



Roma, 4 marzo 2011

Telecom Italia S.p.A.
Equivalence and Regulatory Affairs
Regolamentazione Nazionale

00198 ROMA
Corso d'Italia, 41

Prot. 0001208 - TI

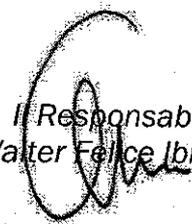
Autorità per le garanzie nelle comunicazioni
Direzione Contenuti Audiovisivi e Multimediali
Via Isonzo, 21/b
00198 Roma

Posta certificata: agcom@cert.agcom.it
dic@agcom.it

Oggetto: Risposta di Telecom Italia S.p.A. alla "Consultazione pubblica sui lineamenti di provvedimento concernente l'esercizio delle competenze dell'Autorità nell'attività di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica", avviata con delibera n. 668/10/CONS

Si riportano in allegato nell'interesse di Telecom Italia S.p.A. le osservazioni inerenti i lineamenti di provvedimento di cui all'oggetto.

Cordiali saluti


Il Responsabile
Walter Felice Ibba

Commenti di Telecom Italia ai "Lineamenti di Provvedimento concernente l'esercizio delle competenze dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni nell'attività di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica", Allegato B alla Delibera 668/10/CONS.

Considerazioni generali

Telecom Italia desidera innanzitutto esprimere grande apprezzamento per il contributo che l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ("l'Autorità") ha dato e continua a dare in tema di adeguamento della tutela del diritto d'autore al nuovo contesto di fruizione dei contenuti audiovisivi su piattaforme digitali.

Il primo importante contributo è stata l'indagine conoscitiva, una trattazione approfondita ed equilibrata dalla quale è scaturito un prolifico dibattito sui temi che sono oggetto della consultazione. Tale dibattito è stato poi alimentato dall'Autorità la quale ha infine tirato le fila attraverso il documento attualmente in consultazione.

In tale contesto, ciò che è assolutamente encomiabile dell'atteggiamento dell'Autorità, è che essa in ciascuno di questi passaggi ha sempre avuto presente la necessità di tenere in debito conto l'enorme impatto dei fenomeni della digitalizzazione e della connessione globale sulle forme di fruizione dei servizi di comunicazione e di informazione/intrattenimento.

Il fenomeno è, infatti, talmente radicale che qualsiasi tentazione di limitarne gli effetti e gli sviluppi sarebbe destinata a fallire e a produrre danni notevolmente maggiori degli eventuali benefici.

A questo proposito, le motivazioni che hanno spinto e spingono gli operatori attivi nell'industria dei contenuti verso la tentazione di arginare in qualsiasi modo l'onda innovativa della digitalizzazione sono facilmente intuibili per un settore che per tanto tempo è rimasto al riparo dai rapidi mutamenti di scenario che l'innovazione tecnologica ha imposto in altri mercati.

I fornitori di servizi di telecomunicazione hanno al contrario già testato su se stessi gli effetti che la digitalizzazione può avere sui servizi tradizionali, in particolare la voce, in termini di diminuzione del valore. Si pensi a questo proposito all'utilizzo del VoIP e agli effetti che tale fenomeno ha avuto e continua ad avere sull'ARPU dei servizi di voce.

La reazione degli operatori di telecomunicazioni di fronte a questi ed altri fenomeni, però, non è stata (a parte qualche caso isolato) di impedire la diffusione di questi servizi ma, più semplicemente, quella di individuare nuove fonti di ricavi che possano remunerare i propri asset compatibilmente con la diffusione dei nuovi servizi.

In campo multimediale/audiovisivo, invece, la reazione dei titolari dei contenuti tende a concentrarsi sulla semplice repressione dei comportamenti asseritamente abusivi e dedica poca attenzione allo sviluppo di nuovi servizi, nuove fonti di remunerazione dei propri asset e, in ultima istanza, di nuovi modelli di business in grado di remunerare tutti gli stadi della filiera.

Tale atteggiamento si accompagna ad una rilevante aggressività nei confronti degli operatori attivi a monte della filiera (in particolare gli ISP) ai quali, nella migliore delle ipotesi, si chiede di svolgere azioni di monitoraggio e repressione della diffusione di contenuti non autorizzati. Azioni che, a fronte di un'efficacia che richiederebbe ulteriori approfondimenti (soprattutto se

paragonata alla diffusione delle offerte legali), implicano rilevanti rischi di violazione della privacy degli utenti e costi di implementazioni molto elevati.

In alcuni casi, poi, di fronte al rifiuto degli ISP di attivarsi nel senso da essi richiesto, l'aggressività dei titolari dei contenuti si spinge fino a tentare di coinvolgere gli stessi ISP (o alcuni tra loro) nel fenomeno della pirateria, arrivando così a chiedere loro il risarcimento dei danni asseritamente causati dalla diffusione non autorizzata dei contenuti sulle loro reti.

E' evidente come un simile atteggiamento, oltre ad essere infondato nel merito, è quanto di meno utile alla creazione di un clima di collaborazione nell'ambito del quale contribuire alla creazione e allo sviluppo dei nuovi servizi.

Il documento di consultazione e le proposte in esso contenute vanno dunque inquadrati in questo contesto il quale, ad avviso di Telecom Italia, è caratterizzato da alcuni imprescindibili elementi:

- Il fenomeno della digitalizzazione delle reti di comunicazione elettronica e dei contenuti della comunicazione è un fenomeno che riguarda tutti gli operatori della filiera e non è reversibile o arginabile;
- Le misure che si vorranno individuare per combattere la diffusione non autorizzata dei contenuti sulle reti digitali non possono in alcun caso essere orientate al mero mantenimento dello status quo ma devono necessariamente contribuire allo sviluppo e alla diffusione dei nuovi servizi (almeno nei limiti nei quali tale evoluzione sia utile a combattere la pirateria);
- Tutti gli operatori della filiera devono adattare i propri modelli di business al nuovo contesto, sopportando anche le conseguenze negative di tale passaggio senza che le stesse siano trasferibili verso altri livelli della filiera;
- Tutti gli operatori a qualsiasi livello della filiera devono comunque cooperare in buona fede tra loro al fine di favorire lo sviluppo e la diffusione dei nuovi servizi.

In tale quadro, è chiaro che l'esistenza di un'adeguata offerta on-line di contenuti digitali autorizzati e, più in generale, lo sviluppo di nuovi modelli di business che consentano un'adeguata remunerazione di tutti gli attori della filiera, non possono più essere visti come una conseguenza ma diventano premesse e presupposti imprescindibili per sviluppare un'adeguata ed efficace attività di prevenzione della distribuzione di contenuti non autorizzati.

In tale direzione si muove la Commissione Europea che sta portando avanti una serie di iniziative, da ultimo la Comunicazione "Towards a Single Market Act", attualmente soggetta a consultazione pubblica, in cui si ritrova *"In order to create a single European digital market, the potential of online distribution must be used effectively by enhancing the availability of creative content while at the same time ensuring that right-holders obtain adequate remuneration and protection for their works"*¹.

Inoltre, sempre a livello europeo, sono da evidenziare quelle altre iniziative volte alla regolazione di alcuni aspetti fondamentali del mercato dei contenuti online, quali la preannunciata proposta

¹ Communication from the Commission "Towards a Single Market Act – For a highly competitive social market economy – 50 proposals for improving our work, business and exchanges with one another", 11 novembre 2010.

di direttiva sulla gestione collettiva dei diritti e la proposta di direttiva sulle opere orfane. Sarebbe dunque quanto mai opportuno un coordinamento delle diverse iniziative a livello nazionale ed europeo per evitare l'adozione di misure discordanti in un mercato che ha sempre più una dimensione transazionale.

Tutto ciò ad avviso della scrivente significa che l'azione repressiva della distribuzione non autorizzata di contenuti non può più essere considerata, come avveniva nel contesto analogico, il punto di riferimento della politica di contrasto alla pirateria.

Punto di riferimento di tale politica è, infatti, la promozione e lo sviluppo di offerte legali che assecondino le esigenze della maggior parte degli utenti i quali, come dimostrato dallo stesso studio commissionato da FAPAV (vedi sotto), in presenza di un'offerta adeguata si indirizzerebbero verso i servizi di distribuzione di contenuti autorizzati.

Le eventuali azioni repressive, quindi, devono in primo luogo essere adattate ai nuovi strumenti ed ai nuovi meccanismi distributivi. In particolare, esse devono tenere in debito conto il fatto che la repressione della pirateria sulle reti digitali richiederebbe comportamenti mediamente più invasivi di quelli che tendevano ad ostacolare la copia su supporti fisici. Ne consegue che, nel nuovo ambiente tecnologico l'eventuale attività repressiva deve essere principalmente indirizzata ad introdurre ostacoli alla distribuzione non autorizzata di contenuti; con il conseguente effetto di incanalare la domanda di contenuti digitali, che si indirizza attualmente verso la pirateria, verso le esistenti offerte di contenuti autorizzati. Per ottenere questo risultato, ad avviso di Telecom Italia, gli eventuali interventi repressivi devono rivolgersi esclusivamente nei confronti dei soggetti che in maniera strutturata e professionale organizzano e veicolano l'offerta di contenuti non autorizzati sulle reti digitali. Tali interventi, infatti, sono di ostacolo all'incontro tra domanda e offerta disincentivando soprattutto i fruitori non abituali i quali hanno maggiore difficoltà ad individuare i canali di distribuzione sostitutivi.

Al contrario, ad avviso di Telecom Italia e, a quanto pare, anche dell'Autorità, sarebbe inadeguato e inefficiente, oltre che in molti casi contrario all'attuale quadro normativo, ipotizzare interventi repressivi nei confronti dei singoli utenti.

Non è quindi ipotizzabile in questo contesto accontentare i fornitori di contenuti nella loro richiesta di reprimere i singoli atti di fruizione da parte degli utenti della rete attraverso un monitoraggio capillare delle comunicazioni e dei contenuti delle stesse attribuendo l'intera responsabilità ed i relativi costi di implementazione agli ISP.

Si tratta, infatti, di misure non proporzionate né all'obiettivo né alle caratteristiche del problema che cercano di affrontare. Da un lato, infatti, impongono limitazioni ai diritti fondamentali degli utenti che sono difficilmente compensate dal surplus di efficacia che possono avere rispetto alle misure alternative enunciate in precedenza. Dall'altro lato, poi, hanno costi materiali molto alti che sarebbero in grandissima parte sostenuti da soggetti diversi da quelli che di esse beneficerebbero.

Le premesse di queste conclusioni, ossia la maggiore efficacia dell'offerta legale e dell'informazione agli utenti rispetto all'attività repressiva, sembra siano condivise anche dalla generalità degli utenti ed in particolare da quella porzione di utenti che, debitamente sollecitata, ammette di fruire di contenuti non autorizzati.

Facciamo riferimento ad un documento proveniente da una fonte che non può in alcun caso essere tacciata di indulgenza verso il fenomeno della pirateria e cioè, "La seconda indagine conoscitiva sulla pirateria audiovisiva in Italia", uno studio realizzato da IPSOS per conto della Federazione Anti - Pirateria Audiovisiva (FAPAV).

Lo studio in questione, oltre a fornire molti spunti interessanti al fine di ridimensionare l'impatto economico della pirateria indica quali sembrano essere le principali ragioni che spingono gli utenti a fruire di contenuti non autorizzati. Da una valutazione compiuta dalla stessa IPSOS, risulta che tali motivazioni sono divisibili in quattro cluster denominati come segue: *Risparmio* (motivazione economica), *Perché no?* (mancata percezione del disvalore); *Pratico e comodo* (migliore fruizione dei contenuti); *Novità e scelta* (non reperibilità del contenuto o del servizio richiesto).

Dalla descrizione dei cluster è facilmente desumibile come le motivazioni raccolte negli ultimi due cluster (*Pratico e comodo/Novità e scelta*) sono direttamente o indirettamente collegabili all'assenza di servizi legali che vadano incontro alle esigenze (di comodità, praticità, novità o scelta) degli utenti. E' quindi ragionevole pensare che tali motivazioni sarebbero facilmente superabili in caso di sviluppo di un'adeguata offerta di servizi autorizzati. Le motivazioni raccolte nel cluster *Perché no?* sono invece legate alla mancata percezione del disvalore insito nella pirateria. La lettura delle motivazioni addotte porta però a ritenere che nella maggior parte dei casi tale situazione sarebbe facilmente superabile attraverso un'azione informativa circa la dimensione di illegalità di tali pratiche unita a meccanismi repressivi non troppo aggressivi che facciano percepire con maggiore evidenza all'utente il disvalore del proprio comportamento.

Solo nell'ultimo cluster, quello denominato *Risparmio*, è possibile ritenere che i comportamenti abusivi siano legati alla intenzione di fruire dei contenuti senza pagarne il prezzo richiesto. E' questa con evidenza la categoria che più difficilmente può essere dissuasa dal continuare nei propri comportamenti e che maggiormente incide sul business dei fornitori di contenuti.

IPSOS ha poi svolto anche una valutazione quantitativa dell'incidenza di tali motivazioni dalla quale risulterebbe la seguente suddivisione:

Risparmio (22%)

Pratico e Comodo (22%)

Perché no (27%)

Novità e Scelta (29%)

Da questa analisi è quindi possibile concludere che più della metà dei fruitori di contenuti non autorizzati sono spinti a ciò dall'assenza di un'adeguata offerta legale e che, un altro quarto di tali soggetti sarebbe facilmente dissuaso dal compiere tali atti se, insieme alla sempre necessaria presenza di un'adeguata offerta legale, vi fosse un'adeguata informazione circa l'illiceità della fruizione di tali contenuti. Ne consegue che tali iniziative avrebbero scarso effetto nei confronti di meno di un quarto degli utenti in questione.

Lo scenario descritto è fedelmente raffigurato dal documento di consultazione nel quale l'Autorità ha saputo trasferire gli stimoli provenienti da un'analisi approfondita del fenomeno oltre che dalla consultazione del mercato.

L'Autorità, infatti, riconosce come 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, oltre ad essere un formidabile veicolo di libertà per i cittadini, determinino continuamente nuove prospettive culturali per i consumatori e nuove opportunità di business per l'industria.

Nel documento di consultazione è infatti rappresentata una situazione nella quale seppure l'importanza del mercato digitale per il PIL europeo sia in continua crescita, il paragone con le aree geografiche più avanzate (Stati Uniti, Giappone, Corea del Sud, etc.) evidenzia i rilevanti ritardi dell'Europa (e dell'Italia in particolare) nello sviluppo dei mercati ICT.

A questo proposito, l'Autorità evidenzia come tra gli stimoli alla diffusione dell'economia digitale giochi 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. Conclude su questo punto la stessa Autorità che 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 dei cittadini alla cultura e ad Internet.

Relativamente alle modalità con le quali garantire un'adeguata protezione del diritto d'autore, l'Autorità evidenzia come l'approccio seguito fino ad ora è stato guidato dalla esigenza di tutelare l'"autore" dinanzi al "consumatore", ed ha portato all'adozione, in diversi Paesi, di misure di contrasto fondate essenzialmente su divieti e sanzioni.

Telecom Italia concorda pienamente con la valutazione che l'Autorità dà dell'efficacia di un simile approccio i cui effetti sono quantomeno dubbi. E questo non perché l'Autorità sottovaluti l'importanza dei diritti di proprietà intellettuale ma perché ritiene necessario attribuire il giusto valore anche ai diritti dei consumatori di accedere ai contenuti online.²

A maggior ragione, alla luce di quanto precede, Telecom Italia concorda con Agcom quando afferma che: *"(...) 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."*

² Nel senso del riconoscimento del diritto dei consumatori di accedere ai contenuti, soprattutto qualora questi siano da considerarsi di particolare rilevanza per la società, si veda la recente Sentenza del Tribunale UE (settima sezione), del 17 febbraio 2011, nel caso UEFA –FIFA c. Commissione Europea, in materia di diritti di trasmissione televisiva di eventi sportivi. Nella decisione, con cui si respinge il ricorso presentato da UEFA e FIFA, il Tribunale UE ha confermato quanto già stabilito dalla Direttiva europea 97/36 in merito al diritto all'informazione del pubblico, stabilendo che uno Stato membro può, a talune condizioni, vietare la trasmissione in esclusiva dell'insieme degli incontri del campionato del mondo e d'Europa di calcio su una televisione a pagamento, al fine di assicurare la possibilità per il proprio pubblico di seguire questi eventi su una televisione ad accesso libero. *Allorché queste competizioni sono, nella loro integralità, di particolare rilevanza per la società, questa restrizione della libertà di prestazione dei servizi e di stabilimento è giustificata dal diritto all'informazione e dalla necessità di assicurare un ampio accesso del pubblico alle trasmissioni televisive di questi eventi.* E' interessante il punto 139 della decisione in cui si evidenzia che "il principio di tutela del diritto fondamentale di proprietà nell'ambito del diritto comunitario non si configura come una prerogativa assoluta, ma deve essere preso in considerazione in relazione alla sua funzione nella società. Conseguentemente, possono essere apportate restrizioni all'esercizio del diritto di proprietà, a condizione che rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale perseguiti dalla comunità e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato ed inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti garantiti"

Telecom Italia, infatti, non è totalmente refrattaria a qualsiasi azione di contrasto o repressione della diffusione dei contenuti contro la legge. E' però assolutamente necessario che tali azioni abbiano, come dice giustamente l'Autorità, delle basi oggettive.

L'oggettività dell'intervento repressivo è tanto più importante se si tiene in considerazione il fatto che in caso contrario si consentirebbero e faciliterebbero comportamenti opportunistici da parte dei titolari dei contenuti che potrebbero attaccare servizi e/o operatori a loro sgraditi attraverso una massiccia attività di segnalazione di presunti illeciti.

Anche per questo motivo, dunque, la scrivente si permette di indicare un altro elemento che dovrebbe caratterizzare ogni eventuale azione repressiva: la proporzionalità delle misure ipotizzate. Non si può non tenere conto, infatti, che tali misure gravano su soggetti diversi da quelli che ne traggono diretto beneficio ed ai quali non possono essere imposti oneri che, in termini di costi e di rischi, possano eccedere la doverosa collaborazione con l'attività di controllo dei pubblici poteri. Tutto ciò è ancora più vero nel caso in cui, come avviene per Telecom Italia, l'operatore che dovrebbe sostenere tali costi ed oneri, è in alcuni casi un concorrente di chi effettua la segnalazione nella distribuzione di contenuti autorizzati.

Le attività di controllo cui si faceva riferimento sono in primo luogo quelle svolte dall'attività giudiziaria nell'applicazione della vigente normativa in materia di protezione del diritto d'autore.

In secondo luogo, avendo il legislatore identificato nell'Autorità il soggetto più adatto a svolgere un'attività di prevenzione e vigilanza per la tutela di tali diritti che possa temperare gli interessi dei soggetti presenti ai vari livelli della filiera (inclusi quelli dei consumatori/utenti), la scrivente è ovviamente disponibile a cooperare con l'Autorità nello svolgimento delle attività che essa identificherà come espressione delle competenze attribuitele dal legislatore.

A questo proposito, Telecom Italia vorrebbe in questa sede commentare brevemente l'analisi del fondamento giuridico delle competenze dell'Autorità così come sviluppata nel documento di consultazione e sulla cui correttezza e compatibilità con i testi legislativi Telecom Italia si riserva in ogni caso ogni valutazione ed eventuale iniziativa.

In primo luogo, ci sembra evidente l'assenza di un coordinamento delle diverse norme che attribuiscono competenze all'Autorità in questa materia e che sono state richiamate nella suddetta analisi. In assenza di tale intervento di coordinamento e della conseguente chiarezza circa le competenze ed i poteri di intervento dell'Autorità, ogni interpretazione ed esercizio di tali poteri si presta in teoria a dubbi circa il fondamento giuridico degli stessi.

Tale esigenza di chiarezza è in qualche modo espressa anche dall'Autorità laddove nel documento sottoposto a consultazione sottolinea, "l'opportunità di una revisione complessiva delle norme sul diritto d'autore che risultano inadeguate allo sviluppo tecnologico e giuridico del settore."

In questo contesto, tornando all'analisi compiuta nel documento di consultazione, il ragionamento compiuto dall'Autorità sembrerebbe il seguente:

- La legge 248/2000 attribuisce all'Autorità un generale potere di vigilanza al fine di prevenire ed accertare eventuali violazioni del diritto d'autore;
- Il Decreto 70/2003 traccia contenuti e limiti della responsabilità degli ISP e prevede 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”;

- Collegando i due elementi: 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.

A questo ragionamento va poi collegata la riflessione relativa ai poteri conferiti all’Autorità dal Decreto 44/2010 (“Decreto Romani”) i quali però riguardano esclusivamente le eventuali violazioni compiute dai fornitori di servizi di media audiovisivi.

Da quanto precede, quindi, è assolutamente chiaro che, essendo il Decreto 70/2003 il fondamento giuridico di ogni intervento dell’Autorità che vada al di là della semplice vigilanza, (fatta eccezione per i servizi di media audiovisivi) ogni intervento di carattere repressivo può intervenire esclusivamente nell’ambito delle violazioni specificamente identificate nello stesso Decreto 70/2003.

Dal citato ragionamento, l’Autorità procede poi a identificare l’ambito dei propri poteri di intervento affermando che: *“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.”*

La scrivente ritiene in conclusione che, a prescindere dalla sua correttezza giuridica, il ragionamento compiuto dall’Autorità sulle proprie competenze possa essere coerente con le ipotesi d’intervento formulate nel documento nei limiti in cui tali interventi riguardino esclusivamente fattispecie riconducibili ai profili di responsabilità identificati dalle norme del Decreto 70/2003.

Questa conclusione, che esclude esplicitamente qualsivoglia obbligo in capo agli ISP di controllare il contenuto del traffico dati effettuato dagli utenti sulle proprie reti, è certamente coerente con le premesse del documento di consultazione nelle quali l’Autorità rilevava chiaramente *l’inefficacia delle misure tecniche di contrasto alla pirateria.*

Un’ultima annotazione riguardo la definizione delle competenze dell’Autorità come delineate dal documento di consultazione è che la stessa sembra non prendere in considerazione specificamente le problematiche derivanti dal necessario coordinamento rispetto ai procedimenti giudiziari (penali o civili) che dovessero riguardare le stesse fattispecie di cui si occuperà l’Autorità nell’esercizio delle competenze in oggetto.

Il documento, infatti, si limita ad affermare che le competenze dell’Autorità sono alternative e non sostitutive di quelle dell’autorità giudiziaria ma si astiene dal fornire alcuna indicazione circa il necessario coordinamento fra i due tipi di procedimento; tale coordinamento sarebbe invece come detto necessario anche e soprattutto in ragione del fatto che la procedura delineata non esclude l’ipotesi di procedimenti paralleli sulle stesse fattispecie e non disciplina i conseguenti rilevanti impatti sull’esercizio delle diverse competenze.

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

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?

Ti condivide l'analisi dell'Autorità riguardo la conclusione che: (i) le modalità di acquisizione e remunerazione dei contenuti (soprattutto premium) e, (ii) il sistema delle finestre di programmazione, siano i fattori di maggiore criticità per lo sviluppo di un'offerta legale di contenuti digitali sulle nuove piattaforme di distribuzione.

Appare chiaro come per aggirare l'ostacolo della fruizione illegittima di opere protette dal diritto d'autore occorra avere la disponibilità sul mercato di offerte legali di contenuti premium (e non solo), a condizioni economicamente interessanti e facilmente fruibili per i consumatori.

La presenza di trattamenti discriminatori, in termini di accessibilità ai contenuti, da parte dei detentori di diritti rappresenta un impedimento alla crescita delle piattaforme che fanno uso delle reti IP.

In una fase di evoluzione del mercato l'IPTV, quale alternativo canale di distribuzione rispetto ai canali tradizionali, tali fattori si qualificano come disincentivanti rispetto alla potenziale crescita della piattaforma distributiva in questione.

Ti condivide l'approccio propositivo dell'Autorità volto a favorire lo sviluppo sul mercato di un'offerta legale, tuttavia, suggerisce che la stessa intervenga in modo più incisivo per raggiungere il fine perseguito.

Ti coglie l'occasione della presente consultazione pubblica per indicare all'Autorità alcune ipotesi d'intervento che possano facilitare l'emergere di un'offerta legale di contenuti digitali sulle reti IP.

A questo proposito vale la pena ricordare il regime introdotto dall'articolo 14 del D.Lgs. 9/2008 (cd Decreto Melandri).³

La norma in questione, parte dall'osservazione secondo la quale la diffusa pratica di concedere diritti di esclusiva multiplatforma può facilmente portare a fenomeni di abuso del diritto (specie in un mercato molto dinamico qual è quello dei contenuti e specie se esercitato su una certa tipologia di contenuti e.g. i diritti sportivi) i quali hanno un evidente effetto di *foreclosure* del mercato nei confronti delle piattaforme meno diffuse.

Anche per questi motivi, il Decreto Melandri ha ritenuto necessario introdurre regole ad hoc per la commercializzazione dei diritti audiovisivi sportivi sulle piattaforme emergenti, regole finalizzate ad evitare che nel confronto con le piattaforme consolidate queste possano trovarsi nell'impossibilità di acquisire contenuti di particolare richiamo, la mancata disponibilità dei quali possa impedire loro uno sviluppo coerente con le proprie potenzialità.

L'articolo 14 dello stesso Decreto Melandri stabilisce, infatti, che i diritti audiovisivi destinati alle piattaforme emergenti debbono essere offerti su base non esclusiva e che il prezzo del loro acquisto da parte degli operatori attivi sulle piattaforme emergenti debba essere commisurato all'effettivo utilizzo.

Va ricordato a questo proposito che la piattaforma IPTV è stata considerata da parte dell'Autorità (Delibera 665/09/CONS) "piattaforma emergente" ai sensi del decreto Melandri.

A questo proposito, la stessa Autorità nell'analisi svolta nella delibera 665/09/CONS, nel definire l'iptv, una piattaforma emergente, aveva rilevato come la stessa, pur essendo ormai non più emergente dal punto di vista tecnologico, stesse attraversando una fase di "rivitalizzazione tecnologica". Con tale formula si vuole indicare un processo di trasformazione dovuto a circostanze particolari tali da modificare sostanzialmente le caratteristiche e le performance di una determinata piattaforma. Nel caso di specie l'elemento da cui scaturisce la "rivitalizzazione tecnologica" è dato dall'evoluzione delle reti IP verso la banda larga e ultra larga (NGAN).

Questa evoluzione, moltiplicando la banda disponibile, è tale da attribuire alla piattaforma IPTV delle potenzialità e delle funzionalità precedentemente non esistenti e, quindi, la pone in una dimensione differente, dal punto di vista tecnologico, da quella delle piattaforme consolidate.

Essendo quindi l'IPTV da un punto di vista tecnologico in una fase transitoria, ed essendo tale transizione dovuta al potenziamento delle reti IP, è quindi ragionevole ipotizzare che la stessa si muoverà sempre di più verso forme d'integrazione con le altre piattaforme IP sia *unmanaged* (la c.d. Over The Top TV) che *smartly managed* (la c.d. SMARTV), e proprio tale carattere di interoperabilità delle piattaforme che già è insito nell'IPTV dovrebbe indurre a considerare tale piattaforma da parte dell'Autorità come canale favorito proprio per la proposizione di un'offerta legale dei contenuti.

³ Analoghe considerazioni possono essere fatte per piattaforme, anch'esse basate su reti IP, aventi caratteristiche simili all'IPTV. Si fa riferimento in particolare alla cosiddetta SMARTV, ossia la distribuzione di contenuti su reti IP la quale, pur non avendo un'architettura di rete dedicata come l'IPTV che le conferisca una qualità totalmente garantita, riesce a superare la dimensione *best effort* attraverso architetture che riducono al minimo le inefficienze della rete. Tali architetture consistono in particolare nell'utilizzo di Content Delivery Networks tali da minimizzare il percorso che i contenuti devono compiere sulla rete aperta.

Di particolare rilevanza è a questo proposito il fenomeno della c.d. piattaforma SMARTV. Questa piattaforma, infatti, si pone in una dimensione intermedia fra un sistema totalmente chiuso ed a qualità garantita quale quello dell'IPTV ed un sistema totalmente aperto ed a qualità *best effort* quale quello della OTTV. Tali piattaforme, inoltre, pur dando accesso a contenuti formalmente reperibili sulla rete aperta, tendono a delimitarne sia l'accessibilità che la fruibilità.⁴

Da quanto detto è possibile trarre alcune importanti conclusioni:

In primo luogo, la rivitalizzazione tecnologica delle piattaforme IP dovuta alla transizione verso le NGAN porterà ad una sempre maggiore convergenza fra esse. In particolar modo tale convergenza riguarderà le piattaforme *fully managed* (IPTV) e quelle *smartly managed* (SMARTV). Tale piattaforme saranno tra loro alternative o complementari a seconda del tipo di contenuti.⁵

In secondo luogo, se in termini generali lo sviluppo di un'offerta legale costituisce lo strumento principale per combattere la violazione del copyright, a maggior ragione tale misura è efficace se l'offerta legale è veicolata attraverso piattaforme uguali o simili a quelle utilizzate per diffondere i contenuti illegali. In questo senso, la convergenza e la progressiva complementarità fra le diverse piattaforme IP rende lo la distribuzione di contenuti autorizzati attraverso di esse lo strumento principale per spiazzare l'offerta illegale.

In questo contesto, va quindi inserito il provvedimento che più di ogni altro si presta a favorire l'accesso ai contenuti da parte delle piattaforme "emergenti" ossia la Legge Melandri e l'applicazione che ad essa è stata data dall'Autorità attraverso la delibera 665/09/CONS.

Tale provvedimento, infatti, eliminando le esclusive per le piattaforme emergenti e imponendo una remunerazione proporzionata al numero di utenti raggiungibili, pone le premesse per rendere i contenuti che ne sono oggetto facilmente accessibili da parte degli operatori minori.

Il meccanismo individuato per quantificare la remunerazione, poi, fornisce ai titolari dei contenuti un'adeguata garanzia che non ci possa essere un deprezzamento dei loro diritti.

Commisurando il prezzo al numero di utenti interessato, infatti, si garantisce un sostanziale equilibrio fra gli eventuali aumenti del prezzo pagato dalle piattaforme emergenti e la riduzione che le piattaforme più consolidate possono richiedere per effetto della maggiore concorrenza e dell'eventuale perdita di clienti.

Telecom Italia ritiene quindi che l'intervento dell'Autorità dovrebbe fare perno sulla Legge Melandri, rendendone più agevole l'utilizzo da parte degli operatori e ampliandone il più possibile l'ambito di applicazione.

Il primo obiettivo può essere raggiunto sollecitando i titolari, se richiesti, a comunicare offerte commerciali coerenti col dettato della norma.

Il secondo obiettivo implica che l'Autorità dovrebbe fare ciò che è nelle sue possibilità per ampliare il più possibile l'applicabilità del suddetto meccanismo. Ciò significa, per ciò che riguarda i diritti sportivi, un'interpretazione della normativa che tenga conto delle evoluzioni

⁴ A titolo di esempio, la SMARTV denominata Cubovision, se permette di accedere a numerosi contenuti presenti sulla rete come ad esempio quelli diffusi da YouTube, non consente agli utenti di copiare tali contenuti su alcun supporto né di esportare i contenuti altrimenti acquisiti dall'utente verso l'esterno.

⁵ Ciò varrebbe certamente per ciò che riguarda i contenuti in SD e HD. Rimane da verificare se e fino a che punto ciò possa valere per prodotti che implicano un consumo di banda ancora maggiore come i contenuti in 3D.

tecnologiche e di mercato e che consenta di estendere il regime alle piattaforme assimilabili a quelle elencate (Telecom Italia ritiene a questo proposito che la SMARTV sia assimilabile all'IPTV piuttosto che alla Web Tv intesa come Over The Top).

Per quanto invece riguarda i diritti diversi dai diritti sportivi (cinema, serie TV, etc.) l'Autorità dovrebbe promuovere l'introduzione di meccanismi di accesso analoghi o simili a quelli previsti dalla legge Melandri.

Telecom Italia ritiene che le competenze che la legge attribuisce all'Autorità siano perfettamente coerenti con le misure indicate.

In particolare, pur in assenza di provvedimenti normativi analoghi alla Legge Melandri l'Autorità, nel momento in cui predispose dei meccanismi di tutela del copyright del genere di quelli elencati nel documento di consultazione, può subordinarne l'accessibilità da parte dei titolari dei diritti all'accettazione di modalità di vendita dei diritti e di determinazione del relativo prezzo analoghi a quelli previsti dalla legge Melandri.

3.3.3 Le finestre di distribuzione

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

Per quel che riguarda le finestre di distribuzione, dal punto di vista economico, la strategia distributiva delle Majors si configura come una discriminazione di prezzo finalizzata ad estrarre il massimo valore possibile attraverso ciascun passaggio della catena, limitando la disponibilità di titoli e di altri contenuti premium disponibili per l'inserimento in offerte via IP. A ciò si aggiunga la diffusa pratica da parte degli operatori attivi sulle piattaforme consolidate (DTT e DTH) di stipulare accordi di tipo output deal, caratterizzati da clausole di esclusiva o holdback che coprono anche le modalità di sfruttamento diverse da quelle effettivamente utilizzate.

La distribuzione dei contenuti su IPTV e più in generale sulle piattaforme IP, è quindi doppiamente discriminata. In primo luogo, dal sistema delle finestre in quanto tale dal momento che la finestra del Video on Demand (VOD) è tendenzialmente successiva a quella dell'home video. Una circostanza questa che contraddice la finalità dichiarata del sistema delle finestre di distribuzione, ossia diversificare la disponibilità dei contenuti sui diversi canali a seconda delle

abitudini di consumo dei clienti e non delle piattaforme utilizzate. Il canale VOD, infatti, è obiettivamente sovrapponibile all'home video per ciò che riguarda il tipo di bisogno che vuole soddisfare. La finestra VOD, quindi, dovrebbe coincidere con quella dello stesso home video.

In secondo luogo, molti contenuti non sono disponibili per la finestra VOD.

Questo è dovuto in primo luogo ai citati meccanismi di *holdback* attuati dai principali operatori di pay-TV. Per effetto di questi meccanismi alcuni contenuti semplicemente non sono trasmessi in VOD in alcuna delle finestre disponibili.

Un altro fenomeno è poi legato al fatto che la finestra VOD, a differenza di quella home video, ha una durata limitata nel tempo di circa 60 giorni. Alla scadenza di questo periodo, si apre la finestra pay-TV e i contenuti non possono più essere trasmessi in VOD.

E' abbastanza evidente come l'insieme di questi elementi renda la finestra VOD obiettivamente disagiata per il fornitore di servizi e peggiori sostanzialmente la *customer experience* del cliente.

Ciò premesso, TI ritiene che qualsiasi iniziativa volta a promuovere un'offerta legale di contenuti sulle reti IP non possa prescindere dall'eliminazione delle discriminazioni che derivano dall'attuale sistema delle finestre di distribuzione e/o dalle altre modalità di vendita dei diritti quali: le esclusive multipiattaforma, gli accordi di *holdback*, la remunerazione con minimi garantiti eccessivi, il fenomeno dei diritti non utilizzati, etc.

Inoltre, quanto evidenziato nel Libro Bianco sui contenuti⁶ di recente pubblicato dall'Autorità, sul "sistema delle windows", da un lato, ha il pregio di prendere in considerazione tale sistema come fattore operante nel mercato in questione e all'interno dei modelli di business dominanti.⁷, dall'altro, ha il difetto di non prendere in considerazione il fatto che tale sistema non può che rallentare l'affermazione sul mercato delle piattaforme IP come canale alternativo di distribuzione di contenuti.

Inoltre, anche il Libro Bianco sui contenuti quando affronta l'argomento relativo al "sistema delle windows" lo fa con un approccio "temporale" ed anche di comparazione con gli altri Paesi; ma forse lascia un po' in sordina l'aspetto "territoriale" delle finestre di distribuzione, ossia la possibilità di fruire di un contenuto (per lo più film e serie tv) nello stesso momento in cui venga proiettato, posto in vendita o trasmesso in un'altra parte del mondo.

Nel complesso, poi, va sottolineato come il "sistema delle windows", temporali o geografiche che siano, delimitando in maniera molto rigida gli ambiti di fruizione dei contenuti, contribuisce in maniera sostanziale a favorire la propensione degli utenti alla pirateria.

E' quanto traspare in maniera evidente dal già citato studio IPSOS/FAPAV sulla pirateria audiovisiva in Italia. In tale studio, come riportato in precedenza, più della metà degli utenti che fruiscono di contenuti non autorizzati motivano tale comportamento in funzione della

⁶ Pubblicazione del Libro Bianco sui contenuti disponibile sul sito ufficiale AGCOM: <http://www.agcom.it/default.aspx?message=contenuto&DCId=497>

⁷, Secondo il "Libro Bianco sui contenuti" (pag. 78), il sistema crea una segmentazione del mercato, "poiché non tutti i consumatori mostrano la stessa disponibilità a pagare per vedere un certo film, i produttori, oltre che dalla sua trasmissione nelle sale, lo distribuiscono progressivamente anche su altri supporti, seguendo un preciso calendario e facendone scendere progressivamente il prezzo, via via che il contenuto perde di attualità".

indisponibilità nei canali legali dei contenuti che corrispondono alle proprie esigenze o della scomodità degli stessi canali legali.

Ne consegue che un approfondito ripensamento del "sistema delle windows", avrebbe importanti effetti diretti in termini di riduzione del fenomeno della pirateria.

In tale direzione anche il recentissimo studio "Freedom in the days of the Internet"⁸ in cui si riconosce, a proposito delle release windows, la necessità di cambiare il paradigma utilizzato fino ad ora dalle majors.⁹

Anche in questo caso, infatti, vale quanto detto in precedenza riguardo gli interventi che potrebbero incidere sulle modalità di acquisizione dei contenuti. TI ritiene che, anche per quelle materie sulle quali l'Autorità non ritiene di avere ricevuto una competenza diretta dal legislatore, l'ineludibile connessione esistente in tema di prevenzione della pirateria fra dissuasione dalla violazione e promozione dell'offerta legale, deve consentire all'Autorità di intervenire anche su questi temi. In particolare, una volta che l'Autorità dovesse individuare delle misure o iniziative ragionevoli per facilitare l'accesso ai contenuti delle piattaforme emergenti, l'adesione a tali iniziative o la applicazione di tali misure non dovrebbe avvenire su basi meramente volontaristiche.

L'Autorità, infatti, laddove dovesse dare seguito a quanto indicato nel documento di consultazione predisponendo e applicando una procedura amministrativa di rimozione dei contenuti asseritamente illegali, dovrebbe condizionare in qualche modo l'applicazione di tale procedura a comportamenti virtuosi dei titolari dei diritti per ciò che riguarda la fornitura dei contenuti.

Il risultato dovrebbe essere tale che l'applicazione delle misure annunciate (o di ogni altra misura che l'Autorità voglia approntare al fine di dissuadere e/o reprimere la violazione del copyright) deve costituire parte di uno schema più ampio del quale sono elementi necessari ed ineliminabili le misure/iniziative di liberalizzazione della fornitura dei contenuti. La mancata adesione a queste ultime, dunque, evidenzerebbe una scarsa attenzione al problema della violazione del copyright non compatibile con la fruizione delle altre misure individuate dall'Autorità al fine di contenere e combattere il fenomeno.

In conclusione, Telecom Italia ritiene che l'insieme delle misure che l'Autorità riterrà opportune al fine di affrontare il problema della violazione del copyright debba costituire un unicum all'interno

⁸ Center of European Studies, Freedom in the Days of the Internet, Regulating, legislating and libertating the Internet while protecting rights and unlocking potentials., Febbraio 2011

⁹ Secondo tale studio in particolare: "Experimenting with new business models might affect the value chain, leading to friction and a loss of profit and goodwill. The deeply embedded culture of release windows in the movie industry provides a good illustration. Investments in movies are recouped in different stages, separated in time. Theatrical release is followed by DVD release, which is followed by a release for TV broadcasting. That tiered system of windows is the result of a careful balance of the interests of various economic actors, which rely on each other for profitability. Upsetting the balance forces the various parties to respond, trying to restore the status quo. When Disney, for instance, wanted to narrow the window for theatrical release for Alice in Wonderland from 17 to 12 weeks, theatres responded with a boycott of the movie.112 Given the importance of a theatrical release, studios are reluctant to abandon the window system in favour of new all digital business models."

del quale agli operatori non dovrebbe essere consentito compiere una scelta fra le diverse misure ipotizzate.

3.4. Attività informativa e di “educazione alla legalità”

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?

TI ritiene molto importante lo studio IPSOS -FAPAV per quanto riguarda i dati sui soggetti che sono stati utilizzati come campione per estrarre i dati sul livello della capillarità del fenomeno pirateria esistente. Dallo studio, infatti, emerge che la maggior concentrazione di soggetti in cui la pirateria ha maggiore sviluppo è quella degli studenti. Ciò dovrebbe indurre una riflessione nell'Autorità in merito al fatto che sono le fasce di soggetti più giovani a dover essere maggiormente sensibilizzate ad un approccio legale alla fruizione dei contenuti.

TI ritiene che “l'educazione alla legalità” tramite campagne di informazione sia uno strumento per combattere il fenomeno della pirateria e che debba essere rivolta in special modo ai ragazzi.

TI concorda con l'Autorità nel considerare le misure proposte, specie la “promozione delle forme sperimentali di consumo legale”, degli strumenti efficaci a rendere edotta la popolazione sui rischi connessi ad un certo tipo di attività illegittima, quale è la pirateria.

Inoltre, si coglie l'occasione per fare presente che nei contratti che TI da ISP stipula con il proprio cliente finale è già presente un riferimento alla illiceità di determinati utilizzi della rete.

TI sottolinea che la possibilità di intervento, in caso di presunte violazioni, è circoscrivibile esclusivamente all'ipotesi in cui i server e gli spazi web siano di titolarità di TI stessa e sui quali la medesima abbia la possibilità di intervenire direttamente.

TI è comunque disposta, in un'ottica di collaborazione alla tutela di determinati diritti e comunque in funzione delle proposte dell'Autorità, 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.

In tal senso TI si mostra disponibile a recepire le proposte di tipo pedagogico che l'Autorità intenderà presentare agli operatori, confrontando con quanto già presente nei suoi modelli contrattuali ed eventualmente aggiornando questi ultimi.

Inoltre, non si può non considerare che l'aspetto relativo all'educazione alla legalità non può che essere solo la cornice di riferimento rispetto alla concreta promozione e realizzazione dell'offerta legale dei contenuti, in mancanza della quale, qualsivoglia azione pedagogica rivolta ad un uso legittimo e legale dei contenuti rimarrebbe vana e priva del suo indefettibile antecedente logico.

TI ritiene infine di aderire alla proposta fatta dall'Autorità Riguardo le forme di m-payment indicate come fattore di sviluppo ed avanzamento tecnologico che permetterebbero una maggiore facilità e velocità nello scambio commerciale e che quindi non possono che avere un effetto incentivante al legittimo e legale consumo dei contenuti.

3.5. Il procedimento di tutela del diritto di autore e del copyright

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.

TI ritiene che la procedura di rimozione dei contenuti asseritamente illeciti proposta nei lineamenti di provvedimento possa risultare, a certe condizioni, e comunque con dei limiti oggettivi, uno strumento utile a contrastare la pirateria. Nonostante ciò, essa non può in alcun

¹⁰ Lo studio CES summenzionato riconosce che *"The key criticism is that is not particularly effective in practice. The NTD regime places a considerable burden of costs and liability risks on the service hosting the content. Because both removing and not removing content may lead to liability, the NTD mechanism must be very thorough in order to avoid*

caso prescindere dalla definizione sistematica e precisa dei soggetti e dei ruoli di questi coinvolti nella procedura. I lineamenti di provvedimento sembrano, infatti, accomunare il gestore del sito, l'hosting provider, l'operatore televisivo e l'operatore di telecomunicazione "alla cui sfera risulti oggettivamente ascrivibile la violazione della normativa rilevante", così trascurando alcuni principi fondamentali della normativa vigente (D. Lgs 70/2003) a livello nazionale e non solo. Anche la direttiva sul commercio elettronico, infatti, dopo aver sancito l'impossibilità di imporre, in capo ai fornitori dei servizi della società dell'informazione, un qualsivoglia ruolo di vigilanza della rete, declina in maniera graduata le attività cui sono tenuti tali soggetti e le eventuali correlate responsabilità, concetto che non sembra essere ripreso, né risulta chiaro, nel testo proposto dall'Autorità.

Tutto ciò va poi collegato a quanto la scrivente ha esposto nelle Considerazioni Generali e cioè che, secondo la stessa analisi compiuta dall'Autorità nel documento di consultazione, fatta eccezione per le competenze attribuitele dal Decreto Romani, la stessa è competente ad intervenire solo ed esclusivamente nei limiti dei profili di responsabilità identificati dal Decreto 70/2003.

Si ritiene quindi opportuno che l'Autorità precisi che, qualsivoglia richiamo agli operatori di telecomunicazione compiuto nella procedura in questione, vada inteso nel rigoroso rispetto dei limiti fissati dal Decreto 70/2003 in ordine alle eventuali responsabilità di tali soggetti ed al loro coinvolgimento in attività di tutela del diritto d'autore.

Più in generale, è importante, per la comprensione ed efficace applicazione delle misure che l'Autorità vorrà eventualmente adottare, fornire un adeguato chiarimento delle caratteristiche, dei ruoli e delle eventuali responsabilità dei soggetti coinvolti nella ipotizzata procedura.

In particolare si suggerisce che l'Autorità chiarisca i criteri per identificare la figura del "gestore del sito", così come gli obblighi e le responsabilità che sullo stesso possono gravare, a seguito di una segnalazione.

Sembra opportuno, inoltre, enucleare i requisiti minimi di validità di una segnalazione, fra cui in particolare l'identificazione del segnalante, l'individuazione del contenuto e la corretta e puntuale individuazione della URL dove è reperibile il contenuto stesso.

Inoltre si evidenzia che la prima fase della procedura, nella quale al gestore del sito (o al fornitore di servizi di media audiovisivi) è assegnato un termine di 48 ore nel quale deve valutare "se la richiesta appare fondata" e, se del caso, deve rimuovere il contenuto entro il termine di 48 ore dalla ricezione della richiesta, evidenzia alcune criticità.

mishaps. That means the process is often slow, leaving the content online for a period of time. Moreover, while most ISPs and services operate NTD systems to the best of their abilities, a significant number of rogue ISPs and platforms do not heed NTD requests. An example is the illegal file-sharing website The Pirate Bay, which mocked organisations sending NTD requests. Another issue with the NTD approach is that it is an ex post mechanism. In many cases, once the problematic information is published, the damage is already done. The longer the information stays online, the more extensive the damage will be. That reality is exacerbated by the fact that any information put online will quickly be copied to different locations. A final issue is that it is easy for criminals to shift their content to a new platform. That means that when using a NTD approach, regulators have to play a constant game of cat and mouse".

In primo luogo, sembra che in questa fase sia demandata al destinatario della segnalazione un'attività paragiurisdizionale di valutazione dell'avvenuta violazione assimilabile a quella che sarà eventualmente svolta dall'Autorità nella seconda fase.

Tale attività è ad avviso della scrivente problematica in quanto:

- Impone al destinatario della segnalazione un'attività che come detto appare di tipo paragiurisdizionale;
- Impone allo stesso soggetto un dovere di procedere alla rimozione, lasciando Impregiudicata la questione della responsabilità in caso di indebita o mancata rimozione;
- Non sono forniti dall'Autorità criteri o linee guida che indichino al destinatario della segnalazione come valutare l'eventuale liceità o illiceità del contenuto;

E' evidente che l'insieme delle criticità segnalate sono scarsamente compatibili con la natura preliminare e obiettivamente sommaria dell'analisi che deve condurre il soggetto in questione nel valutare l'"apparente" fondatezza della segnalazione e a decidere se rimuovere, oppure no, il contenuto contestato.

Per questi motivi, sarebbe in primo luogo auspicabile che l'Autorità fornisca ai destinatari delle segnalazioni linee guida e criteri di valutazione che consentano loro di compiere tale prima sommaria verifica secondo criteri comuni e oggettivi. In secondo luogo, è ancora più importante che per effetto di tale valutazione non possa essere contestata ai destinatari delle segnalazioni alcuna responsabilità né da parte dei segnalanti né da parte degli eventuali terzi interessati.

Per ciò che riguarda i primi, infatti, l'esperienza della scrivente è che i titolari dei contenuti tendono ad ampliare in maniera indiscriminata il novero dei comportamenti ai quali sia riconducibile una responsabilità degli altri soggetti della filiera per le violazioni dei diritti di proprietà intellettuale da essi ipotizzate. Qualsiasi comportamento passivo del destinatario della segnalazione ancorché in una fase di valutazione sommaria, si presterebbe quindi a contestazioni, infondate quanto dannose, circa tali eventuali responsabilità.

Dall'altro lato, l'operatore che procedesse alla rimozione di un contenuto che si rivelasse poi legittimamente utilizzato, si esporrebbe alle rivendicazioni del soggetto indebitamente penalizzato dalla condotta del gestore del sito o del fornitore di servizio di media audiovisivo; quest'ultimo dovrebbe invece essere salvaguardato contro simili effetti.

Per evitare ciò, premesso che è comunque necessario introdurre nelle disposizioni che regolano la procedura in questione una norma di raccordo tra essa e l'eventuale avvio (magari d'urgenza) di un giudizio avanti il giudice ordinario (possibilmente disponendo la sospensione della procedura), è assolutamente necessario che i destinatari delle segnalazioni siano esonerati da responsabilità per la rimozione o mancata rimozione dei contenuti contestati o siano comunque sottratti a tali contestazioni riportando l'attività in questione nell'ambito d'intervento della stessa Autorità. Quest'ultima deve infatti essere l'unico soggetto a potere valutare eventuali contestazioni sia in caso di mancata che di indebita rimozione..

Quanto detto ci rimanda quindi alla fase 5 del procedimento ed al tema delle possibili sanzioni. Alla luce di quanto premesso, l'inottemperanza dell'ordine di rimozione impartito dall'Autorità dovrebbe essere l'unica ipotesi nella quale sia possibile comminare sanzioni ai gestori dei siti o ai fornitori di servizi di media audiovisivi.

Si osserva in ogni caso che per l'adozione di tali provvedimenti sembra obiettivamente necessario che gli stessi siano preceduti da una fase a "cognizione piena" riguardo l'effettiva legittimità della richiesta del segnalante, nonché da una fase di accertamento in fatto volta ad escludere ipotesi di eventuale reimmissione in rete (dopo la rimozione da parte dell'operatore) da parte dello stesso utente o di altro utente dello stesso contenuto.

Da ultimo si rileva l'opportunità - stante la complessità delle operazioni da svolgere da parte dell'operatore, alcune della quali aventi come detto natura "paragiurisdizionale" (esame della segnalazione, valutazione della conformità della stessa e della conformità alle linee guida, individuazione del contenuto, individuazione del soggetto che lo ha caricato e segnalazione a quest'ultimo, con relativi tempi di risposta, verifica della "fondatezza" della segnalazione, comunicazione al richiedente di avvenuta rimozione, etc.), di un ampliamento del termine di 48 ore, termine che in ogni caso dovrebbe decorrere dalla ricezione di una segnalazione completa.

3.6 Le licenze collettive estese

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?

Telecom Italia ritiene che il sistema delle licenze collettive estese, così come delineato nel documento di consultazione, è in controtendenza con l'obiettivo di favorire lo sviluppo di un'offerta legale dei contenuti sulle reti IP.

Infatti, le risorse che gli utenti trasferirebbero agli enti collettivi di rappresentanza degli autori (e non agli autori o ai titolari dei diritti) non sarebbero sottratte alle attività di distribuzione non autorizzata dei contenuti ma, invece, alla stessa offerta legale che si vorrebbe promuovere.

A parità di remunerazione degli enti collettivi di rappresentanza degli autori, quindi, si creerebbe un obiettivo effetto di traslazione della capacità di spesa degli utenti dai servizi legali verso i servizi tendenzialmente illegali.

Da ciò, ne discende che se l'intento è quello di sostituire dei soggetti che distruggono valore per il mercato, la soluzione non sembra coerente con l'obiettivo.

Inoltre, il modello ipotizzato dall'Autorità chiarissimo necessiterebbe di diversi ulteriori chiarimenti, sia in ordine all'esatta individuazione dei citati enti rappresentativi di diverse categorie di soggetti, sia in ordine alle caratteristiche degli accordi che l'Autorità dovrebbe ratificare, sia infine per quanto concerne le modalità concrete di attuazione del sistema.

L'interpretazione che TI dà del sistema delle licenze in questione è di un accordo tra rappresentanti dei detentori dei diritti e rappresentanti dei consumatori affinché si determini una fee per utente che dovrebbe poi essere applicata dagli operatori di accesso secondo uno schema che in linea teorica potrebbe essere paragonato a quello dei sostituti di imposta.

Se l'interpretazione è corretta sarebbe come dar luogo ad una sorta di equo compenso sulla connessione dati. Se così fosse, secondo TI la logica dell'equo compenso non è accettabile per una serie di ragioni di natura generale, prima fra tutte la natura parafiscale della misura.

Ad avviso di TI, l'effetto dell'adozione di una simile misura sarebbe soltanto quello di consentire agli utenti di mantenere le abitudini attuali, pagando una piccola somma in aggiunta al proprio abbonamento, senza lo sviluppo di un vero mercato dei contenuti e di meccanismi premiali di mercato in grado di valorizzare innovazione e creatività e quindi, anche come detto prima non sarebbe un sistema incentivante di un'offerta legale dei contenuti, che è il risultato che l'Autorità vuole ottenere.

Contro la pirateria on-line, l'unico elemento in grado di mutare le abitudini dei consumatori, spostandole verso offerte a pagamento a maggior valore aggiunto rispetto all'alternativa illegittima della pirateria è proprio il potenziamento dell'offerta legale.

In un contesto nel quale, come abbondantemente evidenziato in precedenza, il problema principale degli operatori legali è quello dell'approvvigionamento di contenuti, la sottrazione a tale offerta di una parte sostanziale della capacità di spesa degli utenti contribuisce ad impoverire ancora l'offerta in questione e rischia di innescare meccanismi che facciano regredire l'intero sistema della distribuzione dei contenuti su reti IP.

TI, quindi, propone che l'Autorità ragioni su misure pro concorrenziali, che consentano di far sì che sia il mercato a indicare il valore dei contenuti e, di conseguenza a remunerare e rendere sostenibile il business creativo. In tal senso, sarebbe certamente preferibile optare per un sistema di licenze collettive estese che però riguardassero l'uso commerciale dei diritti. Un tale sistema, oltre a facilitare lo sviluppo e il consolidamento dei modelli di business legali, avrebbe anche l'indubbio vantaggio di eliminare molte rigidità del sistema di gestione dei diritti quale, ad esempio l'annoso problema delle opere "orfane".

Un simile approccio sarebbe anche più coerente con le posizioni che la stessa Autorità ha espresso a proposito di accesso ai contenuti premium e finestre di distribuzione.

La visione dell'Autorità in merito all'argomento delle licenze collettive estese, la quale è stata anche espressa nel Libro Bianco sui contenuti digitali, sembra essere una prospettiva sostanzialmente aperta al confronto con le soluzioni offerte dal panorama internazionale. Tale approccio non può che far pensare che la questione vada discussa e ampliata e che al momento non possa essere cristallizzata in una posizione che appare alla scrivente poco attenta ai necessari sviluppi del mercato.

3.7 Attività di risoluzione di controversie

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

Ti ritiene l'iniziativa pregevole nel suo obiettivo ma ritiene altresì che l'Autorità debba chiarire più nel dettaglio i contenuti di tale procedura che la vede attiva in un ruolo di mediazione. In particolare sarebbe opportuno chiarire meglio gli ambiti di applicazione della procedura e i ruoli che in essa avrebbero le parti interessate, e la base giuridica dell'attività che ritiene di voler porre in essere,

E' infatti opportuno, secondo Telecom Italia, che l'Autorità chiarisca che tale attività non è espressione di alcun potere autoritativo e che la partecipazione ha per gli operatori carattere volontario.

Inoltre, per assicurarsi che possa essere perseguito e raggiunto il fine di mediazione auspicato, è altresì necessario comprendere in che rapporto si collochi tale ruolo di mediazione rispetto all'intervento previsto nel procedimento a tutela del Diritto d'Autore delineato dalla stessa Autorità al punto 3.5.2 dei Lineamenti di provvedimento ed in particolare rispetto allo step che prevede il coinvolgimento diretto dell'Autorità con la verifica in contraddittorio tra le parti. In tal modo potrà essere meglio delineato il suo ruolo nella mediazione e la necessaria garanzia di terzietà rispetto alle diverse possibili soluzioni.

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

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

Telecom
Italia

concorda con l'iniziativa dell'Autorità di discutere dei temi in questione nell'ambito di un apposito Tavolo Tecnico.

A tale proposito, dal momento che tutti gli operatori hanno avuto modo di esprimersi sulle proposte dell'Autorità nell'ambito della consultazione in oggetto, Telecom Italia ritiene che il Tavolo debba rappresentare un'opportunità per affinare i contenuti dei Lineamenti di provvedimento che l'Autorità elaborerà a conclusione della consultazione.

In quella sede, dunque, gli operatori dovranno il più possibile attenersi ai contenuti del provvedimento e cercare una mediazione su di essi.