contenuti digitali per promuovere la stipula di licenze collettive estese;
- agevolare la stipula di accordi volontari per la predisposizione di nuovi schemi contrattuali di accesso ad Internet, volti a consentire agli ISP di offrire sul mercato utenze “munite di licenza”;
- promuovere sugli ISP, attraverso opportuni meccanismi negoziali, l'impegno a destinare agli enti di gestione collettiva i proventi, o parte dei proventi derivanti dalla conclusione di tali nuovi contratti di accesso ad Internet, in modo da attribuire un equo compenso agli autori e ai titolari di diritti;
- promuovere l'istituzione di un fondo finanziato dagli ISP per sostenere l'industria (dei contenuti digitali) in cambio di una parziale liberalizzazione degli utilizzi delle opere.

La portata dirompente di tale proposta e la difficoltà di approfondirne oltre l'entità in questa sede ci inducono a limitare l'analisi soltanto all'assetto generale che ne deriva che, come già precisato, sembra salvaguardare, in linea di massima, sia il diritto alla remunerazione dei titolari dei diritti, sia quello dei singoli utenti ad accedere legalmente ai contenuti protetti via Internet.

Il *proprium* del meccanismo delle licenze collettive estese, infatti, come si dirà, non incide sul contenuto economico della gestione collettiva dei diritti autorali, bensì solo sulle modalità di amministrazione e gestione degli stessi attraverso la potenzialità di estendere gli effetti della licenza ai soggetti che non vi hanno aderito perché non fanno parte della

⁹⁹ Così Allegato B, p. 19.



gestione collettiva dei diritti d'autore (ad esempio non sono autori associati all'ente di *collecting* italiana costituita dalla SIAE). Pertanto, con il sistema basato sul meccanismo delle licenze collettive estese, mutando soltanto le modalità di gestione dei diritti, viene assicurata la remunerazione degli autori (e dei detentori dei diritti connessi) e, quindi, viene a garantirsi il corrispettivo necessario per l'accesso legale alle loro opere nel rispetto del diritto di proprietà intellettuale.

In tale ottica, per lo sfruttamento delle opere anche per via digitale:

1) continueranno ad aversi compensi su basi forfetarie da dare all'ente di gestione collettiva a titolo di corrispettivo per la concessione del diritto di sfruttamento dei contenuti oggetto della licenza collettiva estesa; e

2) si determinerà un flusso di remunerazione proveniente dagli ISP sia per gli aumenti tariffari derivanti dalle nuove utenze "munite di licenza" (*rectius*: autorizzate), sia per un eventuale fondo da finanziare in cambio di una progressiva liberalizzazione degli utilizzi in via digitale da parte dei produttori dei contenuti.¹⁰⁰

Così, una volta individuato il compenso degli autori e dei titolari dei diritti da dare alla società di gestione collettiva, essa sarà tenuta ugualmente a ripartirlo ed a distribuire le *royalties* agli autori secondo modalità analoghe a quelle previste attualmente nei contratti di licenza individuale.

Inoltre, secondo tali meccanismi, visto l'effetto estensivo tipico delle licenze collettive, gli utenti potranno acquisire l'autorizzazione ad utilizzare legalmente tutte le opere protette che circolano sui canali digitali (o altre reti di comunicazione elettronica), e non solo quelle che siano incluse nel repertorio protetto dell'ente di gestione collettiva che ha concesso la licenza (quindi anche quelle opere che siano di titolarità di autori non associati). E ciò perché, come accennato, è previsto che gli effetti della licenza vengano estesi a tutti, cioè anche a coloro che non vi abbiano aderito in quanto non rappresentati dai soggetti che hanno fatto la contrattazione collettiva e sottoscritto la licenza;¹⁰¹ fatto salvo in ogni caso la facoltà dell'autore non rappresentato e non associato ad alcuna società di gestione dei diritti di escludere la sua opera intellettuale dagli effetti estensivi della licenza (c.d. clausola di *opting out*).

¹⁰⁰ V'è da segnalare che, sul punto, i lineamenti di disposizione dell'AGCOM non chiariscono a sufficienza se il finanziamento della remunerazione dovuta agli autori per lo sfruttamento digitale delle loro opere debba essere riconosciuto anche a titolo di compenso per la stipula delle licenze collettive estese, ovvero essere costituito esclusivamente (come sembra più naturale, data la natura collettiva del contratto di licenza) da quello derivante dagli ISP per il ribaltamento sulla SIAE dei proventi, in tutto o in parte, ricavabili dai nuovi contratti di abbinamento ad Internet (e dall'eventuale fondo a favore dei produttori di contenuti).

¹⁰¹ Il descritto meccanismo estensivo automatico vale a distinguere le licenze collettive estese dalle *blanket licenses*, con le quali si concede il diritto di sfruttamento delle sole opere in titolarità degli associati all'ente di gestione collettiva



24. A completamento del sistema di remunerazione dei diritti d'autore incentrato sul meccanismo delle licenze collettive estese, l'Autorità ha svolto importanti considerazioni sugli ulteriori interventi da assumere per garantire l'estensione automatica dei loro effetti a tutti i titolari di diritti autorali.

A tal riguardo, in primo luogo, l'AGCOM ha approfondito il profilo della compatibilità del sistema delle licenze collettive con il diritto internazionale e comunitario vigente in materia, che delinea un impianto complessivo del diritto d'autore principalmente incentrato sul regime di esclusività.

Da tali analisi, l'Autorità ha dedotto che un sistema basato sulle licenze collettive estese possa considerarsi compatibile con i precetti internazionali soltanto in presenza di due condizioni di legittimità (alternative):

1) le licenze collettive estese devono incidere solo sulle modalità di gestione e di amministrazione dei diritti d'autore e non sui loro contenuti economici e normativi; con la conseguenza che un sistema di remunerazione dei diritti autorali basato sull'adesione volontaria agli accordi collettivi di licenza non deve violare il carattere di esclusività riconosciuto dalle norme internazionali e deve garantire la facoltà degli autori di sottrarsi all'applicazione delle licenze attraverso l'esercizio della facoltà di *opting out*; ovvero,

2) in caso di obbligatorietà del regime delle licenze collettive estese in virtù di disposizioni legislative o regolamentari, le licenze devono rispettare i parametri del c.d. *"three step test"*,¹⁰² poiché, altrimenti, gli accordi collettivi e le norme che attribuiscono ad essi efficacia generale ed *erga omnes* sarebbero illegittime limitazioni ed eccezioni ai diritti esclusivi dell'autore e del titolare dei diritti connessi (specie con riferimento ai diritti di comunicazione al pubblico delle opere e di riproduzione di esse).¹⁰³

Alla luce di tali premesse, l'Autorità ha espresso, in secondo luogo, la determinazione di procedere a verificare la *"percorribilità di soluzioni volte a introdurre disposizioni che attribuiscono"*

¹⁰² Il c.d. Three-Step Test (3ST) ha fatto la sua prima apparizione nel lontano 1967 nella fase di revisione della Convenzione di Berna per la Protezione della Opere Letterarie ed Artistiche del 1886 (vedi art. 9, comma, 2). Col trascorrere degli anni è stato introdotto in altri importanti strumenti internazionali tra i quali: a) l'accordo TRIP2 (la convenzione TRIPs -Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, venne sottoscritta a Marrakesh nel 1994 all'interno del più generale accordo che istituì l'Organizzazione Mondiale del Commercio, WTO); b) i trattati WIPO Copyright Treaty (WCT) e WIPO Performance and Phonograms Treaty (WPPT) entrambi siglati a Ginevra nel 1996; e c) dall'art. 5, comma 5, della Direttiva 2001/29/CE del 22.5.2001. Per una analisi maggiore del 3ST si veda il contributo di T. Margoni, Centro Nexa, Politecnico di Torino, reperibile qui.

¹⁰³ Il c.d. Three-Step Test (3ST), codificato dalla Direttiva 2001/29/CE pone tre condizioni di conformità delle eccezioni e delle limitazioni al diritto d'autore che possono essere applicate solo: i) in determinati casi speciali; ii) qualora non contrastino con il normale sfruttamento dell'opera e che iii) non arrechino ingiustificato pregiudizio ai titolari dei diritti.



efficacia generale agli accordi volontari conclusi tra gli enti rappresentativi degli autori, dei titolari dei diritti connessi, degli ISP e degli utenti, fatto salvo il diritto di opting out".¹⁰⁴

In terzo luogo, l'AGCOM, a completano del pacchetto di misure riferibili all'adozione del sistema di remunerazione del *copyright* digitale, ha delineato la determinazione di:

- introdurre l'efficacia generale delle licenze collettive e la loro validità *erga omnes* attraverso norme regolamentari;
- disciplinare le procedure di contrattazione collettiva da seguire;
- mettere a disposizione uno schema tipo di accordo collettivo di licenza estesa.

Infine, quanto alla legittimità di procedere in tal senso, l'AGCOM ha precisato di avere tutto il "*potere para-legislativo che è riconosciuto all'autorità indipendente di regolazione del settore delle comunicazioni elettroniche dall'ordinamento comunitario e nazionale*", nonché di avere la necessaria competenza in materia del diritto d'autore in generale, e di aver ricevuto espressa ed ampia delega normativa ai sensi del D.Lgs. 44/2010 *ex art. 6*.¹⁰⁵

25. Il complessivo assetto che l'AGCOM ha intenzione di dare al proposto sistema di remunerazione del diritto d'autore *online* basato sul meccanismo delle licenze collettive estese, stando a quanto sin qui riferito, pare configurarsi come una sorta di istituzionalizzazione di una contrattazione collettiva regolamentata.

E' evidente, infatti, che l'AGCOM, tra le due opzioni sopra ricordate per ammettere le licenze collettive estese, poste in maniera alternativa dal diritto internazionale, abbia scelto una soluzione di tipo misto. Leggendo quanto ha scritto in proposito l'Autorità è agevole ricavare che, da un lato, la formazione della licenza collettiva sarebbe lasciata alla libera contrattazione delle parti ed alla loro volontà di aderirvi, mentre, dall'altro, vi sarebbe, comunque, una sorta di recepimento "in bianco" con norma regolamentare della licenza collettiva per conferirle efficacia estensiva generale.

In questo complesso quadro delineato dalle proposte dell'AGCOM, sono dunque più che evidenti rilevanti criticità sia dal punto di vista del merito che da quello del metodo.

Per quanto riguarda il merito della proposta, dalla lettura dei lineamenti di disposizioni sul punto, risulta evidente l'ambiguità dell'Allegato B nella definizione dei soggetti legittimati alla negoziazione ed alla sottoscrizione delle licenze collettive estese.

Infatti, a parte l'individuazione delle società di gestione dei diritti d'autore, sul

¹⁰⁴ Così Allegato B, p. 24.

¹⁰⁵ Vedi nota n. 103.



versante degli opposti contraenti manca, a parere nostro, un'adeguata specifica di dettaglio che valga a determinare i soggetti e gli enti legittimati a negoziare e sottoscrivere gli accordi collettivi di licenza, quali beneficiari degli effetti della stessa e, dunque, quali licenziatari dei diritti di utilizzo e sfruttamento delle opere *online* che ne costituiscono l'oggetto.

In proposito, l'AGCOM in più punti ha fatto riferimento, quali contraenti delle società di gestione collettiva, agli operatori che "veicoleranno" i contenuti digitali su Internet. In altri punti, l'Autorità si è riferita indistintamente ai "*providers*", oppure ha cumulato nel medesimo ruolo di licenziatari le associazioni rappresentative degli ISP e degli utenti, senza nominare gli enti di categoria dei produttori dei contenuti e dei detentori dei diritti di riproduzione e di sfruttamento delle opere. Oppure, in alte parti ancora, l'Autorità ha lasciato intendere di poter addivenire ad un modello di licenza collettiva negoziata da tutti i soggetti della filiera senza alcuna distinzione di ruoli e di interessi specifici.

Sul punto, l'indeterminatezza della proposta appare tale da potersi dubitare della sua stessa efficacia, considerato oltretutto che:

- ✓ i "providers" a cui si è riferita l'AGCOM per individuare i licenziatari collettivi diretti non possono essere gli ISP, cioè i *service providers* che si limitano a "veicolare" sulla rete i contenuti verso i consumatori;
- ✓ che non tutti gli *hosting providers* hanno interessi allo sfruttamento economico dei contenuti;
- ✓ che non tutti i produttori di contenuti ed i detentori dei diritti al loro sfruttamento sono attivi su Internet come *content provider*;
- ✓ che le associazioni rappresentative dei consumatori, allo stato, sono ancora di tipo generalista, ovvero non hanno alcuna competenza specifica nel settore del diritto d'autore ed in quello delle comunicazioni elettroniche;¹⁰⁶
- ✓ che gli ISP, data la loro irresponsabilità e la loro conseguente neutralità, non possono essere coinvolti quali licenziatari indiretti degli utenti a cui veicoleranno i contenuti oggetto della licenza collettiva.

Sicché, visto il tasso di indeterminatezza che discende da quanto sopra, ed atteso che ancora il mercato non è maturo né trasparente, l'eventuale semplificazione della proposta che sia volta a far negoziare le licenze collettive a tutti i soggetti portatori di interessi rilevanti in materia, senza individuare livelli distinti di negoziazione, potrebbe portare nei

¹⁰⁶ Né può supplire, a parer nostro, da lato dei consumatori, un eventuale coinvolgimento del c.d. Consiglio Nazionale degli Utenti previsto dall'art. 1, comma 28, della stessa legge istitutiva dell'AGCOM n. 249/1997 (c.d. legge Maccanico), composto da esperti sulla materia dei servizi di comunicazione, nominati con regolamento della medesima Autorità, da scegliersi nell'ambito delle diverse associazioni consumeristiche. E ciò in quanto detto Comitato, chiamato già a funzioni consultive sulle proposte dell'AGCOM con riferimento ai consumatori, non avrebbe il dovuto livello di indipendenza.



fatti alla irrealizzabilità concreta di un qualsiasi tipo di accordo per la molteplicità dei soggetti coinvolti (e la conflittualità che ne deriverebbe), ovvero, al contrario, per la mancata rappresentanza di tutti gli interessi toccati dalla contrattazione della licenza estesa.

Sul punto specifico, è auspicabile, dunque, un maggior grado di dettaglio da parte dell'Autorità.

Infine, un ulteriore profilo di genericità della proposta nel merito è da rinvenire nella mancanza della doverosa specificazione di quali garanzie di rispetto del c.d. *"three step test"*¹⁰⁷ l'Autorità intenda adottare, nel caso di estensione regolamentare degli effetti della licenza collettiva così come previsto dal diritto internazionale e comunitario.

Tuttavia, anche a prescindere da quanto sopra rilevato, è nel metodo complessivo immaginato dall'AGCOM per implementare gli effetti estensivi generali delle licenze collettive che devono rinvenirsi gli aspetti più critici, se non di vera e propria illegittimità delle misure proposte sul tema.

Tutto il meccanismo che si intravede per la stipula delle licenze collettive e per conferire ad esse efficacia generale, nonché la medesima proposta di regolamentare anche le procedure da seguire nella contrattazione e gli schemi-tipo degli accordi da negoziare appaiono, senza nessuno sforzo, profondamente in contrasto con l'ordinamento e con l'autonomia e l'indipendenza contrattuale riconosciuta a tutti i soggetti che rimangono liberi di scegliere se, dove, quando e come stipulare le loro intese. Né, a nostro avviso, è possibile immaginare l'istituzione di un procedimento di contrattazione collettiva di tipo sindacale con regolamento di un'autorità amministrativa di vigilanza e senza le opportune garanzie (anche di tipo costituzionale) proprie del mondo delle relazioni industriali.

Inoltre, visto comunque che nel nostro ordinamento la SIAE (a norma dell'art. 180 della LDA) svolge in esclusiva l'intermediazione dei diritti d'autore, *"comunque attuata, sotto ogni forma diretta e indiretta di intervento, mediazione, mandato, rappresentanza ed anche cessione"*, non si comprende di quale altra norma vi sia bisogno per estendere gli effetti di una licenza collettiva da questa eventualmente negoziata. La SIAE, infatti, a prescindere dalla attenuazione dell'esclusiva a cui abbiamo assistito negli ultimi anni, è comunque nel nostro ordinamento un ente pubblico di gestione collettiva tendenzialmente unitaria, valida cioè sia per gli autori ad essa associati che per gli altri, avendo per tale ragione già peraltro sottoscritto licenze collettive estese su vastissimi repertori di opere protette, senza bisogno di alcun intervento normativo dell'AGCOM.¹⁰⁸

Infine, giova sottolineare che se effettivamente l'AGCOM intendesse porre a base della sua legittimità a procedere, come ha enunciato, *"l'ampia delega contenuta nel D.Lgs n. 44"*

¹⁰⁷ Vedi note nn. 102 e 103.

¹⁰⁸ Vedi nota n. 97. Si noti che è la stessa Autorità a riferire del recente accordo tra la SIAE e Youtube per una licenza collettiva. Inoltre, come già detto anche nella nota n. 43, la SIAE il 20.12.2010 ha siglato con l'associazione di categoria che riunisce le maggiori web radio attualmente in rete (WRA) la licenza di utilizzazione online dei vastissimi repertori musicali, concretizzando così la possibilità di estendere l'accordo oltre i soggetti legalmente rappresentati in sede di contrattazione.



del 2010 all'art. 6",¹⁰⁹ potrebbero configurarsi i vizi di eccesso di potere e violazione del principio di legalità.

Tale norma del decreto Romani infatti, come già visto, ha conferito poteri regolamentari all'AGCOM (introducendo il nuovo art. 32 bis nel T.U. sui media audiovisivi) solo ed esclusivamente per rendere operativi quegli obblighi e limiti imposti agli operatori dei media audiovisivi sul diritto d'autore espressamente enunciati dalla stessa norma, che fa riferimento:

- a) al dovere di trasmettere opere cinematografiche solo alle condizioni concordate con i titolari dei diritti; ovvero
- b) al dovere di astenersi dal trasmettere, ri-trasmettere, o mettere comunque a disposizione degli utenti, su qualsiasi piattaforma e qualunque sia la tipologia di servizio offerto, i programmi oggetto di diritti di proprietà intellettuale di terzi, o parti di tali programmi, senza il consenso di titolari dei diritti.

Sicché ogni intervento regolamentare che travalichi gli enunciati confini normativi potrebbe agevolmente essere considerato un eccesso di delega e una violazione di legge.

26. Altre misure positive – attività informativa e di educazione alla legalità e coinvolgimento degli ISP

Come già esposto, l'Autorità è persuasa del fatto che il modo migliore per contrastare in radice la pirateria digitale e tutti gli altri abusi del diritto d'autore in rete sia quello di sviluppare una ricca offerta legale di contenuti digitali. E ciò anche perché, come considerato dall'AGCOM,¹¹⁰ l'assenza di un'offerta legale favorisce, indirettamente, la domanda di contenuti audiovisivi da soddisfare sul mercato "pirata".

In tale ottica, l'AGCOM ha proposto specifiche azioni per promuovere l'educazione alla legalità quale strumento per diffondere un utilizzo corretto della rete internet, vista la constatazione del grave *deficit* informativo della maggior parte degli utenti che utilizzano la rete per accedere a contenuti coperti da *copyright* senza il consenso dell'autore e senza essere consapevoli di commettere un abuso. Pertanto, l'Autorità ha ritenuto di avanzare la proposta di pianificazione di una campagna di informazione e di educazione alla legalità intesa a rendere gli utenti più coscienti della normativa a tutela del diritto d'autore.

Come delineato nell'Allegato B,¹¹¹ la campagna di sensibilizzazione proposta potrebbe, ad esempio, articolarsi in:

1. una sezione dedicata sul sito *web* dell'Autorità, con la chiara indicazione della normativa di riferimento, delle iniziative di prevenzione e di accertamento delle violazioni in materia di diritto d'autore realizzate;
2. una promozione delle forme sperimentali di consumo legale per la creazione

¹⁰⁹ Così Allegato B, p. 24.

¹¹⁰ Così Allegato B, p. 11.

¹¹¹ Così Allegato B, p. 12.



di un mercato nazionale forte ed evoluto della produzione, distribuzione e consumo di contenuti digitali;

3. una campagna informativa mirata sui principali mezzi di comunicazione (canali televisivi, emittenti radiofoniche, stampa specializzata e, naturalmente, siti internet maggiormente frequentati dall'utenza italiana), intesa principalmente a sensibilizzare l'utenza sul tema del rispetto della legalità e della valorizzazione della creatività.

Tuttavia, nel contesto delle attività di sensibilizzazione ed informazione degli utenti, l'aspetto caratterizzante della proposta avanzata è costituita dal coinvolgimento degli ISP che l'Autorità ritiene utile fare proponendo loro, sostanzialmente, la modifica del contratto e delle condizioni di contratto per l'accesso ad Internet da offrire all'utenza. In questa direzione, l'Autorità ha ipotizzato una serie di modifiche degli *standard* contrattuali, volte ad integrare gli strumenti contrattuali in uso con:

- ✓ l'indicazione “di contenuti su internet che l'utente sottoscrive al momento del primo utilizzo del servizio”;
- ✓ l'indicazione delle “consequenze tecniche” cui potrebbero andare incontro gli utenti in caso di un utilizzo non corretto del servizio;
- ✓ l'indicazione delle modalità di pagamento per fruire di contenuti legali.

Come è agevole osservare, stando al quadro delle iniziative complessivamente proposte con riferimento agli ISP dall'Allegato B, le implicazioni del coinvolgimento di questi ultimi in termini di imposizione di condotte anche di tipo contrattuale e/o di obblighi di sorveglianza delle attività dei loro utenti e del traffico Internet da loro gestito sono altamente problematiche; soprattutto tenuto conto, come abbiamo già osservato,¹¹² del regime di irresponsabilità e neutralità che deriva loro per effetto di espressi principi comunitari.¹¹³

Tuttavia, relativamente all'attuale regime giuridico degli ISP, la determinazione dell'AGCOM, così come resa evidente sia con riferimento a quanto abbiamo già notato in precedenza sull'imposizione degli obblighi di monitoraggio e di informazione sul traffico Internet,¹¹⁴ sia con riferimento soprattutto alle misure di accertamento e tutela del diritto d'autore contenute nell'Allegato B,¹¹⁵ è quella di addivenire ad un mutamento complessivo

¹¹² Vedi nota n. 73. Il principio dell'irresponsabilità civile e penale dei “fornitori di connettività alle reti” (ISP) deriva dal D.Lgs. n. 70/2003 sul commercio elettronico che ha attuato la relativa disciplina assunta a livello europeo (Direttiva 31/2000/CE).

¹¹³ Il principio dell'irresponsabilità civile e penale dei “fornitori di connettività alle reti” (ISP) deriva dal D.Lgs. n. 70/2003 sul commercio elettronico che ha attuato la relativa disciplina assunta a livello europeo (Direttiva 31/2000/CE).

¹¹⁴ Vedi par. 18.

¹¹⁵ Così Allegato B, da p. 13 a p. 18.



dell'assetto giuridico che regola l'attuale *status* dei *service provider*.¹¹⁶

Pertanto, nella predetta ottica, le proposte avanzate per il coinvolgimento degli ISP nell'ambito della campagna di sensibilizzazione ed informazione sulla legalità digitale in tema di diritto d'autore proposta dall'AGCOM, possono considerarsi un'ulteriore espressione della volontà di una riforma strutturale dell'attuale regime di responsabilità degli ISP.

27. Data la delicatezza e la complessità tecnica delle tematiche illustrate, l'Autorità ha avvertito e dichiarato l'esigenza di istituire un tavolo tecnico permanente composto da rappresentanti di tutti i soggetti e categorie interessate, ivi comprese le associazioni dei consumatori, con il compito di approfondire le problematiche applicative del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e per l'efficace implementazione delle misure previste.

Come reso evidente dalla lettura dell'indagine conoscitiva,¹¹⁷ inoltre, l'istituzione del tavolo tecnico dovrebbe riproporsi oltre che l'implementazione di tutte le misure proposte, anche e soprattutto la complessiva riforma, in modo unitario ed organico dell'intero impianto normativo costituito dalla LDA per renderlo più attuale e coerente al settore delle comunicazioni elettroniche.

PARTE IV

28. L'analisi sul quadro normativo di riferimento fatta dall'AGCOM nella prima parte dell'Allegato B,¹¹⁸ secondo quanto già precisato, ha chiarito come all'Autorità spetti la protezione del diritto d'autore dalle violazioni realizzate sulle reti di comunicazione elettronica (televisione, telecomunicazioni e rete internet).

A parte i problemi che derivano dall'art. 182 *bis*, circa la competenza dell'Autorità su l'ambito generale del diritto d'autore e di tutte le tipologie di opere protette, in precedenza evidenziati, è ben vero, infatti, che i più recenti interventi legislativi operati dal c.d. decreto Romani hanno investito l'Autorità non più soltanto di funzioni di vigilanza, ma anche di

¹¹⁶ L'espressione di tale impostazione di base che l'AGCOM ha inteso assumere nei confronti degli ISP è resa evidente nell'indagine conoscitiva, dove sono rintracciabili tutti gli approfondimenti fatti dall'Autorità in tema di regimi di responsabilità nella filiera Internet (vedi da p. 20 a p. 28). In detto documento si legge chiaramente l'intenzione dell'Autorità di giungere ad una "tipizzazione" di possibili forme di responsabilità degli ISP, nel caso in cui essi non si limitino a fornire il solo servizio di connessione alla rete (nel caso in cui non siano solo degli *access provider* in tutto e per tutto equiparabili ai gestori telefonici), ma erogino anche servizi aggiuntivi dal *caching* all'*hosting*.

¹¹⁷ Così l'indagine conoscitiva a p. 61

¹¹⁸ Così Allegato B, da p. 3 a p. 6.



quelle di tipo regolamentare sul diritto d'autore.

In base a ciò, l'AGCOM ritiene di poter esercitare - in tutto il perimetro del diritto d'autore - i poteri regolamentari ad essa assegnati nei confronti dei fornitori di servizi di media audiovisivi, dei gestori dei siti *web*, degli operatori di rete, dei fornitori di connettività (gli ISP), dei fornitori di servizi di *caching/hosting*, e più in generale nei confronti di tutti gli operatori di comunicazione elettronica.

Pertanto, considerato tale ambito soggettivo della sfera d'azione dell'Autorità, essa, con le proposte misure di protezione, si è prefissa di esercitare la sua funzione di tutela del diritto d'autore *online* in maniera tale che si possa snodare “*attraverso una procedura estremamente semplice nei modi e celere e certa nei tempi*”.¹¹⁹

Peraltro, la stessa procedimentalizzazione delle misure di tutela avanzate dall'AGCOM garantirebbe ai titolari dei diritti d'autore, a detta dell'Autorità, una forma di protezione alternativa (e non sostitutiva) rispetto a quella già offerta dall'Autorità giudiziaria, in quanto sarebbe rispettosa delle prerogative proprie dei giudici.

Ferma restando, infatti, l'azione di repressione, anche sul piano penale, di appannaggio esclusivo della magistratura, l'AGCOM ha inteso concretizzare, con la formulazione delle misure di protezione, il precetto normativo inserito nel sistema dal nuovo l'art.32 *bis* del T.U. dei servizi di media audiovisivi e radiofonici di cui al D.Lgs. n. 177/2005, che ha voluto meccanismi alternativi di protezione e reazione agli illeciti sul diritto d'autore, basati su strumenti ragionevoli e proporzionati.

A tale riguardo, tenuto conto dei criteri di ragionevolezza e proporzionalità a cui debbono ispirarsi gli strumenti di tutela del diritto d'autore *online*, nell'ottica del bilanciamento tra l'interesse degli autori ed il valore costituzionalmente tutelato della libertà di espressione e di accesso alla conoscenza, è apparso utile all'Autorità indagare le *best practices* esistenti a livello internazionale,¹²⁰ per individuare una procedura di protezione del diritto d'autore che fosse improntata alla “*semplicità, l'efficacia e celerità con la garanzia di un equo procedimento*”.¹²¹

A seguito di dette analisi, l'AGCOM ha delineato una sua procedura di tutela, adottando i meccanismi propri del modello previsto negli USA e denominato *notice and take down* dal *Digital Millennium Copyright Act*,¹²² e ciò anche in considerazione del fatto che meccanismi simili sono stati già adottati, su basi volontarie, in sede di autoregolamentazione, dai principali siti Internet che già prevedono una procedura di rimozione *ex post* del contenuto illegittimo nell'ambito della loro *policy* sul *copyright* e delle

¹¹⁹ Così Allegato B, p. 13.

¹²⁰ L'indagine conoscitiva reca i risultati dell'ampio *benchmark* compiuto dall'Autorità sugli assetti del diritto d'autore in altri ordinamenti, sugli strumenti di tutela da essi previsti e sui risultati del dibattito internazionale su alcune problematiche connesse alla protezione online dei diritti di proprietà intellettuale (vedi da p. 37 a p. 58).

¹²¹ Così Allegato B, p. 14.

¹²² Vedi nota n. 9.



condizioni di utilizzo del servizio.

29. Nei lineamenti di disposizioni dell'AGCOM sulla nuova disciplina del diritto d'autore *online* è descritta in maniera analitica la procedura che l'Autorità intende adottare con il futuro regolamento per la tutela della proprietà intellettuale sulle reti di comunicazione elettronica.

La procedura avanzata dall'AGCOM si articola nelle seguenti distinte fasi:

- 1) segnalazione del titolare del diritto al gestore del sito o al fornitore del servizio di media audiovisivo;
- 2) segnalazione all'Autorità in caso di mancata rimozione spontanea del contenuto coperto da *copyright* illegittimamente pubblicato;
- 3) verifica in contraddittorio tra le parti;
- 4) adozione del provvedimento di rimozione;
- 5) monitoraggio dell'esecuzione dell'ordine di rimozione ed applicazione di sanzioni in caso di reiterata inottemperanza.

Si aggiungerebbe infine, a chiusura del sistema la possibilità per l'Autorità di inibire il nome di dominio ovvero l'indirizzo IP, oppure predisporre una "lista nera" di siti illegali, nel caso di siti che abbiano quale unica attività la diffusione online di contenuti illeciti.

Ciò posto, approfondendo ora l'analisi di quanto ha proposto l'Autorità, emergono in dettaglio i particolari del procedimento immaginato dall'AGCOM in caso di violazione del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica

Infatti, in caso di abuso, i titolari dei diritti e tutti gli altri soggetti autorizzati a disporre (in particolare, i titolari di licenze di sfruttamento, in proprio o attraverso le loro associazioni per la tutela di interessi collettivi) possono inviare un avviso di violazione del *copyright* al gestore del sito o al fornitore del servizio di media audiovisivo; il quale ha l'obbligo (preventivo), ai fini della corretta applicazione della procedura, di mettere a disposizione un centro di referenza per la ricezione di tali tipi di segnalazione e richieste, ed un modello già predisposto di segnalazione *standard*.

Il gestore del sito o il fornitore del servizio di media audiovisivo, se la richiesta di rimozione appaia fondata, deve eliminare il contenuto protetto entro il termine di 48 ore dalla ricezione della richiesta, e contattare, eventualmente, il soggetto che ha reso disponibile il contenuto protetto in violazione del *copyright* che può a sua volta contro notificare delle osservazioni. Decorse le 48 ore dalla richiesta senza che il contenuto sia stato rimosso, il titolare del diritto può rivolgersi all'Autorità, anche per via telematica, inviando la segnalazione e l'istanza di rimozione da redigersi secondo il modello che sarà reso disponibile sul sito dell'AGCOM.

L'Autorità, ricevuta la richiesta, effettua una breve verifica in contraddittorio con le parti (titolare del diritto, gestore del sito, soggetto che ha effettuato la contro notifica) da concludere entro cinque giorni. La verifica viene iniziata dall'Autorità con la comunicazione



dell'avvio del procedimento al gestore del sito (o, nel caso non fosse possibile individuarlo, al fornitore del relativo servizio di *hosting*), all'operatore di telecomunicazione o a quello televisivo, a cui risulti oggettivamente riferibile la violazione della normativa rilevante. La comunicazione d'avvio del procedimento dovrà contenere una sommaria descrizione dei fatti contestati, nonché l'indicazione della disposizione normativa o regolamentare che si presume violata.

Qualora nel corso del termine previsto per la durata della verifica in contraddittorio (cinque giorni), il soggetto segnalato come in apparente violazione delle norme di diritto d'autore proceda alla rimozione spontanea dei contenuti il cui diritto di proprietà intellettuale è violato, l'Autorità, verificata la rimozione effettiva, può disporre l'archiviazione del procedimento.

Diversamente, se tale rimozione spontanea non avvenga, ovvero l'Autorità, all'esito del contraddittorio, ritenga violato il diritto d'autore, l'AGCOM ordina senza ritardo al gestore del sito o al fornitore del servizio di media audiovisivo, anche per via telematica, l'immediata rimozione del materiale trasmesso in violazione del diritto d'autore.

L'Autorità ha il potere, infine, di controllare l'esecuzione dell'ordine di rimozione impartito e, in caso di inottemperanza, reitera l'ordine avvertendo che il suo mancato rispetto comporterà l'applicazione delle sanzioni previste dalla legge (articolo 1, comma 31 della legge istitutiva, Legge 31 luglio 1997, n. 249).

Completa il quadro generale della procedura proposta dall'AGCOM di rimozione selettiva sopra delineato (perché è volta ad eliminare solo i contenuti effettivamente illeciti) un'ulteriore sanzione, prevista ove il soggetto che abbia compiuto la violazione del *copyright* sia strutturalmente illecito sotto il profilo del rispetto del diritto d'autore, ovvero abbia i *server* localizzati al di fuori dei confini della giurisdizione nazionale. Infatti, precisato che saranno soggetti alla procedura di *notice and take down* sopra descritta soltanto quegli operatori che abbiano i *server* in Italia, l'AGCOM ha aggiunto un altro sistema sanzionatorio, applicabile qualora vi siano siti il cui fine sia unicamente quello di diffondere contenuti protetti in violazione del *copyright*, oppure che abbiano i *server* fuori dall'Italia. In tali casi, l'AGCOM potrà avviare - "anche in rappresentanza di interessi collettivi o di altri organismi di vigilanza quali la SLAE o la Guardia di Finanza"¹²³ - un procedimento in contraddittorio affinché vengano cancellati tutti i contenuti illeciti.

A quanto sopra, l'Autorità ha aggiunto, ma solo quali ulteriori ipotesi sanzionatorie da valutare attraverso la consultazione pubblica:

- la predisposizione di una lista di siti illegali (*black list*) da inviare ai *service provider*,
- la possibilità, in casi estremi, e sempre in contraddittorio, di inibire il nome del sito web, ovvero dell'indirizzo IP, analogamente a quanto avviene per i casi di offerta, attraverso la rete telematica, di giochi, lotterie, concorsi e scommesse abusivi.

¹²³ Così Allegato B, p. 15.



30. Prima di procedere con le opportune considerazioni sul sistema sanzionatorio delineato dalla proposta messa a consultazione, giova precisare che i soggetti della sfera d'azione dell'Autorità sono solo gli operatori qualificati delle reti, cioè tutti quei soggetti che rientrano nell'ambito di applicazione del Codice delle comunicazioni elettroniche ex D. Lgs. n. 259/2003; vale a dire fornitori di servizi di media audiovisivi, gestori dei siti *web*, operatori di rete, fornitori di connettività (gli ISP), fornitori di servizi di *caching/hosting*, e più in generale, tutti gli operatori di comunicazione elettronica.

Solo questi ultimi, infatti, possono soggiacere alla responsabilità amministrativa che deriva dalla applicazione della sanzione prevista dall'art. 1, comma 31, della legge istitutiva dell'AGCOM (Legge 31 luglio 1997, n. 249). Sicché, tutti i soggetti qualificati ritenuti responsabili di violazioni del *copyright* (che abbiano o meno i *server* localizzati in Italia, secondo l'impostazione dell'AGCOM) potranno essere destinatari dell'applicazione di una sanzione di tipo amministrativo, irrogata attraverso un procedimento da definirsi con provvedimento di natura amministrativa ed impugnabile, come un qualsiasi altro atto amministrativo, avanti alla giurisdizione amministrativa.

Per quanto riguarda il singolo utente e/o, più in generale, i consumatori, invece, l'AGCOM non ha alcun potere di intervento, data l'estraneità dei consumatori dall'ambito del settore di vigilanza affidatole dal Codice delle comunicazioni elettroniche. Sui singoli utenti, tuttavia, come ricordato dalla stessa AGCOM,¹²⁴ gravano tutte le eventuali responsabilità civili e penali previste dall'ordinamento a rafforzamento del diritto d'autore.

Al riguardo, giova ricordare che, a seguito di molteplici interventi normativi, è stata in gran parte modificata la sezione II (Difese e sanzioni penali) della LDA di cui alla Legge 22 aprile 1941, n. 633, che, in particolare, con le norme contenute negli artt. 171 e 171 *bis*,¹²⁵ individuano condotte tipiche penalmente rilevanti che danno luogo a responsabilità a carico del singolo di tipo penale. Tali norme, infatti, sono applicabili sia all'utente finale del servizio di connettività (inteso come fornitore di contenuti - Content Provider) che all'utente consumatore, inteso come colui che esercita la propria attività indipendentemente da fini professionali e lavorativi, ovvero da uno scopo di lucro e di sfruttamento economico del contenuto protetto immesso abusivamente nelle reti di comunicazione elettronica.¹²⁶

¹²⁴ Così l'indagine conoscitiva, p. 27

¹²⁵ In relazione a quanto detto, l'art. 171, comma 1, lettera a bis della LDA prevede una responsabilità per "chiunque mette a disposizione del pubblico, immettendola nel sistema di reti telematiche, mediante connessioni di qualsiasi genere, un'opera dell'ingegno protetta o parte di essa". Tale norma è simile all'art. 171 *ter* lettera a bis. Quest'ultima disposizione però richiede, per la punibilità della condotta abusiva del *copyright*, la finalità di lucro della violazione ed una condotta tipica della *comunicazione al pubblico* attraverso l'immissione dell'opera in rete.

¹²⁶ In relazione all'applicabilità della norme in questione all'utente consumatore, dottrina e giurisprudenza hanno ricondotto l'art. 71 *lett. a bis* al cosiddetto fenomeno del *peer-to-peer*. Attraverso un circuito *peer-to-peer* è, infatti, possibile favorire lo scambio di file, in violazione della normativa sul diritto d'autore, e, comunque, al di fuori degli ordinari circuiti commerciali dei beni oggetto di proprietà intellettuale.



31. Sui soggetti qualificati, caratterizzati cioè da un'attività rilevante sulle reti di comunicazione elettronica, secondo quanto ipotizzato dall'Autorità, graverà, in caso di violazione del diritto di proprietà intellettuale svolta *online*, anche una nuova responsabilità di tipo amministrativo (oltre che quella generale di tipo penale e civile).

Tale responsabilità, secondo le proposte avanzate, potrà essere punita dall'Autorità attraverso le seguenti sanzioni (amministrative):

- 1) ordine di rimozione selettiva a carico del soggetto; e
- 2) in caso di inottemperanza all'ordine, sanzione amministrativa pecuniaria *ex art. 1, comma 31 della Legge 31 luglio 1997, n. 249*), da lire venti milioni a lire cinquecento milioni di vecchie lire.

Al di fuori della rimozione selettiva di individuati contenuti protetti risultanti illegittimi, l'Autorità, nel caso di siti strutturalmente illeciti, cioè finalizzati all'esclusiva prestazione di servizi di utilizzo digitale di opere protette in violazione del *copyright*, o di operatori con *server* posti oltre i confini nazionali, avrà il potere, sempre dopo l'accertamento in contraddittorio, di ordinare la rimozione della totalità dei contenuti abusivi.

In via alternativa, l'Autorità ha proposto la possibilità di:

- predisporre *black list* dei siti illegali da inviare ai *service provider*;
- inibire i noni di dominio, e gli indirizzi IP.

Come si vede, dunque, il sistema sanzionatorio complessivo che deriva dalle proposte dell'AGCOM è piuttosto articolato e particolarmente rigoroso. Da esso risulta che il potere di imporre sanzioni è stato rafforzato, da parte dell'Autorità, dalla possibilità ulteriore di irrogare ammende (sanzioni pecuniarie), di estendere la competenza territoriale per la rimozione dei tutti i contenuti illeciti anche nei confronti di quell'operatore che abbia i propri *server* fuori dall'Italia, ovvero, in via alternativa, dalla possibilità di concretizzare misure sanzionatorie di tipo preventivo come la predisposizione di liste nere di siti illegali, oppure l'inibizione del nome a dominio e dell'IP.

Ebbene, in tale quadro complessivo, impregiudicata la completa legittimità dell'Autorità di imporre sanzioni ai sensi e per gli effetti del ricordato art. 1, comma 31 della sua legge istitutiva (nonché dell'art. 98 del Codice delle comunicazioni elettroniche *ex D. Lgs. n. 259/2003*), a parere nostro, tuttavia, si profila fortemente problematico configurare, allo stato, un potere sanzionatorio generalizzato in capo all'AGCOM nell'ambito di tutto il diritto d'autore.

Fatta definitiva chiarezza sulla competenza dell'Autorità in tema di violazioni del diritto d'autore perpetrate *online*, è infatti, tutto da verificare se a siffatta competenza possa

Per questo motivo è possibile individuare in capo all'autore di tali comportamenti una condotta penalmente rilevante.



associarsi un corrispondente potere sanzionatorio, adeguato alle funzioni così individuate.

E' il caso di osservare, al riguardo, che l'art. 182 *bis* della LDA *ex* Legge 22 aprile 1941, n. 633 legge 22 aprile 1941, n. 633, laddove attribuisce all'Autorità il potere di vigilanza (in concorrenza con SIAE) in materia di violazioni del diritto d'autore, si limita ad indicare quale fine ultimo di tale attività quello di "prevenire" e "accertare" dette infrazioni, senza aggiungere anche il potere di sanzionarle.

Tale omissione, peraltro, non sembra potersi qualificare come una semplice incertezza da parte dell'ordinamento da integrare attraverso il ricorso ai poteri impliciti propri di ogni autorità indipendente. E ciò per vari motivi.

In primo luogo perché di semplice svita o mera omissione del legislatore non si tratta, dato che la norma posta all'articolo successivo, il 182 *ter* della LDA, fa obbligo agli ispettori (tutti, non solo quelli dell'Autorità, ma anche quelli della SIAE) di compilare processo verbale delle violazioni del diritto d'autore accertate e di trasmetterle agli organi di polizia giudiziaria per le azioni di rito, con ciò espressamente prevedendo il rientro della violazione stessa nel circuito ordinario del potere giudiziario.

In secondo luogo, perché nel nostro ordinamento, in tema di sanzioni, non c'è spazio per interpretazioni estensive o in via analogica in mancanza di una norma espressa di rango primario. Per le sanzioni, infatti, siano esse conseguenti ad illecito penale o più semplicemente di tipo amministrativo, vale il consolidato principio di stretta legalità in base al quale non si può punire né sanzionare "se non in forza di una legge entrata in vigore prima del fatto commesso".¹²⁷

Ne deriva che, anche nell'ipotesi di accertata violazione del diritto d'autore nel settore di sua competenza, l'Autorità non potrebbe validamente applicare agli autori una sanzione amministrativa, stante l'assenza di una disposizione di legge che a ciò espressamente l'autorizzi.

A tale lacuna, peraltro, diversamente da quanto precisato dall'AGCOM non soccorre neppure il recente intervento legislativo rappresentato dal decreto Romani, che ha introdotto il nuovo art. 32 *bis* nel tessuto del T.U. dei servizi di media audiovisivi e radiofonici di cui al D.Lgs. n. 177/2005. Infatti, detta norma, a nostro avviso, non pare idonea a legittimare eventuali estensioni dei poteri sanzionatori dell'AGCOM oltre i limiti (oggettivi e soggettivi) espressi nella disposizione in questione e nella disciplina complessiva in cui si inserisce.

E' bene ricordare, in proposito, che i poteri conferiti all'AGCOM dal nuovo art. 32 *bis* emanato a marzo del 2010 - e che si estrinsecano nella delega di produrre regolamenti per implementare gli obblighi ed i limiti posti in tema di diritto d'autore - si possono esercitare a rigore soltanto:

- ✓ nei confronti dei soli "fornitori di media audiovisivi", così come

¹²⁷ Principio questo sancito espressamente dall'art. 1 della legge 24 novembre 1981, che pone per le sanzioni amministrative **una riserva di legge** assimilabile (sia pur non perfettamente coincidente) a quella stabilita dall'art. 25 della Costituzione italiana per i reati.



rigorosamente definiti dal nuovo T.U. dei servizi di media audiovisivi e radiofonici di cui al D.Lgs. n. 177/2005;

- ✓ con riguardo a determinate attività espressamente previste (distinte a seconda del tipo di audiovisivo);
- ✓ ai soli audiovisivi (opere cinematografiche e programmi così come rigorosamente definiti dal nuovo T.U. dei servizi di media audiovisivi e radiofonici).

Pertanto, in ossequio al principio che *ubi lex voluit dixit*, qualunque ipotesi regolamentare da parte di AGCOM che oltrepassi, in tema di sanzioni, i limiti oggettivi e soggettivi dell'art. 32 *bis* e della nuova disciplina dei media audiovisivi, potrebbe considerarsi violazione di legge ed eccesso di delega.

In tal senso, sarebbe probabilmente più opportuno delimitare la procedura di *notice and take down* e tutto l'ampio corredo di sanzioni previste dall'AGCOM soltanto ai contenuti audiovisivi in violazione del *copyright* ed ai soggetti rientranti effettivamente nella definizione di servizio media audiovisivo; con esclusione, quindi, di tutti gli altri contenuti editoriali non espressamente rientranti nella definizione legale di audiovisivo, ovvero non riferibile ad un soggetto esercente un servizio media audiovisivo.

Infine, anche con riferimento alle eventuali misure sanzionatorie di tipo preventivo, come possono essere le *black list* dei siti illegali, le proposte dell'Autorità si palesano fortemente problematiche.

Infatti, pur ammettendo la possibilità fondata su un *implied power* dell'Autorità a ricorrere,¹²⁸ a tutela del diritto d'autore, a misure restrittive idonee ad impedire il verificarsi di abusi dei diritti sui mezzi di comunicazione, ancorché non tipizzate dal legislatore, quali ad esempio le *black list*, ogni eventuale iniziativa di questo tipo, da parte dell'AGCOM, sarebbe comunque da dover verificare attentamente. Non deve sfuggire, al riguardo, che le *black list*, volte ad impedire l'accesso da parte degli utenti a determinati siti con l'imposizione di sistemi di *filtering*, sono, allo stato, una prerogativa delle autorità di polizia e del potere giudiziario.¹²⁹ Sicché ogni iniziativa regolamentare dell'AGCOM volta a rafforzare i suoi poteri sanzionatori anche con simili misure dovrebbe, a nostro avviso, essere subordinata a delle modifiche da operare nelle norme primarie e di rango superiore, di riferimento.

32. A definitivo completamento del quadro tracciato dall'Allegato B, in tema di misure a tutela del diritto d'autore, l'ACOM ha proposto, infine, di prendere “*un ruolo di*

¹²⁸ Vedi nota n. 42 esplicativa della teoria dei c.d. poteri impliciti.

¹²⁹ In questo senso, art. 1, della Legge 22 maggio 2004, n. 128.



*mediazione*¹³⁰ nella risoluzione delle controversie che dovessero insorgere tra i titolari dei diritti autorali, gli operatori di telecomunicazione e di televisione, e i gestori di rete e fornitori di servizi di connettività che abbiano ad oggetto l'applicazione la disciplina del *copyright* digitale.

Da ciò è facile dedurre che si configura l'ipotesi dell'istituzione presso l'AGCOM di una sede di c.d. arbitrato amministrato che, come è naturale, potrà essere attivata dalle parti solo a seguito di una apposita dichiarazione di volontà espressa in una clausola compromissoria (o patto d'arbitrato), al fine di devolvere *ex art. 832 c.p.c.* la definizione della loro controversia ad un ente o ad una amministrazione, anziché ad arbitri liberi.

Tale iniziativa, per quanto non maggiormente dettagliata dall'Autorità, si pone in maniera coerente con quanto già emerso in sede comunitaria attraverso le diverse raccomandazioni agli Stati membri di dotarsi di sistemi efficaci di risoluzione delle controversie.¹³¹

La successiva definizione del processo regolamentare in proposito potrà fornire maggiori spunti per approfondire l'analisi ed i ragionamenti sul sistema alternativo di risoluzione delle controversie che AGCOM ha intenzione di introdurre.

Parte IV

33. A quasi 12 anni dal primo intervento sistematico che, in assoluto, si è avuto negli USA con l'adozione, nel 1998, del *Digital Millennium Copyright Act*, i lineamenti delle disposizioni proposti il 17/22 dicembre 2010 dall'AGCOM e messi a consultazione pubblica sul *copyright* digitale costituiscono, senza dubbio, il tentativo più importante fatto anche dal nostro ordinamento per avere un sistema di norme di riferimento sul diritto d'autore *online* tendenzialmente unitario ed autonomo, e porre fine, come è auspicabile, al complesso conflitto verificatosi, a partire dalla rivoluzione digitale, tra i principi informatori della proprietà intellettuale e quelli dei nuovi media.

Al di là, infatti di tutte le considerazioni che possono essere fatte sugli aspetti problematici delle proposte avanzate dall'AGCOM, è ben vero che l'attività regolamentare che si ripropone ora di svolgere l'Autorità sull'oggetto specifico del *copyright* digitale, mira ad imprimere alla materia un'accelerazione verso una sistematizzazione che la renda autonoma e più adatta alle caratteristiche proprie delle reti di comunicazione elettronica rispetto alla tutela generale offerta dall'attuale sistema normativo.

Con tale futura attività regolamentare, peraltro, l'AGCOM potrebbe far superare al diritto d'autore anche tutte quelle difficoltà derivanti dai molteplici e ripetuti interventi – spesso disorganici e anomali – fatti dal legislatore a partire dagli anni novanta per aggiornare la legge fondamentale del diritto d'autore (Legge 22 aprile 1941, n. 633) secondo le logiche

¹³⁰ Così Allegato B, p. 25.

¹³¹ Così anche la Direttiva 2001/29/CE del 22.5.2001, al considerando n. 46.



complesse, e spesso del tutto estranee, introdotte dallo sviluppo delle nuove tecnologie.

Ciò nondimeno, l'importanza maggiore dell'annunciato intervento regolamentare dell'AGCOM si può rinvenire nelle importantissime conseguenze che possono derivarne dal punto di vista del contesto economico-giuridico complessivo.

Senza rifarsi agli studi di storia dell'economia e di diritto dell'economia - che individuano il diritto d'autore quale l'elemento propulsivo che ha accompagnato la rivoluzione industriale ed ha costruito la fortuna dei modelli economici occidentali - è ormai pacifica la rilevanza "strategica" sul P.I.L. della c.d. economia della conoscenza, basata sulle industrie culturali, sulle opere di ingegno e, più in generale, sulla creatività umana.¹³²

Non a caso, infatti, il diritto d'autore ha sempre avuto una vocazione internazionale ed oggi non è più regolato soltanto dalle convenzioni che si occupano esclusivamente di questa materia, ma è inserito sempre più frequentemente in accordi internazionali aventi un impatto diretto nell'ambito del commercio internazionale,¹³³ con ciò rivelando anche ai non addetti alla materia la crescita dell'importanza economica della proprietà intellettuale (anche nei suoi risvolti di diritto industriale).

Del resto, anche i nuovi mezzi di comunicazione elettronica si pongono essi stessi nel solco dell'economia della conoscenza (da qui il conflitto con il diritto d'autore) e ne costituiscono, ormai, degli strumenti formidabili di sviluppo, data la loro innegabile efficacia per scambiare idee, trasferire cultura e condividere informazioni, nonché, in via ancor più generale, per accrescere la stessa conoscenza stimolando sempre più persone alla creazione di opere di ingegno in ambito tecnico, industriale ed artistico e realizzare così le condizioni del progresso comune.

Pertanto, il temperamento dei meccanismi tradizionali del diritto d'autore con le esigenze e con i valori emersi con la diffusione delle nuove tecnologie costituisce un passaggio obbligato, e non solo per il diritto d'autore. Anche per i mezzi di comunicazione

¹³² Basti pensare, solo a titolo esemplificativo, a quanto citato nel presente contributo alla nota n. 83, laddove si è riferito della recente consultazione indetta dall'Unione Europea e scaduta il 5.1.2010, sul documento di riflessione, denominato "*Creative Content in a European Digital Single Market: Challenges for the Future*" (Contenuti creativi nel mercato unico europeo del digitale: sfide per il futuro) dell'ottobre del 2009. Con tale documento di riflessione la Commissione europea ha inteso raccogliere la sfida della creazione di un mercato unico europeo dei contenuti digitali e creativi al fine di concretizzare tutti quei vantaggi economici che discendono dalla c.d. economia della conoscenza.

¹³³ Il diritto d'autore ormai, infatti, trova posto nell'accordo TRIPS che costituisce uno degli allegati dell'atto che istituisce l'Organizzazione Mondiale del Commercio (WTO), atto nel quale è confluito il Trattato GATT, nell'ambito di trattative internazionali conclusesi nel 1994. Col trascorrere degli anni, il diritto d'autore è stato introdotto in altri importanti strumenti internazionali tra i quali: a) l'accordo TRIP2 (la convenzione TRIPs - Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, venne sottoscritta a Marrakesh nel 1994 all'interno del più generale accordo che istituì l'Organizzazione Mondiale del Commercio, WTO); b) i trattati WIPO Copyright Treaty (WCT) e WIPO Performance and Phonograms Treaty (WPPT) entrambi siglati a Ginevra nel 1996.



elettronica, infatti, è un'occasione di primaria importanza fronteggiare le regole e i meccanismi tipici del diritto d'autore, da sempre utilizzati dall'economia moderna a presidio dei modelli di *business*.

Sono innegabili le potenzialità di mercato delle reti di comunicazione elettronica ed è altrettanto innegabile la valenza strategica ed economica del diritto d'autore e della proprietà intellettuale in termini di creazione di valore. Pertanto, un utile raffronto tra i due mondi che dia vita ad una fusione delle prospettive all'interno di una disciplina di diritto unitaria in grado di porre le basi per una crescita economica, è non solo auspicabile, ma sarebbe un avvenimento epocale per il nostro ordinamento.

In tale ottica, sarebbe oltremodo meritorio se a quanto sopra potesse riuscire l'AGCOM con la futura disciplina sul *copyright* digitale che si ripropone di emanare al termine della consultazione pubblica decisa il 17/22 dicembre 2010.

Pertanto, a prescindere dalle numerose questioni problematiche rilevabili nel documento dell'Autorità, ovvero dagli esiti effettivi della consultazione, quel che è realmente doveroso sottolineare è l'importanza stessa di porsi come obiettivo quello di dirimere finalmente il conflitto esistente tra il mondo del diritto d'autore e dei media tradizionali da un lato, ed il mondo della rete e dei nuovi media di comunicazione elettronica, dall'altro. E ciò al fine di ritrovare nel "digitale" la possibilità di creare valore ed espandere il mercato. Naturalmente, l'esistenza nel nostro mercato interno di squilibri e di fenomeni distorsivi lasciano intravedere molta incertezza sull'effettiva realizzazione dei propositi di unificare nell'ambito del concetto unico di *copyright* digitale valori fino ad ora inconciliabili, così come si è prefissa la stessa Autorità. Ma, quel che può dirsi certo, in senso generale, è che provarci non fa mai male.

* * *

Alla luce di ciò, vista l'importanza intrinseca della proposta dell'AGCOM di addivenire ad un primo assetto regolamentare unitario del diritto d'autore *online*, tutti i rilevi che possono muoversi ai lineamenti di disposizioni enucleati nell'Allegato B della delibera n. 668/2010/CONS non devono considerarsi delle censure preventive di disposizioni che, peraltro, ancora non ci sono.

Infatti, lo scopo del presente scritto era ed è, appunto, senza alcuna ambizione di completezza d'analisi, quello di tentare di sottolineare eventuali profili di problematicità, per porre critiche costruttive, alimentare il dibattito e fornire, ad ogni buon conto, un qualche motivo di riflessione su alcuni aspetti del provvedimento emanato dall'Autorità il 17/22 dicembre del 2010.

A tal fine, dunque, è opportuno ricordare che gli aspetti più critici delle proposte dell'AGCOM, sui quali si ritiene che sussistano i problemi principali, sono:

A) I rapporti con la SIAE. Nell'esaminare i presupposti normativi dei suoi poteri, l'AGCOM ha delineato un sistema di sovra-ordinazione, che limita fortemente la SIAE nelle sue funzioni istituzionali. Tuttavia, deve notarsi che se da un lato l'AGCOM, in quanto autorità amministrativa indipendente, può far leva sulla c.d. teoria dei poteri



impliciti¹³⁴ per estendere la sua potestà ispettiva e di controllo su tutti i contenuti protetti da *copyright* purché transitanti sulle reti, dall'altro, la SIAE, secondo l'attuale quadro normativo, mantiene sempre la sua legittimazione a compiere tutte le attività previste dall'art. 182 *bis* LDA, e può espletare compiti di vigilanza e controllo anche attraverso la gestione *online* dei suoi repertori, concedendo licenze ed amministrando i relativi diritti d'autore sulle opere protette. E da ciò può conseguire una confusione non di poco conto. E', infatti, evidente che la mancanza di una norma primaria di chiarificazione degli ambiti operativi della SIAE e di AGCOM, in tema di vigilanza sulla materia del diritto d'autore *online*, ha un impatto deteriore in termini di certezza del diritto ed alimenterebbe conflitti di attribuzione tra i due enti, minando seriamente la possibilità di un assetto sistematico della materia e ritardando la formazione di una disciplina unitaria e di prassi certe di cui il settore ha estrema urgenza.

B) Le questioni concernenti l'ambito oggettivo della futura disciplina del *copyright* digitale, derivanti dal difetto normativo delle fonti legali del potere dell'AGCOM sul perimetro generale del diritto d'autore ai sensi dell'art. 182 *bis* LDA.

C) La perdurante sussistenza di detti limiti alla sfera d'azione dell'AGCOM sul contesto generale delle opere promettute tuttora rilevabile anche dopo l'emanazione del decreto Romani, che ha introdotto il nuovo art. 32 *bis* nel tessuto del T.U. dei servizi di media audiovisivi e radiofonici di cui al D.Lgs. n. 177/2005, e che ha conferito pienezza di poteri di vigilanza e regolamentari all'Autorità solo ed esclusivamente in tema di opere audiovisive.

D) La necessità di rispettare i limiti espressi dalla delega legale contenuta nel nuovo art. 32 *bis*, addivenendo ad una formulazione regolamentare dei divieti posti in tema di *copyright* digitale, che tenga conto:

- i) di un'applicabilità limitata ai soli fornitori di servizi di media audiovisivi che risultino in concorrenza effettiva con la televisione; nonché
- ii) di una specifica clausola di esonero valida per siti Internet privati, ovvero esercenti di servizi di fornitura o distribuzione di contenuti generati da utenti privati (c.d. U.G.C.); e
- iii) di una deroga alla clausola di esonero operante solo in casi specifici ed enumerati in maniera tassativa ed espressa.

E) La mancanza - nell'ambito delle proposte a sostegno dell'offerta legale dei contenuti protetti e dello sviluppo del mercato delle opere digitali -, di scelte ed azioni volte

¹³⁴ Cfr G. Morbidelli, *Il principio di legalità ed i c.d. poteri impliciti*, in Dir. Amn., 2007, p. 703. Sulla base di detto principio, tutta l'attività di regolamentazione secondaria troverebbe piena legittimità (a prescindere dalla stretta applicazione del principio di legalità) ogni qualvolta il legislatore si limiti a tracciare le finalità di un precetto, delegando di fatto all'Amministrazione investita della norma il potere implicito di determinare in concreto la competenza che le è stata attribuita.



a garantire l'effettiva concorrenza tra i fornitori di servizi di media audiovisivi, a superamento di tutte le anomalie distorsive esistenti nel nostro mercato. E ciò pare ancor più grave laddove si consideri che l'AGCOM, sulle reti di comunicazione elettronica, è l'autorità garante della promozione e lo sviluppo in regime di concorrenza delle risorse nel settore audiovisivo, della verifica di posizioni dominanti, del servizio universale, e della tutela del pluralismo sociale nei media (*cf* legge istitutiva (Legge 31 luglio 1997, n. 249 c.d. legge Maccanico e Codice delle comunicazioni elettroniche), e che a tali fini è dotata di tutti i poteri necessari per operare.

F) L'indeterminatezza e la genericità nell'individuazione dei soggetti autorizzati alla negoziazione ed alla sottoscrizione delle licenze collettive estese sul versante dei contraenti delle società di gestione collettiva dei diritti autorali e dei diritti connessi; vale a dire nella determinazione dei futuri soggetti licenziatari e beneficiari della concessione dei diritti di utilizzo economico delle opere digitali.

G) I profili problematici di un'eventuale prospettiva di coinvolgere gli ISP come licenziatari indiretti dei contenuti digitali.

H) La carenza delle opportune indicazioni in merito al rispetto del c.d. "*three step test*",¹³⁵ elaborato in ambito internazionale quale criterio di legittimità complessiva dei sistemi di remunerazione del diritto d'autore basato sul meccanismo delle licenze collettive estese, qualora gli effetti estensivi e generali delle stesse vengano garantite per disposizioni normative e regolamentari.

I) I) La criticità del sistema proposto dall'Autorità per determinare l'estensione regolamentare degli effetti della licenza collettiva, sia dal punto di vista generale dei principi fondamentali della libertà ed autonomia contrattuale garantita dall'ordinamento a tutti i soggetti, sia dal punto di vista specifico dei limiti legali della delega ricevuta dal decreto Romani con l'art. 6 del D.Lgs. n. 44/2010. Tale ultimo intervento normativo, in particolare, introducendo il nuovo art. 32 *bis* nel T.U. sui media audiovisivi di cui al D.Lgs. n. 177/2005, ha conferito i poteri regolamentari all'AGCOM solo ed esclusivamente per rendere operativi quegli obblighi e divieti imposti agli operatori dei media audiovisivi, sul diritto d'autore, espressamente enunciati dalla stessa norma, che, difatti, fa riferimento espresso soltanto: *i)* al dovere di trasmettere opere cinematografiche solo alle condizioni concordate

¹³⁵ Vedi note nn. 102 e 103.



con i titolari dei diritti; ovvero *ii*) al dovere di astenersi dal trasmettere, ri-trasmettere, o mettere comunque a disposizione degli utenti, su qualsiasi piattaforma e qualunque sia la tipologia di servizio offerto, i programmi oggetto di diritti di proprietà intellettuale di terzi, o parti di tali programmi, senza il consenso di titolari dei diritti. Con la conseguenza che ogni eventuale intervento regolamentare al di fuori del perimetro oggettivo della delega ricevuta, potrebbe profilarsi come una violazione del principio di legalità ed un eccesso di delega.

J) La criticità di tutto il sistema sanzionatorio previsto dall’Autorità, a corredo della procedura di *notice and take down* messa a tutela del diritto d’autore *online* per realizzare la rimozione selettiva dei contenuti digitali diffusi nelle reti elettroniche in violazione del diritto d’autore. E ciò anche considerato il recente intervento legislativo rappresentato dal decreto Romani, che ha introdotto il nuovo art. 32 *bis* nel tessuto del T.U. di cui al D.Lgs. n. 177/2005, atteso che, in ossequio al principio di stretta legalità, imposto dall’ordinamento in tema di sanzioni, tale norma non pare idonea a legittimare eventuali estensioni dei poteri sanzionatori dell’AGCOM oltre i limiti (oggettivi e soggettivi) espressi nella disposizione in questione e nella disciplina complessiva in cui si inserisce, la quale, è bene ricordare, conferisce una delega legale a produrre regolamenti soltanto allo scopo di implementare gli obblighi ed i limiti posti, in tema di diritto d’autore, nei confronti dei soli “*fornitori di media audiovisivi*”, così come rigorosamente definiti dal nuovo T.U. dei servizi di media audiovisivi e radiofonici, con riguardo a determinate attività espressamente previste (distinte a seconda del tipo di audiovisivo), e relativamente ai soli audiovisivi (opere cinematografiche e programmi così come rigorosamente definiti dal nuovo T.U. dei servizi di media audiovisivi e radiofonici).

K) l’impossibilità di far ricorso ad un *implied power*¹³⁶ dell’Autorità per giustificare l’introduzione di eventuali misure sanzionatorie di tipo preventivo, come possono essere le *black list* dei siti illegali, volte ad impedire l’accesso da parte degli utenti a determinati siti con l’imposizione di sistemi di *filtering*, a causa della sussistenza, allo stato, di una esplicita ed inequivocabile prerogativa in tal senso in capo alle autorità di polizia e del potere giudiziario.¹³⁷

¹³⁶ Vedi note nn. 42 e 134 esplicative della teoria dei c.d. poteri impliciti.

¹³⁷ In questo senso, art. 1, della Legge 22 maggio 2004, n. 128.



L) Il coinvolgimento attivo degli ISP, sia in termini di imposizione di condotte anche di tipo contrattuale, sia di determinazione di obblighi di sorveglianza ed informazione sull'attività dei loro utenti e del traffico Internet da loro gestito, in modo non del tutto coerente con il regime giuridico attuale di irresponsabilità e neutralità che deriva a favore degli ISP per effetto di espressi principi comunitari osservato.¹³⁸

Ebbene, su tutte le predette questioni ci si augura che la consultazione pubblica decisa dall'AGCOM con la delibera n. 668/2010/CONS possa fornire le adeguate soluzioni.

¹³⁸ Il principio dell'irresponsabilità civile e penale dei "fornitori di connettività alle reti" (ISP) deriva dal D.Lgs. n. 70/2003 sul commercio elettronico che ha attuato la relativa disciplina assunta a livello europeo (Direttiva 31/2000/CE).