

**LINEAMENTI DI PROVVEDIMENTO
CONCERNENTE L'ESERCIZIO DELLE COMPETENZE DELL'AUTORITA'
NELL'ATTIVITA' DI TUTELA DEL DIRITTO D'AUTORE SULLE RETI DI
COMUNICAZIONE ELETTRONICA**

1. Premessa

I contenuti digitali sono un elemento chiave per lo sviluppo del mercato unico europeo: la diffusione dell'accesso ad Internet a banda larga e lo sviluppo di reti mobili avanzate, unitamente alla possibilità di trasformare in formato digitale ogni tipo di contenuto, determinano continuamente nuove prospettive culturali per i consumatori e nuove opportunità di *business* per l'industria.

A livello comunitario, il mercato unico digitale viene considerato come la “quinta libertà” e, come tale, il suo sviluppo viene considerato prioritario. D'altronde, il settore dell'ICT rappresenta il 5% del PIL comunitario, ogni giorno si registrano più di 250 milioni di utilizzatori di Internet e si stima che entro il 2020 tutti i contenuti digitali e le applicazioni verranno fornite via Internet. Tuttavia, ancora oggi il 30% dei cittadini UE non ha mai usato Internet, il numero di *downloads* di *files* musicali è $\frac{1}{4}$ rispetto ai *downloads* negli Stati Uniti, il tasso di penetrazione della fibra ottica è solo dell'1% (contro il 2% degli USA, il 12% del Giappone e il 15% della Corea del Sud) e la spesa nella UE per la ricerca e sviluppo nell'ICT è pari al 40% della corrispondente spesa negli USA.

L'Autorità nelle recenti relazioni annuali ha ripetutamente espresso l'opinione che sottovalutare le potenzialità del mercato digitale significa perdere una irripetibile occasione di sviluppo economico e sociale: l'accesso ai contenuti stimola infatti la domanda di capacità trasmissiva e questo a sua volta incoraggia gli investimenti in reti di nuova generazione; il decollo delle reti NGN, dal canto suo, favorisce la creazione di servizi innovativi che si sviluppano su tali reti.

Tra gli stimoli alla diffusione dell'economia digitale gioca un ruolo importante l'esistenza di norme sul diritto d'autore adeguate allo sviluppo tecnologico e alle mutate modalità di fruizione

dei contenuti da parte degli utenti. La criticità dell'attuale impianto normativo sul diritto d'autore nasce dal fatto che la possibilità di distribuire e scambiare contenuti attraverso canali digitali di fatto permette che il contenuto venga distribuito senza che i legittimi titolari siano in condizione di esercitare un effettivo controllo e di percepirne l'adeguata remunerazione, con grave pregiudizio per lo sviluppo della creatività e, quindi, per le scelte a disposizione del pubblico dei consumatori/utenti.

La disciplina del diritto d'autore dovrebbe, infatti, da un lato, tutelare la libertà di espressione e l'equa remunerazione dell'autore e, dall'altro, garantire il diritto alla *privacy* e l'accesso dei cittadini alla cultura e ad Internet. Questo ultimo aspetto corrisponde, oltretutto, ad un principio fondamentale dell'ordinamento comunitario delle comunicazioni elettroniche.

Sul tema del diritto d'autore *online* si è sviluppato negli ultimi anni un ampio dibattito, focalizzato principalmente sulle misure più efficaci per contrastare il fenomeno. Tale approccio, che è sempre stato guidato dalla esigenza di tutelare l'"autore" dinanzi al "consumatore", ha portato all'adozione, in diversi Paesi, di misure di contrasto fondate essenzialmente su divieti e sanzioni. Gli effetti pratici di un siffatto tipo di reazione, tuttavia, sono quantomeno dubbi. Sarebbe infatti opportuno individuare un modello di regolazione che poggia sull'attribuzione del giusto valore anche ai diritti dei consumatori di accedere ai contenuti *online*, contestualmente però, va da sé, sostenendo gli autori e le associazioni rappresentative dei loro interessi e i soggetti che veicolano i contenuti sul *web*. In questo senso, qualunque politica o intervento di contrasto della pirateria non può prescindere dalla coeva promozione di misure finalizzate a favorire l'offerta legale di contenuti accessibili ai cittadini: politiche che guardino ad uno solo di questi due aspetti sono destinate a fallire, come dimostra l'inefficacia delle misure tecniche di contrasto alla pirateria. Per altro verso, superando la logica punitivo-repressiva, occorre che l'azione dei pubblici poteri si faccia carico di una, su basi oggettive, azione di contrasto tesa alla rapida eliminazione dalle reti dei contenuti contro la legge.

In tale contesto, il legislatore, con una serie di interventi normativi successivi, ha identificato l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, come il soggetto più adatto, per competenza tecnica e *mission* istituzionale, a favorire l'azione di sintesi tra gli interessi degli autori, da un lato, e quelli dei consumatori/utenti dall'altro, alla corretta fruizione dei contenuti sulle reti di comunicazione

elettronica, affidando ad essa ampi poteri in termini di prevenzione, anche generale, e accertamento delle violazioni della disciplina che tutela la proprietà intellettuale.

2. Il quadro normativo vigente ed il ruolo dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni

Le prime tracce normative concernenti la competenza dell'Autorità in materia di diritto d'autore risalgono all'originaria autorità di garanzia del settore audiovisivo (il Garante per la radiodiffusione e l'editoria), cui era affidato anche il compito della vigilanza sull'osservanza, da parte della concessionaria pubblica e dei concessionari privati per la radiodiffusione, *«delle leggi e delle convenzioni internazionali in materia di telecomunicazioni e di utilizzazione delle opere dell'ingegno»* (articolo 15, comma 8, legge n. 223/90, solo da poco abrogato, con l'art. 54 del D. lgs. N. 177/2005, cd. Testo unico della radiotelevisione).

A partire da quel primitivo elemento normativo si è registrato, a misura che si aggravava la problematica in esame, un crescendo di attribuzioni di competenze specifiche a questa Autorità, dalla legge 18 agosto 2000, n. 248, che ha operato la prima formale investitura di questa Amministrazione, fino al più recente D.Lgs n. 44/2010, meglio noto come “decreto Romani”.

D'altra parte, la stessa Autorità, stante la delicatezza e il rilievo delle situazioni giuridiche potenzialmente coinvolte, ha comunque deciso di segnalare al Governo e al Parlamento l'opportunità di una revisione complessiva delle norme sul diritto d'autore che risultano inadeguate allo sviluppo tecnologico e giuridico del settore.

2.1 L'art. 182 bis della legge 22 aprile 1941 n. 633

L'art. 11 della legge 18 agosto 2000, n. 248, ha introdotto l'art. 182 *bis* nella legge 22 aprile 1941 n. 633 (meglio nota come “legge sul diritto d'autore”). L'articolo attribuisce all'Autorità, *“al fine di prevenire ed accertare”* violazioni delle prescrizioni in materia di diritto d'autore, la vigilanza sulle seguenti attività (comma 1):

“a) riproduzione e duplicazione con qualsiasi procedimento, su supporto audiovisivo, fonografico e qualsiasi altro supporto nonché su impianti di utilizzazione in pubblico, via etere e via cavo, nonché sull'attività di diffusione radiotelevisiva con qualsiasi mezzo effettuata;

b) sulla proiezione in sale cinematografiche di opere e registrazioni tutelate dalla normativa sul diritto d'autore e sui diritti connessi al suo esercizio;

c) sulla distribuzione, la vendita, il noleggio, l'emissione e l'utilizzazione in qualsiasi forma dei supporti di cui alla lettera a);

d) sui centri di riproduzione pubblici o privati, i quali utilizzano nel proprio ambito o mettono a disposizione di terzi, anche gratuitamente, apparecchi per fotocopia, xerocopia o analogo sistema di riproduzione.

d-bis) sull'attività di fabbricazione, importazione e distribuzione degli apparecchi e dei supporti di cui all'art. 71-septies;

d-ter) sulle case d'asta, le gallerie e in genere qualsiasi soggetto che eserciti professionalmente il commercio di opere d'arte o di manoscritti”¹.

L'Autorità è chiamata, dal comma 1 dell'articolo in parola, allo svolgimento di tale azione di vigilanza in coordinamento con la Società Italiana degli autori e degli editori (SIAE): ma ciascuna di esse è tenuta ad agire “*nell'ambito delle rispettive competenze previste dalla legge*”². A proposito di quest'ultimo inciso (“*nell'ambito delle rispettive competenze*”), l'Autorità è dell'avviso che non autorizzi significativi scostamenti dalle tradizionali aree d'intervento proprie di ciascun ente. Esso fa propendere, piuttosto, per l'attribuzione all'Autorità di funzioni di tutela del diritto d'autore (unicamente) nelle materie che già rientrano nelle competenze istituzionali sue proprie, con l'esclusione, quindi, di quegli ambiti che non rientrano nel suo tradizionale raggio d'azione (tipo: contraffazione di cd e dvd, ispezioni in sale cinematografiche o in centri di fotocopia).

¹ Ai sensi del comma 3 del medesimo articolo, inoltre, l'Autorità ha facoltà di attribuire funzioni ispettive in materia ai propri funzionari; questi ultimi, pertanto, sono in tal caso legittimati ad accedere ai locali ove vengono esercitate le attività oggetto di vigilanza, nonché a richiedere l'esibizione dei documenti e degli strumenti utilizzati per lo svolgimento delle predette attività.

² In ottemperanza alla prescrizione normativa da ultimo indicata, Autorità e SIAE hanno sottoscritto un primo accordo per il coordinamento delle loro attività in materia il 6 luglio 2001, successivamente integrato in data 10 maggio 2007 da una nuova convenzione. Con tale ultimo accordo i due enti si sono impegnati a pianificare congiuntamente e a coordinare attività ispettive ad hoc, cooperando altresì al costante ed efficace interscambio di dati e di informazioni utili ai fini dell'attività di prevenzione e repressione degli illeciti amministrativi e penali in tema di diritto di autore, anche avvalendosi del personale dei nuclei speciali delle Forze di Polizia e della Guardia di Finanza. L'accordo prevede altresì lo svolgimento di una attività congiunta di studio e di ricerca nelle materie di comune interesse, con particolare riferimento ai servizi e contenuti audiovisivi (fonogrammi e videogrammi) nelle varie forme di fruizione, anche alla luce dell'evoluzione tecnologica del settore (art.4), nonché l'istituzione di un Comitato permanente, composto in forma paritetica da rappresentanti dell'Agcom e della SIAE, competente alla risoluzione dei problemi che dovessero eventualmente sorgere relativamente ai profili applicativi dell'accordo stesso, e alla verifica dell'attività svolta in conseguenza dell'accordo (art. 5).

Seguendo tale criterio ermeneutico, l'Autorità ritiene quindi che rientrino nella sua attività di vigilanza ai sensi dell'art. 182 bis le violazioni del diritto d'autore perpetrate attraverso l'attività di diffusione radiotelevisiva, nonché attraverso le reti degli operatori di telecomunicazione, e che ad essa perciò competano le azioni di tutela del diritto d'autore sui contenuti immessi nelle reti di comunicazione elettronica (tv, reti di tlc e internet).

2.2. Il decreto legislativo n. 70/2003 e la legge 22 maggio n. 128/2004

Sul piano operativo, un'importante novità è poi intervenuta con il decreto legislativo n. 70/2003, che ha recepito nell'ordinamento italiano la Direttiva n. 31/2000/CE sul commercio elettronico.

In tale fonte sono tracciati contenuti e limiti della responsabilità degli ISP (*Internet service provider*), a seconda che svolgano attività di *mere conduit*, di *caching* e *hosting* di contenuti digitali.

Per quel che qui rileva, gli artt. 14 comma 3, 15 comma 2 e 16 comma 3 prevedono la possibilità per l'autorità "*amministrativa avente funzioni di vigilanza*", al pari di quella giudiziaria, di esigere che il prestatore di servizi "*impedisca o ponga fine alle violazioni commesse*". Inoltre, l'art. 17, comma 1, del D.Lgs n. 70/03, se da un lato esclude la sussistenza in capo agli ISP di un generalizzato obbligo di vigilanza sulle informazioni trasmesse o memorizzate sulla propria rete, dall'altro, però, precisa che "*tale disposizione non riguarda gli obblighi di sorveglianza in casi specifici e, in particolare, lascia impregiudicate le ordinanze emesse dalle autorità nazionali secondo le rispettive legislazioni*" (cfr. considerando n. 47 della Direttiva CE 2000/31, meglio nota come "direttiva sul commercio elettronico").

L'Autorità, in quanto autorità amministrativa "*dotata di poteri di vigilanza*", ritiene pertanto di essere legittimata, impregiudicato l'intervento dell'autorità giudiziaria, ad intervenire, in un tempo ragionevole, nei riguardi dei gestori dei siti internet sui quali dovessero essere ospitati contenuti digitali coperti da *copyright*, senza l'autorizzazione del titolare.

2.3 Il decreto legislativo 15 marzo 2010 n. 44 (cd. decreto Romani)

Il ruolo rilevante dell'Autorità nella protezione del diritto d'autore è stato recentemente riconfigurato dall'art. 6 del decreto legislativo 15 marzo 2010, n. 44 (cd. "decreto Romani"),

che ha inserito nel Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici - già Testo unico della radiotelevisione- l'art. 32 *bis*, rubricato appunto "*Protezione dei diritti d'autore*", sia pure con riguardo allo specifico settore radiotelevisivo (*rectius* dei "media audiovisivi").

In particolare, tale nuovo articolo, al comma 2 lettera b), dopo aver fatto divieto ai fornitori di servizi di media audiovisivi di "*trasmettere, ritrasmettere o mettere comunque a disposizione degli utenti, su qualsiasi piattaforma e qualunque sia la tipologia di servizio offerto, programmi oggetto di diritti di proprietà intellettuale di terzi, o parti di tali programmi, senza il consenso di titolari dei diritti*", al comma 3 attribuisce proprio all'Autorità il compito di emanare "*le disposizioni regolamentari necessarie per rendere effettiva l'osservanza dei limiti e divieti di cui al presente articolo*".

L'Autorità ritiene che la disposizione testé citata intervenga ad integrare la propria competenza "generale" in materia già tracciata dall'art. 182 *bis* della legge 633/41 (sia pure nei limiti delle attribuzioni che le sono proprie).

La competenza dell'Autorità in materia di *copyright* non sembra soffrire sensibili limitazioni dall'esclusione operata dall'art. 2, comma 1, lettera a) per i "*i siti internet privati e i servizi consistenti nella fornitura o distribuzione di contenuti audiovisivi generati da privati ai fini di condivisione o di scambio nell'ambito di comunità d'interesse*". La *ratio* di tale esclusione sembra decisamente infatti quella di salvaguardare una delle principali caratteristiche della rete internet, vale a dire quella di fungere da straordinario veicolo di scambio dei file "*generati da privati*". L'Autorità, del resto, è ben consapevole che un'attività di scambio sulla rete *internet* che abbia ad oggetto file realizzati da soggetti privati costituisce la manifestazione di valori costituzionalmente tutelati come la libertà di espressione e la libera manifestazione del pensiero e in quanto tale va tutelata ed incoraggiata.

Per converso, però, per i siti gestiti da privati, ma intesi a favorire l'accesso non autorizzato di materiale protetto da *copyright*, soccorre la generale competenza dell'Autorità in fatto di prevenzione ed accertamento delle violazioni posta dall'art. 182 *bis* della legge n. 633/41, e ciò anche a prescindere dal possesso del titolo autorizzatorio per la fornitura di servizi di media audiovisivi.

3. Proposte d'intervento

3.1. Premessa: La catena del valore

Come è emerso dall'Indagine conoscitiva sul diritto d'autore promossa dall'Autorità³, la definizione di misure preventive e di accertamento deve rispettare severi vincoli tecnici e giuridici che vedono, da una parte, il richiamo alle direttive comunitarie e, dall'altra, l'obbligo per l'Autorità di rispettare, oltre che il diritto a ricevere un'equa remunerazione da parte degli autori la normativa a tutela della *privacy*, il diritto di accesso ad Internet e alla cultura degli utenti, il principio di una rete neutrale ed il diritto alla libertà di espressione.

Ora, come si vedrà meglio più avanti, sia i gestori di siti Internet, sia gli *Internet Service Providers* (ISP) rivestono un ruolo nella definizione delle possibili misure che l'Autorità può adottare.

Nell'ottica di adottare misure adeguate, proporzionate ed efficaci sul mercato è quindi necessario verificare in primo luogo le possibilità di intervenire su tali soggetti .

L'adozione di eventuali obblighi in capo ai gestori dei siti e agli ISP deve comunque rispettare il principio di proporzionalità, che comporta una previa verifica dell'adeguatezza e necessità delle misure proposte rispetto alle finalità perseguite, salvaguardando la libertà di informazione e di espressione.

3.2 Promozione di un'offerta legale sul mercato

Come indicato in premessa, la disciplina del diritto d'autore dovrebbe, da un lato, tutelare la libertà di espressione e l'equa remunerazione dell'autore e, dall'altro, garantire il diritto alla *privacy* e l'accesso alla cultura e ad Internet dei cittadini. Questo ultimo aspetto integra, oltretutto, un principio fondamentale dell'ordinamento comunitario delle comunicazioni elettroniche.

In questo senso, qualunque politica o intervento di contrasto della pirateria non può prescindere dalla contestuale identificazione di misure finalizzate a favorire la diffusione dell'offerta legale di contenuti accessibili ai cittadini.

³ Indagine conoscitiva "Il diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica", pubblicata sul sito web dell'Autorità il 12 febbraio 2010 e disponibile all'indirizzo <http://www.agcom.it/default.aspx?message=viewdocument&DocID=3790>.

L'azione di tutela del diritto d'autore deve quindi essere accompagnata anche da misure di sostegno allo sviluppo dei contenuti digitali e di nuovi modelli di *business*, a tutela degli utenti.

In questa direzione si sta già orientando anche il Comitato anti-pirateria della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

L'Autorità è convinta che, in via di principio, le iniziative tese a favorire la promozione di un'ampia offerta legale di contenuti audiovisivi protetti da *copyright* che sfruttino i medesimi canali distributivi utilizzati dalla pirateria debbano essere lasciate al mercato e alla libera iniziativa economica dei soggetti interessati. Tuttavia, ove i *player* dovessero ritenerlo utile, l'Autorità si propone per svolgere, in armonia con le altre Amministrazioni interessate, un ruolo di mediazione tra le parti coinvolte al fine di favorire il superamento degli ostacoli (normativi e commerciali) che attualmente rallentano lo sviluppo di un'offerta legale di contenuti.

In questo senso va la proposta, più diffusamente illustrata nel paragrafo 3.8 del documento, di istituire presso l'Autorità un apposito Tavolo tecnico tra tutti i soggetti interessati con il compito di approfondire le problematiche applicative per un'efficace azione nel campo del diritto d'autore.

Al tempo stesso, l'Autorità si dichiara disponibile ad offrire uno spazio del proprio sito istituzionale in cui potrebbero essere elencati, su indicazione degli operatori, e di volta in volta aggiornati, i siti internet attraverso i quali è possibile fruire legalmente di contenuti protetti. I *player* del mercato, dal canto loro, potrebbero altresì valutare l'opportunità di realizzare un motore di ricerca che dia in risposta alle *query* degli utenti solo contenuti autorizzati.

3.3.1. Rimozione delle barriere per lo sviluppo di un'offerta legale: l'accesso ai contenuti *premium* e le finestre di programmazione

3.3.2 L'accesso ai contenuti *premium* e l'interoperabilità delle piattaforme

Nel corso delle audizioni tenutesi nell'ambito dell'Indagine conoscitiva sul diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica sono emersi alcuni ostacoli strutturali allo sviluppo di una offerta legale di contenuti digitali.

Dal confronto con gli operatori è emerso che le barriere derivano sostanzialmente da due fattori: la modalità di vendita ed acquisto dei diritti dei contenuti *premium*; le condizioni a cui tali

contenuti vengono resi disponibili al pubblico nel tempo (le c.d. “finestre” di programmazione o distribuzione dei contenuti e le licenze di sfruttamento esclusivo).

Questi due fattori, a detta di alcuni importanti soggetti auditi, hanno ad oggi impedito, in particolare, lo sviluppo di mercati quali il VOD (*video on demand*) e la IPTV.

Per quanto riguarda l’accesso ai contenuti *premium*, la criticità discende dalla cessione in esclusiva dei diritti di distribuzione dei contenuti stessi, pratica che permette ad uno stesso soggetto di detenere i diritti di sfruttamento del contenuto, in esclusiva, su tutta la filiera (VOD, *pay-per-view*, *pay-tv*, *free-to-air*), con la conseguente possibilità: di fornire i contenuti in VOD esclusivamente ai propri abbonati; oppure di decidere di non sfruttare tutti i contenuti *premium* acquistati, evitando però nel contempo che essi siano offerti da altri fornitori, sulle medesime o su altre piattaforme. In altri casi i film o altri prodotti pregiati (ad esempio le serie TV) vengono resi del tutto indisponibili sulle piattaforme *online* per via di accordi di distribuzione esclusivi a favore dei canali tradizionali (ad esempio, le TV a pagamento).

Un ulteriore elemento che frena lo sviluppo del mercato dei contenuti digitali è rappresentato dalle sempre più frequenti politiche – attivate dagli operatori e fornitori di tecnologia – di creare dei *walled garden* che puntano a determinare situazioni di monopolio relativamente al possesso e alla messa a disposizione del pubblico di determinati contenuti. Sarebbe quindi opportuno che l’industria si adoperasse per garantire l’interoperabilità tra le piattaforme trasmissive per permettere la fruizione integrale delle *library* attraverso qualsiasi tecnologia.

A fronte di tali pratiche è invece necessario sviluppare un mercato effettivamente aperto dell’accesso ai contenuti (inclusi quelli *premium*), per permettere agli operatori di competere sul mercato delle offerte agli utenti finali, per promuovere lo sviluppo di nuovi mercati e, dunque, garantire agli utenti la possibilità di scegliere tra offerte competitive di contenuti, anche audiovisivi, su tutte le piattaforme.

D1. Si condivide l’analisi dell’Autorità sulle criticità strutturali che impediscono lo sviluppo di una offerta legale di contenuti digitali?

D2. In caso affermativo, quale si ritiene possano essere le misure più efficaci per favorire l’apertura del mercato dell’accesso ai contenuti *premium* e garantire l’interoperabilità delle diverse piattaforme trasmissive?

D3. Si ritiene utile un intervento di mediazione dell’Autorità inteso a favorire il superamento degli ostacoli di natura contrattuale che attualmente rallentano lo sviluppo di un’offerta legale di contenuti su tutte le piattaforme disponibili?

3.3.3 Le finestre di distribuzione

La seconda importante criticità, più strettamente legata ai contenuti audiovisivo, è data dalle cd. “finestre di distribuzione” tra cinema, *home video* e, più in generale, le diverse piattaforme esistenti, finestre che, così come oggi dimensionate, oggettivamente stimolano lo sviluppo della pirateria: il ritardato rilascio su Internet di un’opera dell’ingegno fa sì, infatti, che il contenuto si renda legalmente disponibile soltanto vari mesi dopo l’uscita su altri canali distributivi, e quindi dopo che sia stata già resa disponibile la copia “pirata” che incentiva la pirateria. In generale, quanto più è ampio il lasso temporale che intercorre tra l’uscita nelle sale di un’opera cinematografica e la sua immissione nei vari canali di distribuzione alternativi, tanto maggiore è la probabilità che la copia “pirata”, già disponibile, abbia una qualità audio/video pari a quella del prodotto originale. L’intempestività dell’offerta attraverso i nuovi canali di distribuzione digitale legali (*video on demand* e IPTV) fa sì che l’appetibilità del prodotto e, conseguentemente, la propensione all’acquisto dell’opera, diminuiscano sensibilmente.

L’avvento delle nuove tecnologie, per contro, ha annullato il *gap* tra l’offerta del prodotto e le diverse modalità di fruizione dello stesso; sembra quindi opportuno ripensare il sistema delle finestre di distribuzione in maniera coerente con lo sviluppo del mercato digitale, adottando una disciplina delle finestre di fruizione dei contenuti sulle diverse piattaforme che garantisca flessibilità al mercato, fungendo anche da deterrente allo sviluppo della pirateria.

Tuttavia, il ciclo di vita dei diritti cinematografici, regolato appunto sulle “finestre di distribuzione”, in passato rigidamente definite dalla normativa di settore, è attualmente affidato alla libera contrattazione tra le parti.

L’Autorità può dunque solo offrire la propria disponibilità a svolgere un ruolo di mediazione affinché i soggetti interessati rivedano le *windows* in maniera tale da ridurre significativamente lo scarto temporale di uscita delle opere cinematografiche attualmente esistente tra i canali di distribuzione tradizionali (sale cinematografiche e *home video*) e quelli sorti più di recente con la tecnologia digitale (servizi *on demand*), così da rendere i secondi realmente competitivi rispetto ai canali non autorizzati⁴.

⁴ In Francia, in base ad un legge entrata in vigore nel luglio del 2009, la finestra dell’home video è stata ridotta da 6 a 4 mesi e quella del video on demand da 8 a 4 mesi, uniformando così i due canali distributivi.

I titolari dei diritti sono solitamente restii ad una rimodulazione delle finestre di distribuzione, in quanto possono temere che la progressiva erosione dei sicuri ricavi provenienti dai canali tradizionali (*home video*) non venga compensata da sufficienti introiti scaturenti dalle nuove modalità distributive. Tale rischio potrebbe però essere contenuto differenziando l'offerta in base alla qualità del prodotto. Si potrebbe, ad esempio, rendere prontamente disponibile su internet l'opera cinematografica in qualità *standard* (SD, ma comunque superiore al prodotto "pirata"), riservando le versioni in alta definizione (HD) e quella in tecnologia *blu-ray* (appetite da una fetta di mercato diversa, costituita principalmente da appassionati dotati di una maggiore disponibilità alla spesa) al mercato dell'*home video*. Agendo in tal modo, i canali di distribuzione (vecchi e nuovi) potrebbero adeguatamente integrarsi, assumendo una valenza alternativa e non sostitutiva.

D1. Si condivide l'auspicio dell'Autorità di un ripensamento complessivo delle "finestre di distribuzione" e delle licenze di sfruttamento dei diritti in esclusiva?

D2. In caso affermativo, si ritiene utile un intervento dell'Autorità in fase di mediazione inteso a favorire una riduzione dello scarto temporale tra i canali di distribuzione tradizionali e quelli più innovativi?

3.4. Attività informativa e di "educazione alla legalità"

Come si è già esposto, l'Autorità è persuasa del fatto che il modo migliore per contrastare in radice la pirateria digitale sia quello di sviluppare una ricca offerta legale di contenuti digitali, e questo proprio sfruttando le potenzialità del medesimo canale di distribuzione dei file "pirata", vale a dire la rete internet. La definizione di un'offerta *on line* basata su un catalogo ampio, continuamente aggiornato e a prezzi accessibili di contenuti audiovisivi, rappresenta ad avviso di questa Autorità il mezzo principale per disinnescare le insidie al diritto d'autore che provengono dall'evoluzione delle tecniche di comunicazione elettronica.

L'assenza di un'offerta legale sul mercato favorisce, infatti, la domanda di contenuti audiovisivi che viene soddisfatta dal mercato "pirata".

L'Autorità ritiene inoltre che promuovere l'educazione alla legalità possa contribuire a favorire la diffusione di un utilizzo corretto della rete internet. Recenti studi suggeriscono, infatti,

che la maggior parte degli utenti che utilizzano la rete per accedere a contenuti coperti da *copyright* senza il consenso dell'autore non sarebbero in realtà consapevoli di commettere un illecito.

Si ritiene pertanto utile la pianificazione di una campagna di informazione e di educazione alla legalità intesa a rendere gli utenti, ed in particolare i più giovani, più consapevoli della normativa a tutela del diritto d'autore e dei rischi generati dalla pirateria.

Tale campagna di sensibilizzazione potrebbe, ad esempio, articolarsi in:

1. una sezione dedicata sul sito *web* dell'Autorità, con la chiara indicazione della normativa di riferimento, delle iniziative di prevenzione e di accertamento delle violazioni in materia di diritto d'autore realizzate nel Paese e in tutta l'area comunitaria, e infine dei rischi generati dalla pirateria;

2. una promozione delle forme sperimentali di consumo legale per la creazione di un mercato nazionale forte ed evoluto della produzione, distribuzione e consumo di contenuti digitali;

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

L'Autorità ritiene altresì utile allo scopo precisato l'indicazione, a cura del fornitore di servizi di connettività alla rete internet (gli ISP), nei contratti relativi ai servizi di accesso ad Internet, nelle condizioni generali del servizio di *hosting* e *caching* di contenuti su internet che l'utente sottoscrive al momento del primo utilizzo del servizio. Nei contratti relativi ai servizi qui da ultimo indicati, gli utenti andrebbero altresì resi edotti delle conseguenze tecniche cui potrebbero andare incontro in caso di un utilizzo non corretto del servizio (appunto la disabilitazione dell'accesso al sito *web* su disposizione dell'Autorità). Inoltre dovrebbero essere indicate le modalità di pagamento per fruire di contenuti legali, incluso il ricorso alle forme di *m-payment*.

D1. Si concorda con le ipotesi in cui si articolerebbe la campagna di informazione e di educazione alla legalità?

D2. Si concorda con l'ipotesi dell'Autorità di inserire nei contratti di *hosting* e *caching* un contenuto minimo informativo inerente alla normativa in tema di protezione del diritto d'autore e le conseguenze connesse alla sua violazione, nonché alle modalità di pagamento per fruire dei contenuti legali anche mediante forme di *m-payment*?

D2. Si concorda con l'ipotesi dell'Autorità di procedere all'invio di una mail informativa automatica all'utente al momento del primo accesso ad internet?

3.5. Provvedimenti a tutela del diritto d'autore

3.5.1. Premessa

L'analisi del quadro normativo ha chiarito come l'Autorità sia deputata alla protezione del diritto d'autore dalle violazioni realizzate sulle reti di comunicazione elettronica (televisione, telecomunicazioni e rete internet). I più recenti interventi legislativi hanno investito l'Autorità non più soltanto di funzioni di vigilanza ma anche regolamentari.

In base al citato quadro normativo, si ritiene che l'Autorità possa esercitare – nel perimetro del diritto d'autore - i poteri ad essa assegnati nei confronti dei fornitori di servizi di media audiovisivi, dei gestori dei siti *web*, degli operatori di rete, dei fornitori di connettività (gli ISP), dei fornitori di servizi di *caching/hosting*, e più in generale nei confronti di tutti gli operatori di comunicazione elettronica.

Affinché la funzione di garanzia dell'Autorità sia realmente efficace è necessario che essa si snodi attraverso una procedura estremamente semplice nei modi e celere e certa nei tempi. Solo in tal modo si riuscirebbe a garantire ai titolari dei diritti una forma di protezione alternativa (e non sostitutiva) rispetto a quella già offerta dall'Autorità giudiziaria. Ferma restando, infatti, l'azione di repressione, anche sul piano penale, dello sfruttamento a scopo di lucro di opere dell'ingegno, di appannaggio esclusivo della magistratura inquirente, il legislatore ha voluto introdurre meccanismi alternativi di prevenzione e reazione agli illeciti, che però devono essere basati su strumenti ragionevoli e proporzionati, contro chi consente di usufruire (anche solo per finalità meramente private), senza averne diritto, di opere creative.

Un'adeguata protezione dei diritti di proprietà intellettuale è decisiva per la salvaguardia e lo sviluppo della creatività: e ciò non solo nell'interesse (privatistico) degli autori, ma anche in quello (pubblicistico) dei consumatori/utenti.

A tale riguardo, tenuto conto che il decreto legislativo n. 44/2010 ha introdotto tra i principi fondamentali del sistema dei servizi di media audiovisivi e della radiofonia la tutela del diritto d'autore e di proprietà intellettuale, nel bilanciamento tra quest'ultima e il valore costituzionalmente tutelato della libertà di espressione, appare proporzionato all'interesse che si vuole garantire individuare una procedura che, guardando anche alle *best practices* esistenti a livello

internazionale, coniughi al tempo stesso la semplicità, l'efficacia e celerità con la garanzia di un equo procedimento .

In merito alla protezione del diritto d'autore per i contenuti caricati sul web, negli USA è stato adottato un meccanismo denominato *Notice and take down*, disciplinato dal Digital Millennium Copyright Act, che prevede che il soggetto titolare del copyright possa segnalare al gestore del sito la pubblicazione di un contenuto in violazione dei propri diritti chiedendone la rimozione. In quel momento il gestore del sito diviene consapevole dell'esistenza di una violazione del diritto d'autore e, previo contatto con il soggetto che ha caricato il contenuto in questione, se la richiesta è fondata lo rimuove automaticamente dal sito. Il soggetto che ha caricato il contenuto può a sua volta presentare una contronotifica qualora ritenga di non aver violato alcun diritto sul *copyright*. In caso di eventuale controversia la questione è rimessa al giudice .

Un meccanismo di analogo tenore è oggi previsto, su base volontaria, dai principali siti Internet che diffondono contenuti caricati dagli utenti , i quali nell'ambito della loro *policy* sul *copyright* e nell'ambito delle condizioni di utilizzo del servizio, già prevedono una procedura di rimozione *ex post* del contenuto, laddove pervenga una segnalazione di violazione del copyright adeguatamente supportata.

Si ritiene che il meccanismo oggi previsto solo su base di autoregolamentazione, possa essere utilmente integrato da un'azione di vigilanza e garanzia svolta dall'Autorità configurando un procedimento che poggia sul principio del *Notice and take down* di derivazione statunitense.

3.5.2 Il procedimento di tutela del diritto di autore e del copyright

Si ritiene possa adeguatamente rispondere a siffatte esigenze di semplicità, celerità e proporzionalità una procedura articolata nelle seguenti fasi:

1. segnalazione del titolare del diritto al gestore del sito o al fornitore del servizio di media audiovisivo
2. in caso di mancata rimozione del materiale, segnalazione all'Autorità
3. verifica dell'Autorità in contraddittorio con le parti
4. adozione da parte dell' Autorità del provvedimento di ordine alla rimozione

5. monitoraggio successivo del rispetto dell'ordine e applicazione di sanzioni in caso di reiterata inottemperanza
1. **segnalazione del titolare del diritto al gestore del sito o al fornitore del servizio di media audiovisivo** - I titolari dei diritti e tutti gli altri soggetti autorizzati a disporne (in particolare, i titolari di licenze di sfruttamento, in proprio o attraverso le loro associazioni per la tutela di interessi collettivi), possono inviare un avviso di violazione del copyright al gestore del sito o al fornitore del servizio di media audiovisivo, il quale ha l'obbligo di individuare , ai fini della corretta applicazione della procedura di *notice and take down*, un punto di contatto per la ricezione di tali richieste. La segnalazione deve essere redatta secondo un modello predisposto conformemente alle linee-guida dell'Autorità e disponibile sul sito del gestore del sito o del fornitore di servizio di media audiovisivo. Il gestore del sito, se la richiesta appare fondata, deve rimuovere il contenuto entro il termine di 48 ore dalla ricezione della richiesta, eventualmente contattando il soggetto che ha caricato il video, il quale può a sua volta effettuare una contronotifica.
2. **Segnalazione all'Autorità** - Decorse le 48 ore dalla richiesta inoltrata senza che il contenuto sia stato rimosso, il titolare del diritto può rivolgersi all'Autorità, anche per via telematica, secondo il modello che sarà reso disponibile sul sito dell'Autorità, sottoponendole la richiesta di rimozione.
3. **Verifica dell'Autorità in contraddittorio** - L'Autorità, ricevuta la richiesta circostanziata di cui sopra, effettua una breve verifica in contraddittorio con le parti (titolare del diritto, gestore del sito, soggetto che ha effettuato la contro notifica) da concludere entro cinque giorni, comunicando l'avvio del procedimento al gestore del sito (o, nel caso non fosse possibile individuarlo, al fornitore del relativo servizio di *hosting*), all'operatore di telecomunicazione o a quello televisivo, alla cui sfera risulti oggettivamente ascrivibile la violazione della normativa rilevante. La comunicazione d'avvio conterrà una sommaria descrizione dei fatti contestati, nonché l'indicazione della disposizione normativa o regolamentare che si presume violata. Nel corso del lasso temporale previsto

per il contraddittorio, il gestore del sito (o, in subordine, il fornitore del servizio di hosting), l'operatore di telecomunicazione o quello televisivo individuati come versanti in apparente violazione delle norme in tema di diritto d'autore, potrebbero in teoria anche porre subito fine alla condotta violativa segnalata (ad es., provvedendo alla rimozione dei file "incriminati" dal proprio server o dei link a siti esterni dal proprio sito; cessando l'attività di ritrasmissione non autorizzata del segnale televisivo, etc.). In tale ipotesi, l'Autorità, verificata l'avvenuta *compliance* dell'operatore, potrebbe disporre l'archiviazione del procedimento.

4. **Adozione del provvedimento di ordine alla rimozione** - Se l'Autorità, all'esito delle verifiche in contraddittorio, ritiene violata la normativa in tema di diritto d'autore, ordina senza ritardo al gestore del sito o al fornitore del servizio di media audiovisivo, anche per via telematica, l'immediata rimozione del materiale trasmesso in violazione.

5. **Monitoraggio successivo del rispetto dell'ordine e applicazione di sanzioni in caso di reiterata inottemperanza** - L'Autorità monitora il rispetto dell'ordine impartito e, in caso di inottemperanza reitera l'ordine avvertendo che il suo mancato rispetto comporterà l'applicazione delle sanzioni previste dalla legge (articolo 1, comma 31 della legge 249/97).

L'Autorità ritiene che la misura della rimozione selettiva, così come sopra delineata, possa rivelarsi particolarmente appropriata nei casi in cui non tutti i contenuti di un sito abbiano natura illecita e siano ospitati su siti internet fisicamente collocati sul territorio italiano. Tramite la rimozione volontaria ovvero ordinata dall'Autorità, infatti, sarà possibile colpire unicamente i contenuti non autorizzati, consentendo comunque al sito internet di proseguire la propria attività per la parte rispettosa della normativa rilevante.

Nei casi in cui il solo fine del sito sia la diffusione di contenuti illeciti sotto il profilo del rispetto del diritto d'autore, o i cui server siano localizzati al di fuori dei confini nazionali, l'Autorità previa segnalazione delle parti interessate – anche in rappresentanza di interessi collettivi

o di altri organismi di vigilanza quali la SIAE o la Guardia di Finanza - potrebbe avviare un procedimento in contraddittorio, affinché tutti i contenuti illeciti siano cancellati. A tal fine si ipotizzano, in via alternativa, due possibili modelli sui quali si intende raccogliere il parere dei soggetti interessati:

- predisposizione di una lista di siti illegali da mettere a disposizione degli internet service provider;
- possibilità, in casi estremi e previo contraddittorio, dell'inibizione del nome del sito web, ovvero dell'indirizzo IP, analogamente a quanto già avviene per i casi di offerta, attraverso la rete telematica, di giochi, lotterie, scommesse o concorsi in assenza di autorizzazione, ovvero per i casi di pedopornografia.

3.5.4. Valutazione conclusive

L'Autorità ritiene che la procedura qui delineata nei suoi tratti essenziali abbia un'indubbia utilità pratica, quale contributo efficace all'azione di contrasto alla pirateria sonora e audiovisiva sulle reti di comunicazione elettronica, riducendo tale fenomeno ad una dimensione "fisiologica".

L'Autorità ritiene che dopo un iniziale periodo di rodaggio la procedura qui tracciata possa operare in maniera pressoché automatica (sulla base dello schema: segnalazione-verifica-eventuale provvedimento inibitorio), essendo fondata su un accertamento della violazione della normativa a protezione del diritto d'autore di tipo puramente oggettivo, che prescinde dalla valutazione di ipotetici elementi soggettivi associati al dolo o alla colpa. Come detto, è sufficiente infatti la verifica della presenza – non autorizzata- su un sito di contenuti protetti da *copyright* a legittimare l'attivazione delle iniziative di garanzia da parte dell'Autorità nell'ambito della finalità di prevenzione attribuita alla sua azione, in via generale, dal già citato art. 182 *bis* della legge 22 aprile 1941 n. 633.

L'Autorità potrà effettuare una prima valutazione del meccanismo qui descritto trascorsi sei mesi dalla sua prima applicazione, riservandosi di modificarlo in base alle problematiche che dovessero eventualmente insorgere in sede attuativa.

D1. Si concorda con la procedura delineata dall’Autorità sulla rimozione selettiva anche per quanto riguarda la tempistica prevista? In caso contrario, si prega di indicare le ragioni del dissenso. Nel caso s’intenda proporre una procedura alternativa, si prega di evidenziarne anche i vantaggi che la renderebbero preferibile a quella qui descritta.

D2. Tra le ipotesi alternative previste per il caso della rimozione totale, quale delle due si ritiene preferibile? Nel caso s’intenda proporre ulteriori procedure alternative, si prega di evidenziarne anche i vantaggi che le renderebbero preferibili a quelle qui descritte.

D3. Si ritiene vi siano altre misure più efficaci nel contrastare il fenomeno della pirateria? In caso affermativo, si prega di indicarle evidenziandone i relativi vantaggi.

3.6 Le licenze collettive estese

L’attività conoscitiva condotta nell’ambito dell’Indagine sul diritto d’autore, nonché le audizioni con gli operatori e i soggetti interessati, hanno mostrato che l’approccio fondato esclusivamente su un regime di controllo e repressione rappresenta uno strumento poco efficace nel contrasto al fenomeno della pirateria. Peraltro, esso risulta insufficiente a garantire un’adeguata tutela di altri valori e interessi fondamentali affidati alla cura dell’Autorità, quali il diritto di accesso alla cultura e all’informazione. Da più parti si rileva che lo sviluppo di nuove modalità di offerta e fruizione dei contenuti digitali protette, in particolare attraverso pratiche di *file sharing* e i servizi di *streaming*, pone un problema di adattamento degli istituti tradizionalmente utilizzati per la tutela del diritto d’autore su Internet. Ciò nell’ottica di una più efficace tutela sia dei diritti degli utenti che di una sana competizione nel settore dei servizi di media audiovisivi. Sono infatti note le problematiche concorrenziali legate all’offerta su Internet di contenuti protetti, la cui risoluzione non può prescindere da forme di collaborazione con gli attori della filiera tradizione dell’industria musicale e cinematografica, che è quella maggiormente esposta ai danni arrecati dal fenomeno della pirateria digitale.

Per far fronte a questa situazione, le attuali tendenze del mercato mostrano che, soprattutto per la fruizione dei contenuti digitali in *streaming*, sono già diffuse le pratiche di accordi commerciali tra fornitori di servizi online, enti di gestione collettiva dei diritti e di produzione dei

contenuti audiovisivi, volte ad assicurare un equo compenso e la tutela degli autori su Internet⁵. Seppur in ritardo, anche in Italia cominciano a diffondersi intese tra i titolari dei diritti e i content providers. Di recente, Youtube ha per esempio sottoscritto un accordo con la SIAE che prevede una remunerazione degli autori fondata sull'intensità dell'utilizzo dei contenuti, senza oneri aggiuntivi per gli utenti.

Tenendo conto delle tendenze in atto nel mercato e sull'esempio di analoghe esperienze straniere, l'Autorità intende assumere un ruolo propulsivo nell'incentivare la sottoscrizione di accordi tra gli enti rappresentativi dei titolari dei diritti, dei *providers* e degli utenti, affinché siano trovate soluzioni opportune per salvaguardare i diversi interessi in gioco e, in particolare, il diritto a un'equa remunerazione degli autori a fronte di un ampliamento della libertà di accesso ai contenuti in rete per gli utenti. In questo senso, possibili soluzioni innovative adottate nell'ambito di accordi volontari potrebbero riguardare, ad esempio, l'introduzione di schemi contrattuali di accesso ad Internet differenziati per gli utenti che intendano acquistare dagli ISP un account "munito di licenza". A fronte di incrementi tariffari contenuti, i contratti dovrebbero garantire l'autorizzazione per determinati utilizzi online di opere protette, quali la riproduzione o la messa al disposizione del pubblico nel quadro di attività di *file sharing*. Contestualmente, attraverso gli accordi volontari di filiera, gli ISP potrebbero impegnarsi a destinare i proventi - o parte dei proventi derivanti dalla conclusione di tali contratti - agli enti di gestione collettiva dei diritti, in modo da attribuire un equo compenso agli autori e ai titolari di diritti connessi. Gli accordi volontari potrebbero individuare le categorie di opere protette, e di utilizzi online, resi accessibili alla fruizione collettiva per finalità non commerciali. Infine, tra i contenuti degli accordi potrebbe essere contemplata l'istituzione di un fondo a carico degli ISP finalizzato a sostenere l'industria, in cambio di una parziale liberalizzazione degli usi di contenuti musicali protetti.

La proposta dell'Autorità, pertanto, si fonda sull'adesione volontaria di operatori e titolari dei diritti a sistemi di remunerazione alternativa. Allo stesso tempo, esso intende fornire un quadro di regole volte a tutelare i diritti degli utenti e la concorrenza nei mercati dell'accesso e dei servizi Internet a banda larga. Nell'ottica di un approccio fondato sul mercato, l'apporto collaborativo degli ISP risulta infatti fondamentale, e potrebbe richiedere interventi normativi volti a sostenere lo

⁵ Sono ormai numerosi gli accordi di licenza adottati da Gran Bretagna, Spagna, Irlanda, Olanda e Repubblica Ceca, per il riconoscimento dei diritti d'autore nell'utilizzo della musica su Internet attraverso piattaforme come Youtube (controllata da Google) che si impegna, ad esempio, a rimborsare i titolari dei diritti di video in *streaming*.

sviluppo dell'offerta legale di contenuti online per evitare distorsioni delle condizioni concorrenziali⁶. In effetti, in assenza di opportuni interventi regolamentari, l'adesione volontaria degli ISP a sistemi di remunerazione degli autori fondati sugli incrementi tariffari selettivi rischia di produrre alterazioni delle condizioni concorrenziali e di mercato, penalizzando gli operatori che assumono un atteggiamento collaborativo nello sviluppo di un'offerta legale di contenuti online o gli utenti che non utilizzano la rete per l'acquisto di contenuti protetti.

Possibili rimedi sono pertanto rinvenibili nell'introduzione di obblighi in capo agli ISP per l'adeguamento degli schemi contrattuali, generalizzando l'offerta di abbonamenti differenziati per gli utenti che intendano acquisire l'autorizzazione a determinati utilizzi online delle opere protette in condizioni di sicurezza. La regolamentazione di queste offerte dovrebbe fondarsi su un meccanismo analogo a quello delle licenze collettive estese che si utilizzano per le emittenti radio.

Le licenze collettive estese sono uno strumento negoziale, a carattere volontario, che potrebbe essere utilizzato per la gestione dei compensi derivanti dalle utilizzazioni on line di opere protette, mediante pratiche di *file sharing* o la messa a disposizione del pubblico di contenuti audiovisivi in *streaming*.⁷ In generale, le licenze collettive estese sono negoziate dagli enti di gestione collettiva dei diritti e gli enti esponenziali di interessi collettivi, come le associazioni dei consumatori, e attribuiscono agli utenti il diritto di utilizzare le opere protette esclusivamente nelle forme e nei modi previsti dagli accordi sottoscritti o dalle singole disposizioni normative che li richiamano. Inoltre, gli accordi stipulati dagli enti di gestione collettiva sono soggetti all'approvazione dell'autorità pubblica competente. Infine, il contenuto degli accordi contempla le modalità di remunerazione delle opere e sancisce il diritto a un compenso equo ed effettivo anche per gli autori non rappresentati, cui l'accordo si estende automaticamente *ex lege*.

⁶ L'esperienza britannica dimostra infatti che, in assenza di un adeguato contesto regolatorio, la sottoscrizione di accordi volontari rischia di rivelarsi insufficiente rispetto alle finalità perseguite, come nel caso del Memorandum of Understanding (MOU) sottoscritto del 2007 per la sperimentazione di iniziative volte a contrastare efficacemente la pirateria online di opere musicali. D'altra parte, le soluzioni ottimali ai problemi del diritto d'autore su Internet dovrebbero tendere a incentivare l'affermazione di modelli di business innovativi e a massimizzare le possibilità di scelta dei consumatori, senza far leva su prescrizioni obbligatorie ed eccessivamente dirigistiche.

⁷ Il sistema delle licenze collettive estese opera infatti nel senso di garantire efficacia generale, attraverso opportuni interventi normativi, alle modalità di gestione collettiva dei diritti pattuite tra gli enti rappresentativi dei titolari e dei fruitori delle opere protette. In virtù del principio di esclusività che informa la disciplina dei diritti autoriali, nel sistema delle licenze collettive estese deve comunque essere garantita la facoltà degli autori di manifestare la propria volontà di escludere l'estensione automatica degli effetti degli accordi collettivi nei confronti delle proprie opere (c.d. regola dell'*opting out*).

Normalmente, la remunerazione delle opere consiste nella corresponsione di compensi forfetari agli enti di gestione collettiva, che saranno tenuti a distribuire le *royalties* secondo modalità analoghe a quelle previste nei contratti di licenza individuale. Come si vede, quindi, il sistema delle licenze collettive estese non incide sul contenuto degli accordi collettivi relativi alla gestione dei diritti autoriali, ma si limita ad estenderne gli effetti ai soggetti che non vi abbiano aderito volontariamente. L'efficacia di questo sistema negoziale di gestione dei diritti si fonda, pertanto, su un intervento che disciplini l'effetto estensivo tipico delle licenze collettive estese, che consiste nella possibilità di applicare il regime pattuito tra operatori ed enti di gestione collettiva anche alle opere non appartenenti al repertorio di quest'ultima. In tal modo, gli utenti acquistano l'autorizzazione a utilizzare tutte le opere che circolano sui canali digitali (o altre reti), anche se alcune di esse sono in titolarità di soggetti non tutelati dall'ente di gestione collettiva⁸.

Nel contesto italiano, i vantaggi associati all'utilizzo di istituti negoziali del tipo esaminato risiederebbero non tanto nell'estensione del regime pattuito agli autori non rappresentati, quanto piuttosto nella possibilità di estendere il regime di utilizzo e remunerazione delle opere pattuito dalle associazioni di categoria e la SIAE a tutti gli ISP e fornitori di servizi Internet stabiliti in Italia⁹. In tal modo, si intende preservare l'autonomia negoziale degli operatori della filiera circa la scelta delle modalità di offerta più opportune e, al tempo stesso, scongiurare i rischi di concorrenza sleale da parte degli ISP. Il sistema proposto si fonda infatti sull'adozione di un intervento normativo volto a riconoscere efficacia generale agli accordi collettivi, così da estenderne gli effetti anche agli operatori che - non avendo aderito alle associazioni rappresentative che li hanno sottoscritti - sarebbero altrimenti esentati dall'applicazione delle modalità di remunerazione pattuite, pur continuando a permettere ai propri utenti l'accesso ai siti di *file sharing*. L'utilizzo delle reti peer-to-peer, infatti, non è in quanto tale un'attività illecita e non può essere inibito se non quando sia accertata la violazione di norme¹⁰. In questa prospettiva, l'adozione di un sistema paragonabile alle licenze collettive estese, nei termini sopra descritti, potrebbe conseguire tre ordini

⁸ In ciò il sistema si distingue dalle "blanket licenses", dove si concede l'autorizzazione all'utilizzo delle sole opere in titolarità degli associati all'ente di gestione collettiva. La distinzione è peraltro di secondaria importanza nel contesto italiano, che si caratterizza per un sistema unitario di gestione collettiva dei diritti autoriali in capo alla SIAE.

⁹ Quelli cioè ricadenti nell'ambito di applicazione della disciplina dei servizi di media audiovisivi, secondo i criteri esplicitati all'articolo 2 del D.Lgs n. 44 del 2010.

¹⁰ Sotto il profilo del diritto d'autore, in particolare, l'attività di file sharing dovrebbe essere previamente autorizzata dai rispettivi titolari dei diritti. Si v. in particolare, la disciplina dettata dalla L. 633/41 e ss.mm.ii. artt. 12, 13 e 16.

di vantaggi: (i) per gli utenti, la possibilità di acquisire un'autorizzazione generale all'utilizzo dei contenuti digitali protetti, in modo da scongiurare il rischio di essere condannati in sede civile o penale laddove il regime di utilizzo delle opere protette non è sempre facilmente riconoscibile; (ii) per gli autori, la possibilità di ottenere un'equa remunerazione dalle utilizzazioni online delle loro opere; (iii) per i fornitori di servizi media audiovisivi, una maggiore tutela dai rischi di concorrenza sleale.

La compatibilità del sistema delle licenze collettive estese con il diritto internazionale e comunitario vigente in materia di diritto d'autore è stata oggetto di diversi approfondimenti giuridici, condotti proprio al fine di esplorarne le potenzialità in rapporto alle nuove problematiche poste dallo sviluppo della Società dell'Informazione. I principali studi in materia di licenze collettive estese¹¹ analizzano la questione relativa alla legittimità di tale istituto in un contesto giuridico che fa riferimento *in primis* all'impianto normativo delineatosi a partire dalla Convenzione di Berna, che si fonda sul regime di esclusività del diritto d'autore riconosciuto all'articolo 9 della Convenzione.¹² Le analisi condotte evidenziano che il sistema delle licenze collettive estese può essere considerato compatibile con i diritti esclusivi autoriali in presenza di due condizioni. La prima è che la disciplina di questo sistema sia tale da configurarlo come una mera modalità di gestione/ amministrazione dei diritti che, in quanto fondata sull'adesione volontaria degli autori, non violi il carattere di esclusività ad essi riconosciuto dalle norme internazionali. In altri termini, deve essere salvaguardata la facoltà degli autori non rappresentati di sottrarsi all'applicazione degli accordi collettivi di licenza attraverso la clausola dell'*opting out*. La seconda condizione di ammissibilità è alternativa alla prima, in quanto opera soltanto nell'ipotesi in cui il regime delle licenze collettive estese sia obbligatorio in virtù di disposizioni legislative o regolamentari. In questo caso, infatti, è necessario assicurare il rispetto dei parametri del c.d. "*three step test*"¹³ in quanto il contenuto degli accordi collettivi - e delle norme che attribuiscono efficacia

¹¹ Gervais D., *Application of an extended collective licensing regime in Canada: principles and issues related to implementation*. Study Prepared for the Department of Canadian Heritage, University of Ottawa June, 2003; Thomas Riis & Jens Schovsbo *Extended Collective Licenses and the Nordic Experience – It's a Hybrid but is it a VOLVO or a Lemon?*, *Columbia Journal of Law and the Arts*, Vol. 33, Issue IV, 2010, Ricketson and Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp 741-743. In Italia, si v. De Angelis D., *Le licenze collettive estese e la condivisione di opere dell'ingegno sulle reti peer-to-peer*, in *Diritto d'autore*, n. 3 / 2009, pp. 408 - 418

¹² Un recente contributo in tal senso è lo studio commissionato dal governo australiano a cura di.

¹³ Il test riguarda le condizioni di legittimità delle eccezioni e limitazioni al diritto d'autore ed è previsto all'articolo 9 della Convenzione di Berna e all'articolo 13 dell'Accordo TRIPS. Il test è stato codificato anche dalla Direttiva

erga omnes agli stessi - potrebbe essere tale da configurare gli accordi volontari come limitazioni/eccezioni ai diritti esclusivi di messa a disposizione del pubblico e riproduzione delle opere.

La disciplina comunitaria dettata dalla direttiva 2001/29/CE ripropone sostanzialmente l'approccio delle convenzioni internazionali. In particolare, la direttiva esclude limitazioni al diritto esclusivo sulla messa a disposizione del pubblico, mentre consente agli Stati membri l'adozione di normative volte a limitare o imporre eccezioni al diritto di riproduzione delle opere, come nel caso di copie private o per finalità personali. Il *considerando* 18), inoltre, fa espressamente riferimento alle licenze collettive estese in quanto recita “*La presente direttiva lascia impregiudicate le modalità di gestione dei diritti, quali le licenze collettive estese, in vigore negli Stati membri.*” Al sistema delle licenze estese fa altresì riferimento la direttiva 93/83/CE in materia di radiodiffusione satellitare e ritrasmissione via cavo (art. 3 comma 2). Anche in questo caso, è sempre fatta salva la facoltà dell'autore non rappresentato di escludere gli effetti dell'estensione del contratto collettivo alla sua opera (c.d. regola dell'*opting out*).

Sulla base di tali premesse, un sistema nazionale volto a introdurre il sistema delle licenze collettive estese deve ritenersi conforme alla direttiva fintantoché sia preservato il carattere volontario degli accordi collettivi di licenza e l'estensione automatica degli effetti riguardi le modalità di gestione dei diritti esclusivi di utilizzazione economica per finalità non commerciali.

Nei paesi scandinavi, il sistema delle licenze collettive estese ha rappresentato una soluzione ottimale nella gestione delle utilizzazioni di massa di contenuti audiovisivi, per esempio nelle attività di *broadcasting*, *cable re-broadcasting* e registrazione di opere radiofoniche, nonché per lo sfruttamento di opere digitali mediante reti di comunicazione elettronica¹⁴. Di recente, il sistema scandinavo delle licenze estese è stato posto al centro del dibattito internazionale circa la disciplina da introdurre per assicurare la libera circolazione delle opere orfane in Europa e la realizzazione di importanti progetti di digitalizzazione dei contenuti, quali Google Book ed Europeana¹⁵.

2001/29/CE. Esso pone tre condizioni di conformità delle eccezioni e limitazioni al diritto d'autore, che possono essere applicate solo: (i) in determinati casi speciali che (ii) non contrastino con il normale sfruttamento dell'opera e che (iii) non arrechino ingiustificato pregiudizio ai titolari dei diritti. Cfr. con gli artt. 71-*sexies* e 71-*nonies* della l. 633/41 e ss.mm.ii.

¹⁴ In particolare, per le biblioteche on line.

¹⁵ Anche a livello internazionale, le licenze collettive estese sono state indicate come una soluzione ottimale nella gestione di massa dei diritti, soprattutto con riferimento alle trasmissioni via cavo. A tale riguardo, una raccomandazione WIPO del 1984 stabilisce le necessità di tutelare i diritti degli autori “outsider” stabilendo tre

Sulla base di queste esperienze positive, l’Autorità intende pertanto verificare la percorribilità di soluzioni volte a introdurre disposizioni che attribuiscono efficacia generale agli accordi volontari conclusi tra gli enti rappresentativi degli autori, dei titolari di diritti connessi, degli ISP e degli utenti (per es., SIAE, SCF, AiiP, FIMI, CODACONS), fatto salvo il diritto di *opting out* garantito agli autori in virtù di norme internazionali e comunitarie.

Una eventuale proposta dovrebbe prevedere: a) disposizioni per il riconoscimento formale degli accordi di licenza collettiva stipulati tra enti rappresentativi degli autori, ISP e utenti, compreso eventualmente un elenco dei soggetti che rientrano in tale definizione in ragione del grado di rappresentatività delle categorie di appartenenza; b) disposizioni relative all’ambito di applicazione, che dovrebbe essere limitato alle modalità di gestione dell’attività di messa a disposizione del pubblico e riproduzione di opere digitali mediante reti di comunicazione elettronica, esclusivamente per finalità non commerciali e quando i materiali siano stati reperiti in sistemi autorizzati in virtù dei suddetti accordi collettivi di licenza; c) disposizioni relative all’estensione degli effetti nei confronti degli ISP / fornitori di servizi media audiovisivi non rappresentati nell’accordo; d) disposizioni relative all’estensione degli effetti nei confronti degli autori non rappresentati, che non abbiano esercitato la facoltà di *opting out* entro un termine ragionevole.

La proposta potrebbe altresì definire criteri e procedure per l’adozione degli accordi collettivi, nonché delineare uno schema-tipo di accordo collettivo.

La legittimità di un intervento volto a garantire l’estensione automatica degli effetti di accordi volontari relativi agli utilizzi consentiti di opere protette online - e alle modalità di remunerazione e gestione dei diritti collettivi - si fonda sul potere normativo attribuito all’Autorità nella materia considerata. In questo senso, vanno richiamati: (i) il potere normativo generale di tipo “para-legislativo” che è riconosciuto all’autorità indipendente di regolazione del settore delle comunicazioni elettroniche dall’ordinamento comunitario e nazionale; (ii) le competenze ad essa attribuite dalla legislazione nazionale in materia di diritto d’autore; (iii) l’ampia delega contenuta nel D.Lgs. n. 44 del 2010 all’articolo 6. La disposizione citata, infatti, si limita ad attribuire

condizioni: i) la liceità degli utilizzi di opere appartenenti ad autori non rappresentati dalle organizzazioni che hanno stipulato gli accordi deve essere riconosciuta dalla legge; (ii) la società di gestione collettiva deve garantire adeguate forme di indennizzo nel caso di controversie tra i distributori via cavo e gli autori non rappresentati; (iii) trattamento non discriminatorio tra autori rappresentati e non rappresentati dalla società di gestione collettiva.

all'Autorità il compito di adottare gli interventi regolamentari necessari per rendere effettiva l'osservanza di limiti e divieti vigenti in materia di violazione del diritto d'autore attraverso le reti di comunicazione elettronica. Pertanto, non pone particolari vincoli all'esercizio del potere regolamentare, né indica specifiche soluzioni normative da adottare nel perseguimento di tali finalità. Nel caso di specie queste consisterebbero nell'adozione di regole che promuovono la sottoscrizione di accordi volontari e attribuiscono efficacia generale alle pattuizioni tra enti rappresentativi delle categorie di operatori coinvolti.

Infine, l'intervento appare giustificato dall'esigenza di tutelare il diritto di accesso all'informazione degli utenti attraverso reti di comunicazione elettronica, promuovere lo sviluppo di nuovi mercati legati allo sviluppo di un'offerta legale dei contenuti su Internet, tutelare la concorrenza e gli utenti nel mercato dell'accesso alla banda larga.

D1. Si ritiene efficace l'eventuale adozione di disposizioni che, sul modello delle licenze collettive estese, attribuiscono efficacia generale agli accordi volontari tra enti rappresentativi dei titolari dei diritti, dei provider e degli utenti, in relazione alle modalità di gestione dei diritti relativi agli utilizzi non commerciali di opere protette online? In caso negativo, si prega di indicare le ragioni.

D2. Si condivide il percorso procedurale proposto, consistente nella adozione di apposite disposizioni relative all'efficacia generale degli accordi collettivi volontari e l'eventuale adozione di delibere attuative in relazione agli impegni in materia tariffaria assunti dagli ISP? In caso negativo, si prega di indicare le ragioni.

D3. Si ritiene opportuna l'individuazione di forme di pagamento da parte dell'utente semplici e all'avanguardia come ad esempio quelle di m-payment?

3.7 Attività di risoluzione di controversie

L'Autorità si propone, infine, per un ruolo di mediazione nella risoluzione delle controversie che dovessero eventualmente insorgere tra i titolari dei diritti, gli operatori di telecomunicazione e di televisione e, naturalmente, i gestori di rete e i fornitori di servizi di connettività, e che abbiano ad oggetto l'applicazione delle misure tecniche indicate dall'Autorità e, più in generale, la tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica.

La previsione di adeguate procedure di reclamo e di risoluzione delle relative controversie si configura peraltro come una misura idonea a recepire i recenti indirizzi comunitari in tema di tutela del diritto d'autore. In particolare, la Raccomandazione della Commissione del 18 maggio 2005

sulla “*gestione transfrontaliera collettiva dei diritti d'autore e dei diritti connessi nel campo dei servizi musicali on line autorizzati*” invita gli Stati membri ad adottare, tra l’altro, efficaci sistemi di risoluzione delle controversie, soprattutto in materia di tariffe, condizioni di concessione delle licenze, affidamento dei diritti *on line* finalizzato alla loro gestione e ritiro dei diritti *on line* .

Tale indicazione appare un’ulteriore esplicazione dei principi affermati con la Direttiva 2001/29/CE, nella quale la previsione di mezzi di ricorso idonei ad assicurare una tutela effettiva deve essere letto in corrispondenza di quanto affermato al considerando n. 46: “*Il ricorso alla mediazione potrebbe aiutare utenti e titolari dei diritti a risolvere le loro controversie. La Commissione dovrebbe, in cooperazione con gli Stati membri, nell'ambito del Comitato di contatto, effettuare uno studio volto a prevedere nuovi mezzi giuridici per la risoluzione delle controversie relative al diritto d'autore e i diritti connessi*”.

L’Autorità appare dunque legittimata allo svolgimento di un siffatto ruolo di mediazione, peraltro in assoluta coerenza con le sue competenze in materia di risoluzione di controversie utenti-gestori e operatori-operatori già previste sin dalla legge istitutiva. Nel caso, l’Autorità valuterà la possibilità di adottare apposite Linee Guida o un Regolamento *ad hoc* ed è interessata a conoscere l’opinione degli operatori e dei titolari dei diritti in ordine all’utilità di un siffatto esercizio.

D1. Si ritiene che un eventuale ruolo di mediazione svolto dall’Autorità nelle controversie che dovessero eventualmente insorgere tra i soggetti interessati a valle dell’applicazione della normativa a tutela del diritto d’autore possa essere utile? In caso negativo, si prega di indicarne le ragioni.

3.8 Istituzione presso l’Autorità di un Tavolo tecnico sul diritto d’autore

Data la delicatezza e la complessità tecnica delle tematiche illustrate, e ferme le competenze esercitate in materia di diritto d’autore delle altre Amministrazioni od enti pubblici e organismi internazionali, l’Autorità avverte l’esigenza di istituire un Tavolo tecnico permanente composto da rappresentanti di tutti i soggetti e categorie interessate, ivi comprese le associazioni dei consumatori, con il compito di approfondire le problematiche applicative del diritto d’autore sulle reti di comunicazione elettronica e per l’efficace implementazione delle misure previste .

D1. Si ritiene utile l’iniziativa proposta? In caso negativo, si prega di indicarne le ragioni.