

Consultazione pubblica sui lineamenti di provvedimento concernente l'esercizio delle competenze dell'Autorita' nell'attivita' di tutela del diritto d'autore nelle reti di comunicazione elettronica

New York City, March 1, 2010

Sembra all'autore del presente contributo che, prima ancora di addivenire ad una condivisione, o meno, sull'analisi, proposta dall'Autorita', "sulle criticita' strutturali che impediscono lo sviluppo di una offerta legale di contenuti digitali", si renda necessaria una breve disamina critica di quanto precede, nel testo dell'Allegato B, in merito all'oggetto del provvedimento proposto ed alla competenza stessa dell'Autorita' in materia.

A rivedere, infatti, le fonti normative poste dall'Autorita' medesima a base della proposta di provvedimento, si deve osservare che non soltanto l'intero impianto della Direttiva 2010/13/EU, come d'altronde specificamente statuito nel fondamentale considerata 56, sia da intendere come ben distinto dall'ambito di applicazione della Direttiva 2001/29/EC (nonche' delle altre riguardanti la tutela dei diritti di proprieta' intellettuale, dalla "Copyright Directive" 2001/29/EC alla "Enforcement Directive" 2004/48/EC), ma anche come nei citati provvedimenti di recepimento, Dlgs n. 44/2010 e sua progenie, Dlgs n. 177/2005, non possa scorgersi alcuna sovrapposizione con il Dlgs n. 70/2003.

Lungo l'intera Direttiva 2010/13/EU (solo *inter alia*, basti por mente ai considerata 22-28, 33-35, 50-53, 65-70, 86-87, nonche' all' Art. 1, che va, con la massima chiarezza, a definire gli "audiovisual media service" e le nozioni di "editorial responsibility", "media service provider", "television broadcasting", "on-demand audiovisual media service", ed inoltre ai titoli degli articoli, riferiti senza ombra di dubbio al solo ambito dei "servizi di media audiovisivi"), cosi' come, correttamente, nel citato Dlgs 44/2010 (Art. 1-*bis*), il legislatore, sia comunitario che nazionale, fa ricadere scrupolosamente l'ambito di applicazione di tale normativa di emendamento per l'appunto nell'alveo dei

provvedimenti precedenti, e cioè nel settore “broadcasting”, allargato alle offerte audiovisive di tipo “on-demand”.

Di quest’ultimo, fra l’altro, ben si riconosce, nella considerata 58, la differenza di impatto rispetto al “television broadcasting”, e, dunque, l’esigenza di un diverso grado di intensità regolamentare¹; vale anche la pena ricordare come soltanto nella considerata 103 della Direttiva 2010/13/EU contempli, al limitato scopo di garanzia del diritto di rettifica e di replica, la possibilità (“*could also be applied*”) di un’estensione del suo ambito di applicazione all’“*on-line environment*”.

Ovviamente, ben presente nella regolamentazione, sia comunitaria che interna, del settore radio-televisivo e “audio-visual” in generale, rimane la tutela dei diritti di proprietà intellettuale. In tale ambito, si possono sicuramente ravvisare le basi giuridiche di una competenza delle autorità nazionali nel settore delle telecomunicazioni ad una supervisione e ad un’azione di tipo amministrativo che intervenga in tale tutela, sempre, naturalmente, senza interferire con la tutela giurisdizionale privatistica, ovvero penale-pubblicistica qualora ne ricorrano le fattispecie tassative, di tali diritti.

Non convincono pertanto, sia da un punto di vista di interpretazione letterale delle fonti citate, che sistematico e di *ratio* normativa, gli argomenti addotti a favore di quello che diverrebbe un vero e proprio travalicamento della competenza dell’Autorità, che discutibilmente si estenderebbe ben al di là dei limiti posti dalla sua legge istitutiva, fino alla pretesa di potestà regolatoria delle attività poste in essere su Internet, alla complessa problematica della tutela dei diritti IP on-line, della privacy ed in particolare alla responsabilità degli *Internet Service Providers*.

Infatti, in nessuna delle disposizioni citate a proposito di “quadro normativo vigente” (n. 2 dell’Allegato B), dall’art. 54 del Dlgs 177/2005 al, men che mai, recente “decreto Romani” (come ammesso persino nell’Allegato B, ove, a pag. 6, riga 2, non si può fare a

¹ Concetto che richiama ciò che la Corte Suprema USA, in una serie storica di sentenze, ha definito la “gerarchia” dei media, dal punto di vista della legittimità di intrusione governativa nel regolamentarne la libertà di espressione.

meno di riconoscere il limite del ruolo dell’Autorita’ stessa nella tutela del diritto di autore, quando si precisa “*sia pure con riguardo allo specifico settore radiotelevisivo*”), ne’ nell’art. 182*bis* della l. 633/1941 (salvo, in quest’ultimo, che per un “ragionevole dubbio” sulla parte dell’inciso del comma a, laddove include “*qualsiasi altro supporto*” di “riproduzione e duplicazione”), par di ravvisare alcun fondamento giuridico di una siffatta estensione della competenza dell’Autorita’ al di la’ del suo settore di *mission*, cioe’ quello radiotelevisivo ed audiovisivo, al quale sia la legge istitutiva che ogni ragionevole ermeneutica del combinato disposto delle disposizioni citate ne circoscrive i poteri di vigilanza, controllo e intervento.

Anche nel contesto del Dlgs 70/2003, riguardo ai richiamati artt. 14 comma 3, 15 comma 2 e 16 comma 3, permangono dubbi sull’effettiva portata del potere di ingiunzione, ivi previsto, dell’autorita’ amministrativa, che non sembra potersi configurare al di la’ di quella che, per esempio in ambito Digital Millennium Copyright Act USA, sarebbe un potere di “*notice*”, atto eventualmente soltanto a fondare, se rimasto non riscontrato, un’ ipotesi di responsabilita’ per negligenza dell’ISP.

Proprio alla luce del Dlgs 70/2003, comunque, non si dimentichi che, per quanto concerne gli ISP, si debbono escludere sia un obbligo generalizzato di monitoraggio dei contenuti veicolati (ovviamente soprattutto nei casi di siti “*User Generated Content*”, detti “UGC”), sia la cosiddetta “responsabilita’ editoriale”. E cio’ – anche volendo prescindere dalla pur chiarissima esclusione dei “siti internet privati”, stabilita dal Dlgs 44/2010, art. 4 comma 1, dall’ambito di applicazione del decreto medesimo, nonche’ dalla esclusione dei “search engines” dall’operativita’ della Direttiva 2010/13/EU, ex considerata 22 - costituisce ulteriore argomento, a mio avviso conclusivo, di esclusione della competenza dell’Autorita’ sugli ISP, vista la caratterizzazione, comune ai predetti Direttiva 2010/13/EU e Dlgs 44/2010, dei “servizi di media audiovisivi” proprio in ragione del loro possesso della c.d. responsabilita’ editoriale e del loro essere in grado di esercitarla².

² “*The concept of editorial responsibility is essential for defining the role of the media service provider and therefore for the definition of audiovisual media services*”. Direttiva 2010/13/EU, Considerata 25.

Appare pertanto non affatto giuridicamente fondata l'apodittica asserzione di competenza dell'Autorita' sui siti Internet privati, reiterata nell'ultimo capoverso di pag. 6, Allegato B; infatti, al contrario di quanto ivi asserito, soltanto proprio una qualifica di fornitore di servizi di media audiovisivi da parte del gestore privato di un sito Internet potrebbe eventualmente, e con tutte le riserve, militare a favore di un'interpretazione così estensiva ex art. 182bis della l. 633/41 dei poteri in capo all'Autorita'.

Poste tali avvertite serie perplessita' sull'intera impostazione sia di metodo che sistematica dei "Lineamenti di provvedimento" in oggetto, le cui premesse ed i cui obiettivi, come vedremo in seguito, sembrano muoversi da un ambito di non discussa competenza dell'Autorita' – quello nel settore dei "servizi di media audiovisivi" – ad un altro – quello della responsabilita' on-line e della tutela dei diritti di proprieta' intellettuale su Internet – ove chiaramente la vera esigenza e' quella di approfondire una riflessione di vasta portata, anche internazionale, sulla quale ogni contributo qualificato e' naturalmente indispensabile, si possono nondimeno tentare risposte costruttive al questionario.

R1. L'analisi sulle criticita' che impedirebbero "lo sviluppo di un'offerta legale di contenuti digitali", pur, da un punto di vista di potenzialita' del mercato, teoricamente a tratti condivisibile, sembra tuttavia risentire di una visione dirigistica ed accademica delle dinamiche di mercato; la struttura dei contratti di distribuzione dei prodotti audiovisivi sulla "scala" dei media rappresenta infatti, oltre a prassi consolidata internazionale dell'industria, una scelta di marketing e di offerta che non si vede come possa sottrarsi all'autonomia delle parti. Chiaramente il prodotto *premium*, a massimo valore aggiunto, corre il rischio di pirateria lungo il percorso distributivo. Se si puo' anche condividere l'ipotesi che valuta il presente modello come non ottimale, si deve pero' respingere l'ipotesi di un intervento, anche di "mediazione", che interferirebbe con il libero mercato, senza che se ne intraveda la ragione e l'efficacia. Cio' non deve significare che soluzioni di modelli contrattuali alternativi non possano proporsi con il contributo anche della parte pubblica.

R2. Una delle ipotesi allo studio in molti Paesi ed avanzata ad una recente edizione del MIFED di Cannes e' quella di tariffe differenziate nei *service contracts* di accesso Internet, a secondo della volonta' del consumatore di accedere in tempi brevi ai contenuti *premium*; l'industria ha segnalato una disponibilita' a prendere in esame ipotesi di *digital rights management* che prevedano, in sostanza, licenze e royalties negoziate con gli utenti su base collettiva *ex ante*.

R3. Un siffatto intervento, oltre a non vedersi come possa risultare piu' avvertito o efficace del *know how* dell'industria e della libera negoziazione e sviluppo di modelli alternativi, avrebbe solo l'effetto di apparire intrusivo nell'autonomia delle parti e nelle dinamiche di mercato.

R4. Tale auspicio e' sicuramente condivisibile e gli operatori sono consapevoli della necessita' di aggiornare l'intero modello distributivo.

R5. Si deve ribadire una profonda perplessita' sull'utilita' dell'intervento pubblico.

R6-R7-R8. Si concorda sulle proposte avanzate dall'Autorita' in materia di attivita' informativa e di educazione alla legalita', osservando come tale attivita' non solo rientri a pieno titolo e genuinamente nei compiti della autorita' pubblica, ma anche che costituirebbe un segnale appropriato per tutti gli operatori oltre che per gli utenti *at large*.

R9-R10. Nel ribadire il dissenso sull'analisi del quadro normativo, quale proposto dall'Autorita' a sostegno di un proprio ruolo "deputato alla protezione del diritto d'autore dalle violazioni realizzate sulle reti di comunicazione elettronica", che includano Internet, ma soprattutto sulla pretesa giurisdizione, cosi' come articolata nell'Allegato B, nei confronti degli ISP, si deve anche esprimere profonda perplessita' sulla proposta invasione amministrativa (l'ennesima nell'ordinamento), quand'anche "alternativa" e non "sostitutiva", della sfera della tutela giurisdizionale dei diritti,.

A tal proposito, occorre forse chiarire la *ratio* delle previsioni, che qui rilevano, contenute nel DMCA USA, ma anche della giurisprudenza di interpretazione, segnatamente in *Viacom International Inc. v. YouTube, Inc.*, USDC S.D. New York, June 23, 2010.

L'esplosione, negli anni 90, delle attivita' on-line di ogni tipo e, soprattutto, l'estensione della prassi di downloading di contenuti tutelati, segno' l'esigenza, negli USA, di offrire

soluzioni legislative che andassero oltre il modello della *negligence liability* secondo i canoni classici del common law dei system operators (come si chiamavano allora gli odierni ISP), il quale comunque già ben prevedeva la discriminazione in base alla “*editorial discretion*”. Il meccanismo messo a punto nella Section 512 del DMCA (la c.d. “*safe harbor provision*”) si dimostro’ di grande efficacia; esso, tuttavia, non solo prevede il “*notice-and-take-down*”, ma anche, per l’appunto, l’espansione, e non certo la limitazione, della immunità degli ISP da responsabilità civile, una volta che costoro si siano attivati “speditamente” per rimuovere dal website i contenuti che siano stati oggetto di *notice*. Il punto fondamentale è che l’intero rimedio è di natura privatistica e che si lascia convenientemente alle Corti di giustizia l’accertamento, in caso di controversia, sia sulle violazioni che sul cruciale bilanciamento dell’intervento a tutela del diritto di proprietà intellettuale con il principio, di pari rango costituzionale, della libertà di espressione.

Dal 1998, anno di promulgazione del DMCA, tuttavia, l’ulteriore imprevedibile boom delle attività on-line, che con l’avvento degli UGC vede una *posting activity* quantificata nel 2009 a 250.000 clip al giorno, ha reso tecnicamente quasi impossibile, per gli ISP, una qualsivoglia attività di monitoraggio degli enormi volumi di contenuti affissi.

Il conseguente incremento del contenzioso connesso con le attività di uploading, downloading e posting on-line ha avuto il momento culminante nella citazione da parte di Viacom, nel 2007, di YouTube/Google per grandi volumi di contenuti posti sul sito, in pretesa violazione dei diritti di copyright degli autori. Evidentemente, i titolari di diritti IP cercavano una soluzione giudiziaria che neutralizzasse la Section 512.

La corte federale di New York, nel 2010, a sentenza, ha ribadito tuttavia la piena applicabilità dell’esenzione di responsabilità civile in capo agli ISP ex Section 512 (c) ed anzi ne ha chiarito la portata, affermando che non è sufficiente, per fondare la responsabilità degli ISP, anche in via “secondaria”, la mera consapevolezza che utilizzazioni illegittime di contenuti protetti possano aver luogo sul loro sito, ma che si

debba provarne la consapevolezza puntuale della singola specifica violazione, oltre, ovviamente, alla mancata negligente rimozione dei contenuti illegittimi.

La sentenza, che ha rivestito rilevanza fondamentale nel dibattito internazionale in materia, conferma la efficacia dell'impostazione che privilegia la tutela privatistica dei diritti IP e la limitazione dei profili di responsabilit  degli ISP, anche in linea, in buona sostanza, con l'approccio EU della Direttiva E-commerce e della norma di recepimento contenuta nel Dlgs 70/2003.

Si ritiene, dunque, che sia legislazioni interventiste, del tipo *Hadopi* in Francia (addirittura, nella sua prima versione, chiaramente incostituzionale e cos , come noto, giudicata dal *Conseil Constitutionnel*), sia proposte di meccanismi di ferruginosa sovrapposizione amministrativa, come quelle contenute nell'Allegato B, n. 3.5.2, siano non solo poco efficaci, ma anche di dubbia compatibilit  con il quadro normativo vigente, oltre che non auspicabili da un punto di vista di tutela effettiva dei diritti in questione.

R11. Il fenomeno della pirateria, purtroppo quasi fisiologico in presenza di tecnologie sempre piu' sofisticate ed ampiamente disponibili, non si contrasta certo ponendo responsabilit  di natura quasi oggettiva in capo ai fornitori Internet, che invece hanno il merito di contribuire in modo sostanziale allo sviluppo della societ  dell'informazione, oppure con meccanismi burocratico-amministrativi di nessuna reale efficacia, bens , probabilmente, con una nuova elaborazione dei meccanismi di diritto internazionale privato esistenti (a cui per esempio in sede UNCITRAL si sta lavorando con ottime prospettive), con un aperta discussione con gli operatori sui modelli di distribuzione e di ricavo dei compensi da diritti IP, con una negoziazione fra le parti che addivenga a una efficienza di mercato sostenibile ed a schemi innovativi di licenza e contrattazione dei servizi on-line con gli utenti.

R12. Si concorda sulla fattibilit  di una discussione che prenda in esame fra le altre l'ipotesi di modello di licenza collettiva estesa, quale delineata nell'Allegato B.

R13. Si nutre qualche perplessita' sul percorso procedurale, che sembra privilegiare una obsoleta trattativa di stampo sindacale fra "associazioni rappresentative", con conseguenti

“delibere” ed accordi tariffari; si preferirebbe lasciare l’iniziativa alla libera autonomia delle parti.

R14. Si concorda sulla necessita’ di forme di pagamento flessibili e all’avanguardia.

R15. Si ritiene che la tendenza alla proliferazione, anche imposta per legge, dei meccanismi di mediazione – i quali di per se’ rivestono sicuramente un ruolo importante nello snellimento del contenzioso e nella risoluzione soddisfacente, economica e spedita di un gran numero di dispute – finisca, quando eccessiva e ridondante, con l’offuscarne la natura di scelta autonoma e genuinamente volontaria e non sostitutiva della tutela giurisdizionale dei diritti.

Marco R. Provvidera

Law Offices

520 Eight Avenue – 18th Floor

New York, NY 10018

Tel. (917) 293-7476

Marco.provvidera@dfllabs.com

Avvocato in New York e Roma

Co-chair of the International Intellectual Property Rights Committee of the American Bar Association, Section of International Law

International Data Protection and On-line Security Committee of ABA Section of International Law

International Private Law Coordinating Committee of the ABA Section of International Law

Sector Director per gli studi internazionali dell’Istituto Italiano Privacy

Scientific Board of the European Privacy Association

Legal Expert Panel “International Journal of Digital Security”, John Hopkins University

Diritto Informazione e Comunicazione, Culture della materia, Università’ La Sapienza, Roma

The views expressed in this contribution are the author’s only, and may not reflect those of the organizations of his affiliation

