

DELIBERA N. 398 /11/CONS

CONSULTAZIONE PUBBLICA SULLO SCHEMA DI REGOLAMENTO IN MATERIA DI TUTELA DEL DIRITTO D'AUTORE SULLE RETI DI COMUNICAZIONE ELETTRONICA

L'AUTORITÀ

NELLA sua riunione del Consiglio del 6 luglio 2011;

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249, recante *“Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo”*, pubblicata nel Supplemento ordinario n. 154/L alla Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana del 31 luglio 1997, n. 177, ed in particolare l'art.1, comma 6, lettera b), punto 4 *bis*;

VISTA la legge 22 aprile 1941, n. 633 recante *“Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio”*, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 16 luglio 1941, n. 166, e successive modificazioni ed integrazioni, ed in particolare l'art. 182 *bis*;

RILEVATO, in particolare, che il citato articolo 182-bis della legge del 22 aprile 1941, n. 633, introdotto dall'articolo 11 della legge 18 agosto 2000, n. 248, al fine di prevenire ed accertare violazioni delle prescrizioni in materia di diritto d'autore, attribuisce all'Autorità funzioni di vigilanza da svolgere in coordinamento con la Società Italiana degli autori e degli editori (SIAE), ciascuna nell'ambito delle rispettive competenze previste dalla legge;

VISTO il decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, recante *“Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico”*, pubblicato nel Supplemento ordinario n. 61 alla Gazzetta Ufficiale del 14 aprile, n. 87, ed in particolare gli artt. 14, comma 3, 15, comma 2, e 16, comma 3;

RILEVATO che gli articoli 14, 15 e 16 del citato decreto legislativo n. 70/2003, ai citati commi, dispongono che l'autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza può esigere anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle proprie attività come ivi definite, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse;

VISTO il decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, recante il *“Codice delle comunicazioni elettroniche”*, pubblicato nel Supplemento ordinario n. 150 alla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana del 15 settembre 2003, n. 214, e successive modificazioni e integrazioni;

VISTO il decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, pubblicato nel Supplemento ordinario n. 150 alla Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n. 208 del 7 settembre 2005, come modificato dal decreto legislativo 15 marzo 2010, n. 44 pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n. 73 del 29 marzo 2010, recante il “Testo Unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici” e in particolare gli articoli 3 e 32-bis;

RILEVATO che l’art. 3 del decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, così come modificato dall’articolo 17, comma 1, lettera a), del decreto legislativo 15 marzo 2010, n. 44, include, tra i principi fondamentali del sistema dei servizi di media audiovisivi e radiofonici, *“la tutela della libertà di espressione di ogni individuo, inclusa la libertà di opinione e quella di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza limiti di frontiere, l’obiettività, la completezza, la lealtà e l’imparzialità dell’informazione, la tutela dei diritti d’autore e di proprietà intellettuale”*;

RILEVATO che l’art. 32-bis, comma 2, lett. b), del decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, così come inserito dall’articolo 17, comma 1, lettera ee), del decreto legislativo 15 marzo 2010, n. 44, dispone che *“I fornitori di servizi di media audiovisivi operano nel rispetto dei diritti d’autore e dei diritti connessi, ed in particolare: (...) b) si astengono dal trasmettere o ri-trasmettere, o mettere comunque a disposizione degli utenti, su qualsiasi piattaforma e qualunque sia la tipologia di servizio offerto, programmi oggetto di diritti di proprietà intellettuale di terzi, o parti di tali programmi, senza il consenso di titolari dei diritti, e salve le disposizioni in materia di brevi estratti di cronaca”*;

VISTO il documento contenente gli esiti dell’indagine conoscitiva condotta dall’Autorità sul tema *“Il diritto d’autore sulle reti di comunicazione elettronica”*, pubblicato sul sito web dell’Autorità in data 12 febbraio 2010;

VISTA la delibera n. 668/10/CONS del 17 dicembre 2010, recante *“Lineamenti di provvedimento concernente l’esercizio delle competenze dell’Autorità di tutela del diritto d’autore sulle reti di comunicazione elettronica”*, con la quale è stata indetta una consultazione pubblica sul documento che ha definito gli elementi essenziali del provvedimento concernente l’esercizio delle competenze dell’Autorità nell’attività di tutela del diritto d’autore sulle reti di comunicazione elettronica;

CONSIDERATO che, in materia di tutela del diritto d’autore, l’Autorità ha visto accrescere progressivamente il proprio ruolo grazie a interventi del legislatore che poggiano su tre pilastri normativi ben identificati.

Il primo riconoscimento di competenze è avvenuto nel 2000, con la legge n. 248, che, nell’aggiornare le disposizioni della legge n. 633/41, inseriva l’articolo 182-bis, con cui si attribuivano all’Autorità e alla SIAE, nell’ambito delle rispettive competenze previste dalla legge, poteri di vigilanza. La norma in questione attribuisce altresì all’Autorità, al comma 3, poteri di ispezione, da espletarsi tramite i propri funzionari,

agendo in coordinamento con gli ispettori della SIAE, con l'obbligo di informare gli organi di polizia giudiziaria in caso di accertamento di violazioni.

A tale generale potere di vigilanza e di ispezione si sono affiancati, nel 2010, i poteri di regolazione attribuiti dall'articolo 32-bis del d.lgs. n. 44, che, dopo aver introdotto tra i principi fondamentali all'art. 3 “*la tutela dei diritti d'autore e di proprietà intellettuale*”, impone ai fornitori di servizi di media audiovisivi il rispetto dei diritti d'autore e dei diritti connessi nell'esercizio della propria attività, prevedendo altresì che l'Autorità emani le disposizioni regolamentari necessarie per rendere effettiva l'osservanza dei limiti e dei divieti di cui alla norma citata.

L'articolo 32-bis del Testo unico e l'articolo 182-bis della legge sul diritto d'autore si integrano, poi, con le disposizioni contenute nel decreto legislativo n. 70 del 2003, di recepimento della direttiva sul commercio elettronico, che traccia contenuti e limiti delle responsabilità degli *internet service provider* (di seguito ISP), a seconda che svolgano attività di *mere conduit*, di *caching* e *hosting* di contenuti digitali, e, nell'introdurre il doppio binario di tutela – amministrativa e giudiziaria –, prevede che l'autorità “*amministrativa avent[e] funzioni di vigilanza*” possa esigere, al pari di quella giudiziaria, che il prestatore di servizi “*impedisca o ponga fine alle violazioni commesse*”;

AVUTO RIGUARDO ai numerosi contributi, tra cui, l'Associazione editori software videoludico italiana, l'Associazione italiana editori, l'Associazione Italiana Internet Provider, l'Associazione Nazionale Industrie Cinematografiche Audiovisive e Multimediali, l'Associazione Nazionale Produttori Autori Disc, l'Associazione Nazionale videonoleggiatori italiani, l'Associazione produttori televisivi, l'Associazione content service provider, l'Associazione ridistributori del settore home entertainment, l'Assotelecomunicazioni, la Business Software Alliance, la camera di commercio USA, lo studio legale CBM & partners, Confindustria cultura, Confindustria sistemi innovativi e tecnologici, EMI Music Italy, la Federazione antipirateria audiovisiva, FASTWEB, FEDERAZIONE ITALIANA DEGLI AUTORI, la Federazione operatori web, la Federazione Editori Musicali, la Federazione media digitali indipendenti, la Federazione Italiana Editori Giornali, la Federazione Industria Musicale Italiana, FOX, GOOGLE, il Prof. Gustavo Ghidini, il Nuovo Istituto per la tutela dei diritti degli artisti interpreti esecutori, l'Avv. Marco Provvidera, Massimiliano Santoni, il Movimento per la difesa dei cittadini, MEDIASET, MICROSOFT, la Motion Picture Association of America, il centro studi NEXA Politecnico di Torino, i Produttori musicali indipendenti, RAI, RTI, SACT, SCAMBIO ETICO, la Società Italiana Autori ed Editori, SKY, THE SPACE CINEMA, Telecom Italia, Telecom Italia Media, UNIVERSAL MUSIC, UNIVERSAL PICTURES, l'Unione italiana editoria audiovisiva, VODAFONE, WARNER BROS, WARNERMUSIC, WIND, l'iniziativa SITONONRAGGIUNGIBILE (che comprende Agorà digitale, Studio legale Sarzana, Assoprovider, Altroconsumo, Adiconsum), la categoria dei videonoleggiatori (che comprende Alphamatic, Busterpoint, Cast Video e musica, Centro Professionale, Centro Video, Cinecittà Videoclub Sas, Dvd Planet, Effetti speciali sas, Euroself, Filminvideo,

Hollywoodcinema, il grande cinema Biancavilla, il Grande Cinema di Agliozzo Gaetano, Movie 24h, Moviestation, Nonsolovideo, PCP Fratelli Paolini, Planet movie, Ricupero Rocco Santi, Robovideo, Selfvideo sas, Tamtam video, Tecnovideo sas, Tigervideo, Videobox snc, Videoclub93, Videoexpress, Videoline, Videomania OK, Videomusic house, Videonauta, Videonews, Videosound, Videostore Sas, Videoteca Rocca Saverio, Videovoglia), pervenuti in sede di consultazione sui *“lineamenti di provvedimento concernente l’esercizio delle competenze dell’Autorità nell’attività di tutela del diritto d’autore sulle reti di comunicazione elettronica”* e alle osservazioni formulate nel corso delle audizioni svolte con i soggetti interessati che ne hanno fatto richiesta, che hanno dato luogo, in sintesi, alle osservazioni seguenti:

1. Il quadro normativo di riferimento

(cfr. punti 1 e 2 dell’allegato B alla delibera n. 668/10/CONS)

Posizioni principali dei soggetti intervenuti

Con riferimento al tema dei poteri attribuiti all’Autorità, in linea generale, parte dei soggetti hanno attestato di condividere il quadro normativo come ricostruito dall’Autorità. Tuttavia, alcune categorie di soggetti, hanno avanzato obiezioni, ritenendo che la competenza dell’Autorità sia limitata ai soli fornitori di servizi di media audiovisivi e radiofonici, come definiti dal Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici (di seguito, Testo Unico), assumendo escluso ogni potere sanzionatorio in capo all’Autorità nei confronti degli ISP e, più in generale, degli operatori di rete e dei gestori di siti internet privati. In altri termini, l’Autorità non avrebbe né alcun potere di accertare condotte di immissione di *file* in rete, potere che spetterebbe semmai agli organi giudiziari, né la possibilità di esercitare poteri inibitori o di rimozione selettiva che sarebbero, nel caso, riservati dalla legge, in via esclusiva, al giudice penale.

Alcuni operatori individuano nell’Autorità il soggetto titolato a intervenire in questo settore e accolgono con favore l’intervento della stessa.

Altri, pur condividendo l’analisi dell’Autorità e apprezzando l’intervento di quest’ultima, manifestano alcune riserve. Uno di questi auspica un intervento legislativo che miri a riorganizzare e modernizzare la normativa in materia, mentre un altro osserva che l’ordinamento italiano dovrebbe essere adeguato alla Direttiva UE sul commercio elettronico recepita con D.lgs. n. 70/2003, attraverso la rimozione degli ingiustificati ostacoli alla responsabilità degli ISP, e ritiene opportuno che l’Autorità individui un modello di regolazione della materia che tuteli equamente i consumatori, gli autori e i soggetti che veicolano contenuti protetti in rete, obiettivo che passa necessariamente attraverso l’adozione di opportune misure di contrasto della pirateria. Un altro partecipante suggerisce che, in fase successiva all’emanazione del regolamento, onde evitare conflitti con l’Autorità Giudiziaria Ordinaria, il legislatore provveda ad una complessiva revisione delle leggi vigenti in materia di diritto d’autore. C’è altresì chi,

pur ravvisando l'idoneità della normativa di riferimento a conferire efficacia e solidità all'emanando regolamento, invita a un'attenta valutazione della questione, a fronte del probabile rischio di impugnazione dello stesso da parte di soggetti interessati a impedirne l'applicazione per la sua capacità di interferire su attività di impresa basate sullo sfruttamento senza titolo della proprietà intellettuale altrui. Anche un altro operatore invita alla cautela, al fine di evitare tensioni normative, nonché sovrapposizioni ed incoerenze tra i diversi livelli di *enforcement* delle regole. Un altro soggetto, infine, reputa fondamentale l'intervento del legislatore e del regolatore per la propria parte di competenza, purché ciò non leda in alcun modo le dinamiche concorrenziali del mercato della distribuzione dei prodotti audiovisivi.

Un'altra parte dei rispondenti si oppone alle posizioni espresse dall'Autorità. In particolare, uno di essi fa presente che l'analisi contenuta nel Documento posto in consultazione corre il rischio di apparire limitata, non tenendo conto dell'effettiva ampiezza del mercato di riferimento, in cui l'offerta dei contenuti digitali, oltre a internet e *tv-on-demand*, avviene altresì tramite telefono cellulare (dispositivi mobili); posizione analoga è quella espressa da un altro partecipante, che ritiene l'analisi condotta dall'Autorità incompleta in quanto sbilanciata a favore di problematiche concernenti il mercato audiovisivo a svantaggio di quello musicale. Sulla stessa linea si pone un altro operatore, che osserva che le misure proposte si caratterizzano per una spiccata propensione all'analisi delle criticità tipiche dei media audiovisivi, dei gestori dei siti *web*, dei fornitori di connettività e di servizi di *caching/hosting*, lasciando invece nell'ombra la questione dei rapporti tra editori e operatori di comunicazione elettronica, e trascurando di tutelare tutte le opere dell'ingegno di artisti, scrittori, giornalisti ed editori, su qualsiasi piattaforma esse vengano distribuite, a cominciare dalla rete. Diversi soggetti intervenuti non ravvisano, nel combinato disposto dagli articoli 32-bis del Testo unico e 182-bis e 182-ter della legge n. 633/1941, alcun fondamento ad un potere regolamentare dell'Autorità sui contenuti digitali immessi in rete, stante la limitazione dell'ambito di applicazione dello stesso ai soli servizi di media audiovisivi e radiofonici, e ritengono che qualsiasi disposizione che incida sulla tutela dei diritti d'autore, in primis i provvedimenti inibitori, debba essere introdotta esclusivamente attraverso norme di rango primario. Sulla stessa linea si pone un altro partecipante, che reputa illegittimo qualsiasi intervento dell'Autorità che esuli dalle competenze di vigilanza ai fini della segnalazione agli organi di polizia giudiziaria ad essa attribuite dagli articoli 182-bis e 182-ter della legge n. 633/1941, e richiama l'attenzione sulla necessità di incrementare tale attività di vigilanza, con particolare riguardo a internet. Dello stesso avviso anche un altro intervenuto, che esprime perplessità sul coordinamento tra le diverse norme che attribuiscono competenze all'Autorità in questa materia, e di conseguenza sul fondamento giuridico dei poteri di intervento di quest'ultima. Due operatori, infine, considerata l'obsolescenza dell'attuale impianto normativo nazionale in materia di diritto d'autore, invitano l'Autorità ad una sospensione della procedura in attesa delle iniziative che il Parlamento vorrà assumere in materia all'esito di un più ampio dibattito.

Osservazioni dell'Autorità

Il quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento

Alla luce di quanto già evidenziato nei lineamenti di provvedimento, si ritiene di poter confermare la ricostruzione delle competenze in capo all'Autorità, tenuto conto del quadro normativo e giurisprudenziale di seguito illustrato.

Cenni alla normativa nazionale

In materia di tutela del diritto d'autore, l'Autorità ha visto accrescere progressivamente il proprio ruolo grazie a interventi del legislatore che poggiano su tre pilastri normativi ben identificati.

Il primo riconoscimento di competenze è avvenuto nel 2000, con la legge n. 248, che, nell'aggiornare le disposizioni della legge n. 633/41, inseriva l'articolo 182-bis, con cui si attribuivano all'Autorità e alla SIAE, nell'ambito delle rispettive competenze previste dalla legge, poteri di vigilanza. La norma in questione attribuisce altresì all'Autorità, al comma 3, poteri di ispezione, da espletarsi tramite i propri funzionari, agendo in coordinamento con gli ispettori della SIAE, con l'obbligo di informare gli organi di polizia giudiziaria in caso di accertamento di violazioni.

A tale generale potere di vigilanza e di ispezione si sono affiancati, nel 2010, i poteri di regolazione attribuiti dall'articolo 32-bis del d.lgs. n. 44, il quale, dopo aver introdotto tra i principi fondamentali all'art. 3 anche *“la tutela dei diritti d'autore e di proprietà intellettuale”*, impone ai fornitori di servizi di media audiovisivi il rispetto dei diritti d'autore e dei diritti connessi nell'esercizio della propria attività, prevedendo altresì che l'Autorità emani le disposizioni regolamentari necessarie per rendere effettiva l'osservanza dei limiti e dei divieti di cui alla norma citata.

L'articolo 32-bis del Testo unico e l'articolo 182-bis della legge sul diritto d'autore si integrano, poi, con le disposizioni contenute nel decreto legislativo n. 70 del 2003, di recepimento della direttiva sul commercio elettronico, che traccia contenuti e limiti delle responsabilità degli ISP, a seconda che svolgano attività di *mere conduit* (art. 14), di *caching* (art. 15) e *hosting* (art. 16) di contenuti digitali e, nell'introdurre il doppio binario di tutela – amministrativa e giudiziaria –, prevede che l'autorità *“amministrativa avent[e] funzioni di vigilanza”* possa esigere, al pari di quella giudiziaria, che il prestatore di servizi *“impedisca o ponga fine alle violazioni commesse”*. In tutte e tre le disposizioni, viene sancito il principio generale per cui il prestatore è esente da responsabilità, a condizione che non intervenga in alcun modo sui contenuti stessi o non sia venuto a conoscenza del loro carattere illecito. Aspetto, questo, ribadito dal successivo articolo 17 che stabilisce, in favore degli ISP, il principio della *“assenza dell'obbligo generale di sorveglianza”*. Se è vero che l'ISP *“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”*, tuttavia la medesima disposizione, al comma

successivo, impone comunque un duplice onere: questi è infatti tenuto, oltre che, ovviamente, ad adempiere all'ordine impartitogli dall'autorità giudiziaria ovvero amministrativa, anche a:

- a. informare senza indugio l'autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza, qualora sia a conoscenza di presunte attività o informazioni illecite riguardanti un destinatario del servizio da questi fornito;
- b. fornire senza indugio, a richiesta delle autorità competenti, le informazioni in suo possesso che consentano l'identificazione del destinatario dei servizi da questo forniti, al fine di individuare e prevenire attività illecite.

Inoltre, il comma 3 del citato art. 17 statuisce in capo al prestatore una forma di responsabilità civile rispetto al *“contenuto dei servizi nel caso in cui, richiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza, non ha agito prontamente per impedire l'accesso a detto contenuto, ovvero se, avendo avuto conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio al quale assicura l'accesso, non ha provveduto ad informarne l'autorità competente”*. La responsabilità del prestatore viene dunque definita in negativo: la generale presunzione di irresponsabilità viene a decadere nel momento in cui ricorrono le circostanze di cui al d.lgs. 70/2003, cioè quando questo viene a conoscenza dell'illecito. Come infatti precisato al considerando 48 della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico, la medesima direttiva *“non pregiudica la possibilità per gli Stati membri di chiedere ai prestatori di servizi, che detengono informazioni fornite dai destinatari del loro servizio, di adempiere al dovere di diligenza che è ragionevole attendersi da loro ed è previsto dal diritto nazionale, al fine di individuare e prevenire taluni tipi di attività illecite”*.

Cenni ad iniziative regolamentari in altri Stati membri

Al fine di collocare l'azione italiana all'interno del dibattito in corso nel contesto europeo, si forniscono di seguito alcune notazioni sullo stato dell'arte negli Stati membri che si sono segnalati per interventi recenti in materia di diritto d'autore.

Regno Unito

L'8 aprile 2010 è entrato in vigore il *Digital Economy Act* che ha attribuito all'Ofcom il compito di adottare le disposizioni attuative (un Codice) per l'esecuzione delle disposizioni inerenti le violazioni del *copyright*. Il 28 maggio 2010 lo schema di codice dell'Ofcom è stato sottoposto a consultazione pubblica che si è conclusa il 30 luglio 2010, ma non sono ancora stati pubblicati gli atti conclusivi.

Il meccanismo descritto nel Codice dell'Ofcom sottoposto a consultazione si articola nel seguente modo:

- 1) Il titolare del diritto notifica all'ISP gli indirizzi IP utilizzati per veicolare contenuti illegali trasmettendo, sempre all'ISP, un *Report* di violazione ("*copyright infringement report*" detto anche CIR),
- 2) l'ISP notifica all'utente di aver ricevuto un *Report* di violazione, e possono aversi fino a tre Notifiche (la seconda in caso di violazione reiterata nei 6 mesi, la terza in caso di reiterazione di violazione nel mese),
- 3) alla terza notifica l'utente viene iscritto in un Registro tenuto dall'ISP,
- 4) gli utenti iscritti nel Registro possono essere destinatari di misure tecniche da parte degli ISP sulla base di quanto sarà stabilito dal Ministro competente a valle di un rapporto dell'Ofcom decorso un anno dall'entrata in vigore del Codice,
- 5) su richiesta dei titolari dei diritti gli ISP trasmettono loro una Lista dei *Report* di violazione dei diritti di loro spettanza,
- 6) l'utente può ricorrere avverso il Report, le Notifiche o la Lista ad un organo indipendente chiamato *Body* (costituito da una singola persona fisica) nominato dall'Ofcom e dinanzi al quale si svolge il procedimento in contraddittorio tra le parti, alla fine del quale il *Body* adotta una decisione vincolante,
- 7) i titolari dei diritti e gli ISP possono chiedere all'Ofcom di risolvere una controversia che riguardi rapporti tra loro (indipendentemente dal caricamento di contenuti illegali da parte di utenti) con decisione vincolante tra le parti,
- 8) l'Ofcom può irrogare nei confronti degli ISP o dei titolari (ma non nei confronti dell'utente) sanzioni pecuniarie fino a 250.000 pound (320.000 euro) per violazioni del Codice che vengono versati a suo beneficio.

La legge ha suscitato aspre critiche e ha dovuto superare il vaglio dell'Alta corte a seguito di un ricorso di British Telecom e Talk Talk perché prevede la possibilità per il Ministro competente, previo parere favorevole del Parlamento e del giudice, di bloccare l'accesso dell'utente ai siti sui quali vengono veicolati contenuti illegali. L'Alta corte ha respinto il ricorso di British Telecom e Talk Talk stabilendo che la legge non infrange le direttive comunitarie in materia di tutela della *privacy* e telecomunicazioni, accogliendo parzialmente la questione relativa al rimborso parziale dei costi sostenuti dagli ISP da parte dei titolari dei diritti.

Il 1 febbraio 2011 il Dipartimento di Stato competente ha chiesto all'Ofcom di esaminare le diverse implicazioni tecniche ed economiche connesse ai meccanismi di blocco degli accessi ai siti. Allo stato, il pacchetto di norme non è ancora divenuto operativo.

Francia

Nell'ottobre 2009 è stata approvata la legge sulla Diffusione delle Opere e la Protezione dei Diritti d'Autore con lo scopo di contrastare il *download* illecito di opere musicali e

cinematografiche, incoraggiando al contempo le pratiche legali. L'impianto normativo ha come braccio operativo l'Alta Autorità per la Diffusione delle Opere e la Protezione dei Diritti su Internet (HADOPI) che è incaricata di monitorare le attività degli utenti e dissuaderli in modo graduale da pratiche illecite (due *warning* preliminari saranno seguiti, in caso di recidiva, da sanzioni, comprendenti anche la disconnessione da internet, comminabile in via giudiziale).

Il sistema ha iniziato a funzionare dall'ottobre 2010, entrando ora nella piena operatività: dopo aver proceduto all'individuazione degli utenti (sarebbero per ora circa 100 mila), l'Autorità sta inviando la prima serie di avvisi preliminari. Sarà dunque necessario attendere un pieno rodaggio del meccanismo prima di trarre valutazioni.

Quale tentativo di contenimento del fenomeno delle violazioni dei diritti d'autore in internet, la disciplina sinora delineata non sembrerebbe generare risultati pienamente positivi, tanto più in considerazione del carattere transnazionale che caratterizza il web. Peraltro, come recentemente annunciato sulla stampa, saranno probabilmente avviate delle rivisitazioni della legge, tant'è che già si parla di un'HADOPI 3 (essendo la HADOPI 2 intervenuta a seguito della pronuncia del Consiglio costituzionale francese del 10 giugno 2009).

Germania

Il dibattito attualmente in corso in Germania vede contrapporsi, da un lato, le tesi del "Partito dei Pirati" e dei cd. nativi digitali che ritengono superate le regole del mondo analogico, basate su un'obsoleta concezione della proprietà intellettuale, e rivendicano la libera e piena fruizione dell'accesso alla rete, anche ove ciò si traduca nell'appropriazione in maniera gratuita delle prestazioni intellettuali altrui e, dall'altro, i tentativi di interessi corporativi di strumentalizzare il diritto d'autore per salvaguardare modelli economici di sviluppo superati.

La riflessione riguarda l'individuazione degli strumenti da adottare per un'efficace applicazione della normativa esistente, in aggiunta alla diffida utilizzata da tempo nel diritto civile per affermare pretese in via extragiudiziale. Tra le possibili alternative, sono state scartate a priori misure come la legge HADOPI e blocchi di accesso a internet, considerate invasive ingerenze nella libertà di comunicazione, nonché il cd. "*flat rate*" della cultura (quota forfettaria che ogni titolare di una connessione internet dovrebbe pagare per l'utilizzo di tutti i contenuti della rete) ritenuto non valido in quanto implicante una collettivizzazione forzata dei diritti e un conseguente violento conflitto tra autori per la ripartizione delle entrate, riducendo inoltre il diritto d'autore a una mera pretesa di indennizzo.

Spagna

In materia di lotta alla pirateria informatica si è sviluppato in Spagna un vivace dibattito tra gli addetti ai lavori e non, sia per la mancanza di una regolamentazione *ad hoc*, sia per via del peso dell'industria culturale spagnola sull'economia del Paese.

Per colmare tale lacuna, il Ministro Sinde ha inserito una normativa anti pirateria informatica nel quadro della più organica "Legge per un'Economia Sostenibile", approvata il 4 marzo 2011. Il provvedimento contempla procedure snelle che consentiranno ad un'apposita Commissione sulla proprietà intellettuale in seno al Ministero della cultura di oscurare le pagine *web* che offrono illegalmente contenuti tutelati dai diritti d'autore. Tuttavia, l'entrata in vigore della legge rimane subordinata al varo del relativo regolamento esecutivo in corso di elaborazione.

La citata Commissione avrà il compito di valutare le denunce ricevute da chi ritiene di avere subito la violazione del proprio *copyright*. Se questa ritiene fondata la denuncia, invita gli autori di tale condotta a ritirare, entro 48 ore, i contenuti illegali dalla rete. Viene prevista la possibilità di appellarsi a tale richiesta, producendo le relative prove documentali. Gli autori della denuncia potranno altresì presentare le loro argomentazioni e la Commissione dovrà esprimersi entro tre giorni. Tale risoluzione dovrà poi essere ratificata da un giudice amministrativo, che potrà emettere un'ordinanza per raccogliere i dati degli autori del reato e delle pagine internet illegali e, infine, deliberare sul loro eventuale oscuramento.

Paesi Bassi

L'11 aprile 2011 è stato presentato un disegno di legge volto a prevenire la diffusione illegale di contenuti in rete in modo da rafforzare la fiducia nella tutela del diritto d'autore e rafforzare la posizione degli artisti e degli esecutori nelle negoziazioni contrattuali.

A tal fine, la materia è stata depenalizzata ed è stata prevista la possibilità di inibire l'accesso anche ai siti stranieri (per quelli nazionali era già possibile) il cui scopo sia la messa a disposizione di materiale illegale una volta fallito ogni tentativo di contatto con il gestore del sito. Tale ordine è disposto con provvedimento del giudice.

Oltre alle misure repressive, il pacchetto si articola in una serie di iniziative volte a tutelare la posizione dei titolari dei diritti mediante il rafforzamento degli enti preposti alla raccolta dei compensi per il diritto d'autore, l'imposizione di un sistema di tassazione sui dispositivi di riproduzione dei contenuti che sostituisca l'equo compenso per la copia privata, la semplificazione degli accordi di *copyright* al fine di tenere il passo con le novità derivanti dai diritti di sfruttamento delle opere in internet e l'incoraggiamento dell'eccezione per il cd. *fair use* al fine di incentivare la diffusione di contenuti creativi senza fini di lucro.

Cenni alle iniziative in corso in ambito comunitario

La Commissione europea, preso atto di come il progresso tecnologico verificatosi negli ultimi anni abbia alterato le dinamiche di gestione dei diritti di proprietà intellettuale in rete, ha pubblicato, in data 22 dicembre 2010, un rapporto sull'applicazione della direttiva 2004/48/CE, c.d. *enforcement*, negli Stati membri dell'Unione. In tale atto, la Commissione rilevava come, nonostante il generale miglioramento delle procedure volte ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, *“il volume e il valore finanziario delle violazioni dei diritti di proprietà intellettuale sono allarmanti”*. Prosegue la Commissione: *“La natura multifunzionale di internet agevola la commissione di una grande varietà di violazioni dei diritti di proprietà intellettuale. [...] Lo scambio di file con contenuti protetti da diritto d'autore è divenuto onnipresente, in parte perché lo sviluppo dell'offerta legale di contenuti digitali non è riuscito a tenere il passo della domanda, specie su base transfrontaliera [...]. Molti siti web ospitano o facilitano la distribuzione in linea di opere protette e senza il consenso dei titolari. In questo contesto può essere necessario valutare chiaramente i limiti del quadro normativo esistente”*. Con l'intento di avviare una riflessione generale su nuove e più efficaci forme di protezione dei diritti di proprietà intellettuale, la Commissione ha avviato una consultazione pubblica, terminata il 31 marzo 2011, volta a raccogliere le opinioni delle istituzioni comunitarie, degli Stati membri, del Comitato economico e sociale europeo e di tutte le altre parti interessate, organizzando altresì, per il 7 giugno 2011, un'audizione collettiva e pubblica che consentisse un ulteriore momento di acquisizione di posizioni. Durante tale incontro la Commissione ha anticipato che tale consultazione pubblica è prodromica a una proposta di direttiva che sarà presentata nei primi mesi del 2012.

Quello della direttiva *enforcement* non è tuttavia l'unico fronte su cui si stanno concentrando iniziative degne di nota da parte della Commissione europea. In un'altra consultazione pubblica, terminata nel novembre del 2010, avente ad oggetto la direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico, recepita in Italia dal citato decreto legislativo n. 70/2003, la Commissione non mancava di rilevare la stretta correlazione tra sviluppo di internet e diffusione della pirateria.

Inoltre in data 24 maggio 2011 la Commissione ha rilasciato una comunicazione (COM(2011) 287) avente ad oggetto un Piano d'azione per la riforma delle disposizioni riguardanti i diritti di proprietà intellettuale, tra cui rientrano i diritti di proprietà industriale, il diritto d'autore e i diritti connessi. In ragione della crescente diffusione delle nuove tecnologie e della forte espansione di internet, che hanno profondamente modificato il contesto di riferimento dei diritti della proprietà intellettuale, *“la combinazione in vigore tra normativa europea e nazionale non risponde più alle esigenze attuali e va modernizzata”*. Per tali motivi, la Commissione ha adottato una strategia globale di riforma del quadro giuridico dei diritti di proprietà intellettuale, con l'obiettivo di consentire agli *stakeholder* di adeguarsi alle nuove circostanze e di aumentare le opportunità commerciali. Si inseriscono in tal senso anche le proposte di istituire biblioteche digitali europee, le novità di regolamentazione delle c.d. opere

orfane, con lo scopo di renderle disponibili *on line*. Il Commissario Ue per il mercato interno, Michel Barnier, il 24 maggio 2011 ha dichiarato *“Per l’economia europea è essenziale che all’interno del mercato unico sia garantito il giusto livello di tutela dei diritti di proprietà intellettuale (...) Il progresso ha bisogno di nuove idee e conoscenze, non ci sarà nessun investimento nell’innovazione senza tutela dei relativi diritti. D’altra parte la prosperità di nuovi modelli commerciali e della diversità culturale dipendono dall’accesso ai contenuti culturali, ad esempio alla musica online, da parte di consumatori e utenti. Il nostro obiettivo è trovare un equilibrio tra queste esigenze per un rispetto globale dei diritti di proprietà intellettuale e per far sì che il quadro europeo della proprietà intellettuale costituisca una risorsa per imprese e cittadini, stando al passo con l’era digitale e con la concorrenza delle idee di un mondo globalizzato”*.

Sulla necessità di un intervento congiunto da parte di Commissione e Stati membri per la tutela dei diritti di proprietà intellettuale si è pronunciato in più occasioni anche il Parlamento europeo. In particolare, nel Documento di seduta A7-0175/2010 del 3 giugno 2010, recante *“Relazione sull’applicazione dei diritti di proprietà intellettuale nel mercato interno - (2009/2178(INI))”*, il Parlamento, evidenziando come il fenomeno delle violazioni dei diritti della proprietà intellettuale *on line* abbia raggiunto proporzioni preoccupanti, in particolare a danno dell’industria dei contenuti creativi, si focalizza sui possibili interventi. L’ambito giuridico vigente viene ritenuto difficilmente capace di garantire in modo efficace la protezione dei diritti su internet e, nel contempo, un’equilibrata tutela del diritto di accesso alla cultura e ai contenuti. Il Parlamento, nell’invitare la Commissione a predisporre, in tema di diritti di proprietà intellettuale, *“una strategia organica che sia atta a rimuovere gli ostacoli alla creazione di un mercato unico nell’ambiente online e che adatti il quadro normativo europeo in materia alle attuali tendenze della società come pure agli sviluppi tecnologici”*, pone tuttavia l’accento altresì sulla necessità di incentivare la promozione e lo sviluppo dell’offerta legale, in quanto *“lo sviluppo di questi servizi legali è inibito dalla crescita dei contenuti caricati illegalmente on line”*. Infatti, un’offerta legale diversificata, attraente e visibile per il consumatore può contribuire a riassorbire il fenomeno della violazione *online*. Il Parlamento riconosce che le carenze che colpiscono il mercato interno europeo nel settore digitale costituiscono un grosso ostacolo allo sviluppo delle offerte legali *on line*, sottolineando, a tale scopo, l’esigenza di una campagna di educazione e sensibilizzazione, soprattutto tra i giovani consumatori europei, sulla necessità del rispetto della creatività e dei diritti che la tutelano.

Il Parlamento europeo è tornato ad esprimersi in materia di proprietà intellettuale con la Risoluzione del 12 maggio 2011 su *“Le industrie culturali e creative, un potenziale da sfruttare”*. In tale atto, nel ribadire la necessità di un intervento teso ad educare il consumatore al rispetto dei diritti d’autore e ad informarlo sulle alternative rese possibili dall’offerta legale, il Parlamento chiede alla Commissione di pervenire alla stesura di un Libro bianco, in considerazione della sempre crescente importanza delle industrie culturali e creative, nonché con l’obiettivo di rafforzare questo settore di strategica rilevanza per il conseguimento degli obiettivi della strategia Europa 2020.

Propone, altresì, la realizzazione di un sistema di licenze paneuropee che innesti, su quello esistente, modelli di concessione di licenze per diritti individuali e collettivi multiterritoriali e faciliti il lancio di servizi con un'ampia scelta di contenuti, incrementando in questo modo l'accesso legale a contenuti culturali *on line*, incentivando la Commissione e gli Stati membri a promuovere lo scambio di *best practices* in materia di metodi efficaci per sensibilizzare l'opinione pubblica circa l'impatto delle violazioni in materia.

Alla luce di quanto esposto, si palesa come le iniziative in materia di diritti della proprietà intellettuale da parte della Commissione e del Parlamento europeo non siano da considerarsi momenti isolati, ma, bensì, facciano parte di un disegno più generale delle istituzioni comunitarie di incrementare la crescita e la competitività del mercato interno all'Unione, promuovendo l'accesso a beni e servizi tutelati dai diritti di proprietà intellettuale, puntando al giusto equilibrio tra sostegno della creatività e innovazione, garantendo riconoscimenti e investimenti agli autori, prevedendo l'intensificazione della lotta alla pirateria e alla contraffazione.

L'evoluzione della giurisprudenza

Cenni alla giurisprudenza nazionale

Nella cornice normativa sopra descritta sul sistema della responsabilità e delle condotte giuridicamente rilevanti poste in essere dall'ISP, è intervenuta più volte la giurisprudenza al fine di sopperire alle riscontrate criticità applicative delle norme in esame. Si ritiene opportuno effettuare una, se pur rapida, rassegna di alcune delle più rilevanti pronunce che si sono susseguite con riferimento alla responsabilità dei *provider* – ovvero i noti casi *Peppermint*, *Pirate Bay*, *FAPAV c. Telecom Italia*, *RTI c. YouTube* e *Vividown c. Google*, per concludere con le recentissime ordinanze nei casi *PFA Film c. Yahoo! Italia* e *BtJunkie* e con la sentenza nel caso *RTI c. Italia On Line (IOL)* – da cui l'interpretazione data dall'Autorità del disposto del d.lgs. n. 70/2003 e, conseguentemente, risulta corroborata e rafforzata.

Il caso *Peppermint* (ordinanza della IX sezione civile del Tribunale di Roma del 16 luglio 2007) traeva origine dall'istanza dell'etichetta discografica tedesca *Peppermint* nei confronti di più di 3.600 utenti di aver violato la legge, condividendo illegalmente *file* di cui la società deteneva il diritto d'autore – in particolare *Peppermint* aveva monitorato i consumatori nel loro uso personale di internet riuscendo, con l'ausilio dei loro *provider*, ad ottenere i dati relativi ai movimenti effettuati dagli utenti senza che questi ne avessero cognizione. Su tale questione il giudice ha stabilito che non può essere richiesta all'ISP l'ostensione dei dati anagrafici relativi agli intestatari di linee telefoniche che, connettendosi a reti *peer-to-peer*, avrebbero condiviso *file* di opere tutelate in violazione del diritto d'autore, in quanto la tutela della riservatezza delle comunicazioni elettroniche e telematiche tra privati, quale valore fondamentale della persona, prevale, nel giudizio di bilanciamento dei due diritti, sulla tutela del diritto d'autore.

Nel caso *Pirate Bay* (sentenza della III sezione penale della Corte di cassazione del 23 dicembre 2009, n. 49437), all'origine del quale vi era l'azione della Federazione Industria Musicale Italiana (FIMI) contro il sito di *download* di c.d. *file torrent* (una particolare estensione per *file* utilizzato da programmi *peer-to-peer*) chiamato *Pirate Bay*, già condannato in Svezia dove erano ubicati i relativi server, il giudice ha, in primo luogo, stabilito che l'utilizzo di tecnologie di trasmissione *peer-to-peer* non esclude la configurabilità del reato di messa a disposizione del pubblico attraverso internet di opere protette dal diritto d'autore in capo al titolare del sito web. Ciò sebbene, attraverso la tecnologia in questione, il titolare del sito non "detenga" mai nei propri *database* l'opera protetta, che al contrario si trova presso gli utenti, e da questi stessi trasferita ad altri soggetti. In secondo luogo, il giudice ha sancito la legittimità dell'eventuale ordinanza cautelare che disponga che gli ISP – pur estranei al reato – inibiscano agli utenti l'accesso al sito, nonché respinto l'eccezione di difetto di giurisdizione fondata sulla mera localizzazione all'estero dell'*hardware* del sito.

Nel caso *FAPAV c. Telecom Italia* (ordinanza della IX sezione civile del Tribunale di Roma del 12 dicembre 2009), che traeva origine dalla richiesta di FAPAV di fornire i nominativi degli utenti che avrebbero prelevato in modo illecito materiale coperto dalle leggi a tutela del diritto d'autore, di oscurare l'accesso ai siti di *file sharing* e di inviare avvisi a coloro che commettono violazioni al diritto d'autore, il giudice aveva ritenuto che l'ISP che effettuasse attività di *mere conduit* non potesse essere ritenuto responsabile del contenuto dei dati che questo trasportasse, in quanto non sottoposto ad oneri di controllo e, soprattutto, che l'ISP non potesse agire sui contenuti illeciti, rimuovendoli o sospendendo il servizio, come era stato richiesto a Telecom Italia da FAPAV, senza un previo ordine dell'autorità giudiziaria, ai sensi del combinato disposto dei citati articoli 14 e 17 del d.lgs. n. 70/2003.

Nel caso *RTI c. YouTube* (ordinanza della IX sezione civile del Tribunale di Roma del 15 dicembre 2009), la società italiana aveva avviato un'azione legale in via cautelare avente ad oggetto l'*upload* di alcuni video del programma televisivo "Grande fratello" sulla piattaforma di YouTube, chiedendone l'immediata rimozione dai *server* e la conseguente immediata disabilitazione all'accesso di tutti i contenuti riproducenti – in tutto o in parte – sequenze di immagini fisse o in movimento relative al programma in questione. Il Tribunale di Roma ha accolto entrambe le richieste, ritenendo che YouTube avesse una diretta responsabilità nella segmentazione delle *clip*, traesse vantaggio dalla pubblicità che è affiancata alle *clip* e fosse, in conclusione, parificabile, relativamente alla responsabilità, a un editore. Inoltre, aggiunge il giudice, esso dispone di regole che consentono la rimozione dei contenuti pedopornografici, si è dotato di una *policy* di *notice and take-down*, riservandosi il diritto di "controllare i contenuti": per questo motivo dovrebbe vigilare in maniera autonoma sulle violazioni del diritto d'autore.

Nel caso *Vividown c. Google* (sentenza della IV sezione penale del Tribunale di Milano del 24 febbraio 2010), conseguente a un atto di cd. cyber-bullismo, ovvero l'*upload* sul sito di Google di un video che mostra un ragazzino affetto da sindrome di

Down malmenato ed ingiuriato da alcuni coetanei, il Tribunale di Milano ha condannato tre dirigenti della società a sei mesi di reclusione, condanna poi sospesa, per l'insufficiente comunicazione degli obblighi di legge nei confronti degli *uploader*, configurandosi così, in capo a Google, la responsabilità per colpa, con l'aggravante del fine di lucro (i profitti che la società ha ricavato dalla visualizzazione dei video caricati sulla propria piattaforma) e non soltanto per semplice noncuranza. *“La distinzione tra content provider e service provider è sicuramente significativa”* sostiene il giudice di Milano *“ma, allo stato ed in carenza di una normativa specifica in materia, non può costituire l'unico parametro di riferimento ai fini della costruzione di una responsabilità penale degli internet providers”*. A seguito di tale pronuncia, Google ha concluso un accordo stragiudiziale con l'Associazione Vividown (cui era iscritta anche la vittima dell'episodio di pestaggio ripreso dal video incriminato) offrendo ad essa un canale privilegiato per la segnalazione di contenuti lesivi, riconoscendola in sostanza come *“trusted user”* (utente certificato). L'applicazione concreta dell'accordo prevede la possibilità di segnalare i video offensivi attraverso una casella di posta privilegiata a cui indirizzare le segnalazioni che potranno divenire nelle successive 24 ore richieste di rimozione concreta del materiale, sulla base dell'istituto del *notice and take-down*.

Nel caso *PFA Film c. Yahoo!* (ordinanza della IX sezione civile del Tribunale di Roma del 20 marzo 2011), il giudice ordinava al motore di ricerca Yahoo!, a seguito di istanza presentata da PFA Film, società licenziataria in esclusiva dei diritti di sfruttamento economico di un film (in specie, *About Elly*), la rimozione dai propri server dell'accesso ai file audiovisivi del film non autorizzati e la inibitoria della prosecuzione delle violazioni. La sezione specializzata del Tribunale di Roma ha così riconosciuto la responsabilità del gestore del motore di ricerca, ritenendo che, seppure nella fase di selezione e posizionamento delle informazioni in generale esso non svolga un ruolo attivo e quindi non abbia conoscenza dei contenuti dei siti sorgente a cui è effettuato il *link*, né eserciti un controllo preventivo sugli stessi, dall'altro però, una volta venuto a conoscenza del contenuto illecito di specifici siti, identificati da c.d. URL (*Uniform Resource Locator*), è in condizione di esercitare un controllo successivo e di impedirne la indicizzazione e il collegamento. Sostiene, infatti, il giudice che la norma di esonero da responsabilità, speciale e derogatoria rispetto al principio generale di responsabilità dell'impresa per le proprie attività, rinviene la propria *ratio* nella generale presunzione di inesigibilità di un controllo del gestore sulle informazioni presenti in rete, per gli eccessivi costi che questo porrebbe a carico dell'impresa e che questa passerebbe al consumatore. Tuttavia, essendo stato Yahoo! reso edotto dell'illiceità dei contenuti da una previa diffida della società attrice, la mancata attivazione del gestore del motore di ricerca in tal senso lo ha reso responsabile di un concorso nella contraffazione dei diritti di proprietà intellettuale, non essendo il suo agire, nella consapevolezza dell'illecito, coperto dalla esenzione di responsabilità, dovendo quindi considerarsi Yahoo!, in tale frangente, destinatario delle misure di inibitoria preventiva previste dalla legge sul diritto di autore, in quanto intermediario i cui servizi sono utilizzati per la violazione.

Nel caso *BtJunkie* (ordinanza del Pubblico Ministero della procura di Cagliari del 21 aprile 2011) è stata ordinata l'inibizione, per il tramite della Guardia di Finanza, dell'accesso nei confronti del sito www.BtJunkie.org, la maxi-piattaforma digitale per scaricare musica, film, libri e videogiochi in modo illegale, in qualche modo erede di Pirate Bay. Tale ordinanza è stata adottata sulla base della normativa sul commercio elettronico, ovvero gli articoli 14 e seguenti del decreto legislativo n. 70 del 2003, dove si prevede che l'autorità giudiziaria possa esigere, anche in via d'urgenza, che l'ISP impedisca o ponga fine alle violazioni commesse.

A queste pronunce si aggiunge il sequestro dei siti internet www.gameternity.com e www.downloadzone.altervista.org, eseguito dalla Guardia di Finanza su provvedimento del Tribunale di Arezzo.

Deve citarsi, in conclusione, la recentissima sentenza n. 7680/2011, depositata il 7 giugno 2011, con cui il Tribunale di Milano si è pronunciato sulla causa *RTI c. IOL*, instauratasi tra Reti televisive italiane spa (di seguito RTI) e Italia Online srl (di seguito IOL, proprietaria del portale libero.it). RTI, in qualità di società attrice, contestava alla IOL, società convenuta, l'illecita presenza, sulla piattaforma telematica di cui questa è titolare (il Portale IOL) che consente l'*upload* e la condivisione di contenuti audiovisivi caricati dagli utenti, di numerosi filmati di proprietà di RTI, peraltro associati a molteplici messaggi pubblicitari (c.d. link sponsorizzati) tramite l'utilizzazione dei titoli dei programmi stessi quali parole-chiave. Il tribunale di Milano ha ritenuto che *“le modalità di prestazione di tale servizio, ormai del tutto comuni ai soggetti che svolgono attività analoghe, si sono distaccate dalla figura individuata nella normativa comunitaria (la direttiva 2000/31/CE, ndr), mentre i servizi offerti si estendono ben al di là della predisposizione del solo processo tecnico che consente di attivare e fornire “accesso ad una rete di comunicazione sulla quale sono trasmesse o temporaneamente memorizzate le informazioni messe a disposizione da terzi al solo scopo di rendere più efficiente la trasmissione”, finendo nell’individuare (se non un vero e proprio content provider, soggetto cioè che immette contenuti propri o di terzi nella rete e che dunque risponde di essi secondo le regole comuni di responsabilità), una diversa figura di prestatore di servizi non completamente passivo e neutro rispetto all’organizzazione della gestione dei contenuti immessi dagli utenti (cd. hosting attivo), organizzazione da cui trae anche sostegno finanziario in ragione dello sfruttamento pubblicitario connesso alla presentazione (organizzata) di tali contenuti”*. Il Tribunale di Milano ha pertanto riconosciuto che la diffusione sulla Sezione Video del Portale IOL di brani e di filmati tratti dai programmi televisivi di RTI costituisce violazione degli artt. 78-ter e 79 della legge n. 633/1941, inibendone l'ulteriore diffusione e fissando, altresì, una sanzione pecuniaria.

Cenni alla giurisprudenza comunitaria

La Corte di Giustizia dell'Unione europea ha avuto più volte l'occasione di esprimersi su tematiche concernenti il tema della tutela del diritto d'autore sulle reti di

comunicazione elettronica, come nei casi *Promusicae c. Telefonica*, *Google c. Louis Vuitton*, *SGAE c. Padawan*, *Scarlet c. Sabam* e *Sabam c. Netlog*.

Nella questione pregiudiziale relativa al caso *Promusicae* (sentenza della Corte di giustizia del 29 gennaio 2008, causa C-275/06), che traeva origine dall’iniziativa giudiziaria dell’associazione spagnola a tutela degli interessi degli autori ed editori (*Promusicae* appunto) nei confronti del *provider* Telefonica il quale si era opposto alla richiesta di fornire identità e indirizzo fisico degli utenti accusati di scaricare con programmi *peer-to-peer* contenuti protetti, al fine di tutelarne la *privacy*, la Corte di giustizia ha affermato che “*la comunità non impone agli Stati membri l’obbligo di comunicare i dati personali degli utenti dell’internet in caso di contenzioso civile. [...] La comunicazione dei dati richiesti è autorizzata esclusivamente nell’ambito di un’indagine penale o per la tutela della pubblica sicurezza e della difesa nazionale.*”

Nel caso *Vuitton* (sentenza della Corte di giustizia del 23 marzo 2010, causa C-236/08 e 238/08), relativo all’impiego di parole chiave corrispondenti a marchi altrui nell’ambito di un servizio di posizionamento su internet (AdWords) – in particolare, la *Vuitton* aveva fatto constatare che, utilizzando il motore di ricerca di Google, l’inserimento da parte degli utenti di internet dei termini costituenti i suoi marchi faceva apparire, nella rubrica «*link sponsorizzati*», alcuni *link* verso siti che offrivano imitazioni di prodotti della *Vuitton* –, il giudice comunitario ha affermato che l’art. 14 della direttiva sul commercio elettronico, deve essere interpretato nel senso che essa “*si applica al prestatore di un servizio di posizionamento su internet qualora detto prestatore non abbia svolto un ruolo attivo atto a conferirgli la conoscenza o il controllo dei dati memorizzati. Se non ha svolto un siffatto ruolo, detto prestatore non può essere ritenuto responsabile per i dati che egli ha memorizzato su richiesta di un inserzionista, salvo che, essendo venuto a conoscenza della natura illecita di tali dati o di attività di tale inserzionista, egli abbia omesso di prontamente rimuovere tali dati o disabilitare l’accesso agli stessi.*”

Nel caso *SGAE c. Padawan*, (sentenza della Corte di giustizia del 21 ottobre 2010, causa C-467/08) la *Sociedad General de Autores y Editores de España* (SGAE), società di gestione collettiva dei diritti di proprietà intellettuale in Spagna, pretendeva dalla società *Padawan* che commercializza Cd-R, Cd-Rw, Dvd-R nonché apparecchi MP3, la corresponsione del “*prelievo per copie private*” per i supporti digitali da questa commercializzati nel periodo compreso tra il 2002 e il 2004. Ritenendo che l’applicazione di tale prelievo - indipendentemente dall’uso privato, professionale o commerciale cui i supporti siano destinati - fosse contraria alla menzionata direttiva, la *Padawan* si rifiutava di adempiere. La Corte, chiamata dal giudice spagnolo a determinare i criteri da prendere in considerazione ai fini della determinazione dell’importo e del sistema di riscossione dell’equo compenso, ha osservato che questo deve essere considerato quale contropartita del pregiudizio subito dall’autore per effetto della riproduzione non autorizzata della sua opera protetta, essendo necessario il mantenimento di un “*giusto equilibrio*” tra i titolari dei diritti e gli utenti dei materiali protetti. Tuttavia, la Corte ha rilevato che un sistema di “*prelievo per copie private*”

risulta compatibile con detto “*giusto equilibrio*” solamente qualora le apparecchiature, i dispositivi e i supporti di riproduzione di cui trattasi possano essere utilizzati ai fini della realizzazione di copie private e, conseguentemente, possano causare un pregiudizio all’autore dell’opera protetta.

Nei casi *Scarlet* e *Sabam* (cause C-70/10 e 360/10) tuttora pendenti dinanzi la Corte di giustizia, il giudice comunitario dovrà stabilire se le direttive in materia di diritto d’autore e di commercio elettronico consentano agli Stati membri di autorizzare un giudice nazionale, adito nell’ambito di un procedimento nel merito e in base ad una norma che si limiti a prevedere che esso possa ordinare ad un fornitore di servizi di *hosting* di predisporre, nei confronti della sua intera clientela, *in abstracto* e a titolo preventivo, esclusivamente a sue spese e senza limitazioni nel tempo, un sistema di filtraggio della maggior parte delle informazioni che vengono memorizzate sui suoi *server*, al fine di individuare *file* elettronici contenenti opere protette dal diritto d’autore. In data 14 aprile 2011 l’Avvocato generale della Corte di giustizia ha depositato le proprie conclusioni relativamente alla causa *Scarlet*, ritenendo che un siffatto sistema di filtraggio, volto ad impedire la circolazione di contenuti in violazione del diritto d’autore, comporterebbe il controllo di tutte le comunicazioni diffuse sulla rete di *Scarlet*, con la conseguenza che un ordine di un giudice in tal senso imporrebbe un obbligo generale di sorveglianza, in contrasto con il disposto dell’articolo 15 della direttiva sul commercio elettronico. Conseguentemente, l’Avvocato generale ha concluso che tali restrizioni potrebbero essere possibili solo ove fossero legislativamente previste in base a criteri equi e trasparenti.

2. La promozione di un’offerta legale sul mercato, l’accesso ai contenuti premium e l’interoperabilità delle piattaforme

(cfr. punti da 3.1 a 3.3.3 dell’allegato B alla delibera n. 668/10/CONS)

Posizioni principali dei soggetti intervenuti

Sulla promozione di un’offerta legale

La maggior parte dei partecipanti alla consultazione condivide ampiamente l’orientamento dell’Autorità e si dichiara favorevole ad iniziative volte alla promozione dell’offerta legale sul mercato.

Diversi soggetti intervenuti condividono l’analisi dell’Autorità e riconoscono le criticità strutturali che impediscono lo sviluppo di un’offerta legale di contenuti digitali, quali le modalità di acquisizione e sfruttamento dei contenuti premium e il sistema delle finestre di programmazione. Alcuni di essi sottolineano in particolare il ruolo svolto dai c.d. “*walled garden*”, ovvero le pratiche competitive poste in essere da alcune *major* che, determinando situazioni di monopolio nel possesso e messa a disposizione del

pubblico di determinati contenuti, innalzano barriere all'ingresso al mercato a scapito di soggetti terzi che potrebbero offrire ai clienti servizi in concorrenza, su tutta la filiera, anche su diverse piattaforme.

Altri soggetti intervenuti, pur dichiarandosi totalmente o parzialmente concordi con l'orientamento dell'Autorità, raccomandano che qualsiasi provvedimento assunto a tale fine non debba comunque in alcun modo ledere le dinamiche concorrenziali che caratterizzano il mercato della distribuzione del prodotto audiovisivo e la libera iniziativa economica dei soggetti interessati, mentre un soggetto rispondente ritiene che l'intervento regolamentare vada sospeso in attesa di una revisione legislativa complessiva della materia.

Vi sono poi altri soggetti che auspicano un intervento regolamentare a promozione di un'offerta legale in primo luogo in quanto strumento di contrasto al dilagare della pirateria e di comportamenti illeciti da parte dei consumatori. Quest'obiettivo è da conseguire, secondo un soggetto rispondente, anche attraverso interventi volti ad orientare il pubblico verso siti che offrono contenuti legali, a scapito di quelli pirata.

Alcuni soggetti chiedono che venga smentita l'equazione tra legalità e gratuità dell'offerta, anche attraverso un eventuale intervento legislativo, ritenendo che il mercato attuale non premierebbe tale strategia distributiva.

Si dichiara favorevole un soggetto, anche se reputa limitativo che, nel riferirsi ai "contenuti digitali", l'Autorità prenda in esame esclusivamente quelli audiovisivi.

Due soggetti ritengono condivisibile l'analisi dell'Autorità ma esprimono perplessità, uno sulla visione delle dinamiche di mercato che da essa traspare, a suo avviso dirigitica ed accademica, l'altro su alcuni elementi non adeguatamente evidenziati, quali il diritto sancito dalla Costituzione ad una libera comunicazione e l'applicazione di una "generale competenza" come normale attività di controllo.

Alcuni soggetti sono favorevoli ad un intervento istituzionale volto ad incoraggiare lo sviluppo dell'offerta legale, soprattutto per arginare i danni causati dalla pirateria, pur rappresentando che in rete esistono già, allo stato attuale, forme ampie e diversificate sia di contenuti legali che di modalità e condizioni di fruizione per gli utenti. Analoghe precisazioni vengono espresse da altri rispondenti alla consultazione. Quest'ultima, pur non condividendo l'analisi svolta dall'Autorità sul punto, riconosce la sussistenza di criticità, in particolare per quanto attiene la garanzia dell'offerta lecita on line.

Alcuni soggetti sono in parziale disaccordo con l'orientamento dell'Autorità. Uno in particolare non ravvisa nella disponibilità di contenuto legale la risposta per diminuire la pirateria, auspicando l'intervento delle autorità italiane affinché l'apertura del mercato al contenuto legale si ottenga principalmente attraverso la lotta alla pervasiva messa a disposizione in rete di prodotti pirata, particolarmente alta nel settore dei videogiochi.

I rimanenti soggetti hanno espresso una posizione più neutrale, ad esempio non rilevando particolari problemi nello sviluppo dell'offerta legale nel settore dell'editoria, e non ritenendo che la risposta a tale quesito sia di competenza delle associazioni industriali.

Sull'accesso ai contenuti premium

Con riferimento all'accesso ai contenuti *premium* e alle finestre di programmazione, in via generale, alcuni soggetti concordano con le ipotesi di sviluppo proposte, al contrario un soggetto non la considera sufficiente. In via propositiva, mentre qualcuno auspica soluzioni tecnologiche che possano favorire lo sviluppo dell'offerta legale, un altro soggetto altro indica il "dialogo" quale misura più efficace per individuare nuove aperture del mercato.

Alcuni rispondenti alla consultazione non condividono l'orientamento dell'Autorità. In particolare un partecipante osserva che la soluzione ipotizzata mette in discussione il principio basilare della cessione in esclusiva dei diritti di sfruttamento delle opere audiovisive e sarebbe tale da provocare l'erosione dei ricavi provenienti dai canali tradizionali, sovvertendo i complessi equilibri raggiunti dal mercato. Altri soggetti concordano con tale evidenza ritenendo che la libertà contrattuale rappresenti il fondamento su cui poggia il settore audiovisivo e, pertanto, debbano essere i titolari dei diritti a gestire la contrattazione delle finestre e delle altre modalità di sfruttamento dei propri diritti anche in ambito di offerta legale sulla rete, nel rispetto delle norme nazionali e internazionali. Ad avviso di un soggetto non sono necessarie particolari misure per l'apertura del mercato, in quanto, ridotta l'illegalità, sarà il mercato stesso che si orienterà verso la forma e la piattaforma, fisica o digitale, che più soddisferà le esigenze di fruizione.

Con particolare riferimento ai contenuti *premium*, un partecipante ritiene che, stante l'attuale assetto regolamentare comunitario e nazionale, l'imposizione di eventuali rimedi o obblighi *ex ante* non possa prescindere da un'analisi delle condizioni concorrenziali nei mercati rilevanti e suggerisce di introdurre per via legislativa eventuali misure per un più facile accesso. Un altro propone l'eliminazione dell'offerta abusiva attraverso l'oscuramento dei siti che fungono da portali e la limitazione del *peer-to-peer* con l'adozione di un controllo sulla fruizione privata. Taluni suggeriscono di individuare un quadro normativo e misure in grado di favorire la disponibilità di contenuti pregiati. Per incentivare l'offerta legale di contenuti, qualcuno ritiene che sia necessario promuovere modelli di *business* alternativi, focalizzati ad esempio sulla pubblicità *on line*, che siano in grado, da una parte, di remunerare adeguatamente i titolari dei diritti e, dall'altra, di consentire agli utenti di accedere a contenuti di qualità a prezzi competitivi. Un soggetto propone di mettere gli utenti nella condizione di acquistare i diritti loro necessari al riutilizzo di un contenuto (audio/video) mediante una procedura semplificata (solo *on line*) e di ottenere la certezza giuridica di divenire con ciò licenziatari di tutti i diritti loro necessari. Un altro ritiene che gli attuali meccanismi

stiano funzionando correttamente, come testimoniato dal mercato dei video su richiesta (di seguito anche VOD), in crescita nonostante la pirateria. Secondo un partecipante, la forma di apertura al mercato *premium* passa attraverso una offerta tecnologica di livello superiore, sia con politiche di cablaggio delle utenze, magari con liberalizzazione dell'ultimo miglio, sia con un'offerta multimediale di pregio. Altri ritengono che, per aggirare l'ostacolo della fruizione illegittima, occorra avere la disponibilità sul mercato di offerte legali di contenuti *premium* a condizioni economicamente interessanti e facilmente fruibili per i consumatori e che garantiscano l'apertura del mercato a tutte le piattaforme.

Con riferimento all'interoperabilità, alcuni si dichiarano favorevoli. Qualcuno auspica un approfondimento in merito, mentre qualcun altro propone di favorire la stessa prevedendo, a livello normativo, benefici fiscali/economici per chi decida di rendere la propria piattaforma interoperabile ed evidenziando, al contempo, come essa debba riguardare anche i pagamenti per la fruizione dei contenuti a gestione dei clienti. Un altro soggetto sottolinea che, accanto a modelli c.d. "*walled garden*", sono in fase avanzata di sviluppo nuovi sistemi di "*Universal DRM*" basati su tecnologia *UltraViolet*, che consentiranno la fruizione di un film acquistato su qualsiasi terminale. Un ultimo soggetto ritiene che debba essere il mercato ad individuare le migliori soluzioni, ma non è contraria ad un intervento istituzionale per incoraggiare soluzioni interoperabili e standard comuni.

Sul ruolo di mediazione dell'Autorità

La maggior parte dei rispondenti esprime posizione favorevole al ruolo di mediazione che l'Autorità propone di svolgere tra le parti coinvolte.

Pur condividendo la proposta, alcuni ritengono che il contributo dell'Autorità risulterebbe più efficace qualora essa fosse investita della competenza a decidere su eventuali controversie sorte nell'esecuzione di tali contratti. Un soggetto, in particolare, valuta con favore l'applicazione dei principi generali della disciplina dei diritti secondari di cui all'articolo 2 del Regolamento approvato dall'Autorità con delibera n. 30/11/CSP.

Ad avviso di un altro, qualsiasi intervento in materia deve essere successivo a quello mirato a garantire il pieno rispetto dei diritti e non deve modificare settori economici vitali in un momento di seria crisi economica generale. Qualcuno, in aggiunta, ritiene necessari ulteriori interventi di natura regolatoria mentre un altro suggerisce che tale tema debba essere meglio affrontato in seno al Tavolo tecnico. Al contempo un partecipante auspica che si eviti ogni tipo di discriminazione nei confronti dei produttori di contenuti e del libero mercato, garantendo reale protezione dagli utilizzi illeciti. Qualcun altro sottolinea come, in particolare, l'intervento dell'Autorità dovrebbe essere mirato a garantire che le piattaforme distributive non pongano condizioni di accesso discriminatorie ai fornitori di contenuto. Un soggetto ritiene che

vadano sostenute logiche di carattere scalare che possano favorire lo sviluppo di sistemi analitici e di identificazione certa dei contenuti, mentre un altro auspica una maggiore responsabilizzazione degli ISP. Alcuni suggeriscono una maggiore incisività degli interventi proposti. In particolare, il primo suggerisce di applicare il regime introdotto dall'articolo 14 del decreto legislativo n. 9/2008, recante "Disciplina della titolarità e della commercializzazione dei diritti audiovisivi sportivi e relativa ripartizione delle risorse" il quale stabilisce che i diritti audiovisivi destinati alle piattaforme emergenti debbano essere offerti su base non esclusiva e che il prezzo di acquisto da parte degli operatori attivi su piattaforme emergenti debba essere commisurato al loro effettivo utilizzo, e di ampliare il più possibile l'applicabilità di tale impianto, introducendo meccanismi analoghi di tutela del *copyright* per i diritti audiovisivi diversi da quelli sportivi (cinema, serie TV ecc.) disciplinati da tale decreto. Il secondo, di contro, ritiene che l'intervento dell'Autorità non debba limitarsi alla mediazione, ma spingere fattivamente l'*industry* ad un'apertura concorrenziale della cessione dei diritti di distribuzione dei contenuti. Considera, altresì, necessaria una rivalutazione delle *revenues*. In via propositiva, un soggetto ritiene che, con riferimento al mercato dei contenuti digitali per la telefonia mobile, sia obbligatorio aggiungere l'ostacolo rappresentato dal limite di prezzo imposto dal Piano di numerazione nel settore delle comunicazioni (PNN). Un altro suggerisce il ricorso a tariffe differenziate nei *service contracts* di accesso internet, a seconda della volontà del consumatore di accedere in tempi brevi ai contenuti *premium*.

Alcuni partecipanti non concordano con la proposta dell'Autorità. Un soggetto, in particolare, ritiene che interventi in tal senso dell'Autorità fuoriescano dall'ambito di applicazione del decreto Romani, mentre altri non ritengono utile la proposta, preferendo soluzioni di natura precettiva; per altro verso, qualcuno ritiene che essa inciderebbe negativamente sull'autonomia contrattuale e qualcun altro sottolinea che vincoli all'interoperabilità possono nascere da tentativi di altri operatori, più a valle nella filiera commerciale, di imporre formati proprietari al fine di creare o sfruttare posizioni dominanti. Un soggetto è dell'idea che, adottando tale tipologia di intervento, apparirebbe poi sproporzionato imporre procedure obbligatorie e vincolanti soltanto in capo ad alcune categorie di operatori. Un altro, dal suo canto, vede nell'eventuale Tavolo tecnico il luogo ideale volto all'individuazione di possibili nuove opportunità. Un soggetto è di posizione contraria poiché ritiene che il compito dell'Autorità sia soltanto quello di controllo, di indirizzo del mercato e, solo in presenza di difformità precise, di sanzione.

Osservazioni dell'Autorità

L'Autorità condivide le riflessioni contenute all'interno della Comunicazione della Commissione europea "*Sui contenuti creativi online nel mercato unico*" (COM/2007/836) con particolare riferimento all'assunto secondo cui il trasferimento dei servizi di contenuti creativi verso un ambiente *on line* comporta un cambiamento

sistemico. Per poter trarre il massimo beneficio da tali cambiamenti, secondo la Commissione europea, occorre conseguire tre obiettivi: *“la garanzia che i contenuti europei contribuiscano nella misura del possibile alla competitività europea e favoriscano la disponibilità e la diffusione dell’ampia diversità della creazione di contenuti europei e del patrimonio linguistico e culturale dell’Europa; aggiornare o chiarire le eventuali disposizioni giuridiche che ostacolano inutilmente la diffusione online dei contenuti creativi on line nell’UE, riconoscendo nel contempo l’importanza dei diritti d’autore per la creazione; incoraggiare il ruolo attivo degli utilizzatori nella selezione, diffusione e creazione di contenuti”*.

In tale ottica, l’Autorità reputa molto importante l’attuazione di azioni di sviluppo e incentivazione dell’offerta legale all’interno del mercato italiano dei contenuti digitali, sulla scia degli esempi di Gran Bretagna, Spagna e Olanda, che sia volta a favorire migliori condizioni di fruizione per i consumatori, un equo compenso e la tutela degli autori su internet.

La Commissione europea riconosce un ruolo centrale alle Istituzioni pubbliche nel promuovere i mercati dei contenuti digitali. Nella sua Comunicazione *“Un’Agenda digitale europea”* (COM/2010/245), al punto 2.1.1. *“Aprire l’accesso ai contenuti”*, Questa sottolinea altresì come i consumatori si aspettino di poter accedere ai contenuti *on line* con la stessa facilità con cui accedono ai contenuti non in linea. Occorre, pertanto, promuovere *“la distribuzione digitale di contenuti culturali, giornalistici e creativi, meno costosa e più rapida”*, la quale consente agli autori e ai fornitori di contenuti di raggiungere un pubblico nuovo e più ampio. Allo stesso tempo *“la disponibilità di un’offerta online legale, ampia e interessante costituirebbe anche una risposta efficace alla pirateria”*.

L’ultimo rapporto dell’International Intellectual Property Alliance (IIPA) descrive il mercato italiano come un bacino di circa 30 milioni di potenziali clienti, dove tuttavia l’offerta legale di contenuti *online* è ostacolata dall’attuale situazione di contesto. Il rapporto, peraltro, evidenzia un aumento delle forme di pirateria che utilizzano reti mobili per la fruizione illecita di musica e videogiochi: questo dato sembra peraltro trovare riscontro nell’analisi condotta da Nextplora (indagine Mobile-Next 2011) che riguarda le modalità di navigazione degli utenti di *smartphones*, condotta su un campione di 5mila clienti di telefonia mobile. Dallo studio emerge che l’ultimo biennio ha segnato un forte incremento del *download* di applicazioni, giochi, loghi e musica via cellulare, che oggi rappresenta una modalità di fruizione diffusa tra 5,2 milioni di utenti. In particolare, il cellulare rappresenta la seconda modalità di ascolto della musica (42%) dopo la radio (67%), ed ha pertanto superato i lettori di CD e DVD (41%) e quelli MP3 (35%). Nel caso dei videogiochi, invece, prevalgono ancora computer e *web* (42%).

Anche alla luce di quanto è emerso nel corso della consultazione, le linee di azione volte a promuovere una maggiore apertura del mercato come presentate nel documento sottoposto a consultazione non sembrano compatibili con un’azione

impositiva *ex ante* da parte dell'Autorità in questo specifico ambito, circoscritta dal perimetro dell'art. 5, comma 1, lett. f), del Testo unico, che impone alle emittenti, anche radiofoniche digitali, e ai fornitori di servizi di media a richiesta, *“in caso di cessione dei diritti di sfruttamento di programmi, di osservare pratiche non discriminatorie tra le diverse piattaforme distributive, alle condizioni di mercato, fermi restando il rispetto dei diritti di esclusiva, le norme in tema di diritto d'autore e la libera negoziazione tra le parti”*. Le linee di azione proposte nel documento posto a consultazione sono, pertanto, volte a favorire lo sviluppo del mercato dei contenuti digitali, promuovendo l'eliminazione di ostacoli che ne frenano la naturale evoluzione, stimolando gli operatori a proporre un'offerta di contenuti legali più ricca e competitiva, in un'ottica a vantaggio, altresì, del cittadino/utente. Tali azioni potranno utilmente essere esplicate nell'ambito del Tavolo tecnico con la partecipazione di tutti gli attori interessati.

Nel corso delle audizioni svolte durante la consultazione pubblica, non è mancato un proficuo confronto con gli *stakeholder*, da cui sono emersi numerosi spunti degni di ulteriore riflessione: tra questi, una misura particolarmente efficace ed utile appare quella relativa alla possibilità di prevedere e pubblicizzare adeguatamente una *“white list”*, ovvero una sorta di certificazione di qualità dei siti che offrono contenuti audiovisivi legali. In tal modo si potrebbe offrire un valido contributo alla divulgazione dei siti che offrono contenuti nel rispetto della normativa sul diritto d'autore, rendendo preferibile la trasmissione legittima dei materiali a scapito dei siti pirata, promuovendo azioni di incentivazioni quali la possibilità per i siti certificati di trasmettere contenuti in HD o avere accesso a contenuti *premium*.

Per quanto riguarda la questione dell'interoperabilità delle piattaforme rispetto ai sistemi di pagamento, alla luce di quanto evidenziato da molti operatori in ordine alla difficile implementabilità di meccanismi di tal tipo, soprattutto in considerazione della pendenza del processo di recepimento della direttiva comunitaria sui servizi di pagamento 2007/64/CE che individua le categorie di prestatori di servizi di pagamento che possono legittimamente operare in tutta l'Unione europea e introduce un nuovo tipo di intermediario (l'istituto di pagamento) con uno statuto giuridico coordinato a livello comunitario, si terrà conto degli approfondimenti in corso presso la Banca d'Italia.

3. Le finestre di distribuzione

(cfr. punto 3.3.3 dell'allegato B alla delibera n. 668/10/CONS)

Posizioni principali dei soggetti intervenuti

Sulla rimodulazione delle finestre

Le posizioni degli operatori intervenuti si dividono in favorevoli a una revisione generale del sistema delle *“windows”*, parzialmente favorevoli, contrari e neutrali, ovvero soggetti che non hanno fornito alcuna risposta ai quesiti.

Diversi soggetti si dichiarano favorevoli ad un ripensamento complessivo del sistema delle finestre di distribuzione e delle licenze di sfruttamento dei diritti in esclusiva, ritenendo che l'eccessiva durata delle finestre sia una delle principali ragioni che inducono a commettere atti di pirateria digitale.

Numerosi soggetti condividono l'auspicio di una rimodulazione delle finestre, tuttavia avanzano alcune osservazioni di merito. In particolare, alcuni raccomandano che siano rispettate le condizioni di libera negoziazione tra le parti interessate e che si tengano in considerazione le specifiche esigenze e interessi dei differenti comparti della filiera dell'industria audiovisiva. Altri ritengono opportuno incentivare forme di licenze di tipo *creative commons* e realizzare piattaforme di distribuzione *on line* idonee a consentire l'acquisizione di tutti i diritti necessari alle più ricorrenti forme di utilizzo dei contenuti. Un soggetto è favorevole solo a condizione che siano osservate adeguate tutele nei confronti degli esercenti cinematografici, quali una contestuale e sostanziale riduzione dei canoni di noleggio praticati dai distributori cinematografici per l'utilizzo *theatrical* delle proprie opere audiovisive e l'imposizione di compensi condivisi tra tutti i soggetti parte della filiera di distribuzione dei contenuti digitali per le attività di promozione di opere filmiche svolte da parte degli esercenti cinematografici. Un altro, se da un lato accoglie favorevolmente un ripensamento del sistema delle *windows*, dall'altro non condivide né ritiene giuridicamente praticabile alcun intervento sul contenuto delle licenze di sfruttamento dei diritti in esclusiva. Un intervenuto, pur ritenendo condivisibile un ripensamento complessivo del sistema delle finestre, e auspicando la messa a disposizione del pubblico attraverso internet dei contenuti audiovisivi contestualmente alla loro messa in circolazione nei circuiti tradizionali a condizioni competitive, non reputa sufficiente un eventuale intervento di mediazione o di *moral suasion* dell'Autorità, e lamenta la mancanza di proposte di misure prescrittive in materia di concorrenza e tutela dei consumatori nel mercato delle comunicazioni elettroniche. Un soggetto approva l'iniziativa proposta dall'Autorità, purché venga garantito il rispetto di tempistiche massime per la messa a disposizione su piattaforme emergenti dei contenuti *premium*, mentre per un altro, per arginare il fenomeno della pirateria ma nel rispetto di tutti i canali di sfruttamento, sarebbe auspicabile una riduzione delle finestre di distribuzione tra cinema e *home video* oppure un loro abbattimento per tutti i canali distributivi.

Tra i soggetti contrari all'orientamento dell'Autorità alcuni non ritengono praticabile né risolutivo un intervento regolatorio sulle finestre di distribuzione, in quanto ciò costituirebbe una ingerenza impropria da parte dell'Autorità sull'autonomia contrattuale delle parti e sulla libertà delle dinamiche di mercato. Analoga la posizione di un soggetto in particolare, che sottolinea l'importanza della facoltà dei titolari di diritti d'autore di decidere tempi e modalità di sfruttamento delle proprie opere.

Altri soggetti intervenuti non si pronunciano oppure manifestano una posizione di neutralità rispetto alla tematica oggetto del quesito.

Sullo scarto temporale tra i canali distributivi

Diversi soggetti sono pienamente favorevoli ad una riduzione dello scarto temporale tra i canali di distribuzione e concordano nell'attribuire al ritardato rilascio su internet di opere dell'ingegno la causa della diffusione non legale di contenuti. Un soggetto ritiene che non sia da escludere, nella più ampia libertà contrattuale delle parti interessate, un intervento da parte dell'Autorità per contribuire positivamente alla definizione degli accordi necessari. Ciò andrebbe valutato caso per caso e lo propone come argomento per il Tavolo tecnico.

Una parte dei soggetti intervenuti è parzialmente favorevole: uno tra questi propone l'adozione di pratiche commerciali e modelli di *business* virtuosi e comunque idonei ad aumentare l'offerta legale di contenuti *on line*; un altro, pur reputando utile l'intervento proposto dall'Autorità, non confida nell'accoglimento da parte dei detentori dei diritti di sfruttamento delle opere nei canali tradizionali, senza misure realmente incisive ben diverse da una semplice *moral suasion*; Altri ancora raccomandano che vengano salvaguardate le dinamiche di mercato.

Diversi soggetti manifestano un'assoluta chiusura all'ipotesi di un intervento di mediazione dell'Autorità per la riduzione dello scarto temporale tra canali tradizionali e innovativi in quanto, oltre a dubitare dell'efficacia di un siffatto intervento contro la pirateria, vi ravvisano altresì una indebita limitazione alla libertà negoziale degli operatori.

Altri soggetti intervenuti non si pronunciano oppure manifestano una posizione di neutralità rispetto alla tematica oggetto del quesito.

Osservazioni dell'Autorità

Appare quanto mai opportuno ribadire, in questa sede, quanto già espresso nel documento sottoposto a consultazione pubblica, e cioè che il contributo che l'Autorità intende offrire all'industria sul tema specifico non ha natura regolamentare, ma si esplicherà in un'attività di promozione e mediazione tra gli interessi contrapposti, affinché i soggetti interessati, ove ne condividano la necessità, avviino una riflessione condivisa, finalizzata a rivedere le tempistiche delle cd. finestre di distribuzione.

L'Autorità è infatti ancora persuasa che il fattore "tempo", se non gestito correttamente, rappresenti uno dei principali incentivi alla pirateria multimediale: se un contenuto audiovisivo non è legalmente disponibile per mesi, l'appassionato che vuole disporre subito di una copia è incentivato a procurarsi la medesima sui canali illegali. Viceversa, se lo scarto temporale è ridotto, ed è presente quindi un'offerta legale, tale incentivo è sensibilmente ridotto.

Collocato in tale ottica, sotto forma di *moral suasion*, l'intervento dell'Autorità appare in linea con il quadro normativo vigente, che ha rimesso la definizione delle finestre di distribuzione alla libera contrattazione tra le parti. Esso infatti non è destinato ad incidere sulla libertà negoziale delle parti. L'Autorità ritiene pertanto di poter

legittimamente confermare la posizione espressa nel documento sottoposto a consultazione di operare da organo propulsore di una riflessione di tutti i soggetti coinvolti, con l'obiettivo di ridurre significativamente lo scarto temporale di uscita delle opere cinematografiche tra i diversi canali di distribuzione tradizionali (sale cinematografiche, *home video* e *pay tv*) e quelli sorti più di recente con la tecnologia digitale (servizi *on demand*), così da rendere i secondi realmente competitivi rispetto ai canali non autorizzati, senza intaccare comunque la libertà negoziale né le strategie commerciali delle imprese della catena di valore.

In particolare, l'Autorità intende sottoporre all'attenzione degli *stakeholder* la possibilità di mettere a disposizione su internet, in tempi rapidi, la versione dell'opera cinematografica in qualità standard, in modo da disincentivare l'accesso a siti che consentano illecitamente la versione in *streaming* o il *download* dei *file* e riservare, ad esempio, le versioni in alta definizione (HD) e quella in tecnologia *blu-ray* (contraddistinte da un altro *target* di mercato, costituito principalmente da appassionati dotati di una maggiore disponibilità economica) al mercato dell'*home video* che fruirebbe a sua volta di una finestra con uno scarto temporale più breve. Agendo in tal modo, i canali di distribuzione già esistenti e quelli di nuova generazione potrebbero adeguatamente integrarsi, assumendo una valenza alternativa e non sostitutiva.

Non si può non considerare, peraltro, il rilevante contributo che potrebbe essere offerto al riguardo dalla diffusione della banda larga in Italia. Come sottolineato di recente in occasione della Relazione annuale dell'Autorità presentata al Parlamento il 14 giugno 2011, il nostro Paese, oltre ad essere ai primi posti a livello mondiale per la pirateria, occupa anche gli ultimi posti del ranking dei Paesi europei sul fronte dell'accesso ad internet. Secondo i dati del *Digital Agenda Scoreboard* 2011 (il report sui progressi fatti dai paesi membri nel raggiungimento degli obiettivi dell'Agenda Digitale), la Commissione Europea rileva che l'Italia ha investito bene sul mercato della banda larga mobile, con una crescita che si attesta al 10,2% a fronte di un 7,3% europeo, essendo tra i primi paesi per la penetrazione delle reti ultra-veloci, ma resta indietro per la diffusione della banda larga fissa. Nel nostro Paese, solo il 59% delle famiglie ha una connessione a internet, l'83% di queste è a banda larga, mentre la percentuale degli utenti italiani che usa regolarmente internet, è tra le più basse in Europa, con il 48%. Non a caso l'Agenda Digitale Europea (COM/2010/245), "*si prefigge di tracciare la strada per sfruttare al meglio il potenziale sociale ed economico delle TLC, in particolare di internet, che costituisce il supporto essenziale delle attività socioeconomiche, che si tratti di creare relazioni d'affari, lavorare, giocare, comunicare o esprimersi liberamente.*"

Nei Paesi dove la banda larga è più sviluppata, come l'Olanda, la Germania e il Regno Unito, e il tasso di alfabetizzazione digitale esteso, l'uso consapevole di internet e una maggiore presenza di offerta legale influiscono in maniera sostanziale sul decremento della pirateria *on line*. Secondo uno studio effettuato sul traffico mondiale, di cui è data evidenza nell'indagine conoscitiva dell'Autorità del febbraio 2010, anche il

fenomeno del *peer-to-peer* appare in diminuzione (dal 40% al 19% dell'intero traffico dal 2007 al 2009), al crescere del numero di abbonamenti a banda larga.

La diffusione della banda larga può fungere pertanto da propulsore allo sviluppo del mercato legale dei contenuti digitali audiovisivi e, favorendo l'accessibilità di contenuti anche *premium*, agire da deterrente nei confronti della pirateria il cui tasso decresce nei Paesi dove la larga banda è più sviluppata.

L'Autorità ritiene che anche tale tematica possa essere efficacemente affrontata nel corso del Tavolo tecnico che s'intende avviare, in modo da addivenire a soluzioni ragionate con tutte le parti interessate e il più possibile condivise.

4. Attività informativa e di “educazione alla legalità”

(cfr. punto 3.4 dell'allegato B alla delibera n. 668/10/CONS)

Posizioni principali dei soggetti intervenuti

Sulla campagna di informazione ed educazione

Con riferimento alle ipotesi di articolazione di una campagna di informazione ed educazione, i partecipanti hanno ritenuto, in via generale, pregevole l'iniziativa e si sono resi disponibili a collaborare.

Alcuni soggetti suggeriscono il ricorso a spot educativi non soltanto dai toni repressivi e intimidatori, ma che veicolino messaggi positivi e accattivanti soprattutto per un pubblico giovane. Un altro suggerisce di inserire le campagne nell'ambito dei programmi più seguiti dai ragazzi e di farle promuovere da personaggi da loro amati, quali ad esempio i protagonisti dei *talent show*, un altro ancora sottolinea l'importanza di una strategia di comunicazione ben definita e orientata. Qualcuno propone anche l'uso della cartellonistica nei centri commerciali e *megastore*, mentre qualcun altro ritiene utile che la comunicazione dia altresì una corretta informazione dei rischi tecnici e sanzionatori. Considerando il web quale medium più efficace, inoltre, alcuni pongono l'accento sull'importanza di un diretto coinvolgimento degli ISP, o di favorire il raggiungimento di intese fra gli ISP al fine di stabilire i contenuti dei messaggi. Qualcuno, altresì, suggerisce di estendere alle suddette campagne di informazione il trattamento riservato ai messaggi di utilità sociale ai sensi dell'art. 3 della legge n. 150/2000 e di disporre sul sito dell'Autorità la pubblicazione di una lista aggiornata dei siti internet che offrono contenuti legali. Dello stesso avviso sono altri partecipanti alla consultazione, che propongono di indicare chiaramente la normativa di riferimento, le iniziative di prevenzione e di accertamento delle violazioni in materia di diritto d'autore realizzate nel Paese e in tutta l'area comunitaria, e infine i rischi generati dalla pirateria; una promozione delle forme sperimentali di consumo legale; una campagna informativa mirata sui principali mezzi di comunicazione, intesa principalmente a sensibilizzare l'utenza sul tema del rispetto della legalità e della valorizzazione della creatività.

Per quanto riguarda i costi delle campagne, taluni auspicano che essi siano interamente a carico delle finanze pubbliche. Alcuni ritengono che le campagne debbano essere condotte esclusivamente o prevalentemente sulle reti di comunicazione elettronica interessate dalla pirateria digitale ed in particolare su internet. Di questi, un soggetto in particolare suggerisce di prospettare ai destinatari della campagna stessa non solo i rischi legati ad usi illeciti ma anche, in via promozionale, concrete soluzioni come il ricorso alle offerte di contenuti legali *on line*. Un altro, altresì, evidenzia l'opportunità che le campagne siano discusse e messe appunto dai principali attori del mercato in questione, ovvero gli ISP, aggregatori di contenuti e i fornitori di contenuti.

Ampliandone l'oggetto, alcuni suggeriscono di focalizzare l'attenzione anche su temi quali la sicurezza del consumatore, oltre che sulla funzionalità del *software* e dell'*hardware* utilizzato e sul globale impatto economico negativo della pirateria, evidenziando anche i casi di *fishing*. Qualcuno sottolinea l'importanza della collocazione temporale della campagna, sia al fine di poter progettare le modalità di intervento nell'ambito dei lavori del Tavolo tecnico, sia per poterne valutare gli effetti. Qualcun altro propone di coinvolgere anche le associazioni di tutela degli utenti e quelle specificamente rivolte alla salvaguardia dei minori, oltre che di evidenziare l'importante distinzione tra le campagne di "consapevolezza" e le strategie per ottenere dei "cambiamenti nelle attitudini".

In un'ottica di collaborazione con l'Autorità, un soggetto si dichiara disposto a valutare la possibilità di sviluppare forme di comunicazione verso l'utenza con riferimenti più specifici alle attività che si intende contrastare e/o vietare e a recepire proposte di tipo pedagogico che l'Autorità stessa intenderà presentare, mentre un altro chiede di fornire un preventivo parere in sede di Tavolo tecnico.

Sui contratti di *hosting* e *caching*

Sul tema dei contratti di *hosting* e *caching*, la maggior parte dei soggetti intervenuti concorda con l'ipotesi formulata dall'Autorità. Di questi, qualcuno sottolinea la necessità di una maggiore responsabilizzazione degli ISP, qualcun altro ritiene tuttavia che il testo di questa informativa, che deve essere naturalmente standardizzato per tutti gli operatori, debba essere il frutto di un accordo unanime tra gli attori del mercato, da raggiungersi in seno ad un Tavolo tecnico permanente.

Alcuni soggetti sottolineano l'importanza di una maggiore responsabilizzazione degli ISP, mentre qualcuno suggerisce di evidenziare il reato che l'utente compie nell'accedere a fruizioni illegali. Un soggetto suggerisce di chiarire anche qual è il ruolo e quali sono i poteri dell'Autorità, possibilmente anche fornendo agli utenti un elenco di associazioni rappresentative dei diritti d'autore sulle varie opere digitali che possono transitare tramite internet, in modo che l'utente abbia conoscenza certa di almeno alcuni dei soggetti titolati allo svolgimento di attività di *enforcement* nell'ambito del diritto d'autore. Lo stesso rileva infine che sarebbe opportuno anche considerare di rendere le

informazioni in questione disponibili e fruibili dall'utente in altri modi e/o luoghi valutando l'inserimento di *banner* o *link* particolarmente visibili.

Pur condividendo la proposta dell'Autorità, alcuni soggetti sottolineano che generalmente già tutti (o quasi) i contratti in essere prevedono espressamente il divieto per l'utente di violare diritti di terzi. Tra questi, secondo qualcuno, l'ulteriore integrazione delle condizioni generali di contratto attualmente vigenti, a cui il cliente finale non presta molta attenzione, non stimolerebbe una maggiore presa di coscienza.

Taluni soggetti non ritengono condivisibile la proposta dell'Autorità. Un soggetto in particolare, data la natura essenzialmente all'ingrosso (B2B) di questo tipo di contratti, ritiene preferibile prevedere l'inserimento di eventuali campagne di informazione/formazione nelle carte dei servizi, onde evitare di incorrere nelle previsioni di cui al comma 4 dell'articolo 70 del Codice delle comunicazioni elettroniche (D. lgs. n. 259/2003) il quale prevede la possibilità per l'utente di recedere dal contratto senza penali nel caso di modifiche alle condizioni contrattuali. Allo stesso modo, un secondo soggetto sottolinea la difficoltà pratica di modificare i contratti in essere con nuove clausole e propone l'eventualità che le indicazioni possano essere fornite attraverso opportune informative da inserire nelle sezioni dedicate dei siti internet. Un terzo suggerisce la possibile adozione di appositi numeri di emergenza (*hot line*), che permettano ai cittadini di segnalare contenuti illegali e di informare gli organismi in grado di intervenire (ad esempio, il *provider* del servizio internet o la Polizia postale).

Qualcuno non ritiene condivisibile la proposta in quanto i contratti rappresentano la cristallizzazione dei diritti e degli obblighi delle parti, non uno strumento di educazione sui temi in oggetto, e non producono effetti sugli utenti finali. Dello stesso avviso è un altro soggetto che ritiene, altresì, l'inserimento come un'implicita assunzione di responsabilità da parte dell'ISP.

Con riferimento alle modalità di pagamento e degli *m-payment* un soggetto auspica un chiarimento circa il preciso significato della frase "*modalità di pagamento per fruire dei contenuti legali anche mediante forme di m-payment*". Un altro soggetto pur condividendo in generale l'opportunità di individuare forme di pagamento come *m-payment*, fa notare che la disponibilità di piattaforme di *m-payment* potrebbe essere utilizzata da operatori integrati di servizi fissi e mobili per concentrare l'offerta di contenuti sulle proprie piattaforme di *hosting* e *caching*. Suggerisce quindi di prevedere che tutti i fornitori di contenuti e tutti gli operatori di piattaforme di *caching* ed *hosting* possano accedere a condizioni eque e non discriminatorie alle piattaforme di *m-payment* degli operatori integrati nei servizi fissi e mobili. Coglie infine l'occasione per segnalare all'Autorità l'opportunità di avviare una analisi di mercato sugli impatti che le modalità di *m-payment* generano sulle piattaforme distributive e di pagamento dei contenuti audiovisivi. Un rispondente alla consultazione, considerando la già scarsa propensione in Italia ai pagamenti con carte di credito e altri metodi elettronici, ritiene importante anche un'azione propositiva dell'Autorità per favorire l'adozione di modelli di

pagamento innovativi. Lo stesso sottolinea, in aggiunta, che i pagamenti possono basarsi su abbonamenti o tariffe *flat* incluse nel servizio di connessione dell'operatore che offre il servizio di messa a disposizione di contenuti legali, o, come proposto dall'Autorità, basati su *m-payment*. Inoltre suggerisce – in considerazione dell'esiguità dei pagamenti stessi – la possibilità per gli operatori di comunicazioni elettroniche e di utenze ADSL/banda larga di far pagare in bolletta ai propri utenti o clienti la fruizione di musica legale.

Alcuni soggetti sono essenzialmente d'accordo sull'azione propositiva dell'Autorità per favorire l'adozione di modelli di pagamento innovativi che semplifichino l'acquisizione dei contenuti sulle piattaforme legali da parte dei consumatori. Di questi qualcuno ritiene più opportuno fare riferimento a “tutte le possibili forme di pagamento”, senza indicarne una specifica.

Un soggetto, in particolare, giudica superfluo e limitante il proposto riferimento agli *m-payment*, poiché quella elettronica è ormai la forma di pagamento più utilizzata dagli utenti; suggerisce, pertanto, al pari di un altro soggetto, di ricorrere all'espressione “*qualsiasi forma di pagamento ammessa dalla normativa vigente*”. Qualcuno ritiene che queste debbano essere comunicate ai consumatori nel corso delle campagne promozionali dei servizi legali organizzate dagli operatori del mercato. Un altro non lo ritiene necessario, essendo i contenuti digitali già fatturabili all'interno del conto telefonico e/o traffico prepagato, ai sensi del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11 in attuazione della direttiva 2007/64/CE, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno,

Più articolata la posizione di un soggetto che, con riferimento alle forme di pagamento, ritiene opportuna l'individuazione di modalità semplici e all'avanguardia, a condizione che le piattaforme in cui tali pagamenti avvengono siano interoperabili e che non si costituiscano posizioni di *gate-keeping* da parte di soggetti che le gestiscono nei confronti dei fornitori di contenuti, con conseguenti effetti negativi sulla dinamica del prezzo.

Alcuni soggetti sono in disaccordo con la proposta avanzata dall'Autorità. Tra questi qualcuno ritiene che i costi per la fruizione legale dei contenuti non andrebbero attribuiti agli utenti.

A riguardo, qualcun altro chiede che anche per ciò che concerne le forme di pagamento, venga lasciata la massima libertà alla collettività, affinché la libertà del mercato conduca automaticamente alla creazione di nuove forme di pagamento.

Mail informativa

La gran parte dei soggetti intervenuti concorda con l'ipotesi di una mail informativa prospettata dall'Autorità. Tra questi un soggetto solleva dubbi circa la praticabilità della soluzione e propone di richiedere agli *hosting provider* di impiegare il massimo impegno per la conservazione di informazioni aggiornate e accurate riguardo ai propri

utenti. Un altro consiglia di segnalare al titolare della connessione anche la necessità di proteggere tali sistemi da utilizzi impropri e non consentiti. Un altro, ancora, suggerisce che la procedura in esame debba riguardare i casi di primo accesso ad internet da parte degli utenti che abbiano sottoscritto un nuovo contratto e non gli accessi successivi, alcuni considerano più efficace un invio periodico o anche collegato a eventuali e comprovati accertamenti di violazioni che gli ISP sono in grado di verificare agevolmente e di disciplinare anche in via contrattuale con i propri clienti. Un soggetto altresì, propone un accordo con gli ISP per l'invio di avvisi informativi nel caso in cui si rilevi l'accesso a contenuti illegali da parte degli utenti. Mentre per un soggetto, è importante una responsabilizzazione dell'utente, un altro si richiama nuovamente alla necessità di definire una strategia comunicativa orientata non soltanto alla trasmissione di messaggi repressivi, ma anche alla promozione dell'offerta legale.

Un soggetto reputa difficile valutarne l'utilità specifica e ritiene probabile che un uso moderato di questo mezzo possa contribuire a richiamare l'attenzione dell'utenza sulla materia. Un altro suggerisce di prendere in considerazione anche l'eventualità in cui l'effettivo utente sia diverso dall'intestatario dell'abbonamento di connessione. Un partecipante ritiene auspicabile che eventuali comunicazioni siano discusse e concertate tra gli attori del mercato coinvolti nelle campagne informative, nell'ambito del Tavolo tecnico.

All'interno dei soggetti contrari alla disposizione, taluni avvalorano la propria posizione con motivazioni a supporto. Qualcuno, a titolo esemplificativo, ritiene che l'Autorità si ponga ad un livello di controllo dell'accesso alla rete che esula dalle sue competenze. Un partecipante ritiene sufficiente la realizzazione della campagna di educazione alla legalità e rappresenta il rischio che tale azione possa risultare fuorviante per il cliente, il quale, ricevendo una simile comunicazione dal proprio operatore, potrebbe essere indotto a ritenere che quest'ultimo eserciti un ruolo di controllo e verifica sulle sue potenziali attività illecite on line. Un altro, infine, considera più efficaci i messaggi recapitati tramite il *software* di navigazione utilizzato dall'utente (per esempio i "*pop-up*").

Osservazioni dell'Autorità

L'Autorità ritiene che promuovere l'educazione alla legalità possa contribuire a favorire la diffusione di un utilizzo informato e consapevole della rete internet. Utilizzo che si rende più necessario a fronte di una fruizione di contenuti *on line* sempre più addentro alla vita quotidiana dei cittadini.

Le nuove modalità di consumo di contenuti, promosse dalla nascita di ambienti digitali in grado di accogliere qualunque tipo di contenuto accessibile su una molteplicità di dispositivi, dal cd. processo di "rimediazione" dei mezzi di comunicazione tradizionali e elettronici – ovvero il processo di concorrenza e integrazione tra vecchi e nuovi media –, concorrono al cambiamento delle nuove forme

di comunicazione avallate dalla rete che non cambiano solo il modo con cui gli individui e i gruppi si rapportano tra di loro; ma anche il modo di rapportarsi con le cose, rivoluzionando volumi e standard di fruizione della Società dell'Informazione.

La Commissione europea, già nel 2007, nella sua Comunicazione “*Un approccio europeo all'alfabetizzazione mediatica nell'ambiente digitale*” (COM/2007/833), sottolinea come l'alfabetizzazione mediatica costituisca una competenza fondamentale all'interno di suddetta società e riconosce tra le caratteristiche sostanziali della stessa “*l'essere consapevoli dei problemi di copyright, essenziali per una "cultura della legalità", specie per le generazioni più giovani nella loro duplice veste di consumatori e produttori di contenuti*”. Con particolare riferimento alla alfabetizzazione mediatica *on line*, inoltre, sottolinea come sia indispensabile “*sviluppare le competenze in materia di produzione e la creatività digitale e incoraggiare la consapevolezza dei problemi connessi al copyright*” oltreché “*fare opera di sensibilizzazione sul modus operandi dei motori di ricerca ed imparare ad utilizzare meglio i motori stessi*”.

La percentuale di utenti che fruiscono di contenuti audiovisivi è in costante aumento, ed è altrettanto in crescita il numero degli utenti che utilizzano la rete per accedere a contenuti coperti da *copyright* senza il consenso dell'autore e senza essere sempre consapevoli di adottare comportamenti in violazione delle regole poste a presidio dello stesso. Tra questi i giovani rappresentano la fascia di popolazione che utilizza in misura più intensa la rete (specialmente nel campo dell'intrattenimento), che ha maggiore dimestichezza con il mezzo e, sovente, una minore disponibilità economica. Di conseguenza, è probabile che essi mostrino una maggiore propensione al consumo di prodotti digitali distribuiti attraverso i canali illegali.

Considerando, inoltre, che il mercato italiano, secondo i dati del citato *Digital Agenda Scoreboard* del 2011, è sostanzialmente in linea con la media europea anche per quanto riguarda il costante aumento e utilizzo di contenuti *on line* “*user-generated*” disponibili sul *web*, la quota di utenti italiani che caricano contenuti audiovisivi *on line* è prossima alla media europea (30%) quando l'attività riguarda la creazione di video, mentre è nettamente superiore quando i contenuti *user-generated* riguardano i contenuti testuali, ad esempio i c.d. *post*. Questo dato trova peraltro riscontro nell'ampia diffusione di *social network*, dove l'Italia risulta tra i principali mercati europei, anche per gli accessi da rete mobile. D'altra parte, l'incremento di banda disponibile grazie agli investimenti in banda larga, e il trend positivo nell'espansione degli utenti internet, lasciano presumere che l'importanza degli *user-generated content* sia destinata a crescere. Ciò significa che tende ad aumentare il numero di soggetti che possono mettere in circolazione illegalmente materiali protetti anche in assenza di finalità lucrative.

La tendenza diffusa all'utilizzo della rete, inoltre, promuove l'affermarsi di scenari prima inediti in cui gli *smartphone*, i *tablet* e le chiavette amplificano l'interazione e lo scambio fra individui, ma consumano banda e postulano una connessione *always on*, un internet ubiquitario. Tutto ciò implica non solo volumi di

traffico esponenzialmente crescenti ma anche esigenze di velocità, qualità e affidabilità senza precedenti e postula, quindi, una disponibilità di banda su una scala mal confrontabile con il fabbisogno considerato negli anni addietro.

Ciò premesso e inteso che l'efficacia delle campagne informative è potenziata da una proposta comunicativa diversificata, di qualità, di semplice accesso e comprensione, e attrattiva per i consumatori, la stessa appare massimizzata – a conferma di quanto specificato nel documento sottoposto a consultazione pubblica – nel momento in cui i messaggi sono diffusi su diversi mezzi di comunicazione (canali televisivi, emittenti radiofoniche, stampa specializzata e, naturalmente, siti internet). Al contempo, la probabilità che il messaggio sia effettivamente compreso dai consumatori è maggiore quando è ripetuto su più canali, ma univoco nelle forme verbali prescelte. Ne deriva che un'azione di coordinamento, soprattutto nella predisposizione dei contenuti, nella scelta dei mezzi di comunicazione orientata al target, e nel rispetto delle specificità dei singoli soggetti interessati, agevoli il successo della campagna informativa.

Con riferimento alle campagne di informazione ed educazione, in accoglimento dell'unanime consenso manifestato dai partecipanti alla consultazione sull'efficacia delle misure volte a informare, con modalità più chiare e precise, gli utenti circa la portata della normativa a tutela del diritto d'autore e dei rischi generati dalla pirateria, appare opportuno demandare all'apposito Tavolo tecnico l'individuazione delle misure idonee a tale proposito, anche con il coinvolgimento delle istituzioni deputate. In questi termini, un'efficace azione di informazione degli utenti volta a chiarire i confini dei diritti concernenti uno specifico prodotto digitale e a renderli più consapevoli dei costi sociali della pirateria (in termini di deterioramento della qualità oppure di capacità innovativa del settore) può costituire un valido argomento di confronto all'interno del già menzionato Tavolo tecnico. Nelle more delle opzioni di scelta del messaggio comunicativo da diffondere, è considerato quale ulteriore beneficio all'efficacia delle campagne informative non tanto il sentimento di criminalizzazione del singolo utente, quanto piuttosto l'enfaticizzazione di temi positivi quali i vantaggi in termini di sistema e di sviluppo che il rispetto della normativa sul diritto d'autore consente.

Con riferimento alla proposta avanzata da taluni soggetti di estendere alle suddette campagne di informazione il trattamento riservato ai messaggi di utilità sociale ai sensi dell'art. 3 della legge n. 150/2000, si ritiene che tale estensione possa essere connessa altresì alle modalità di organizzazione delle campagne istituzionali, secondo quanto disposto dall'articolo 13, comma 2, della medesima legge, recante previsioni circa *“l'obiettivo della comunicazione, la copertura finanziaria, il contenuto dei messaggi, i destinatari e i soggetti coinvolti nella realizzazione”* oltreché *“la strategia di diffusione con previsione delle modalità e dei mezzi ritenuti più idonei al raggiungimento della massima efficacia della comunicazione”*. Tali prescrizioni, pur riferendosi alla realizzazione dei piani di comunicazione propri delle amministrazioni pubbliche, potrebbero risultare adattabili ai piani di comunicazione a valle delle campagne di educazione alla legalità. Le caratteristiche dei piani sono altresì meglio specificate nella Direttiva di attuazione sulle attività di informazione e comunicazione

delle Amministrazioni pubbliche, emanata dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della funzione pubblica il 7 giugno del 2002, cd. Direttiva Frattini, in cui, al punto 3 si evidenzia come il programma debba contenere: *“la definizione degli obiettivi e della strategia della comunicazione integrata (azioni di comunicazione interna, esterna, on-line, pubblicitaria etc.); la descrizione delle singole azioni con l'indicazione dei tempi di realizzazione (calendarizzazione per fasi); la scelta dei mezzi di diffusione e il budget; la pianificazione delle attività di monitoraggio e valutazione dell'efficacia delle azioni (sia in itinere al progetto sia ex post)”*. In ogni caso, tali opzioni saranno oggetto di un confronto all'interno dei lavori del Tavolo tecnico.

La definizione di ulteriori articolazioni all'interno della contrattualistica dei *provider* non può che essere concertata tra le parti, così come l'individuazione degli strumenti informativi all'utente in materia di uso lecito di internet. Pertanto si ritiene di inserire tali aspetti tra i temi prioritari per il costituendo Tavolo tecnico.

5. Provvedimenti a tutela del diritto d'autore

(cfr. punto 3.5 dell'allegato B alla delibera n. 668/10/CONS)

Posizioni principali dei soggetti intervenuti

Sulla rimozione selettiva dei contenuti illegali

Nell'ambito della consultazione pubblica è stata riscontrata una considerevole diversità di opinioni in merito alla proposta avanzata dall'Autorità in materia di rimozione selettiva di contenuti illegali a tutela del diritto d'autore. Le posizioni degli *stakeholder* che hanno prestato il loro contributo presentano, infatti, considerevoli divergenze, riconducibili alla distanza degli interessi di cui sono portatori.

Analizzando le diverse posizioni, il giudizio di alcuni in merito all'efficacia della procedura appare generalmente favorevole, sebbene siano emerse precise istanze di integrazione e correzione dell'intervento proposto. Altri si sono dimostrati favorevoli in linea di principio all'introduzione di sistemi alternativi di prevenzione e repressione, basati su sanzioni gradualità, ragionevoli e proporzionate, nei confronti dei soggetti che pongono in essere violazioni della normativa sul diritto d'autore nelle forme considerate dal documento sottoposto a consultazione pubblica. La procedura di *enforcement* delineata dall'Autorità incontra il generale apprezzamento da parte di alcuni partecipanti. D'altro canto, la valutazione da parte di altri del modello procedimentale del *notice and take-down* è complessivamente sfavorevole, mentre alcuni rispondenti hanno manifestato perplessità, pur apportando numerosi spunti di riflessione. Unanimente negativa è la valutazione data da alcuni in merito alla procedura di segnalazione e rimozione.

L'analisi delle indicazioni pervenute da parte alcuni soggetti favorevoli all'implementazione della procedura di *enforcement* evidenzia una richiesta pressoché uniforme di riduzione della tempistica ipotizzata dall'Autorità. Il termine di 48 ore entro il quale il gestore del sito è tenuto a rimuovere i contenuti diffusi in violazione della normativa sul diritto di autore è infatti considerato eccessivo da diversi soggetti, i quali assumono una posizione radicale, alcuni sollecitando la rimozione immediata dei contenuti, altri evidenziando il notevole danno economico che deriva dalla permanenza in rete anche di una sola copia illegale di un film, scaricabile e riproducibile migliaia di volte. A questo proposito alcuni soggetti qualificano congruo un termine di 24 ore.

È da evidenziare l'indicazione pervenuta da alcuni soggetti, che, allo scopo di realizzare una contrazione dei tempi procedurali, suggeriscono di prevedere la contemporaneità della richiesta di rimozione al gestore e all'Autorità. Un soggetto invita l'Autorità ad implementare misure disincentivanti per tentativi dilatori e segnalazioni pretestuose.

Si registra la posizione contrastante di un soggetto che ha manifestato perplessità specifiche in relazione alle tempistiche procedurali individuate, ritenendole manifestamente non idonee a garantire il rispetto del principio del contraddittorio, anche a causa della presumibilmente elevata quantità di notificazioni di cui potrebbe essere destinatario il gestore del sito. Allo stesso modo diversi soggetti lamentano l'eccessiva ristrettezza dei tempi procedurali, che comprometterebbe il corretto instaurarsi del contraddittorio e l'esercizio del diritto di difesa.

Per quanto riguarda la verifica in contraddittorio fra le parti, un soggetto suggerisce di individuare soluzioni diversificate in base alla complessità del caso, sollevando la necessità di ridurre il termine di 5 giorni *“nel caso in cui le violazioni siano invece particolarmente conclamate, come in caso di recidiva”*.

Voci concordi auspicano altresì la contrazione dei termini procedurali della fase successiva all'ordine di rimozione del materiale trasmesso in violazione della normativa sul diritto d'autore. Molti soggetti ritengono che, in caso di inottemperanza all'ordine di rimozione, l'Autorità debba immediatamente ed automaticamente predisporre un intervento sanzionatorio. In particolare alcuni suggeriscono espressamente che all'ordine di rimozione si accompagni l'avvertenza che l'inottemperanza comporterà l'applicazione immediata delle sanzioni.

Dal punto di vista pratico, taluni soggetti segnalano che l'ingente quantità di segnalazioni giornaliere di violazione del *copyright* di cui l'Autorità verrebbe investita non sarebbe gestibile nei tempi brevi ipotizzati e che richiederebbe di conseguenza una dotazione di risorse umane esperte nella materia, con un notevole incremento di costi.

Ulteriori indicazioni emergono in merito alla necessità di estendere la procedura di segnalazione e rimozione anche ai siti internet che “linkano” a materiale illegale presente altrove, allo scopo di renderne possibile la tempestiva rimozione. Si incontrano su posizioni analoghe diversi soggetti, di cui uno propone di estendere la disciplina a

qualsiasi sito distributivo, inclusi quelli di indicizzazione, un altro che espressamente auspica soluzioni idonee al caso in cui i *server* cui i *link* rinviano potrebbero essere all'estero, altri ancora, che a loro volta evidenziano la rilevanza del ruolo dei *social network*, in considerazione del fatto che molti *link* di collegamento a materiale illegale vengono regolarmente pubblicati sulle pagine individuali degli stessi. In accordo con quanto appena esposto, un soggetto suggerisce di segnalare all'*hosting provider* e non al gestore o operatore del sito la rimozione del materiale illegale memorizzato nel *server*.

La rilevanza del ruolo dei *social network* viene sottolineata anche da un soggetto che sollecita l'adozione di misure specifiche per i motori di ricerca oltre che per i *social network*, in considerazione del ruolo che entrambi svolgono per la veicolazione di contenuti protetti utilizzati illecitamente.

Rispetto al ruolo del gestore del sito nella valutazione della fondatezza delle richieste del titolare dei diritti, alcuni soggetti hanno manifestato perplessità nei confronti dell'attività di tipo valutativo "paragiudiziale", come definita da un soggetto. Secondo un altro soggetto, non è possibile imporre al gestore del sito un'attività di valutazione che sarebbe, al contrario, di competenza di un organo giudicante. Da parte di alcuni soggetti, di contro, si auspica che l'Autorità stabilisca *ex ante* i requisiti minimi delle notifiche, eventualmente attraverso la predisposizione di "linee guida". Un soggetto sollecita invece la creazione di una "banca dati / casistiche" che consenta una più agevole individuazione di violazioni e reiterazioni degli illeciti.

Altrettanto uniformemente si ripropone l'esigenza di una più accurata definizione dei ruoli soggettivi coinvolti (distinti da alcuni partecipanti in *hosting provider*, *content provider*, *access provider*), rispetto alla quale diversi soggetti ritengono che sia necessario procedere al più presto, per consentire una chiara individuazione delle responsabilità dei soggetti coinvolti, in particolare rispetto al *mere conduit*.

Per ciò che concerne la fase sanzionatoria, ad opinione di alcuni soggetti è necessario fornire precisazioni in merito a tempistica, modalità e procedura, mentre solo un soggetto suggerisce di prevedere per la recidiva ulteriori sanzioni, oltre a quelle economiche, in linea con quanto già disposto dal d.lgs. n. 70/2003 sul commercio elettronico. Sempre in merito alla repressione della recidiva, un soggetto suggerisce di introdurre un meccanismo di inibizione forzata, da parte del gestore del sito, dell'accesso per quegli utenti che caricano ripetutamente contenuti illegali. Viene altresì proposto di inibire l'accesso al sito se è lo stesso gestore che effettua l'*upload* dei contenuti illegali e la predisposizione per i siti di *banner* informativi relativi alla normativa vigente in materia di diritto d'autore, da realizzarsi da parte dell'Autorità medesima. Diversi soggetti ritengono poi che l'inottemperanza all'ordine di rimozione impartito dall'Autorità sia l'unica ipotesi nella quale sia possibile comminare sanzioni agli operatori.

Ulteriori perplessità condivise da un soggetto e, in parte, da un altro, riguardano l'eventuale impugnazione degli ordini di rimozione dell'Autorità dinanzi alla giustizia

amministrativa, nonché la esatta e puntuale qualifica dell'ordine di rimozione (provvedimenti di natura sommaria e cautelare o provvedimenti sommari, non reclamabili e dotati di efficacia a tempo determinato), anche allo scopo di valutare il diritto al risarcimento per il danno da rimozione ingiustificata. In merito altri soggetti ritengono necessario introdurre disposizioni di esonero della responsabilità in capo all'operatore che proceda alla rimozione di un contenuto nel caso in cui i presupposti della rimozione stessa si rivelino insussistenti.

Un'ulteriore obiezione mossa da un soggetto è costituita dalla considerazione che l'ordine di rimozione dell'Autorità possa avere ad oggetto contenuti aventi portata informativa o costituenti esercizio del diritto di cronaca, oggetto di tutela costituzionale e come tali non regolamentabili nelle modalità proposte. Al riguardo un altro soggetto segnala l'opportunità di prevedere delle eccezioni e delle limitazioni al *copyright* a scopo informativo, didattico, educativo, conoscitivo ecc simile alla nozione statunitense di "*fair use*". Secondo un soggetto occorre individuare strumenti utili a dirimere gli eventuali conflitti tra *copyright* e diritto di cronaca. Analogamente un soggetto propone l'individuazione di un regime differenziato per i contenuti destinati a studio e ricerca.

Come corollario ad interventi di tipo repressivo, un soggetto propone misure premiali per i comportamenti virtuosi di siti e *provider* che ottemperino puntualmente alle fondate richieste dei titolari dei diritti e misure disincentivanti per siti scarsamente collaborativi, coordinate con l'istituzione un sistema di certificazione dei siti distributivi secondo un modello simile agli standard ISO, con conseguenti possibili agevolazioni fiscali o misure economiche di sostegno.

Un soggetto suggerisce la predisposizione di misure preventive idonee a identificare anticipatamente i contenuti illegali, impedendone il caricamento, soprattutto nel caso in cui esso avvenga su uno o più siti internet fisicamente stabiliti in Italia. Si otterrebbero, così, risultati ulteriori rispetto alla rimozione, impedendo a priori la circolazione dei contenuti illegali.

Da un soggetto giunge la proposta di riservare l'uso del modello procedimentale di notifica e rimozione nei confronti di soggetti che svolgono una funzione meramente tecnica, operando cioè in posizione di "indifferenza" rispetto ai contenuti. Per i casi in cui si realizzi un lucro diretto derivante dallo sfruttamento dei contenuti illegali (la raccolta pubblicitaria o accesso dietro corrispettivo), anche caricati da terzi, suggerisce invece il ricorso a strumenti di tutela che prescindano dalla preventiva notifica della presunta infrazione, attivabili anche d'ufficio da parte dell'Autorità.

Un altro soggetto condivide l'iniziativa e la auspica, anche in considerazione del fatto che l'Italia è presente nella "*Watch list*" della *Special 301* (documento elaborato dallo *US Trade Office* per valutare l'efficacia della tutela della proprietà intellettuale nei vari paesi del mondo) proprio a causa dell'impossibilità di implementare una procedura di *enforcement*.

Un soggetto rileva la necessità di un coordinamento fra la normativa penale che disciplina i reati in materia di *copyright* (e la competenza dell'Autorità giudiziaria ordinaria) e l'intervento dell'Autorità amministrativa attuato attraverso la rimozione selettiva.

Un altro soggetto solleva la necessità di individuare preventivamente una valida e definita modalità di intervento sui siti non presenti sul territorio nazionale che violano la normativa sul diritto d'autore. Secondo questo partecipante, infatti, un intervento che prenda in considerazione solo i siti stabiliti in Italia è del tutto privo di efficacia. Si evidenzia altresì l'obiezione preliminare mossa da un altro soggetto intervenuto, basata sull'esperienza di paesi esteri, volta ad evidenziare la parzialità dell'efficacia della procedura di notifica e rimozione.

Alcuni soggetti hanno eccepito una valutazione di incompetenza dell'Autorità, in quanto ad essa si riconoscono meri poteri di vigilanza e non anche ordinatori, accertativi o sanzionatori nei confronti degli operatori coinvolti. Viene ribadito, peraltro, che l'Autorità dispone del potere di emanare disposizioni regolamentari volte ad assicurare esclusivamente che i fornitori di servizi di media audiovisivi operino nel rispetto dei diritti d'autore e dei diritti connessi, in forza dell'art. 32-*bis* del Testo unico. Questa posizione è condivisa da alcuni soggetti, di cui uno rileva l'opportunità di un intervento normativo di rango primario finalizzato anche ad una più puntuale individuazione delle competenze e dei poteri dell'Autorità sulla materia. Sul punto alcuni ipotizzano un conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato e un tentativo di espropriazione dei poteri della Magistratura.

Alquanto radicata l'opinione che la procedura di *notice and take-down* sia incompatibile con la normativa italiana, sovranazionale ed europea, condivisa da alcuni soggetti, mentre uno in particolare la reputa del tutto sproporzionata rispetto allo scopo. Un soggetto, inoltre, esprime ulteriori dubbi derivanti dall'incompatibilità con gli accordi TRIPS di una procedura di rimozione suscettibile di applicazione indiscriminata in relazione a qualsivoglia genere di contenuto audiovisivo, ivi inclusi quelli aventi portata informativa e/o costituenti esercizio di diritto di cronaca e/o inserite nell'ambito di testate telematiche regolarmente registrate.

Sull'inibizione dell'accesso ai siti illegali

Dall'analisi dei contributi pervenuti dai soggetti coinvolti nella consultazione pubblica, appare evidente l'attenzione per la misura che comporta l'inibizione all'accesso ai siti che utilizzano contenuti in violazione di legge mediante il blocco del nome di dominio o dell'indirizzo IP. La predisposizione di *black list* è stata invece frequentemente ritenuta inefficace e di difficile implementazione.

Su questa posizione concordano diversi soggetti di cui uno, in particolare, auspica il blocco amministrativo per quei siti scarsamente collaborativi con i titolari dei diritti e i produttori o con *server* all'estero e che traggono profitto dall'uso illegittimo

dei contenuti; altri soggetti, oltre a concordare chiedono l'applicazione in maniera congiunta del blocco dell'indirizzo IP e del nome di dominio, sistema che è stato molto efficace nel caso *Piratebay*; diversi soggetti suggeriscono l'estensione della misura di inibizione anche ai siti che forniscono unicamente *link* ad ulteriori contravventori.

Di diverso avviso sono altri soggetti, che riconoscono la validità di entrambe le misure, da usare in maniera complementare. In particolare un soggetto suggerisce un uso congiunto degli interventi, sollecita alcuni chiarimenti dal punto di vista procedurale, chiarendo che è necessario prevedere questo tipo di intervento non solo nei confronti di siti posti all'estero che svolgano unicamente attività illecite, ma anche nei confronti di tutti quei siti che siano primariamente o prevalentemente dediti allo svolgimento di attività illecite.

Secondo il parere di altri soggetti, invece, la misura più adeguata sembra essere quella della predisposizione di una *black list*, meno invasiva del blocco dell'indirizzo IP o del DNS, riservando a quest'ultima un ruolo residuale per le ipotesi di maggiore gravità.

In contrasto con le proposte dell'Autorità in materia di inibizione dell'accesso ai siti si pongono alcuni soggetti che ritengono entrambe le misure non implementabili per ragioni legate alla presunta incompatibilità delle stesse con la normativa europea per ciò che concerne il ruolo del *mere conduit*. In particolare un soggetto sostiene che la procedura di predisposizione di *black list* realizzata dall'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato non è suscettibile di applicazione analogica. Alcuni soggetti ribadiscono che l'unica modalità giuridicamente accettabile di blocco dei siti dovrebbe necessariamente prevedere l'intervento dell'Autorità giudiziaria.

Un soggetto ha invece sottolineato come ogni intervento che preveda un ruolo attivo dell'ISP nel meccanismo di controllo e rimozione del contenuto debba essere considerato come *extrema ratio*, ribadendo la necessità di decisa affermazione del principio di irresponsabilità dell'ISP per gli atti di terzi perpetrati attraverso le risorse di rete. La società evidenzia l'opportunità di realizzare un rinvio automatico al sito dell'Autorità quando un utente tenta di collegarsi ad un sito bloccato per violazione del *copyright* allo scopo di spiegare le ragioni dell'inaccessibilità.

Un soggetto afferma invece che le forme di blocco previste sono aggirabili troppo facilmente con strumenti a disposizione di tutti gli utenti.

Sulle ulteriori misure di contrasto alla pirateria

Alcuni operatori insistono sull'opportunità di predisporre misure di *enforcement* che abbiano come destinatari i singoli utenti che utilizzano contenuti in violazione delle norme che tutelano il diritto d'autore. In particolare un soggetto sollecita interventi legislativi che consentano di coordinare la normativa in materia di protezione dei dati personali con la necessità di contrastare fenomeni come il *peer-to-peer*, così come altri soggetti che chiedono l'individuazione di nuove procedure *ad hoc* per il contrasto del

medesimo fenomeno. È opinione comune di alcuni soggetti che, a seguito dell'entrata in vigore della nuova disciplina come articolata nei lineamenti di provvedimento dell'Autorità, aumenteranno esponenzialmente anche le violazioni connesse all'utilizzo di strumenti analoghi a quello in esame.

Altri soggetti propongono invece misure di tipo “costruttivo”, finalizzate alla realizzazione della riduzione dei costi per la fruizione legale delle opere, come suggerito da un soggetto, da realizzarsi secondo un altro soggetto mediante l'incentivazione di nuovi schemi di licenza, oppure finalizzate al miglioramento della qualità delle opere disponibili attraverso canali legali. Altri soggetti ritengono che ciò costituirebbe un disincentivo implicito all'utilizzo di versioni illegali delle opere medesime, qualitativamente inferiori. Secondo un soggetto è necessario incentivare accordi fra produttori e distributori finalizzati a rendere disponibili con maggiore velocità contenuti di elevata qualità. Anche l'ampliamento dell'offerta legale è oggetto di interesse da parte di alcuni soggetti, che propongono una riduzione delle barriere di tipo contrattuale.

Un soggetto ritiene utile promuovere un intervento legislativo che limiti gli *hold-back* dei diritti cinematografici per i nuovi media, favorendo così la diffusione legale delle opere stesse a migliori condizioni, mentre molteplici suggerimenti riguardano l'introduzione di nuovi “strumenti”, anche tecnologici, che favoriscano l'azione di contrasto da parte dell'Autorità. Secondo un altro sarebbe utile la predisposizione di una sezione specializzata del Registro degli operatori di comunicazione che costituisca una *white list* di siti che rendono fruibili legalmente contenuti protetti, creando una piattaforma *on line* riservata ai detentori dei diritti che faciliti l'utilizzo degli strumenti di *enforcement* e renda tracciabili le segnalazioni.

Un soggetto suggerisce l'implementazione di strumenti tecnologici di “filtraggio preventivo” dei contenuti sul modello del *Content ID* utilizzato da Google, mentre secondo un altro soggetto sarebbe utile, previo intervento del Garante per la protezione dei dati personali, consentire il ricorso a *software* che permettano allo stesso detentore del *copyright* di rilevare l'indirizzo IP dell'utente che fruisce dei contenuti in violazione del diritto d'autore. Un soggetto rileva la necessità di creare forme di conciliazione obbligatoria con tempi concordati per dirimere le controversie fra titolari dei diritti e utilizzatori dei contenuti.

Secondo un altro soggetto sarebbe utile porre in essere misure idonee a favorire la collaborazione tra titolari dei diritti ed ISP nell'attività di repressione degli illeciti. Sul punto suggerisce di consentire ai titolari di diritti l'utilizzo di *software* e tecnologie in grado di rilevare gli indirizzi IP degli utenti che abbiano commesso violazioni.

Giunge da un soggetto l'istanza finalizzata a realizzare un coinvolgimento del responsabile delle transazioni finanziarie e il servizio internet utilizzato per le inserzioni pubblicitarie - come proposto nel disegno di legge statunitense S. 3.804 “*Combating Online Infringement and Counterfeits act*” - Atto per la lotta agli illeciti *on line* e alla contraffazione” (ora S. 968 “*Preventing real online threats to economic creativity and*

theft of intellectual property act - Protect IP Act” presentato il 12 maggio 2011) al fine di sospendere i profitti illeciti dei siti illegali e quindi la loro sostenibilità, mentre un altro soggetto sollecita la responsabilizzazione degli ISP ed il consolidamento del concetto di gestore del sito “consapevole”.

Un soggetto suggerisce, inoltre, un sistema di notifiche informative indirizzate all’utente che utilizzi illegalmente contenuti protetti da *copyright* posto in essere da parte sia degli ISP che dell’Autorità.

Osservazioni dell’Autorità

Con riferimento alle perplessità manifestate in ordine alla predisposizione di una “*black list*” di siti internet che mettano a disposizione contenuti protetti, si rappresenta che una misura simile è già attuata da parte dell’Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato con riferimento ai siti di gioco non autorizzati, in attuazione delle disposizioni contenute nell’articolo 1 della Legge Finanziaria 2006, con lo scopo di contrastare le truffe *on line* connesse al gioco d’azzardo.

Con riferimento all’attività istruttoria svolta dall’Autorità si fa presente che, nei casi di siti internet, anche con *server* collocati all’estero, la verifica dell’attività degli stessi come intesa unicamente a favorire lo scambio non autorizzato di materiale protetto da *copyright*, e quindi strutturalmente illegale, o che rinviano a siti esterni di *hosting* mediante appositi *link*, potrebbe essere effettuata anche attraverso l’identificazione di una serie di figure sintomatiche, quali ad esempio la lingua dei contenuti caricati sul sito o dei *banner* pubblicitari da esso ospitati o anche l’individuazione di quelle attività finalizzate a migliorare sensibilmente la visibilità del sito stesso. Per migliorare la propria visibilità all’interno dei motori di ricerca e quindi per incrementare il volume di traffico che un sito *web* riceve dagli stessi, infatti, i siti *web* si possono avvalere di servizi specializzati tra cui si annoverano le tecniche SEO (*Search Engine Optimization*), ricomprese all’interno di una strategia più complessa del marketing dei motori di ricerca, il SEM (*Search Engine Marketing*). Poiché la grande maggioranza degli utenti di internet utilizza i motori di ricerca come strumenti per reperire informazioni e dati e una quota enorme di traffico *web* transita attraverso le ricerche effettuate da tali motori, il posizionamento nei motori di ricerca rappresenta uno dei principali fattori di successo per un sito *web*, poiché aumenta la visibilità dello stesso. Tali servizi ottimizzano tutti gli elementi che compongono un sito *web* (dominio, *layout*, grafica, contenuti, tecnologie di interazione) e si riferiscono alle attività di promozione, divulgazione, condivisione e socializzazione all’interno del *web*.

A titolo esemplificativo, una delle tecniche di SEO più diffusa, e ricompresa nella categoria delle SEO OffPage, è la *link popularity* ovvero la presenza su altri siti di *link* diretti al sito in questione. La *link popularity* si ottiene attraverso diversi espedienti tra i quali la pratica del *back-link*, ovvero il link presente su un sito esterno e che rimanda ad una determinata pagina *web* interna al sito *web* che si vuole ottimizzare.

Affinché il *back-link* funzioni, è importante che l'*anchor text* (che indica con il testo l'oggetto principale della pagina linkata) di questi link sia una parola chiave contenuta nella pagina di destinazione e che diversi *back-link* provenienti da diversi siti ma puntanti alla stessa pagina abbiano lo stesso *anchor text*. La *link popularity* aumenta anche grazie alla esposizione dei *back-link* all'interno delle diverse modalità di divulgazione di informazioni e contenuti presenti nel *web* e nel *web 2.0*. In particolare, attraverso questi ultimi, oltre ad aumentare la popolarità dei *back-link* è possibile anche monitorare quali sono gli interessi del momento per orientare al meglio l'offerta sul proprio sito.

Con riguardo alle obiezioni sollevate in merito all'eventuale ordine di rimozione selettiva emanato dall'Autorità, si rileva che questo non è sottoposto ad esecuzione forzata, ma, in caso di inottemperanza, dà luogo unicamente all'avvio di un procedimento amministrativo di tipo sanzionatorio con tutte le garanzie previste dalla legge n. 689/81, che culminerà, qualora la violazione dell'ordine impartito e non eseguito venga riscontrata ed accertata, all'irrogazione della sanzione pecuniaria, ai sensi dell'art. 1, comma 31, della legge n. 249/97, istitutiva dell'Autorità.

Ove sussistano le condizioni per disporre la rimozione selettiva di contenuti diffusi in violazione del diritto d'autore, l'Autorità ritiene opportuno prevedere una prima fase dinanzi al fornitore di servizi, al quale presentare una segnalazione in cui il soggetto che si reputi leso evidenzia le proprie ragioni, al fine di ottenere la rimozione del contenuto. Al fine di consentire il massimo livello di contraddittorio, si ritiene altresì di prevedere la possibilità, per il soggetto che aveva caricato il contenuto rimosso, di opporsi a tale misura qualora la ritenga ingiustificata. Nel caso in cui le procedure dinanzi al fornitore di servizi non vadano a buon fine, il soggetto interessato potrà investire della questione l'Autorità, il cui intervento è previsto solo a condizione che sia stata esperita la prima fase della procedura, la quale si pone pertanto come condizione di procedibilità. Nell'ambito di questa seconda fase della procedura, si reputa opportuno delineare alcuni passaggi volti a contenere il più possibile l'intervento autoritativo/impositivo, cercando, invece, la collaborazione dei soggetti coinvolti; in quest'ottica è prevista la facoltà di adeguamento spontaneo per il soggetto responsabile della violazione. Solo quando la questione non si risolva in tal modo, viene investito l'organo di vertice dell'Autorità, il quale può adottare un ordine di rimozione selettiva di contenuti illegali.

Naturalmente sono fatti salvi i casi in cui l'Autorità acquisisca la notizia di una fattispecie che integri gli estremi di un reato, nel qual caso essa è tenuta ad inoltrare la segnalazione alla Guardia di finanza o alla Polizia postale per il seguito di competenza.

La proposta di inserire l'istituto denominato *counter notice*, ovvero una "contronotifica" che l'*uploader* può effettuare nei confronti del fornitore di servizi che abbia rimosso un contenuto da lui caricato, a seguito della procedura di *notice and take down* è stata recepita nello schema di regolamento, in quanto si ritiene che essa si

raccordi con un corretto bilanciamento degli interessi in gioco e fosse contenuta *in nuce* nel documento sottoposto a consultazione.

In ordine alla richiesta di prevedere un sistema di “*fair use*”, occorre tenere conto che esso impone di verificare la sussistenza dei seguenti requisiti: 1) l'oggetto dell'uso e la natura di questo, in particolare se commerciale ovvero didattico e senza scopo lucrativo, 2) la natura dell'opera protetta, 3) la quantità e l'importanza della parte utilizzata in relazione all'opera protetta nel suo insieme e 4) le conseguenze derivanti dall'uso sul mercato potenziale o sul valore dell'opera protetta. Gli articoli 65 e 70 della legge n. 633/1941 già prevedono un sistema di eccezioni al diritto d'autore che dovranno orientare l'Autorità nella sua attività istruttoria e che va letto anche alla luce delle norme in materia di libertà di esercizio del diritto di cronaca, commento e discussione. Tenuto conto che l'Autorità è competente ai sensi dell'art. 32-quater del Testo unico in ordine ai brevi estratti di attualità, come attuato dal regolamento dell'Autorità adottato con delibera n. 667/10/CONS, e dell'art. 5 del decreto legislativo 9 gennaio 2008, n. 9 in ordine alla cronaca sportiva, come attuato dai regolamenti adottati dall'Autorità con delibere nn. 405/09/CONS e 406/09/CONS, da tale quadro normativo emerge una sostanziale sovrapponibilità tra la nozione di libertà di cronaca e “*fair use*” ai fini dell'esercizio delle competenze dell'Autorità, essendo previsti: 1) il limite connesso al fine esclusivamente informativo, 2) il limite del diritto esclusivo dell'opera protetta, 3) i limiti quanto a durata minima e embargo orario rispetto all'opera protetta e 4) il limite della salvaguardia del valore dell'opera protetta. Al fine di corroborare tale assunto, si reputa opportuno inserire un espresso riferimento agli articoli 65 e 70 della Legge sul diritto d'autore all'interno dello schema di regolamento.

Per quanto concerne la presunta incompatibilità con gli accordi TRIPS, si evidenzia come questi stabiliscano un triplice vaglio al superamento del quale la conformità delle eccezioni e limitazioni al diritto d'autore è sottoposta. Le eccezioni e limitazioni alla tutela del diritto d'autore 1) devono trovare infatti applicazione solo in determinati casi speciali, 2) non devono porsi in contrasto con il normale sfruttamento dell'opera e 3) non devono arrecare ingiustificato pregiudizio ai titolari dei diritti (cd. *three step test*). La legge 633/41 prevede, all'art. 65 e all'art. 70, la possibilità di porre alcune eccezioni alla tutela del diritto d'autore, giustificate da ragioni precise, compatibilmente con gli interessi dei titolari dei diritti.

La procedura prevista dall'Autorità si pone perfettamente in linea con quanto disposto dalla citata normativa perché, se da un lato mira a garantire adeguata protezione ai titolari dei diritti, dall'altro si preoccupa di salvaguardare posizioni giuridiche meritevoli di tutela. In esso si prevedono infatti alcune eccezioni alla tutela dei contenuti protetti, conformemente all'Accordo TRIPS e alla legge sul diritto d'autore, proprio per garantire esigenze della collettività, quali l'informazione e la libertà di discussione, di commento, cronaca e critica.

6. Le licenze collettive estese

(punto 3.6 dell'allegato B alla delibera n. 668/10/CONS)

Posizioni principali dei soggetti intervenuti

Sul possibile ricorso ad accordi volontari

La regolamentazione di accordi collettivi di licenza, con la connessa portata obbligatoria nei confronti anche dei soggetti non direttamente coinvolti nella contrattazione degli stessi, ha ottenuto un riscontro positivo da parte di alcuni soggetti, che pongono comunque un problema di rappresentatività per gli enti di gestione dei diritti, mentre un altro soggetto sottolinea che l'operazione non deve essere limitata alla fruizione di contenuti in *streaming*.

Anche un altro soggetto ritiene adeguato lo strumento individuato dall'Autorità per intervenire nella materia a livello nazionale, suggerendo comunque una riflessione più approfondita sull'utilizzabilità dello schema concettuale delle licenze collettive estese per creare alcuni obblighi in capo agli ISP.

Un soggetto ritiene che gli accordi volontariamente conclusi fra gli organismi rappresentativi dei titolari dei diritti e gli utilizzatori siano adeguati per garantire il soddisfacimento della richiesta di offerta legale e a garantire l'accesso alla cultura ed all'informazione, soprattutto se coordinata con misure di *enforcement*, segnalando tuttavia che lo stesso ente, per il caso specifico delle emittenti radio, utilizza il sistema delle *blanket licenses*, vincolanti per le sole opere in titolarità degli associati ad un determinato ente, e non quello delle licenze collettive estese. Per alcuni soggetti, invece, il modello risulta applicabile a quei contenuti per i quali non sia agevole risalire ai titolari dei relativi diritti, come le opere orfane.

Alcuni manifestano la loro contrarietà al modello proposto dall'Autorità per una serie di ragioni. Fra le motivazioni condivise quella avanzata da diversi soggetti, secondo i quali la realizzazione di accordi collettivi di licenza comporterebbe un'inaccettabile limitazione della libertà per i titolari dei diritti di partecipare volontariamente alla negoziazione di eventuali licenze individuali, nonché una posizione privilegiata per le *major* e per i titolari di diritti su opere di maggior successo, escludendo di fatto i titolari di diritti su produzioni nuove o indipendenti, come sostenuto da un soggetto. Secondo un altro soggetto, la soluzione proposta è da evitare in quanto, limitando la libertà contrattuale, costringe i titolari dei diritti a donare una porzione del valore delle loro opere ad altre entità commerciali sul mercato, con conseguente forfetizzazione obbligata del valore stesso.

Un certo numero di soggetti, motiva il diniego espresso rispetto alla proposta dell'Autorità con la scarsa chiarezza della stessa, mentre un altro soggetto obietta la difficoltà di verificare se gli utenti che abbiano acquistato un *account* senza licenza rispettino le condizioni contrattuali pattuite, in considerazione del principio sancito

dall'art. 15 della Costituzione e precisato dall'art. 123 del Codice per la protezione dei dati personali. A tal proposito, giudicando non opportuna l'imposizione di un "filtro" da apporre al canale *web* di comunicazione libero, un soggetto suggerisce di approntare appositi canali di comunicazione, evidenziando in tal modo le carenze infrastrutturali che rendono una tale scelta di difficile attuazione.

Alcuni soggetti evidenziano come non sia possibile affrontare unitariamente la problematica delle licenze collettive estese a causa delle diverse modalità di consumo per i diversi prodotti, rilevando come per il settore dei contenuti audiovisivi e dei videogiochi questo tipo di accordi sia inappropriato, anche a causa della molteplicità della natura dei diritti di utilizzazione e sfruttamento che ineriscono in via generale ai contenuti audiovisivi, nonché dell'assenza di enti di gestione collettiva e di riscossione dei compensi dovuti. In accordo con quanto appena riportato, un soggetto ritiene che il ricorso agli accordi collettivi realizzerebbe una grave disparità di trattamento a danno proprio degli artisti musicali, ai quali non è riconosciuto un diritto irrinunciabile ad un equo compenso per qualsiasi tipo di sfruttamento delle loro opere, come invece accade per le opere cinematografiche e assimilate.

Un altro soggetto argomenta nel dettaglio alcune opinioni relative allo strumento proposto. Secondo l'associazione la realizzazione del modello prospettato dall'Autorità comporta l'imposizione di una "tassa di scopo" per gli ISP, estranea all'ambito regolamentare dell'Autorità. Un intervento di tal genere, destinato a regolare gli usi non commerciali delle opere protette *on line*, e non invece quelli commerciali, risulterebbe del tutto nuovo per l'ordinamento italiano e non potrebbe prescindere da una riforma più generale del diritto d'autore. Su tale punto, pertanto, un soggetto manifesta la sua contrarietà sottolineando come in realtà il ricorso a licenze collettive, pur non risolvendo il problema della pirateria, penalizza gli utenti di internet che non commettono violazioni del diritto d'autore. Nel merito, vengono evidenziate criticità quali la rilevanza marginale dell'intervento, in quanto tali licenze non solo non proteggerebbero l'utente finale da eventuali azioni penali o risarcitorie, ma i maggiori produttori mondiali dei contenuti audiovisivi non sarebbero interessati ad aderirvi; inoltre, un tale strumento rischierebbe di promuovere gli illeciti, poiché gli utenti non professionali difficilmente sarebbero a conoscenza dell'*opt-out* delle "*major*", l'imposizione di un corrispettivo aggiuntivo a carico degli utenti attribuirebbe a questi il diritto di recedere dal contratto con l'ISP e gli ISP che non abbiano partecipato agli accordi conclusi sarebbero privati della possibilità di negoziare accordi di licenza individuali.

Un altro soggetto concorda per quanto riguarda l'iniquità dell'attribuzione di un costo collegato ad ogni contratto di accesso alla rete, posto anche a carico di chi non ha mai fatto ricorso a contenuti in violazione della normativa vigente. Secondo alcuni soggetti, detto costo fisso, che formalmente remunera il *file sharing* legale, genererebbe peraltro un ulteriore assottigliamento delle risorse che gli utenti destinano ad altre modalità di acquisto di contenuti digitali, con conseguente penalizzazione dello sviluppo di piattaforme legali e "dequalificazione" del valore stesso delle opere creative,

come evidenziato da altri soggetti. Quest'ultima afferma che allo scambio di *file* fra privati andrebbe comunque attribuito un valore "economico" di scarsa rilevanza, con conseguente adozione di tariffe "adeguate" all'uso non commerciale che prescindono dal valore economico del *business* collegato agli stessi *software* che rendono possibile il *file sharing*. Ancora secondo un soggetto, il pregiudizio che gli accordi collettivi di licenza arrecherebbero al mercato dei servizi legali produrrebbe, come ulteriore conseguenza, un decremento degli investimenti degli operatori disponibili a sostenere modelli di *business* legale, con conseguente impoverimento delle risorse finanziarie indispensabili per la produzione e lo sviluppo di nuovi contenuti culturali.

Concordano poi in merito alle difficoltà gestionali e amministrative che deriverebbero dall'adozione di accordi collettivi di licenza alcuni soggetti, in particolar modo con riferimento al problema della determinazione della parte di compenso spettante a ciascuna categoria di aventi diritto.

Alcuni soggetti sono nettamente contrari alla proposta sostenendo che si realizzerebbe un sistema anarchico più che libero, mentre altri suggeriscono di adottare misure che favoriscano la concorrenza.

Ulteriori obiezioni sono state mosse da un soggetto che evidenzia la difficoltà di individuare gli enti da coinvolgere nella contrattazione, perplessità evidenziata anche da un altro soggetto, nonché la necessità di concordare nuovamente le condizioni economiche per il pagamento dei diritti d'autore sui contenuti, visto che attualmente i criteri in uso non si conciliano con la sostenibilità del *business*. Viene rilevata peraltro l'assenza di norme specifiche dedicate ai nuovi modelli di distribuzione dei contenuti che prevedano modalità di accesso agli stessi attraverso abbonamenti, secondo formule forfettarie, attraverso crediti spendibili in modo frazionato o, ancora, a fronte di scambi di servizi/attività con gli utenti.

Secondo alcuni soggetti non è possibile imporre limitazioni di diritti costituzionalmente garantiti ricorrendo ad una fonte normativa regolamentare, mentre un soggetto, giudica superfluo un intervento inteso a regolare il modello delle licenze collettive estese, in quanto, a titolo esemplificativo, la normativa e il Contratto di Servizio già prevedono per la concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo, obblighi specifici in relazione alla diffusione della propria offerta. La medesima perplessità in merito alla fonte normativa utilizzata è condivisa da un altro soggetto.

Sul percorso procedurale alla base degli eventuali accordi volontari

In merito alla procedura individuata dall'Autorità per l'implementazione delle licenze collettive estese, numerosi soggetti esprimono un giudizio positivo. Un soggetto apprezza in particolar modo l'ipotesi di istituzione di un fondo a carico degli ISP a sostegno dell'industria dei contenuti.

Anche per offrire un contributo in termini di contenuti, un soggetto ha richiamato le modalità tecniche di gestione definite nel progetto *Arrow*, ricordando che

le tecnologie per la gestione dei diritti in fase di implementazione sono state interamente sviluppate in Italia, grazie alla collaborazione tra diversi soggetti e che il progetto citato è stato indicato come modello di gestione dei diritti per le biblioteche digitali europee da risoluzioni della Commissione e del Parlamento europeo.

Alcuni soggetti sottolineano come un intervento in tal senso costituirebbe una inaccettabile compressione della libertà negoziale delle parti e degli operatori non giustificata dalle esigenze di tutela del *copyright*, mentre un altro obietta che la determinazione di un pagamento *à forfait* è in conflitto con la facoltà di libera fruizione della rete.

Fra le posizioni dissenzienti è da registrare quella di un soggetto, secondo cui il modello proposto non corrisponde *de facto* a quello delle licenze collettive estese, ma a quello delle licenze obbligatorie, pertanto l'ammissibilità dello stesso è subordinato ai limiti entro i quali le medesime licenze obbligatorie sono consentite dalle convenzioni internazionali. Un altro soggetto, più semplicemente, sollecita un maggior coinvolgimento degli ISP nel rimuovere i contenuti illegali.

Più articolata la posizione di un altro soggetto che, assumendo preventivamente l'incompatibilità degli accordi collettivi di licenza con la normativa vigente in materia di diritto d'autore a livello internazionale e comunitario, contesta la possibilità di *opt out* riconosciuta al singolo titolare di diritti anche in relazione all'esclusione di una sola modalità di utilizzo ed evidenzia l'eccessiva indeterminatezza del concetto di "utilizzo non commerciale".

Tra i soggetti che sono sostanzialmente contrari, uno in particolare segnala le proprie perplessità essenzialmente in merito al coinvolgimento di alcuni specifici soggetti che avrebbero dimostrato scarsa capacità di gestione di situazioni analoghe in passato. Anche un altro soggetto evidenzia dei dubbi sul percorso procedurale, eccessivamente formale, mentre ritiene opportuno lasciare spazio all'iniziativa alla libera autonomia delle parti.

Un soggetto ricorda che l'attività degli ISP deve limitarsi a fornire la connettività agli utenti, escludendo ogni altro eventuale intervento.

Osservazioni dell'Autorità

In via di premessa generale, i benefici legati agli accordi collettivi di licenza riguardano l'ampliamento del repertorio di opere protette fruibili legalmente e possono avere un impatto positivo sullo sviluppo dell'offerta legale in conseguenza dell'acquisizione di un'autorizzazione preventiva e generalizzata circa taluni utilizzi *on line* di una gamma ampia di contenuti. L'estensione degli effetti degli accordi di licenze collettive dovrebbe altresì favorire un equilibrato bilanciamento del diritto fondamentale degli autori alla tutela dei loro interessi morali e materiali con quello degli utenti all'accesso alla cultura e all'informazione attraverso reti di comunicazione elettronica.

Anche la Commissione europea riconosce, all'interno della già citata Comunicazione "*Sui contenuti creativi online nel mercato unico*" tra le problematiche che ostacolano lo sviluppo del mercato dei contenuti *on line*, e che richiedono un intervento a livello dell'UE, l'adozione di licenze multiterritoriali per i contenuti creativi, e nella citata Comunicazione "*Un'Agenda digitale europea*", propone soluzioni più agevoli, più uniformi e tecnologicamente neutre per le licenze transfrontaliere e paneuropee nel settore audiovisivo al fine di stimolare la creatività e aiutare i produttori e i distributori di contenuti, a vantaggio dei cittadini europei.

L'esperienza di applicazione dello strumento proposto, soprattutto nei paesi scandinavi, dimostra che si tratta di un sistema particolarmente indicato nel settore librario e che presenta potenzialità in merito all'esigenza di favorire lo sviluppo delle biblioteche digitali. D'altra parte, anche su tale considerazione si fondano gli argomenti contrari. In particolare, si segnala che le licenze collettive presentano efficacia differenziata in rapporto a diversi settori (biblioteche vs. cinema) e modalità di utilizzo (*file sharing* vs *streaming*).

Esigenze di approfondimento emergono anche in merito alla valutazione della linea di azione riguardante l'introduzione di offerte di accesso a internet mediante la formula del contratto "munito di licenza". In particolare, la consultazione pubblica ha evidenziato rischi legati alla regolamentazione diretta delle condizioni generali di offerta per i contratti di accesso a internet, in quanto un meccanismo come quello ipotizzato potrebbe impropriamente tradursi nell'imposizione – secondo alcuni soggetti – di una tassa di scopo. A fronte di benefici legati alla possibilità di introdurre forme innovative di remunerazione degli utilizzi di opere protette in internet, nonché elementi di trasparenza e cooperazione tra gli attori della catena del valore, soprattutto a vantaggio dei consumatori e dello sviluppo dell'offerta legale, il problema posto riguarda l'esigenza di approfondire i rischi di alterazione delle dinamiche di prezzo nel mercato *retail* dei servizi a banda larga.

L'azione proposta ha costituito oggetto di posizioni discordanti tra gli attori del mercato. Dal momento che il meccanismo ipotizzato nelle linee di provvedimento si fonda sull'adesione volontaria degli attori della catena del valore agli accordi collettivi sugli utilizzi di contenuti digitali protetti, ne consegue che l'efficacia dello strumento proposto è fortemente condizionata al grado di adesione volontaria di siffatti soggetti. Inoltre, la rilevanza e peculiarità dei rischi evidenziati nella fase di consultazione pubblica suggeriscono l'opportunità di approfondimento in relazione al potenziale impatto delle azioni proposte e di eventuali soluzioni alternative che possono essere adottate dagli attori del mercato attraverso l'autoregolamentazione. Al riguardo, un'attività di approfondimento appare utile anche al fine di esaminare l'evoluzione tecnologica del settore e l'impatto sulla neutralità della rete, tenendo conto delle tendenze attuali e dei possibili scenari di mercato.

Stante la divergenza delle posizioni tra le categorie di soggetti interessati, diviene centrale, con riferimento anche alla tematica degli accordi collettivi di licenza, il

ruolo del Tavolo tecnico proposto dall'Autorità nella delibera n. 668/10/CONS, in modo da favorire un confronto tra i partecipanti e, attraverso un ruolo di mediazione dell'Autorità, avanzare proposte che tengano conto di un equo bilanciamento degli interessi in gioco.

7. Attività di risoluzione delle controversie

(cfr. punto 3.7 dell'allegato B alla delibera n. 668/10/CONS)

Posizioni principali dei soggetti intervenuti

Alcuni soggetti accolgono con favore lo svolgimento di un ruolo di risoluzione delle controversie da parte dell'Autorità, ritenendolo uno strumento utile ad evitare cause giudiziarie sia tra operatori che tra operatori e utenti, in coerenza con le competenze già attribuite all'Autorità dalla sua legge istitutiva.

Altri soggetti si dichiarano favorevoli purché vengano rispettate precise condizioni. Alcuni tra questi, pur ritenendo pregevole un'iniziativa di risoluzione delle eventuali controversie da parte dell'Autorità, sottolineano la necessità che le parti possano avvalersene in via non obbligatoria, bensì su base volontaria e facoltativa. Alcuni soggetti sono parzialmente favorevoli, ravvisando l'utilità di un intervento di mediazione di natura amministrativa, purché questo non pretenda di sostituirsi alla tutela giurisdizionale dei diritti spettante alla Magistratura ordinaria. Un soggetto propone di impostare il ruolo dell'Autorità in tale ambito come un ruolo di istanza di secondo grado adibibile dal soggetto che si ritiene danneggiato ingiustamente dalla rimozione del contenuto/sito, mentre altri propongono di approfondire la tematica in sede di Tavolo tecnico. Un intervenuto si attesta su una posizione di neutralità, non ritenendo che nell'attuale contesto del settore editoriale vi sia la necessità di un mediatore nel dialogo con gli utenti.

Altri soggetti rispondenti si dichiarano fermamente contrari, convinti che l'adozione di un siffatto ruolo di mediazione da parte dell'Autorità contrasti con i poteri dell'Autorità giudiziaria ordinaria, unica competente alla tutela giurisdizionale dei diritti e alla risoluzione delle controversie.

Osservazioni dell'Autorità

Al riguardo, si rappresenta che l'Autorità ha ritenuto di non predisporre nello schema di Regolamento posto in consultazione procedure di risoluzione delle controversie in quanto nelle materie in cui tale strumento sarebbe stato impiegato, ad esempio relativamente a tariffe, condizioni di concessione delle licenze, affidamento dei diritti *on line* finalizzato alla loro gestione e al ritiro dei diritti *on line*, è apparsa sufficiente l'istituzione di un Tavolo tecnico. In tal modo si consente comunque l'intervento

dell'Autorità di supporto ai privati nell'esercizio dell'autonomia contrattuale. Inoltre, le diverse fasi del procedimento delineato nello schema di Regolamento consentono già un ampio contraddittorio tra le parti sia nella fase dinanzi al prestatore di servizi, sia in quella dinanzi all'Autorità, permettendo, così, di risolvere i conflitti in un momento precedente a quello della soltanto eventuale sanzione.

8. Istituzione presso l'Autorità di un Tavolo tecnico

(cfr. punto 3.8 dell'allegato B alla delibera n. 668/10/CONS)

Posizioni principali dei soggetti intervenuti

La maggior parte dei soggetti intervenuti si dichiara favorevole all'iniziativa e si candida a prendervi parte.

Tra i soggetti che hanno sottolineato l'utilità della creazione di un Tavolo tecnico, alcuni raccomandano di garantire un adeguato coordinamento con gli altri organismi attualmente esistenti che esaminano le tematiche relative al *copyright*, ovvero quelli istituiti presso il Ministero per i Beni e le Attività Culturali (di seguito MIBAC) e presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri. Un soggetto manifesta la necessità di garantire che l'attivazione dei lavori di un eventuale Tavolo tecnico non pregiudichi in alcun modo l'avvio rapido ed effettivo di una regolamentazione in materia di contrasto alla pirateria online. Mentre un soggetto auspica la presenza di *stakeholder* del *web* aperto, un altro richiama la necessità di rappresentare equamente nella sua composizione i diversi soggetti portatori di interessi e un altro ancora è favorevole, purché vengano rispettati i limiti, le competenze e gli ambiti sanciti dalla normativa comunitaria e nazionale e attribuiti all'Autorità.

Al contrario, diversi soggetti ritengono che l'istituzione di un Tavolo tecnico possa comportare il rischio di sovrapposizioni con il Comitato Consultivo Permanente per il Diritto d'Autore (di seguito CCPDA) attivato presso il MIBAC, istituito dall'art. 190 della legge n. 633/1941. I citati soggetti lamentano che il frazionarsi delle sedi di confronto non consentirebbe di focalizzare le problematiche e allontanerebbe la possibilità di pervenire a soluzioni condivise. Un soggetto rispondente, al riguardo, si candida alla partecipazione al Tavolo tecnico esclusivamente nella misura in cui questo sia paritario e diverso dal Comitato sul diritto d'autore presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri. Altri propongono, in alternativa, di costituire in seno al citato CCPDA una commissione speciale composta da tecnici Agcom, che con le proprie competenze potrebbero apportare un significativo contributo ai lavori del Comitato, declinandoli con maggiore efficacia e specificità in ambito digitale. Un soggetto propone l'estensione delle tematiche del tavolo anche ai contenuti mobili.

Osservazioni dell'Autorità

Sul punto, in considerazione del fatto che il documento posto in consultazione si limitava a citare quale possibile argomento del Tavolo tecnico le problematiche applicative del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e l'efficace implementazione delle misure previste, nel corso delle audizioni è stata colta l'occasione per acquisire ulteriori dettagli in ordine alle tematiche di maggiore interesse. In esito a tali interlocuzioni, sono stati individuati i seguenti possibili temi, fermo restando il carattere del tutto aperto dell'elenco al quale si è pervenuti.

I temi rispetto ai quali è emersa una sostanziale condivisione nella volontà di adesione al Tavolo sono:

- modulistica per le segnalazioni (elementi anagrafici minimi, oneri probatori, lunghezza massima del testo etc);
- profili tecnici relativi all'*enforcement* del regolamento;
- promozione dell'offerta legale (ad esempio attraverso *white list*);
- uniformità delle clausole contrattuali degli ISP in ordine all'uso lecito di internet;
- educazione alla legalità (individuazione delle modalità di intervento riguardanti le possibili attività di informazione e formazione destinate ai consumatori sui temi della fruizione di contenuti in rete).

Non è invece apparsa unanime la volontà di discutere dei seguenti temi, pur avendo tutti i soggetti intervenuti rappresentato la volontà di partecipare al Tavolo qualora venisse istituito:

- possibile riduzione delle finestre di distribuzione;
- accesso ai contenuti *premium* (ad esempio incoraggiando la riduzione della durata delle esclusive o della loro portata rispetto alle piattaforme trasmissive);
- licenze collettive estese.

RITENUTO OPPORTUNO, stanti la particolare rilevanza e complessità tecnica della materia oggetto di regolamentazione e la conseguente necessità di approfondire adeguatamente gli aspetti relativi alla protezione del diritto d'autore connessi ai servizi di media audiovisivi, di sottoporre ad ulteriore consultazione pubblica lo schema di regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica;

A tale scopo, lo schema di Regolamento che si pone in consultazione si propone, da un lato, di favorire lo sviluppo dell'offerta legale, dall'altro di disciplinare l'attività di accertamento, prevenzione e cessazione delle forme di violazione del diritto d'autore

nei settori di competenza dell'Autorità. Sono escluse dall'ambito dell'emananda disciplina le applicazioni con le quali gli utenti possono scambiare contenuti direttamente con altri utenti attraverso reti di comunicazione elettronica.

Nell'esercizio delle attività previste dallo schema di Regolamento l'Autorità opera nel rispetto dei diritti e delle libertà di espressione del pensiero, di cronaca, di commento, critica e discussione, ispirandosi ai principi fondamentali sanciti dal Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici e alle eccezioni previste dalla Legge sul diritto d'autore.

Al fine di promuovere l'offerta legale, l'Autorità ritiene utile coinvolgere tutti gli *stakeholder* attraverso l'istituzione di un Tavolo tecnico, le cui modalità di funzionamento sono delineate nell'ambito dell'articolato; ad esso è altresì demandata la definizione di alcuni aspetti operativi del procedimento posto a tutela del diritto d'autore.

Inoltre, sotto il profilo procedimentale, appare opportuno prevedere una prima fase in cui il titolare del diritto potrà richiedere direttamente al gestore del sito o al fornitore del servizio di media audiovisivo o radiofonico la rimozione del contenuto protetto, fatte salve le garanzie di contraddittorio con il c.d. *uploader*. Solo a seguito di tale fase preliminare sarà possibile invocare l'intervento dell'Autorità, che potrà attivarsi su segnalazione del titolare del diritto in caso di mancata rimozione, o dell'*uploader* che lamenti, per contro, l'illegittima rimozione del contenuto.

La Direzione competente, ove ne ravvisi gli estremi, potrà invitare il gestore del sito o il fornitore del servizio di media audiovisivo o radiofonico all'adeguamento spontaneo alla normativa rilevante che si assume violata. Nell'ipotesi in cui tale invito dovesse rimanere ineficace, la Direzione investirà della questione l'organo collegiale competente che, al termine di un procedimento che fa salve le garanzie di contraddittorio tra le parti, potrà ordinare la rimozione dei contenuti illegali. Nel caso di soggetti localizzati all'estero, previo richiamo, potrà richiedere la rimozione dei contenuti illegali destinati al pubblico italiano in violazione delle norme sul diritto d'autore. Nel caso in cui il sito non ottemperi alla richiesta, il caso verrà segnalato alla Magistratura per i provvedimenti di competenza.

Al fine di fugare qualsiasi dubbio sulla proporzionalità e sui limiti dei provvedimenti dell'Autorità e sul rapporto tra l'intervento amministrativo e i preminenti poteri dell'Autorità giudiziaria, non si è ritenuto di includere negli interventi di propria competenza la misura dell'inibizione dell'accesso ai siti, sia italiani che esteri. Inoltre, resta inteso che, qualora il soggetto decida di adire la via giudiziaria, l'Autorità non darà al procedimento alcun seguito.

VISTA la delibera n. 453/03/CONS del 23 dicembre 2003, recante "*Regolamento concernente la procedura di consultazione di cui all'articolo 11 del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259*" pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana del 28 gennaio 2004, n. 22;

RITENUTO congruo il termine di 60 giorni entro il quale i soggetti interessati possono comunicare le proprie osservazioni;

VISTA la proposta formulata dalla Direzione contenuti audiovisivi e multimediali, d'intesa con il Servizio giuridico;

UDITA la relazione dei Commissari Sebastiano Sortino e Gianluigi Magri, relatori ai sensi dell'art. 29 del Regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità;

DELIBERA

Articolo 1

1. È sottoposto a consultazione pubblica lo schema di regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica, di cui all'allegato A alla presente delibera, di cui forma parte integrante e sostanziale, recante "*Schema di regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica*".

2. Le modalità di consultazione sono riportate nell'allegato B alla presente delibera.

3. Le comunicazioni di risposta alla consultazione pubblica dovranno pervenire entro 60 giorni dalla data di pubblicazione del presente provvedimento nella Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana.

La presente delibera è pubblicata integralmente sul sito internet dell'Autorità e nella Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana.

Roma, 6 luglio 2011

IL PRESIDENTE

Corrado Calabrò

IL COMMISSARIO RELATORE

Sebastiano Sortino

IL COMMISSARIO RELATORE

Gianluigi Magri

Per attestazione di conformità a quanto deliberato

IL SEGRETARIO GENERALE

Roberto Viola