

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

FASTWEB è il principale operatore alternativo nelle telecomunicazioni a banda larga su rete fissa in Italia. Grazie alla realizzazione di una rete di nuova generazione a larga banda, con accesso in fibra e xDSL, Fastweb mette a disposizione dei propri clienti un'offerta convergente di servizi voce, accesso ad Internet e televisivi.

In ragione dell'attività svolta, intende svolgere le considerazioni sulla Delibera in oggetto e rispondere ai seguenti quesiti pur chiedendo, sin d'ora, che sia messo in consultazione un eventuale provvedimento regolatorio ispirato al procedimento in corso.

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?

Si.

In Italia, infatti, una serie di criticità rallentano l'offerta legale di contenuti digitali via IP nonostante la crescente propensione dell'utenza al consumo personalizzato di contenuti audiovisivi ed il fatto che i processi di evoluzione tecnologica multipiattaforma creino un interessante mercato potenziale per la distribuzione e fruizione di contenuti via IP.

In aggiunta alle criticità individuate da codesta Autorità (clausole di esclusiva, accordi di holdback, finestre di sfruttamento dei diritti discriminatorie che penalizzano le nuove piattaforme), si evidenziano ulteriori pratiche negoziali dei titolari dei diritti che incidono negativamente sull'effettiva disponibilità e le condizioni di accesso ai diritti video on demand per contenuti pregiati, che restano i fattori di successo per lo sviluppo di offerte a pagamento e free sia per le offerte IPTV che quelle gestite su piattaforme OTT.

Anche quando i titoli sono potenzialmente disponibili perché non soggetti a vincoli di esclusiva, la capacità dei distributori di contenuti via IP di creare offerte televisive variegata, basate su ampi cataloghi di opere, sfruttando appieno le potenzialità della distribuzione immateriale e della lunga coda delle nuove piattaforme, sono limitate dalle modalità con cui i produttori fissano il "prezzo minimo garantito" di ciascun titolo legato all'ipotesi che una percentuale minima della customer base o del mercato potenzialmente raggiungibile acquisti o noleggi il titolo. I prezzi minimi così determinati, per le modalità di fruizione basate su dette piattaforme, si rivelano nella maggior parte dei casi più alti rispetto ai ricavi complessivi derivanti dal noleggio del film. Questo disincentiva la creazione di cataloghi ampi e lo sfruttamento dell'approccio long tail.



Se viene fissata, infatti, una percentuale minima di clienti che noleggerà ciascun titolo (cosiddetto buy rate), è evidente come l'aggregatore sarà incentivato a restringere il catalogo di opere per concentrare la scelta degli utenti su un numero limitato di titoli e aumentare le probabilità di recuperare effettivamente i minimi garantiti corrisposti ai produttori.

Inoltre, la struttura dei contratti ha impedito, in ogni caso, agli aggregatori di video on demand di beneficiare di economie di scala. Infatti, essendo stato finora il buy rate stabilito contrattualmente al disopra del buy rate effettivo, al crescere della base clienti il costo del titolo cresce in modo più che proporzionale rispetto ai ricavi. L'imposizione di questi meccanismi ha finito, dunque, per limitare il numero di titoli che gli operatori di piattaforme basate sul VOD possono mettere a disposizione dei propri clienti, riducendo di conseguenza il valore complessivo dell'offerta e la capacità di competere con operatori e modelli di business già consolidati.

(

)

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?

Ad avviso della scrivente, una misura efficace potrebbe ravvisarsi nell'esercizio dei poteri regolamentari da parte di codesta Autorità volti a favorire la disponibilità di contenuti pregiati sui nuovi media in tempi e forme adeguate rispetto alle richieste del mercato.

Non sembra opportuno, in questo ambito, un generico riferimento all'azione del mercato e alla libertà negoziale degli attori coinvolti (soprattutto con riferimento ai titolari dei diritti), poiché il mercato dei contenuti non è un mercato perfettamente concorrenziale e, dunque, in grado di svilupparsi secondo criteri di efficienza, essendo caratterizzato da diritti di esclusiva, holdback e altre prassi commerciali che manifestano la presenza di *market failure*; risulta pertanto opportuno un intervento di regolazione del mercato volto al superamento delle criticità denunciate che hanno come effetto ultimo quello di ostacolare la circolazione e l'utilizzo dei contenuti protetti dal diritto d'autore sui nuovi media e la creazione di una offerta legale adeguata rispetto alle istanze dei consumatori.



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?

Si, benché, come evidenziato al punto precedente, si ritengano necessari ulteriori interventi di natura regolatoria volta a consentire lo sviluppo del mercato dei servizi media.

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?

Si.

Come precedentemente evidenziato, si condivide pienamente l'analisi effettuata da Codesta Autorità e si ritiene necessaria la promozione di iniziative regolatorie che possano promuovere una riforma del mercato attraverso una limitazione delle esclusive sui nuovi media e un'equiparazione delle finestre Vod all'home video, per consentire la contemporanea distribuzione delle opere (anche in qualità HD) attraverso entrambi i canali.

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?

Si, si rinvia ai punti precedenti.

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?

Parzialmente.

La scrivente ritiene auspicabile l'avvio di campagne di informazione e di educazione alla legalità che, tuttavia, dovrebbero essere ispirate sia da un intento informativo circa la disciplina vigente in materia di diritto di autore sia promozionale, a sostegno della fruizione delle offerte legali di contenuti audiovisivi. Queste campagne dovrebbero poter indurre la fruizione di nuovi modelli legale di offerta dei contenuti sui nuovi media e, pertanto, sarebbe opportuno che fossero discusse e messe appunto dai principali attori del predetto mercato cioè gli ISP, aggregatori di contenuti e i fornitori di contenuti. E', pertanto, auspicabile che le attività informative e promozionali ipotizzate siano discusse e concertate nell'ambito di un Tavolo Tecnico coordinato da Agcom.

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?



Parzialmente.

Generalmente le condizioni di contratto degli operatori già ad oggi contengono una informativa sulla tutela dei diritti di proprietà nonché indicazioni sulle modalità di pagamento dei servizi on line che, ad avviso della scrivente, dovrebbero essere scelte autonomamente dai fornitori di servizi di media tra quelle disponibili sul mercato.

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?

Anche in questo caso, in conformità con quanto evidenziato al punto D1 relativo al par. 3.4, si ritiene auspicabile che eventuali comunicazioni al cliente siano discusse e concertate tra gli attori del mercato coinvolti nelle campagne informative, nell'ambito di un Tavolo Tecnico coordinato da Agcom.

3.5. Provvedimenti a tutela del diritto d'autore

3.5.1. Premessa

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

3.5.4. Valutazione conclusive

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.

Parzialmente.

L'Autorità propone di perseguire l'obiettivo di contrasto alla pirateria con l'adozione di un meccanismo di *notice and take down* secondo il modello statunitense, che prevede la segnalazione della violazione del diritto di proprietà intellettuale da parte del detentore dei diritti al "gestore del sito", che - fatta una prima sommaria valutazione della segnalazione - procede alla rimozione del contenuto incriminato, qualora la ritenga opportuna.

Il meccanismo dovrebbe seguire la procedura in cinque fasi immaginata dall'Autorità al paragrafo 3.5.2 del documento di cui in oggetto.

Relativamente a quest'ultima si evidenzia un primo problema generale nella definizione dei soggetti chiamati in causa nelle diverse fasi della procedura.

- ***Fornitori di servizi media audiovisivi***

Con riferimento ai soggetti destinatari della procedura, l'Autorità sembra identificare in primo luogo due tipologie di soggetti: i **fornitori dei servizi media audiovisivi** e il **gestore del sito**.

Se il riferimento ai fornitori dei servizi media appare chiaro nella misura in cui tali soggetti sono attualmente identificabili in base ai regolamenti 606/10/CONS e 607/10/CONS emanati da codesta spettabile Autorità ed inoltre coerente con l'art. 32 bis

¹ Da intendersi nella definizione di cui ai successivi paragrafi come soggetto diverso dagli intermediari regolati dal D.Lgs 70/2003,...



del Testo Unico della radiotelevisione, che riconosce all'Autorità un potere regolatorio per "rendere effettiva l'osservanza dei limiti e i divieti" in materia di diritto di autore in capo a tali soggetti, il riferimento ai "gestori del sito" quale destinatario della procedura di *notice and take down* è invece sicuramente più problematico; questo infatti è da inquadrare in una corretta interpretazione del contesto normativo di riferimento e dei poteri di vigilanza attribuiti in siffatta materia all'Autorità dalla legge escludendo quindi, dalla predetta fattispecie, gli operatori individuati dal D.lgs.70/2003 agli artt. 14, 15 e 16, come meglio si esporrà nel successivo paragrafo.

- ***Gestori del sito***

In primo luogo si osserva che i "gestori dei siti internet" non sono stati classificati né regolamentati da alcun provvedimento normativo e, dunque, non sono facilmente identificabili dal punto di vista regolatorio. E', dunque, evidente che l'incertezza interpretativa circa l'assoggettabilità di alcuni soggetti a tale categoria da una parte avrebbe ricadute sulla definizione dell'ambito di applicazione della procedura di *notice and take down* e, sotto altro profilo, è suscettibile di pregiudicare la validità e la corretta applicazione di un eventuale regolamento dell'Autorità in materia. Tuttavia un'interpretazione dell'espressione "gestori dei siti" sembra legittima e coerente con il quadro normativo vigente laddove questi fossero identificati nei siti internet, come definiti dalla legge 62/2001, nella misura in cui l'effetto finale di tale procedimento ermeneutico sarebbe quello di assoggettare alle procedura di *notice and take down* l'intera categoria dei content provider (sia in qualità di fornitori di servizi media audiovisivi che multimediali).

- ***L'operatore di telecomunicazione o quello televisivo***

Un ulteriore criticità è rappresentata dalla proposta, nella terza fase della procedura di *notice and take down* di accomunare nella procedura di contraddittorio relativo alla verifica della presunta violazione il fornitore dei servizi media/gestore del sito, con l'operatore di telecomunicazione o quello televisivo "alla cui sfera risulti oggettivamente ascrivibile la violazione della normativa rilevante".

Ad avviso della scrivente, la responsabilizzazione in via principale o sussidiaria degli operatori di telecomunicazione o di quelli televisivi (intesi come fornitori di reti tv) risulta in contrasto con alcuni principi fondamentali della normativa vigente.

Infatti, per i soggetti della società dell'informazione, infatti, la direttiva sul commercio elettronico (2000/31/CE, recepita con d. lgs. n. 70/2003) prevede una graduazione di responsabilità in relazione al ruolo svolto nell'attività on-line (fornitori di contenuti, di servizi di hosting, caching, "mere conduit"); graduazione che giunge alla piena esenzione di responsabilità per i meri "intermediari telematici", coloro che operano come "mere conduit" e che non sembra essere ripresa, né chiara, nel testo proposto dall'Autorità.

Nell'ambito della società dell'informazione, infatti, gli operatori di rete ed i fornitori di connettività rivestono una differente posizione quando si limitino a fornire l'accesso alla rete ovvero l'attività di semplice trasporto (definita anche di "mere conduit").



Rispetto agli operatori di mere conduit non è possibile, dunque, accettare soluzioni che, nel porre oggettivamente a carico dell'operatore² la responsabilità per eventuali illeciti posti in essere dagli utenti, finiscano per trasferire su detti operatori una responsabilità oggettiva che l'ordinamento non gli attribuisce nonché un improprio (e, si vedrà, legalmente infondato) ruolo di sorveglianza sui contenuti delle comunicazioni trasmesse, incidendo negativamente sulle libertà fondamentali degli individui. Senza contare che tale ruolo comporterebbe ingenti costi a carico dell'operatore con il rischio di limitare lo sviluppo della rete e dell'intero settore delle TLC e delle nuove tecnologie.

Come ricordato dall'Autorità³, la normativa che governa la questione è in buona parte contenuta nel D. Lgs. 9 aprile 2003, n. 70 attuativo della Direttiva Europea 2000/31/CE sugli aspetti giuridici della società dell'informazione che fissano principi generali cui occorre far riferimento anche nell'applicazione dell'art. 182 bis l.d.a.⁴.

In particolare, per quel che qui interessa, l'art. 14 del menzionato Decreto stabilisce che l'operatore di telecomunicazioni non è responsabile dei contenuti veicolati se fornisce solo l'accesso alla rete e la trasmissione delle informazioni, ponendo in essere le attività automatiche, intermedie e transitorie tecnicamente necessarie a permetterne l'istadamento. Di "attività di ordine meramente tecnico, automatico e passivo" parla anche il considerando n. 42 della direttiva 2000/31/CE. Tale esonero da responsabilità viene meno solo se l'informazione contenuta nella comunicazione sia originata dallo stesso operatore, ovvero questi abbia operato la scelta del destinatario della comunicazione stessa ovvero ancora lo stesso operatore ne abbia modificato il contenuto.

Il legislatore, dunque, è ben conscio della necessità di effettuare - anche al fine della semplice trasmissione - operazioni automatiche, tant'è che, al secondo comma dello stesso articolo, ha avuto modo di precisare che l'esimente della responsabilità si applica anche quando vi sia una memorizzazione delle informazioni automatica, intermedia e transitoria a scopo di trasmissione.

Si tratta cioè delle operazioni tecniche di base che l'operatore di telecomunicazioni deve garantire affinché i dati fluiscano nella rete.

Quando gli operatori telefonici veicolano la voce nessuno ritiene l'operatore responsabile dei contenuti delle informazioni scambiate tra gli utenti. Nessuno pretende poi che lo stesso operatore si debba attivare, su segnalazione di un terzo privato, per qualsivoglia asserita violazione di un diritto dello stesso terzo. Se vi fosse ad esempio una società finanziaria con un numero di telefono pubblicizzato e detta società fosse oggetto di denuncia per usura da parte di un'associazione di risparmiatori, certamente detta associazione non potrebbe agire contro la compagnia telefonica per chiedere "di staccare il telefono" alla società finanziaria. Il blocco della numerazione, nel rispetto delle garanzie costituzionali, deve essere disposto dal magistrato penale e/o dagli organi

² In questa prospettiva si segnala anche l'ambiguità del termine Internet Service Provider che non trova riscontro nel nostro ordinamento in una definizione di natura legale ma è utilizzato genericamente per ricomprendere qualsivoglia prestatore di servizi che abbia a che fare in qualche modo con Internet al contrario del preciso ruolo dell'operatore telefonico di "mere conduit" individuato dalle direttive comunitarie e dal D.Lgs 70/2003 che regolano la materia.

³ In tal senso si veda punto 2.2 pag. 5 All. B alla delibera 668/10/Cons, nonché pag. 2

⁴ Nell'esercitare le prerogative e l'attività di vigilanza che l'art. 182 bis della l.d.a. l'Autorità dovrà occuparsi da una parte di tutelare la libertà di espressione e l'equa remunerazione dell'autore e, dall'altra, di garantire le libertà fondamentali dell'individuo quali 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 ". In tal senso cfr. pag. 2 All. A alla Delibera 668/10/Cons.



di polizia giudiziaria competenti. Impedire privatamente la comunicazione sarebbe addirittura penalmente rilevante ex art. 617 c.p..

Lo stesso principio vale perciò anche quando la rete di telecomunicazioni veicola flussi di dati e l'operatore, come detto, provveda a fornire i meri servizi di connettività e trasporto anche di segnali televisivi.

Del resto, quando il terzo comma dell'art. 14 si riferisce a un ordine con cui l'autorità giudiziaria può esigere che il prestatore, nell'esercizio delle attività di memorizzazione (sempre intermedia e transitoria), ponga fine "alle violazioni commesse", intende evidentemente i casi in cui il prestatore deliberatamente collabori con un destinatario del suo servizio al fine di commettere atti illeciti (come chiarisce il considerando n. 44 della direttiva 2000/31/CE).

La disciplina in vigore è dunque molto netta nell'escludere che un operatore di semplice trasporto possa legittimamente bloccare l'accesso alla rete od oscurare un sito.

Infatti nel caso del servizio di "mere conduit", come noto, il provider non opera un controllo dell'informazione, non la memorizza ma la "tratta" automaticamente per il brevissimo tempo ed eseguendo esclusivamente le operazioni tecnicamente necessarie all'immissione del dato in rete per la trasmissione immediata. Resta fermo che l'operatore di mero accesso non la conserva ma non può neppure analizzarne il contenuto. L'informazione è al di fuori della sua sfera di conoscenza e disponibilità. E senza controllo non c'è responsabilità.

Quanto sin qui esposto è stato confermato dal Tribunale di Roma nell'ordinanza del 15 aprile 2010 (in *Foro it.*, 2010, I, 1598 ss.) - che nel dirimere proprio una controversia tra tutti i portatori⁵ dei diversi interessi coinvolti ha riconosciuto che il mero fornitore di accesso "*non ha alcun obbligo di sorveglianza sulle informazioni trasmesse o memorizzate*"....."*né alcun obbligo di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite*". Né tantomeno, sempre a detta del Giudice, il fornitore di accesso ha alcun obbligo di sospendere il servizio di accesso ai siti che propaghino illecitamente contenuti protetti neppure quando in tal senso sia stata notiziata dal titolare dei diritti.

(

).

⁵ Trattasi di controversia dove era presente in giudizio (i) la SIAE, (ii) la FAPAV come associazione di autori, (iii) la ASSTEL come associazione degli operatori di telecomunicazioni, iv) Telecom Italia e v) Il Garante per la tutela dei dati personali.



In definitiva, qualunque sia la procedura di *enforcement* che codesta Autorità intenda adottare, essa dovrà tener conto del differente regime legale cui sono assoggettati gli ISP, a seconda dell'attività (fornitore dei servizi media audiovisivi, mero accesso, *caching* o *hosting*) da essi svolta.

Esiste, inoltre, un tema di legittimazione e di fondatezza del potere regolatorio dell'Autorità in relazione ai soggetti destinatari del procedimento.

L'art. 6 del d.lgs. 15 marzo 2010, n. 44 che introduce l'art. 32-bis (Protezione dei diritti d'autore) nel d.lgs. 31 luglio 2005, n. 177 (Testo unico della radiotelevisione)] - su cui si baserebbe la potestà regolatoria dell'Autorità in materia di notice and take down- nel fare divieto ai «fornitori di servizi di media audiovisivi» di «trasmettere o ri-trasmettere, o mettere comunque a disposizione degli utenti, su qualsiasi piattaforma e qualunque sia la tipologia di servizio offerto, programmi oggetto di diritti di proprietà intellettuale di terzi, o parti di tali programmi, senza il consenso di titolari dei diritti, e salve le disposizioni in materia di brevi estratti di cronaca» [comma 2, lett. b)], nell'attribuire a codesta Autorità il compito di «emana[re] le disposizioni regolamentari necessarie per rendere effettiva l'osservanza dei limiti e divieti di cui al presente articolo» [comma 3] - non estende la sfera di azione dell'Autorità al punto tale da cancellare la differenza, sotto il profilo degli obblighi cui sono tenuti e della connessa responsabilità, fra fornitori di servizi media, operatori di mere conduit, operatori di caching ed operatori di hosting di contenuti digitali. Tale differenza, infatti, è - e resta - chiaramente tracciata dagli artt. 14, 15, 16 e 17 del d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70 che definisce il ruolo ed il profilo giuridico di responsabilità dei diversi intermediari coinvolti in attuazione della Direttiva Comunitaria 2000/31/CE.

- ***Eventuali correttivi in relazione alla procedura di Notice nad take down ipotizzata da Agcom***

Sulla base delle considerazioni espresse, si suggerisce un chiarimento/definizione delle caratteristiche e dei ruoli dei soggetti coinvolti nell' ipotizzata procedura. In particolare, nella fase in cui si ipotizza la segnalazione diretta della violazione, da parte del detentore dei diritti, ai gestori dei siti ed ai fornitori di servizi di media audiovisivo, si ritiene necessario che l'Autorità definisca con esattezza gli elementi distintivi sia del "gestore del sito", eventualmente identificandoli sia nei "siti internet" ai sensi delle legge 62/2001 che nei fornitori dei servizi media ai sensi dell'art. 6 del d.lgs. 15 marzo 2010, n. 44.

Inoltre, stanti i poteri regolatori e paragiurisdizionali rivendicati dell'Autorità in materia di tutela del diritto di autore in capo ai fornitori dei servizi media audiovisivi e dei "gestori dei siti" e stante altresì la necessità di preservare i legittimi diritti degli stessi titolari dei servizi media e dei gestori dei siti, oltre che quelli dei titolari di copyright, è necessario che l'ordine di rimozione dei contenuti illegittimi diventi cogente, nell'ambito della procedura, solo a seguito di un' effettiva valutazione da parte di Agcom. Sarebbe auspicabile, quindi, che sia l'Autorità ad effettuare tale analisi e a inviare poi la relativa richiesta ai soggetti destinatari del regolamento di *notice*. In alternativa, è opportuno che l'Autorità emani linee guida e criteri di valutazione che consentano di effettuare tale prima sommaria verifica secondo criteri comuni ed oggettivi.

In mancanza di chiare indicazioni per la valutazione delle segnalazioni, è inevitabile attendersi che gran parte delle segnalazioni proseguiranno fino alla fase tre della



procedura in questione, in cui la valutazione sull'asserita violazione sarebbe espressa dall'Autorità.

Da ultimo, si ritiene che la tempistica relativa alla procedura di *notice and take down* proposta risulta estremamente rapida e suscettibile di minare l'efficacia della procedura e di compromettere il diritto alla difesa delle parti; si ritiene, dunque, auspicabile un allungamento dei termini ipotizzati.

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.

Il documento di consultazione prevede il caso di rimozione totale nel caso di Siti interamente dedicati alla diffusione di contenuti protetti da diritto d'autore o localizzati all'estero.

I lineamenti del provvedimento che l'Autorità ha intenzione di adottare per i casi in cui i siti abbiano come unico fine 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 sono appena accennati e non consentono di capire a fondo che tipo di procedura l'Autorità potrà definire. D'altronde si rileva che tali casi sollevano problemi di inquadramento circa l'effettiva competenza giurisdizionale da parte dell'autorità giudiziaria italiana e la fondatezza dei poteri di vigilanza da parte dell'Autorità nazionale. Tuttavia, qualora fossero legittime eventuali misure regolatorie da parte di Agcom, si ritiene preferibile l'identificazione periodica di "black list".

La preoccupazione di Fastweb è di sottolineare che, in assenza o in difficoltà di reperimento del soggetto gestore del sito, è importante sia chiarito che non devono essere coinvolti gli Operatori di telecomunicazioni nazionali che offrono il mero trasporto dei segnali digitali ed in quanto tali sono esentati da qualsiasi responsabilità al riguardo dalla direttiva sul commercio elettronico (2000/31/CE, recepita con d. lgs. n. 70 del 2003).

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.

Fastweb ritiene che Codesta Spettabile Autorità, oltre che intervenire per correggere le criticità individuate attraverso gli strumenti regolatori proposti, potrebbe considerare la possibilità di promuovere l'adozione, a livello legislativo, di una normativa ispirata a quella detta dal Decreto Legislativo 9 gennaio 2008, n. 9, che limiti l'utilizzo delle clausole di esclusiva e di *hold-back* nel mercato dei diritti cinematografici in relazione ai nuovi media.

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.

Il documento di consultazione emanato dall'Autorità propone, sempre al fine della migliore tutela dei diritti di proprietà intellettuale su Internet e di adattare al nuovo media gli istituti tradizionalmente utilizzati per tale tutela, l'estensione del sistema di licenze collettive all'utilizzo dei contenuti protetti dal diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica per usi non commerciali.

Il modello ipotizzato dall'Autorità non è chiarissimo, soprattutto perché non è chiarito quali siano gli enti rappresentativi di diverse categorie di soggetti, né la tipologia di accordo che l'Autorità dovrebbe ratificare né il meccanismo di funzionamento delle licenze; è pertanto difficile poter esprimere delle considerazioni nel merito della proposta.

Tuttavia si evidenzia quanto segue.

In primo luogo si osserva che le licenze collettive estese sono uno strumento negoziale volto a disciplinare, su base volontaria, le condizioni economiche di sfruttamento delle opere tra i diversi attori del mercato; pertanto tale strumento risulterebbe sicuramente snaturato e privato della sua efficacia dall'imposizione, per via regolatoria, di obblighi negoziali solo in relazione ad una delle parti del sistema di licenza, come ipotizzato nel provvedimento di cui in oggetto.

L'imposizione di rimedi regolatori esclusivamente in capo agli ISP quali l'introduzione di obblighi di definizione di schemi contrattuali, inserendo elementi di asimmetria contrattuale nel sistema delle licenze collettive, è, dunque, suscettibile di rendere inefficace tale strumento, alterando gli incentivi negoziali tra le parti. Inoltre, gli schemi contrattuali degli ISP, a cui fa riferimento la proposta Agcom, che dovrebbero recepire le tariffe standard per la "libera" fruizione on line delle opere potrebbero essere inficiati da un eventuale e massiccio rifiuto da parte degli autori di aderire alle predette licenze (attraverso l'esercizio del diritto di *opt out*) poiché in questo caso le tariffe di remunerazione dei diritti, concordate nell'ambito delle licenze e recepite nei contratti degli ISP, potrebbero risultare inadeguate rispetto all'effettiva consistenza dei cataloghi on line.

Da ultimo si osserva che, nella consultazione, le licenze collettive estese sono proposte come uno strumento negoziale da utilizzare per la remunerazione delle opere tutelate fruite attraverso sistemi di P2P quando sarebbe invece opportuno fossero utilizzate per la remunerazione delle opere veicolate nell'ambito delle offerte legali di contenuti on line. Infatti, come è noto, il sistema di licenza dei diritti sulle nuove piattaforme presenta differenti criticità quali quelle negoziali già registrate da codesta Autorità (esclusive ecc) oltre quelle riconducibili alla difficoltà di reperimento dei titolari dei diritti, alla segmentazione su base territoriale delle licenze e agli altri costi transattivi per l'acquisizione dei diritti, riconducibili anche alla molteplicità degli enti di gestione collettiva. Pertanto un intervento dell'Autorità che fosse mirato alla tutela del diritto di autore sulle nuove reti di comunicazioni elettroniche attraverso la promozione di forme legittime di sfruttamento dei diritti, dovrebbe essere finalizzato in primo luogo a facilitare lo sviluppo di modalità di offerte legali di contenuti.

L'obiettivo dell'adeguamento degli strumenti per la tutela del diritto d'autore all'uso on-line delle opere deve essere, dunque, perseguito nel quadro della creazione di un'offerta legale competitiva, che è l'unico elemento in grado di mutare le abitudini dei



consumatori, spostandole verso offerte a pagamento a maggior valore aggiunto rispetto all'alternativa della pirateria.

Inoltre, si osserva che il primo e principale effetto delle licenze estese applicate al P2P sarebbe quello di spiazzare i consumi degli utenti i quali destinerebbero in tutto o in parte il budget per il consumo di contenuti digitali al pagamento delle licenze in questione.

A ciò va poi aggiunta la circostanza che dovrebbero comunque essere approntati dei meccanismi tesi a verificare/garantire che chi non paga la licenza non possa avere accesso a tali contenuti. Si riproporrebbero così problemi analoghi a quelli presenti in assenza delle licenze.

Fastweb ritiene preferibile un'applicazione delle licenze collettive estese per uso commerciale, che consentano di un'offerta legale dei contenuti in rete. Un simile approccio sarebbe anche coerente con la logica che, nella prima parte dell'allegato B del documento di consultazione, spinge l'Autorità a mettere in discussione l'attuale accesso ai contenuti premium e la tempistica delle finestre di distribuzione.

D2. Si condivide il percorso procedurale proposto, consistente nell'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.

Parzialmente.

Premesso che il percorso ipotizzato non risulta del tutto chiaro ed è, dunque problematico, per la scrivente esprimere un preciso posizionamento, oltre a quanto già espresso al punto precedente, la scrivente esprime alcune perplessità circa un' eventuale potestà regolatoria di codesta Autorità che possa giustificare l'emanazione di disposizioni regolamentari (come quelle ipotizzati in materia di schemi contrattuali) per legittimare forme di condivisione delle opere tramite file-sharing, quando la predetta potestà, al contrario, sembrerebbe più fondata in relazione a interventi regolatori per agevolare le modalità di negoziazione dei diritti sulle opere tutelate nell'ambito di forme legali di sfruttamento dei contenuti; tali poteri potrebbero, essere pertanto ravvisabile, in relazione alla applicazione delle licenze collettive estese per lo sfruttamento commerciale delle opere sui nuovi media.

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?

Come già esposto al paragrafo 3.4, si ritiene più opportuno fare riferimento a "tutte le possibili forme di pagamento".

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.



Non risulta chiaro a quali fattispecie si dovrebbe applicare il proposto ruolo di mediazione da parte dell’Autorità ed in particolare non si comprende se tale mediazione si sostanzia in uno strumento generale o piuttosto in un procedimento di “appello” gestito dall’Autorità volto a risolvere le controversie non risolte nella procedura di *notice* di primo grado.

Tuttavia, in linea generale, si condivide l’opportunità di prevedere una sede di risoluzione delle eventuali controversie purché la devoluzione delle controversie presso la predetta sede avvenga su base volontaria.

La volontarietà nell’adesione al meccanismo di risoluzione potrebbe consentire il superamento di eventuali eccezioni di incompetenza di Agcom in questa materia.

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.

Si.

Si condivide pienamente la proposta dell’Autorità, in quanto luogo istituzionalmente più adatto ad analizzare in dettaglio, preliminarmente a qualsiasi intervento di natura politica e regolatoria, gli aspetti tecnici di una simile revisione normativa e quindi a formulare proposte al riguardo. Si ritiene altresì che gli eventuali risultati del tavolo tecnico potrebbero costituire un valido presupposto per ulteriori eventuali interventi di rango primario, in grado di fugare qualsiasi dubbio in ordine alla disciplina applicabile alle diverse fattispecie possibili.

Fastweb si candida a partecipare al tavolo tecnico.