



Workshop AGCOM
IL DIRITTO D'AUTORE ON-LINE
24 maggio 2013

M. Mensi

Università LUISS "Guido Carli" - Roma

L' "enforcement"

- L'attuale situazione in tema di protezione del diritto d'autore on-line nei vari Paesi, non solo europei, può essere descritta nei termini di un **quadro disorganico e frastagliato**.
- Ogni Paese procede in ordine sparso.
- Ciò nonostante si ritiene che la **direttiva 2004/48** e la sua trasposizione in Europa abbiano dato, complessivamente, buoni risultati.

Il ritardo dell'intervento comunitario

- Dopo la direttiva del 2004 la Commissione ha tardato a muoversi.
- E' vero che in materia di proprietà intellettuale l'**Unione europea non ha una competenza esclusiva ed il tema** è appannaggio delle legislazioni nazionali in forza del **principio di territorialità** (è la legge del luogo dove l'opera viene utilizzata a stabilire se e in che modo l'opera deve essere tutelata; ne deriva che sussistono tante discipline quanti sono i Paesi in cui l'opera viene divulgata).
- Ma Internet da tempo ha fatto "saltare" questo principio e sarebbe stato lecito attendersi una risposta tempestiva ed efficace da parte dell'Unione europea.

Diritto d'autore e diritto di proprietà

- *"L'azione della Comunità è intesa ad incoraggiare la cooperazione tra Stati membri e, se necessario, ad appoggiare e ad integrare l'azione di questi ultimi nei seguenti settori: [...] – creazione artistica e letteraria, compreso il settore audiovisivo"* (Art. 167, par. 2 TFUE).
- La tutela del diritto d'autore è annoverata fra i principi fondamentali dalla **Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo** (Art. 27 par. 2 "*Ogni individuo ha diritto alla protezione degli interessi morali e materiali derivanti da ogni produzione scientifica, letteraria e artistica di cui egli sia autore*") e costituisce parte integrante del **diritto di proprietà** (protetto dall'**art. 1 del Primo Protocollo della Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo**), come ci ricorda la Corte dei Diritti dell'Uomo nel caso **Ashby c/ Francia** del 10 gennaio 2013.
- La tutela di tale diritto è altresì sancita **dall'Art. 17, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea**.
- La **Direttiva 2001/29/CE**: "*Ogni armonizzazione del diritto d'autore e dei diritti connessi dovrebbe prendere le mosse da un alto livello di protezione, dal momento che tali diritti sono essenziali per la creazione intellettuale*" (considerando 9 e 10).

Mercato interno e concorrenza

- Ma le norme in materia di proprietà intellettuale influenzano il mercato interno, e se in materia di proprietà intellettuale l'**Unione europea non ha una competenza esclusiva, la possiede invece per la regolazione della concorrenza**, in forza dell'Art. 3 TFUE.
- “[...] *le disparità tra gli ordinamenti dei singoli Stati membri in materia di strumenti per assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale **pregiudicano il corretto funzionamento del mercato interno** e rendono impossibile assicurare che i diritti di proprietà intellettuale beneficino di un livello di tutela omogeneo su tutto il territorio della Comunità. Questa situazione non favorisce la **libera circolazione nel mercato interno**, né crea un contesto favorevole ad una sana concorrenza tra le imprese*” (considerando 8 della direttiva 2004/48)
- **Quindi, ad una minor tutela della proprietà intellettuale , risultato di diversi regimi giuridici nazionali, corrisponde una minor concorrenza fra imprese.**

La direttiva “Enforcement”

- Come la stessa Commissione aveva rilevato nella **Relazione del 22 dicembre 2010** sulla sua applicazione, **la direttiva 2004/48 non era predisposta per affrontare la sfida posta da Internet** e numerose altre questioni avrebbero dovuto essere oggetto di un esame più approfondito.
- Dal 2004 ad oggi la criminalità su Internet e le violazioni del diritto d'autore (quelle *on-line* hanno un carattere multi offensivo: danneggiano tutti gli attori del sistema: detentori di diritti, ISP e consumatori) sono aumentate in modo esponenziale, anche mediante vere e proprie organizzazioni criminali che hanno decentralizzando all'esterno del territorio dell'Unione europea la propria sede.
- **Le misure, le procedure e i rimedi previsti dalla direttiva avrebbero dovuto essere efficaci, proporzionati e dissuasivi**, ma soprattutto resi più rapidi e adeguati a fronteggiare fenomeni di violazione che hanno certamente approfittato della lentezza e inadeguatezza delle risposta regolamentare.

Il bilancio

- La Relazione del 2010 indica che la disparità fra i sistemi vigenti nei vari Stati membri per assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale mina il corretto funzionamento del mercato interno e indebolisce l'applicazione del diritto sostanziale in materia di proprietà intellettuale.
- Talune disposizioni della direttiva sono state intese diversamente nei diversi Stati membri e hanno dato origine a **differenti interpretazioni e applicazioni pratiche.**
- Il risultato di questa frammentazione è evidente: **ostacoli alle attività transfrontaliere, perdita di fiducia nel mercato interno e ridotti investimenti in innovazione e creazione.**
- La Corte di Giustizia (i casi Sabam e Netlog) ha peraltro evidenziato che **l'inesistenza di un'armonizzazione a livello europeo non autorizza gli Stati membri a porre restrizioni al commercio in base alle proprie leggi nazionali.** Ma questo è purtroppo quello che si sta verificando.

Gli aspetti “chiave” da armonizzare

1. L'impiego di misure provvisorie e cautelari (le ingiunzioni),
2. le procedure per raccogliere e conservare le prove della violazione,
3. il significato di varie misure correttive, comprese le modalità di calcolo dei risarcimenti,
4. il miglioramento dell'accesso ai Tribunali, ivi comprese misure adeguate volte ad agevolare l'accesso per le PMI,
5. la responsabilità dei vari soggetti (sentenze CGUE Sabam –Scarlet- del 2011 e Sabam-Netlog del 2012).

Un tardivo e inadeguato intervento comunitario a tutela del diritto d'autore on-line rischia di compromettere la fiducia nella certezza ed efficacia di regole, creando insicurezza e insinuando il dubbio (come sta ora avvenendo) che possa mettere in discussione **la libertà o la neutralità della rete**, equivoco pericoloso e da dissipare (come se libertà e proprietà non fossero due facce della stessa medaglia).

La "roadmap" della Commissione europea

- Nel suo **IPR Strategy del maggio 2011** la Commissione aveva annunciato l'intenzione di rivedere la direttiva "*Enforcement*" a partire dalla **primavera del 2012**.
- **Il 7 giugno 2011** la Commissione ha organizzato un'audizione pubblica sulla direttiva e l'**11 gennaio 2012** ha adottato la **Comunicazione "Un quadro coerente per costruire la fiducia nel mercato unico digitale per l'e-commerce e servizi on-line"** . Tra le priorità: **1)** la necessità di "sviluppare l'offerta legale e transfrontaliera di prodotti e servizi on-line" e **2)** la "*Lotta contro l'abuso e la risoluzione delle controversie in modo più efficace*".
- **La direttiva sul commercio elettronico 2000/31/CE** viene riconosciuta come "*la chiave di volta del mercato unico del digitale*" .
- A fronte della difficoltà di gestione dei contenuti illegali in rete e rischi di diffusione della cyber-criminalità, la Commissione è consapevole dell'esigenza di **creare un'adeguata cornice normativa orizzontale delle procedure di "notice and action"**, ovvero le procedure seguite dagli Internet Provider a seguito di ricezione di segnalazione di un contenuto illegale.

Il mutato scenario di riferimento

- La direttiva 2000/31 risale al 2000, lo scenario di riferimento è mutato, a causa dell'evoluzione tecnologica e della diffusione di nuovi servizi ed attività che il legislatore dell'epoca non poteva ovviamente prevedere (es. i siti di ***user generated content***, i ***social network*** e le ***applicazioni di peer-to-peer***) e l'assenza di una disciplina omogenea ha come conseguenza un'ampia frammentazione delle procedure, comportando una situazione di incertezza per gli intermediari.
- La natura transfrontaliera di Internet, le divergenze delle procedure di ***notice and take-down***, lo scarso sviluppo della regolamentazione a livello europeo e le pronunce giurisprudenziali dei Paesi membri, talvolta configgenti tra loro, sono dunque i principali problemi su cui l'azione della Commissione dovrà concentrarsi.

Gli obiettivi

- Nella **Comunicazione sui contenuti nel mercato unico digitale del 18 dicembre 2012** la Commissione dichiara di voler decidere *"nel 2014 [!] se presentare le proposte di riforma legislativa che ne scaturiranno.*
- Saranno esaminate le tematiche seguenti: **territorialità nel mercato interno; armonizzazione, limitazioni ed eccezioni al diritto d'autore nell'era digitale; frammentazione del mercato del diritto d'autore nell'UE; modi per migliorare l'efficacia e l'efficienza dell'attuazione della normativa rafforzandone nel contempo la legittimità nel contesto più ampio di una riforma del diritto d'autore".**
- È in tale quadro che si inseriscono le **due recenti consultazioni pubbliche** condotte dalla Commissione europea **nel corso del 2012**, la prima avente ad oggetto *"A **clean and open Internet**: Public consultation on procedures for notifying and acting on illegal content hosted by online intermediaries"*, conclusasi nel settembre del 2012, e la seconda (per cui il termine per la presentazione dei contributi) è scaduto il 30 marzo 2013, relativa a *"**Civil enforcement** of intellectual property rights: public consultation on the efficiency of proceedings and accessibility of measures".*

Ruolo e compito dell'Autorità

- A livello nazionale il ruolo dell'AGCOM, quale organo istituzionalmente deputato alla vigilanza e alla tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica, è stato via via rafforzato da successive attribuzioni da parte della legge primaria, anche in recepimento di direttive europee.
- L'art. 182-bis della legge n. 248/2000 ha attribuito all'Autorità **poteri di vigilanza e di ispezione**, l'art. 32-bis del d.lgs. n. 44/2010 le ha affidato **poteri di regolazione**, ed il d.lgs. n. 70 del 2003, ha introdotto il **doppio binario di tutela amministrativa e giudiziaria**, prevedendo che la stessa possa adottare **poteri inibitori**.

Il quadro è completo

- Le previsioni normative citate, che hanno codificato in diritto positivo la protezione del diritto d'autore on-line, forniscono **sufficienti e adeguate basi giuridiche** per legittimare un intervento penetrante e accurato da parte dell'Autorità (come quello a suo tempo delineato nello schema di regolamento sottoposto a consultazione pubblica), ivi compresa la possibilità di ricorrere a **poteri inibitori**.
- L'azione dell'Autorità in tal senso è obbligata ed essa non dispone sul punto di alcuna discrezionalità. **All'Autorità non residua una scelta sull "an" ma, piuttosto, sul "quomodo" dell'intervento da svolgere.**
- Ove l'Autorità ometta di effettuare, in tempi rapidi, l'intervento richiesto dal legislatore si esporrebbe addirittura al rischio di **incorrere in una responsabilità per omissione di un atto doveroso, imposto dalla legge.**

Il fondamento del potere regolamentare

- Appare sul punto fuori luogo richiamare, a fondamento del potere di intervento dell'Autorità, **la teoria dei "poteri impliciti"**, essendo nel caso di **specie il potere regolamentare di cui dispone del tutto esplicito, fondato su previsioni normative chiare e puntuali.**
- La questione vera da affrontare è quella piuttosto delle **modalità** con le quali svolgere in concreto l'intervento, che dovrà essere necessariamente **incisivo e ben calibrato, ma soprattutto proporzionato** e rispettoso delle puntuali indicazioni fornite dalla recente giurisprudenza comunitaria, oltre che in linea con i dettami della carta costituzionale.