



Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Segnalazione al Governo ai sensi dell'articolo 1, comma 6, lett. c), n. 1) della legge 31 luglio 1997, n. 249

Decreto legislativo 15 marzo 2017, n. 35, recante “Attuazione della direttiva 2014/26/UE sulla gestione collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi e sulla concessione di licenze multiterritoriali per i diritti su opere musicali per l'uso online nel mercato interno” e art. 19 del decreto legge 16 ottobre 2017, n. 148, recante “Decreto fiscale”.

Nell'esercizio dei poteri di segnalazione previsti dall'articolo 1, comma 6, lett. c), n. 1), della legge 31 luglio 1997, n. 249, quest'Autorità intende formulare alcune osservazioni e proposte in merito al decreto legislativo 15 marzo 2017, n. 35, recante “Attuazione della direttiva 2014/26/UE sulla gestione collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi e sulla concessione di licenze multiterritoriali per i diritti su opere musicali per l'uso online nel mercato interno”.

1) L'ambito di applicazione del decreto legislativo 15 marzo 2017, n. 35 (art. 8).

L'art. 19 del decreto legge 16 ottobre 2017, n. 148 consente agli organismi di gestione collettiva diversi da SIAE di svolgere attività di intermediazione dei diritti d'autore *ex art.* 180 della legge 22 aprile 1941, n. 633. La rubrica ed il comma 1 dell'art. 8 del decreto legislativo 15 marzo 2017, n. 35, introducono i requisiti degli organismi di gestione collettiva che svolgono attività di amministrazione e di intermediazione dei soli diritti connessi al diritto d'autore senza menzionare la gestione dei diritti d'autore. Al fine di fugare ogni dubbia interpretazione circa l'applicazione dei requisiti richiesti anche agli organismi di gestione collettiva diversi da SIAE che gestiranno i diritti d'autore, si suggerisce di modificare la rubrica dell'articolo 8 e di menzionare un espresso riferimento all'intermediazione di questa categoria di diritti inserendo un comma specifico all'articolo in oggetto.

Le funzioni svolte dagli organismi di gestione collettiva e dalle entità di gestione indipendenti, come rispettivamente definite all'art. 2, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 35 del 2017, e quelle delle associazioni di produttori di fonogrammi, opere audiovisive e videogrammi che distribuiscono il compenso per la riproduzione privata di fonogrammi e di videogrammi *ex art. 71-octies* l. n. 633 del 1941 appaiono del tutto analoghe quando svolte nei confronti di soggetti diversi dai loro associati. L'attività di cui all'art. 8, comma 4, del decreto legislativo riguarda, appunto, quella di ripartizione "secondaria" svolta dalle "associazioni di categoria maggiormente rappresentative" di cui all'art. 71-octies, comma 3, l. n. 633 del 1941, a valle di quella "primaria" svolta da SIAE in regime di riserva. Non assoggettare l'attività delle associazioni di categoria di produttori di fonogrammi, opere audiovisive e videogrammi di cui all'art. 8, comma 4, citato alla disciplina del decreto legislativo significherebbe creare una disparità di trattamento irragionevole tra soggetti che svolgono attività simili ed anzi far sì che una parte rilevante degli stessi operanti nel mercato unitario dell'intermediazione dei diritti connessi (con riguardo alla copia privata) non sia sottoposta alle disposizioni del decreto legislativo ed alla vigilanza di quest'Autorità, ed, in definitiva, possa godere di un vantaggio anti-competitivo.

Inoltre, mantenendo l'art. 8, comma 4, secondo l'attuale formulazione, potrebbe dubitarsi dell'applicabilità dell'art. 8 (*rectius*: i requisiti ivi previsti e più ampiamente la vigilanza dell'Autorità) ai soggetti che svolgono attività di distribuzione del compenso per la riproduzione privata di fonogrammi e di videogrammi di cui all'art. 71-octies costituiti in forma diversa da quella di associazione (*in primis* le entità di gestione indipendenti).

Si propone, quindi, la modifica del comma 4 dell'art. 8 e la conseguente estensione dell'applicazione dello stesso articolo 8 anche alle associazioni di categoria che distribuiscono il compenso per la riproduzione privata di fonogrammi e di videogrammi *ex art. 71-octies* l. n. 633 del 1941 a soggetti diversi dai propri associati.

In sintesi, relativamente al primo punto si propongono pertanto le seguenti modifiche al d.lgs. 15 marzo 2017, n. 35:

(i) sostituire la rubrica dell'articolo 8, con la seguente: "*Requisiti degli organismi di gestione collettiva e delle entità di gestione indipendente*".

(ii) all'articolo 8, dopo il comma 2, inserire il seguente: "*2-bis. I requisiti di cui al comma 1 sono richiesti anche ai fini dello svolgimento dell'attività di amministrazione e di intermediazione dei diritti d'autore da parte degli organismi di gestione collettiva diversi dalla Società italiana degli autori e degli editori, di cui all'articolo 180, comma 1, della legge 22 aprile 1941, n. 633.*";

(iii) all'articolo 8, comma 4, dopo le parole “*opere audiovisive e videogrammi*” inserire le parole “*a favore dei propri associati*”.

2) La riduzione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogabili dall'Autorità (art. 41 d.lgs. n. 35 del 2017) e le diverse categorie di utilizzatore

Come noto, l'art. 41 del decreto legislativo prevede per tutti i soggetti sottoposti alla vigilanza dell'Autorità sanzioni amministrative pecuniarie con i medesimi minimi e massimi edittali, senza considerare in alcun modo le dimensioni economiche degli stessi e l'utilizzazione fatta delle opere protette, rischiando così che la concreta applicazione del decreto legislativo possa non essere coerente al principio di uguaglianza sostanziale *ex art. 3, comma 2, Cost.* e con i principi ormai consolidati della Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU). In proposito, anche l'applicazione delle sanzioni previste all'art. 41 del decreto legislativo nel minimo edittale ai sensi dell'art. 11, legge n. 689 del 1981, potrebbe essere molto pregiudizievole per soggetti di dimensioni economiche davvero ridotte.

Si consideri, in proposito, la disciplina dettata in materia di servizi di media audiovisivi lineari e non lineari: ai sensi dell'art. 51, comma 5, d.lgs. n. 177 del 2005, infatti, “[i]n attesa che il Governo emani uno o più regolamenti nei confronti degli esercenti della radiodiffusione sonora e televisiva in ambito locale, le sanzioni per essi previste dai commi 1 e 2 sono ridotte ad un decimo e quelle previste dall'art. 35, comma 2, sono ridotte ad un quinto”. Come si vede, questa normativa tiene conto, contrariamente all'attuale formulazione del d.lgs. n. 35 del 2017, delle differenti dimensioni economiche dei soggetti attivi dell'illecito, distinguendo tra fornitori di servizi di media audiovisivi e radiofonici a carattere nazionale e locale, prevedendo per questi ultimi consistenti riduzioni del *quantum* della sanzione.

Inoltre, la nozione di “utilizzatore” di cui all'art. 3, *lett. k)*, della Direttiva, è estremamente ampia ed esclude soltanto la persona fisica che agisce in qualità di consumatore poiché utilizza un'opera dell'ingegno o materiali protetti per uso esclusivamente personale, senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali, coerentemente a quanto previsto nel diritto nazionale agli artt. 71-*sexies* ss. l. n. 633 del 1941. La nozione di “utilizzatore” sopra richiamata deve tuttavia essere concretamente applicata nell'esercizio dell'attività di quest'Autorità tenendo conto: (a) del principio generale di proporzionalità *ex art. 5* del Trattato sull'Unione europea, (b) del considerando 33 della Direttiva e (c) dell'art. 23 del decreto legislativo, che ha attribuito l'obbligo di rendicontazione in capo a quegli utilizzatori che hanno la disponibilità delle informazioni necessarie. Il citato art. 23 non ha quindi introdotto nuove incombenze e nuovi oneri in capo agli esercizi

commerciali che ritrasmettono contenuti protetti diffusi da altri (fornitori di servizi media audiovisivi e radiofonici) e che non avendo a disposizione le informazioni di cui al citato art. 23, non sono soggetti all'obbligo di rendicontazione dettagliata.

Sarebbe opportuno prevedere nel corpo dell'art. 41 del decreto legislativo una disposizione che consenta ai soggetti imprenditoriali di dimensioni economiche contenute la riduzione ad un decimo, analogamente a quanto già previsto dal legislatore nel Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici, delle sanzioni previste ai commi 1 e 2. Ciò renderebbe la disciplina conforme all'art. 3 della Costituzione (in particolare, applicando il canone della ragionevolezza, ossia applicando a situazioni diverse trattamenti differenti) e al citato considerando 33 della Direttiva, nonché ad esigenze di giustizia sostanziale.

In sintesi, relativamente al secondo punto, si propone la seguente modifica al d.lgs. 15 marzo 2017, n. 35:

all'articolo 41, dopo il comma 7, inserire il seguente: “8. *Le sanzioni amministrative pecuniarie previste dai commi 1 e 2 sono ridotte ad un decimo per le microimprese di cui all'articolo 18, lettera d-bis), del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e per i soggetti di cui all'articolo 15 bis della legge 22 aprile 1941, n. 633*”.

3) L'introduzione di una procedura alternativa di risoluzione delle controversie (attuazione dell'art. 34 della Direttiva 2014/26/UE).

La Relazione al d.lgs. n. 35 del 2017 non chiarisce se lo Stato italiano, nell'ambito della propria discrezionalità, abbia dato attuazione anche all'art. 34 par. 1 della Direttiva 2014/26/UE. È possibile ritenere che il legislatore nazionale abbia ritenuto che la disciplina delle mediazioni per la conciliazione delle controversie civili e commerciali, di cui al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, potesse rispondere alle esigenze poste dall'art. 34 della Direttiva Barnier e quindi non fosse necessario un ulteriore intervento legislativo in merito. Appare opportuno evidenziare, tuttavia, che l'attuazione dell'art. 34 della Direttiva tramite la disciplina della mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali può rimanere priva di efficacia concreta, contrariamente al principio dell'effetto utile del diritto dell'Unione europea. Può apparire incongruo, infatti, il mero rinvio alla disciplina generale sulla mediazione che riguarda ogni tipologia di contenzioso in materia di diritti disponibili. I casi interessati da tale rinvio implicano, invero, procedimenti specifici, che interessano soggetti particolari (organismi di gestione collettiva, loro membri, titolari dei diritti ed utilizzatori) e afferiscono a materie assolutamente peculiari. Basti pensare, ad esempio, alla definizione delle tariffe

relative alle licenze multiterritoriali nei confronti degli utilizzatori *ex art. 34 par. 2, lett. a)* della Direttiva in parola. Infatti, secondo l'art. 16 della medesima Direttiva, richiamato nel citato art. 34, *“le condizioni di concessione delle licenze sono basate su criteri oggettivi e non discriminatori. Gli organismi di gestione collettiva che concedono licenze su diritti non sono tenuti a basarsi, per altri tipi di servizi online, sulle condizioni di concessione concordate con un utilizzatore quando quest'ultimo fornisce un nuovo tipo di servizio online proposto al pubblico dell'Unione da meno di tre anni. // I titolari dei diritti ricevono una remunerazione adeguata per l'uso dei diritti. Le tariffe relative a diritti esclusivi e a diritti al compenso sono ragionevoli in rapporto, tra l'altro, al valore economico dell'utilizzo dei diritti negoziati e tengono conto della natura e della portata dell'uso delle opere e di altri materiali protetti, nonché del valore economico del servizio fornito dall'organismo di gestione collettiva. Gli organismi di gestione collettiva informano gli utenti interessati in merito ai criteri utilizzati per stabilire tali tariffe”*.

Vale la pena ricordare che questa Autorità ha una *expertise* nei seguenti ambiti: a) nella definizione delle controversie tra operatori nel settore delle comunicazioni elettroniche, ai sensi dell'art. 23 del Codice delle comunicazioni elettroniche; b) in relazione a specifici profili come il controllo dei prezzi e di contabilità regolatoria, ai sensi del citato art. 23 e dell'art. 50 del Codice delle comunicazioni elettroniche; c) in ordine alla soluzione delle controversie tra operatori coinvolti nella posa delle “nuove” reti, ai sensi del decreto legislativo n. 33 del 2016; d) tra operatori e utenti, in base all'art. 1, comma 6, *lett. a)*, nn. 8), 9) e 10) della sua legge istitutiva n. 249/1997.

In particolare secondo l'art. 50, comma 1 del citato d.lgs. n. 259 del 2003 *“per determinati tipi di interconnessione e di accesso l'Autorità può imporre obblighi in materia di recupero dei costi e controlli dei prezzi, tra cui l'obbligo che i prezzi siano orientati ai costi, nonché l'obbligo di disporre di un sistema di contabilità dei costi, qualora l'analisi del mercato riveli che l'assenza di un'effettiva concorrenza comporta che l'operatore interessato potrebbe mantenere prezzi ad un livello eccessivamente elevato o comprimerli a danno dell'utenza finale”*. L'Autorità, con delibera n. 449/16/CONS, ha adottato un nuovo regolamento per la risoluzione delle controversie tra operatori, che modifica ed integra il precedente (delibera n. 226/15/CONS), rendendolo conforme al dettato dell'articolo 9 del d.lgs. n. 33 del 2016 recante *“Attuazione della direttiva 2014/61/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, recante misure volte a ridurre i costi dell'installazione di reti di comunicazione elettronica ad alta velocità”*.

Nella specifica materia che ci occupa, si tratterebbe di assegnare all'Autorità un ruolo di soggetto terzo, volto a favorire l'apertura di un nuovo mercato alla concorrenza (i.e. l'intermediazione dei diritti d'autore); il suo ruolo sarebbe rafforzato, avuto riguardo alle competenze già esercitate sia

in materia di diritti connessi, sia nella più generale materia del diritto d'autore (cfr. delibera n. 680/13/CONS, competenza peraltro confermata pienamente dall'articolo 2 della legge europea 2016-2017 appena approvata).

In un settore consolidato come le reti di comunicazione elettronica, il d.lgs. n. 33 del 2016 ha attribuito espressamente ad Agcom la competenza in materia di soluzione delle controversie per la posa delle “nuove reti”, come visto. Questo è stato fatto nonostante la competenza a decidere le controversie tra operatori fosse già stabilita, come noto, dalla Direttiva Quadro (2002/21/CE) e dall'art. 23 del *Codice delle comunicazioni elettroniche*.

L'art. 34 della Direttiva n. 2014/26/UE non sembra di ausilio a tal fine: ai sensi del par. 1 di tale articolo, infatti, è lasciato all'apprezzamento degli Stati la possibilità di introdurre simili sistemi di soluzione delle controversie. Anche il par. 2 dell'art. 34 non pare risolutivo, in quanto, pur essendo in questo caso prevista la necessità (e non la semplice facoltà) di simili procedure, l'ambito oggettivo è limitato sia per materia che per i diritti interessati.

Riassumendo, il d.lgs. n. 35 del 2017 affida ad Agcom la vigilanza e la potestà sanzionatoria in materia, ma non espressamente la risoluzione alternativa delle controversie (cui invece sono tenuti gli organismi, predisponendo procedure di reclamo: art. 38 e 39).

Si può aggiungere, a questo riguardo, che la maggior parte dei soggetti – intervenuti nella consultazione pubblica che ha portato all'adozione, da parte dell'Agcom, della delibera n. 396/17/CONS, del 19 ottobre 2017 – hanno richiesto all'Autorità di disciplinare una apposita procedura alternativa di risoluzione delle controversie, da attivarsi su base volontaria. Tuttavia, la mancata previsione, a livello di norma primaria, di un siffatto potere in capo all'Autorità ne ha precluso l'introduzione nel regolamento annesso alla citata delibera n. 396/17/CONS.

Sulla base delle considerazioni esposte, si propone di inserire, dopo l'art. 41 d.lgs. n. 35 del 2017, il seguente:

“Articolo 41-bis Procedura di risoluzione alternativa delle controversie

1. Le controversie fra gli organismi di gestione collettiva, i membri di organismi di gestione collettiva, le entità di gestione indipendenti, i titolari dei diritti o gli utilizzatori aventi ad oggetto l'applicazione di disposizioni del presente decreto sono decise dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni secondo una procedura di risoluzione alternativa delle controversie rapida, indipendente e imparziale, nonché facilmente accessibile.

2. L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni disciplina, con proprio regolamento, le procedure dirette alla risoluzione alternativa delle controversie di cui al comma 1, assicurando agli interessati la piena conoscenza degli atti istruttori, il contraddittorio in forma scritta ed orale, la verbalizzazione e la separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie.

Angelo Marcello Cardani