

SOCIETÀ ITALIANA DEGLI AUTORI ED EDITORI

ROMA

IL DIRETTORE GENERALE

DIP  
040210

Prot. 94

*Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*  
AOO\_AGCOM  
REGISTRO UFFICIALE - INGRESSO  
Prot n. 0010208, 03/03/2011



agcom 000042162800

Roma, 1 marzo 2011

Autorità per le garanzie nelle comunicazioni

Direzione Contenuti Audiovisivi e Multimediali

Via Isonzo 21/b

00198 - ROMA

**Oggetto:** 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.

Con riferimento alla consultazione indicata in oggetto, avviata da codesta Autorità con delibera 668/10/CONS, si trasmette il documento illustrativo della posizione della Società Italiana degli Autori ed Editori.

Gaetano Blandini

**AGCOM: 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.**

**1. NOTE INTRODUTTIVE**

**1.1 *Droit d'auteur* e Copyright**

Il *droit d'auteur* ed il Copyright rappresentano due categorie storicamente ed ontologicamente ben distinte<sup>1</sup>.

Il *droit d'auteur* tipico dei sistemi giuridici dell'Europa continentale non socialista nasce con le leggi rivoluzionarie francesi del 1791-1793 sulla proprietà letteraria ed artistica (*"La plus sacrée et la plus légitime, la plus inattaquable et la plus personnelle de toutes les propriétés est l'ouvrage fruit de la pensée d'un écrivain"* Decreto Le Chapelier) prendendo le mosse da istanze giusnaturalistiche laiche.

Il sistema del *droit d'auteur* è, dunque, incentrato sul rapporto tra l'autore e la sua opera: il fatto costitutivo della protezione assicurata è, infatti, individuato nella mera creazione dell'opera senza necessità che l'autore, per assicurarsi la tutela che gli spetta, debba porre in essere alcuna formalità costitutiva. I relativi strumenti di tutela sono concepiti, conformati e concessi prendendo in considerazione la figura dell'autore inteso quale persona, individuo che compie l'atto creativo, perciò stesso titolare, in via originaria, di tutti i diritti che la legge gli riconosce. I sistemi di *droit d'auteur* non concependo, pertanto, che i diritti possano sorgere originariamente in capo ad un soggetto diverso da quello al quale è imputabile l'atto creativo hanno utilizzato la diversa categoria concettuale dei diritti connessi per giustificare l'attribuzione di alcuni diritti a soggetti diversi dall'autore, ma comunque coinvolti nella vita dell'opera, quali il produttore cinematografico o fonografico ovvero l'artista, interprete od esecutore.

---

<sup>1</sup> Cfr: *amplius*, Ubertazzi, *I diritti d'autore e connessi*, Quaderni di AIDA n. 5, 2003, 6 ss. nonché Ercolani, *Il diritto d'autore: la legge italiana e le linee di evoluzione nella società dell'informazione*, in Rivista "Il Diritto di Autore", 2011, 19 ss.

Società Italiana degli Autori ed Editori (S.I.A.E.)

Direzione Generale - Roma

La creazione dell'opera è, nei sistemi di *droit d'auteur*, in particolare, costitutiva di diritti soggettivi patrimoniali e morali.

I diritti morali<sup>2</sup> che l'ordinamento italiano riconosce agli autori delle opere dell'ingegno al momento e per il fatto stesso della relativa creazione sono posti a presidio della personalità dell'autore e, dunque, indissolubilmente legati a chi ha generato l'opera.

I diritti patrimoniali<sup>3</sup> si caratterizzano, innanzitutto, per essere esclusivi in quanto consentono al relativo titolare di escludere *omnes alios* dallo sfruttamento della propria opera consentendogli, in particolare, di autorizzarne o vietarne ogni pubblicazione, riproduzione, trascrizione, esecuzione, rappresentazione o recitazione, comunicazione al pubblico, distribuzione, traduzione, elaborazione, noleggio, prestito ed, in generale, ogni forma di utilizzazione economica.

Nel sistema del *droit d'auteur* vigono, poi, regole interpretative alla luce delle quali le disposizioni relative ai diritti, alle facoltà ed alle prerogative riconosciute agli autori devono essere intese estensivamente, mentre le norme che pongono eccezioni o limitazioni a tali diritti devono essere interpretate restrittivamente.

A tale riguardo, ogni ampliamento delle facoltà e delle possibilità di sfruttamento economico di un'opera dovuto, ad esempio, all'invenzione di nuovi strumenti e tecniche per la relativa utilizzazione deve intendersi avvenuto in capo all'autore dell'opera e ciò anche nel caso cui questi abbia ceduto i diritti di utilizzazione che possedeva prima dell'intervento dell'innovazione.

Ancora in favore dell'autore è concepito il principio dell'indipendenza dei diritti<sup>4</sup> secondo il quale i diritti di utilizzazione economica rappresentano un insieme di situazioni soggettive autonome nel cui ambito l'esercizio di una prerogativa non implica né esclude quello di un'altra necessitando ciascuna una specifica autorizzazione e legittimando ognuna la percezione di un autonomo e legittimo compenso. In tale contesto, ciascun mezzo ed ogni singola modalità di utilizzazione di un'opera dell'ingegno debbono essere

---

<sup>2</sup> Disciplinati dagli artt. 20 e ss. L. 633/41.

<sup>3</sup> Disciplinati dagli art. 12 ss. della L. 633/41.

<sup>4</sup> Cfr: artt. 19 e 119 L. 633/41. A tale riguardo, cfr: *ex plurimis*: Greco Vercellone, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, Trattato di diritto civile italiano diretto da Vassalli, 130; Ammendola in Ubertazzi Ammendola, *Il diritto d'autore*, 36; Ubertazzi, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, 2007, 1579 ss.; nonché, per quanto riguarda la giurisprudenza: Cass. 2000/5009; Cass. 2001/5066; Cass. 1998/1758; Tribunale Bologna 13 febbraio 1995, in AIDA 1996, 383; Tribunale di Genova 3 gennaio 1004, in AIDA 1994, 262; Pretura di Torino 10 luglio 1991, in AIDA 1992, 54.

Società Italiana degli Autori ed Editori (S.I.A.E.)

Direzione Generale - Roma

specificamente autorizzati da parte del titolare dei diritti. Nel caso in cui, ad esempio, si intenda comunicare al pubblico un'opera dell'ingegno altrui occorrerà acquisire dal relativo titolare specifica autorizzazione e corrispondere un compenso per ciascun genere di *media* che si intendesse all'uopo utilizzare (i.e. radio, televisione, rete Internet) e sarà, inoltre, necessario acquisire specifica autorizzazione e corrispondere un compenso per ciascun sistema di comunicazione che si intendesse adottare all'interno dello stesso *media*<sup>5</sup>.

Storicamente ed ontologicamente differente dal sistema del *droit d'auteur*, si è detto, è quello del Copyright tipicamente adottato nei paesi anglosassoni.

L'origine del sistema del Copyright è tradizionalmente individuata nell'Atto 8 emanato nel 1709 dalla Regina Anna d'Inghilterra "*for the encouragement of learning, by vesting the copies for printed books in the authors or purchasers of such copies during the times there mentioned*"<sup>6</sup>. Il Copyright prende le mosse dal sistema dei Privilegi degli Stampatori originariamente concessi agli editori inglesi in quanto concepisce la proprietà intellettuale come un "*ensemble de droits régaliens*"<sup>7</sup>.

L'accento è posto, nell'ambito dei sistemi di Copyright, non sulla persona e sul suo impegno intellettuale e creativo, ma sull'opera, sull'oggetto, sul prodotto della creazione di talché risulta addirittura ammissibile l'attribuzione delle prerogative anche in favore di una persona diversa dall'autore ed anche, ad esempio, nei confronti di un'impresa e, dunque, in assenza di un lavoro creativo. Le prerogative vengono, in realtà, concesse in funzione dello sviluppo della conoscenza, della scienza e delle arti: i diritti riconosciuti ai titolari sono, in altri termini, strumentali al beneficio che la collettività trae dalla circolazione delle opere e delle idee.

---

<sup>5</sup> Anche laddove un autore abbia, pertanto, autorizzato - ricevendo per tale autorizzazione un legittimo compenso - la pubblica diffusione della propria opera attraverso una particolare modalità di comunicazione (i.e. comunicazione al pubblico *on line* in modalità *live streaming*), sarà, comunque, necessario acquisire l'autorizzazione per realizzare forme di comunicazioni ulteriori anche se rientranti nello stesso *genus* di quella concessa quando per mezzo di tali ulteriori forme sia possibile la percezione dell'opera da parte di un pubblico più vasto pur se all'interno dello stesso sistema di diffusione (i.e. comunicazione al pubblico *on line* in modalità *streaming on demand*).

<sup>6</sup> L'atto della Regina Anna è stato via ripreso dalle colonie impresse in Nord America e poi dalla costituzione Statunitense e dalla legge federale del 1790, nonché da quasi la totalità dei Paesi anglosassoni e del Commonwealth.

<sup>7</sup> Escarra, *Bullettin du droit d'auteur*, n. 4, 1949, II, 3 citato da Greco Vercellone, *Diritti sulle opere dell'ingegno*, 1974, 10.

Società Italiana degli Autori ed Editori (S.I.A.E.)

Direzione Generale - Roma

Il Copyright, pertanto, insiste sulle opere purché già pubblicate e abbisogna di formalità costitutive. Non è, inoltre, prevista una significativa tutela per i diritti morali.

L'interpretazione delle norme nel sistema del Copyright non deve, poi, essere restrittiva rispetto alle libere utilizzazioni che anzi rappresentano una riaffermazione della libertà dei consociati rispetto al monopolio del Copyright.

Gli elementi ed i principi tratti dalle leggi rivoluzionarie francesi e caratterizzanti la concezione del *droit d'auteur* sono stati consacrati dalla Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie ed artistiche del 1886<sup>8</sup> i cui pilastri hanno costituito la fonte di derivazione di tutti gli ordinamenti vigenti in materia di tutela della proprietà intellettuale nei Paesi aderenti alla Convenzione stessa. La Convenzione di Berna tendeva, infatti, ad introdurre a livello internazionale alcuni principi base tipici proprio della concezione del *droit d'auteur* quali quello secondo il quale la protezione non deve essere subordinata al compimento di alcuna formalità determinando la stessa creazione dell'opera la nascita in capo al relativo autore di una serie di diritti patrimoniali esclusivi nonché di diritti morali<sup>9</sup>. I principi fondamentali del sistema di *droit d'auteur* raccolti nella Convenzione di Berna ed attraverso questa precipitati nei singoli concreti ordinamenti dei Paesi alla stessa aderenti<sup>10</sup>, si rispecchiano nella norma di chiusura che

---

<sup>8</sup> La Convenzione di Berna, come noto, è stata soggetta a diverse revisioni: a Parigi nel 1896, a Berlino nel 1908, completata a Berna nel 1914 ed ancora riveduta a Roma, nel 1928, a Bruxelles nel 1948 a Stoccolma ed a Parigi nel 1971.

<sup>9</sup> Vale segnalare, in estrema sintesi, che tra gli altri principi basilari dettati dalla Convenzione di Berna, oltre a quello dell'automaticità della protezione cui si è fatto riferimento, c'è quello del trattamento nazionale secondo il quale alle opere originarie di uno dei Paesi contraenti deve in ognuno degli altri Paesi contraenti essere accordata la stessa tutela che tale Paese riconosce ai propri autori nazionali qualora ricorrano le condizioni richieste dalle norme di collegamento. L'applicazione di tale principio consente di garantire uniformità di trattamento, per la stessa categoria di opere all'interno di un determinato territorio nazionale. La Convenzione di Berna detta, inoltre, il principio dell'indipendenza della protezione alla luce del quale il riconoscimento della tutela è indipendente dall'esistenza della tutela nel Paese di origine dell'opera. Tuttavia se in tale Paese è previsto un termine di protezione più breve di quello concesso nel Paese ove viene invocata la tutela questa cessa allo scadere del termine più breve.

<sup>10</sup> In base alla pubblicazione sul sito dell'OMPI e sul sito del Copyright Office (aggiornamento al 15 gennaio 2011), le seguenti 164 nazioni (42 appartenenti all'area geografica dell'Europa, 42 a quella dell'Africa, 7 a quella dell'Oceania, 35 a quella delle Americhe e 38 a quella dell'Asia) hanno recepito la Convenzione di Berna: Albania, Algeria, Andorra, Antigua e Barbuda, Arabia Saudita, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Azerbaijan, Bahamas, Bahrain, Bangladesh, Barbados, Bielorussia, Belgio, Belize, Benin, Bhutan, Bolivia, Bosnia Erzegovina, Botswana, Brasile, Bulgaria, Burkina Faso, Camerun, Canada, Capo Verde, Repubblica Centrafricana, Ciad, Cile, Cina, Colombia, Comore, Congo, Costa d'avorio, Costa Rica, Croazia, Cuba, Cipro, Corea, Danimarca, Dominica, Ecuador, Egitto, El Salvador, Guinea Equatoriale, Emirati Arabi Uniti, Estonia, Fiji, Filippine, Finlandia, Francia, Gabon, Gambia, Georgia, Germania, Ghana, Gibuti, Giappone, Giordania, Grecia, Grenada, Guinea, Guinea Equatoriale, Guinea-Bissau, Guyana, Guatemala, Haiti, Honduras, India, Indonesia, Irlanda, Islanda, Israele, Italia, Jamaica, Kazakistan, Kenya, Kirgizstan, Lesotho, Lettonia, Libano, Liberia, Libia, Liechtenstein, Lituania, Lussemburgo, Repubblica di Macedonia, Madagascar, Malawi, Malesia, Mali, Malta, Marocco, Mauritania, Mauritius, Micronesia (Stati federati di),

tutti li caratterizza sintetizzandone lo spirito. Il riferimento è al Three Step Test che è stato, per la prima volta, formulato dalla Convenzione di Berna<sup>11</sup> e, poi, definitivamente codificato dall'art. 5, comma 5 della direttiva 2001/29/CE che ha imposto ai legislatori nazionali l'adozione di questa clausola generale che subordina la possibilità di porre eccezioni o limitazioni dei diritti esclusivi alle seguenti condizioni: 1) l'eccezione o limitazione deve riguardare casi speciali e determinati; 2) non deve arrecare ingiustificato pregiudizio agli aventi diritto; 3) non deve essere in concorrenza con l'uso normale dell'opera o del materiale protetto<sup>12</sup>.

E' significativo notare che, addirittura gli Stati Uniti i quali inizialmente si rifiutarono di sottoscrivere la Convenzione di Berna che - quale "manifesto" della concezione del *droit d'auteur* - avrebbe imposto importanti cambiamenti nella legislazione statunitense<sup>13</sup> tipicamente ispirata ai principi del Copyright, abbiano il 1° marzo del 1989, deciso di aderirvi avviando gradualmente il recepimento dei relativi principi e contenuti. Tale evento pare sintomatico di una progressiva convergenza delle due contrapposte teorie di tutela della proprietà intellettuale sulla strada segnata dai principi giusnaturalistici del *droit d'auteur*.

E', infine, importante sottolineare come, nell'ordinamento italiano, la tutela della proprietà intellettuale trovi fondamento costituzionale proprio nella sua conformazione ontologica e concettuale tipica dei sistemi di *droit d'auteur*.

---

Messico, Moldavia, Monaco, Mongolia, Namibia, Nepal, Nicaragua, Nuova Zelanda, Niger, Nigeria, Norvegia, Olanda, Oman, Pakistan, Panama, Paraguay, Perù, Polonia, Portogallo, Qatar, Regno Unito, Repubblica Ceca, Repubblica democratica del Congo, Repubblica democratica di Corea, Repubblica di Corea, Repubblica Dominicana; Romania, Federazione Russa, Rwanda, Saint Kitts e Nevis, Santa Lucia, Santa Sede, Saint Vincent e Grenadines, Samoa, Senegal, Serbia e Montenegro, Singapore, Siria, Slovacchia, Slovenia, Spagna, Sri Lanka, Stati Uniti, Sudafrica, Sudan, Suriname, Swaziland, Svezia, Svizzera, Tagikistan, Thailandia, Tanzania, Togo, Tonga, Trinidad e Tobago, Tunisia, Turchia, Ungheria, Ucraina, Uruguay, Uzbekistan, Venezuela, Vietnam, Yemen, Zambia, Zimbabwe.

<sup>11</sup> All'art. 9.2 della Convenzione di Berna, con espresso riferimento al diritto di riproduzione, è, infatti, disposto che: "è riservata alle legislazioni dei Paesi dell'Unione la facoltà di permettere la riproduzione delle predette opere in taluni casi speciali, purché una tale riproduzione non rechi danno allo sfruttamento normale dell'opera e non causi un pregiudizio ingiustificato ai legittimi interessi dell'autore".

<sup>12</sup> Con riferimento all'ordinamento italiano, il Three Step Test è stato codificato dall'art. 71 *nonies* della L. 633/1941 alla luce del quale, infatti: "Le eccezioni e limitazioni disciplinate dal presente capo e da ogni altra disposizione della presente legge, quando sono applicate ad opere o ad altri materiali protetti messi a disposizione del pubblico in modo che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelto individualmente, non devono essere in contrasto con lo sfruttamento normale delle opere o degli altri materiali, né arrecare un ingiustificato pregiudizio agli interessi dei titolari".

<sup>13</sup> Determinando, ad esempio, il riconoscimento della tutela dei diritti morali, la rimozione della necessità di registrazione dell'opera da tutelare nonché della c.d. nota di copyright.

Ma ancor prima di porre attenzione sull'ancoraggio della proprietà intellettuale ad una piuttosto che ad un'altra delle norme costituzionali, occorre constatare che la tutela della proprietà intellettuale è inclusa nel catalogo dei diritti fondamentali dell'Unione Europea<sup>14</sup>. Come osservato anche dalla Corte di Giustizia<sup>15</sup>, infatti, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea<sup>16</sup> - alla quale, con l'approvazione del Trattato di Lisbona, è stato riconosciuto "lo stesso valore giuridico dei trattati"<sup>17</sup> - garantisce che la

<sup>14</sup> Come noto, il diritto comunitario - che all'epoca della ratifica dei trattati istitutivi ha fatto ingresso nel nostro ordinamento attraverso una legge ordinaria di esecuzione degli stessi grazie alla copertura costituzionale rinvenuta nell'art. 11 Cost. ("l'Italia... (omissis)... consente in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo": tale norma redatta tenendo a mente le operazioni militari in un contesto ove l'Italia sconfitta nel secondo conflitto bellico mondiale rinunciava formalmente all'uso della forza militare fu, infatti, invocata anche per consentire le forti limitazioni di competenza introdotte dai trattati comunitari) - trova attualmente un ancoraggio esplicito nel testo costituzionale in seguito all'emanazione della Legge Cost. 3/2001 che ha inserito al primo comma dell'art. 117 una clausola generale di compatibilità della legislazione nazionale e regionale con "i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario". Tale norma suggella, di fatto, la superiorità dell'ordinamento comunitario su quello interno principio che, del resto, era stato già affermato e consolidato dalla giurisprudenza interna e comunitaria. Tra le sentenze fondamentali della Corte di Giustizia e della Corte Costituzionale che, muovendo dall'iniziale ricostruzione secondo cui le norme comunitarie dovevano essere collocate sul medesimo gradino gerarchico di quelle di legge ordinaria, hanno, progressivamente, condotto alla ricostruzione del rapporto tra ordinamento interno e comunitario come sistemi autonomi e coordinati la cui interazione è segnata, però, dal principio della preminenza del diritto comunitario su quello interno vale ricordare: Corte Costituzionale, sent. Costa/Enel n. 14 del 7 marzo 1964; ed in senso inverso Corte di Giustizia sent. Costa/Enel n. 6 del 15 luglio 1964; Corte Costituzionale, sent. Frontini, n. 183/1973 e ICIC S.p.A./Ministero del commercio con l'estero n. 232 del 30 ottobre 1975; Corte di Giustizia, sent. Simmenthal n. 106 del 9 marzo 1978; Corte Costituzionale, sent. Granital/Ministero delle Finanze del 8 giugno 1984, n. 170; nonché sent. BECA S.p.A. e altri/Amministrazione finanziaria dello Stato, n. 113 del 23 aprile 1985 ed, analogamente, sentenza n. 389 dell'11 luglio 1989.

<sup>15</sup> Il diritto alla proprietà intellettuale era stato già dichiarato fondamentale anche in altre precedenti occasioni dalla Corte di Giustizia, cfr: *ex plurimis*, sentenza del 12 settembre 2006, causa C-479/04, Laserdisken, punto 65.

<sup>16</sup> La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, pubblicata, per la prima volta, in GUCE 2000/C 364/01, il 18 dicembre 2000, è stata stilata il 26 settembre 2000 dalla Convenzione dei 62 - organo creato *ad hoc* dal Consiglio Europeo per la redazione della Carta e composto da 15 rappresentanti degli Stati membri, 16 deputati del Parlamento Europeo, 30 rappresentanti dei Parlamenti nazionali ed un Commissario Europeo: il portoghese Antonio Vittorino, responsabile della giustizia - discussa ufficialmente dal Consiglio Europeo riunito a livello di Capi di Stato e di Governo il 14 e 15 ottobre 2000 a Biarritz ed approvata, dal Parlamento Europeo con Raccomandazione del 14 novembre ed, in via definitiva, nel corso del vertice di Nizza del 7, 8 e 9 dicembre 2000.

<sup>17</sup> Il richiamo alle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali è, oggi, ancor più importante ed imprescindibile, tanto nell'interpretazione delle disposizioni comunitarie di diritto derivato quanto, per riflesso, in quella delle disposizioni di diritto interno, in considerazione del fatto che, con il Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, tale strumento normativo ha - pur non essendo stato integrato materialmente nei Trattati - finalmente, acquisito la stessa efficacia giuridica del Trattato che istituisce la Comunità Europea (TCE) - ora Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea - e del Trattato sull'Unione Europea (TUE). In tale occasione, infatti, il Parlamento Europeo, il Consiglio e la Commissione hanno, tra l'altro, nuovamente proclamato in forma solenne la Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea - GUCE del 14 dicembre 2007 (2007/C 303/01) - e novellato l'art. 6 del TUE che, per quanto d'interesse, contiene un rinvio esplicito alla Carta, conferendole, finalmente in maniera espressa, valore giuridicamente vincolante: "L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati".

Società Italiana degli Autori ed Editori (S.I.A.E.)

Direzione Generale - Roma

proprietà intellettuale venga considerata quale principio di rango costituzionale e tutelata con mezzi processuali efficaci celeri ed adeguati<sup>18</sup>. Secondo i principi generali del diritto comunitario, infatti, la norma secondo la quale la proprietà intellettuale è protetta si pone come fonte di diritto gerarchicamente sopraordinata - salvo il limite invalicabile dei principi costituzionali fondamentali del nostro ordinamento - a quelle interne operante con efficacia immediata ed indipendente da leggi statali precedenti o successive che, se con esse contrastanti, dovranno essere disapplicate dai giudici ordinari<sup>19</sup>.

La ricerca di un ancoraggio nelle norme della Carta del 1948 si rivela, tuttavia, ancora d'attualità e d'interesse in quanto conferma come la tutela della proprietà intellettuale, in un ordinamento ispirato ai principi che informano quello italiano, non possa che essere conformata secondo lo schema del *droit d'auteur*, incentrato sulla considerazione del lavoro creativo intellettuale, del valore della persona umana e dell'intima ed ineludibile appartenenza alla stessa dei frutti delle proprie estrinsecazioni creative.

In tale ottica, infatti, il fondamento della tutela della proprietà intellettuale è stato, via via, ravvisato in norme costituzionali diverse, ma comunque connesse con la considerazione del valore intrinseco della persona umana e della sua libertà e forza creativa: a tale proposito sono state chiamate in causa, proprio, le disposizioni volte a garantire i diritti inviolabili dell'uomo (art. 2 Cost.)<sup>20</sup>, lo sviluppo della persona umana (art. 3 Cost.), della cultura (art. 9 Cost.), la libertà di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.)<sup>21</sup>, la tutela dell'arte (art. 33 Cost.)<sup>22</sup> e del lavoro (artt. 4, 35 ss. Cost.)<sup>23</sup>, della libertà d'impresa (art. 41 Cost.) e della proprietà (art. 42 Cost.)<sup>24</sup>.

---

<sup>18</sup> A tale riguardo vengono in particolare considerazione le disposizioni dell'art. 47 della Carta che garantisce il diritto ad un ricorso effettivo ed ad un giudice imparziale e dell'art. 17 che, nel sancire il diritto di proprietà, specifica che "la proprietà intellettuale è protetta": cfr: sentenza della Corte di Giustizia del 29 gennaio 2008, causa C-275/06, *Productores de Música de España (Promusicae)/Telefónica de España SAU*, punto 61. Cfr: in tal senso anche sent. 12 settembre 2006, causa C-479/04, *Laserdisken*, Racc. pag. I-8089, punto 65. A tale riguardo, al par. 62 della pronuncia del 29 gennaio 2008 la Corte si premura di aggiungere che "il diritto fondamentale di proprietà, di cui fanno parte i diritti di proprietà intellettuale, come il diritto d'autore... (omissis)... e il diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva costituiscono principi generali del diritto comunitario". Cfr: rispettivamente: sent. 12 luglio 2005, cause riunite C-154/04 e C-155/04, *Alliance for Natural Health e a.*, Racc. pag. I-6451, punto 126 e giur. ivi citata e 13 marzo 2007 causa C-432/05 *Unibet*, Racc. pag. I-2271, punto 37 e giur. ivi citata].

<sup>19</sup> Ciò vale per tutte le norme della Carta fondamentale dei diritti dell'Unione Europea alle quali, come si è detto, è riconosciuto lo stesso valore giuridico di quelle dei Trattati: a tale proposito cfr: la storica sent. della Corte Costituzionale Granital/Ministero delle Finanze del 8 giugno 1984, n. 170.

<sup>20</sup> Cfr: Chiola, *La riproduzione a stampa del pensiero altrui*, G.C., 1976, I, 575.

<sup>21</sup> Barile, *Libertà di manifestazione del pensiero*, 1975, 43.

## 1.2 I diritti on line

La diversità ontologica tra *droit d'auteur* e Copyright – che corrisponde, poi, a due diverse accezioni del diritto: quella tipica dei Paesi di Civil law e quella, più “pragmatica”, propria degli ordinamenti di Common law - deve essere affermata con sempre maggior forza e chiarezza anche in considerazione dell'avvento dell'era della dematerializzazione, della digitalizzazione e di Internet la cui capillarità e capacità diffusiva sono tali da determinare un ampliamento esponenziale della potenzialità lesiva delle condotte che violino i diritti riconosciuti agli autori delle opere dell'ingegno per i quali diviene sempre più difficile mantenere un controllo sulla circolazione delle proprie opere.

Nel caso di un'utilizzazione *on line*, infatti, il rigore e l'attenzione dell'interprete devono essere particolari in quanto, in tale ambito, è elevatissimo il rischio di una lesione dell'esclusività dei diritti dell'autore che, una volta innescata è, peraltro, idonea a riprodursi in maniera esponenziale.

L'utilizzazione *on line* di un'opera protetta avviene, di norma, attraverso una pluralità di atti di esercizio di differenti diritti esclusivi ed è caratterizzata, inoltre, dall'intervento, a vario titolo, di diversi soggetti.

E' importante individuare quali siano i soggetti normalmente coinvolti in tale processo e quali i diritti esclusivi da ciascuno azionati.

Quanto l'immissione *on line* di contenuti protetti possa essere significativa per i titolari dei diritti relativi emerge con chiarezza considerando che la rete Internet consente ad utenti di tutto il mondo di ricevere, in tempo reale, attraverso il collegamento dei rispettivi PC ed un apposito *software*, materiali provenienti da computer di tutto il mondo interconnessi da una catena di *server* e nodi di comunicazione. Con riferimento all'individuazione dei principali attori delle comunicazioni *on line*, si osserva che da un'estremità del flusso delle informazioni in transito via Internet si trova il computer del Content Provider ossia del fornitore di contenuti, colui che immette i dati in un *server*

---

<sup>22</sup> Ubertazzi, *I diritti d'autore e connessi*, Quaderni di AIDA n. 5, 2003, 13 ss.

<sup>23</sup> Così Oppo, *Creazione ed esclusiva di diritto industriale*, in Riv. Dir. Comm., 1964, I, 190 e Santoro, *Note sul fondamento costituzionale della protezione del diritto d'autore*, in IDA, 1975, 307 ss.

<sup>24</sup> Ubertazzi, *I diritti d'autore e connessi*, Quaderni di AIDA n. 5, 2003, 14. nonché le cinque celeberrime sentenze gemelle della giurisprudenza tedesca del Bundesverfassungsgericht del 7 luglio 1971 in GRUR, 1972, 481 e ss.

Società Italiana degli Autori ed Editori (S.I.A.E.)

Direzione Generale - Roma

collegato alla rete che diviene "host server" ossia il server che ospita i dati ed a partire dal quale questi sono accessibili ed a disposizione del pubblico. Dall'altra estremità del flusso della comunicazione c'è il computer del singolo utente finale che, su richiesta, riceve, in un momento ed in un luogo scelti individualmente, i contenuti immessi *on line* dal Content Provider. La trasmissione dei contenuti avviene, poi, attraverso i *router* che sono *server* di transito che leggono l'indirizzo sul pacchetto di informazioni da trasmettere e fanno in modo che questo venga correttamente inoltrato, via via, attraverso successivi *router* di transito e fino al *server* dell'Internet Service Provider che ha fornito l'accesso alla rete all'utente finale che ha inoltrato la richiesta del materiale. I servizi necessari per la trasmissione di informazioni *on line* sono, infatti, fornite dagli Internet Service Provider (ISP), ossia da soggetti (tipicamente, imprese di telecomunicazioni) che offrono agli utenti di Internet servizi inerenti all'accesso, alla trasmissione ed all'*hosting* ossia l'affitto di spazi su *server* per ospitare contenuti<sup>25</sup>.

Nell'ambito del funzionamento della rete, poi, una menzione specifica merita il *software* che consente lo scambio di materiali in modalità P2P (*peer to peer*) ossia, da utente ad utente. Grazie a questo tipo di *software* ciascun computer nel quale esso è installato diviene un server ospite che, di fatto, mette a disposizione degli altri utenti muniti dello stesso *software* tutti i contenuti che ospita e, dunque, a richiesta di ciascuno di questi altri utenti si trasforma in un Content Provider. Il P2P realizza, in buona sostanza, un sistema di condivisione in rete di materiali protetti fondato sull'immissione gratuita su Internet - *upload* - di materiale protetto a fronte della possibilità di "scaricare" - *download* - gratuitamente il materiale messo a disposizione da altri.

Alla luce di quanto sommariamente illustrato in merito ai meccanismi di funzionamento della rete Internet emerge che sono, senz'altro, coinvolti nell'utilizzazione *on line* di un'opera dell'ingegno i diritti esclusivi di:

1. RIPRODUZIONE: Il diritto di riproduzione è, in particolare, disciplinato dall'art. 13 della L. 633/41, che lo configura quale diritto esclusivo di autorizzare o vietare la riproduzione, diretta o indiretta, permanente temporanea, in tutto od in parte, dell'originale dell'opera. Ogni ripresa o trasmissione digitale di un'opera dell'ingegno comporta e presuppone la relativa conversione in codice binario: tale operazione

---

<sup>25</sup> Cfr: *amplius*, Ercolani, *Il diritto d'autore ed i diritti connessi*, 2004, 357 ss.

costituisce una riproduzione dell'opera stessa<sup>26</sup>. L'utilizzazione *on line* di un'opera dell'ingegno comporta, per la verità, di norma il compimento di due atti di riproduzione. La riproduzione dell'opera è, infatti, realizzata con il relativo *uploading* - ossia con il caricamento - che il Content Provider effettua nel proprio server od in quello di un ISP. Al momento della ricezione da parte dell'utente finale del contenuto digitale trasmesso questo viene, poi, nuovamente riprodotto. Tale riproduzione "in entrata" può essere salvata o meno dall'utente che la riceve il quale, dunque, può realizzare una riproduzione permanente - *downloading* - ovvero usufruire di una riproduzione transitoria che gli consenta di visualizzare il contenuto senza scaricarlo.

2. COMUNICAZIONE AL PUBBLICO nella forma della MESSA A DISPOSIZIONE DEL PUBBLICO IN MANIERA TALE CHE CIASCUNO POSSA AVERVI ACCESSO DAL LUOGO E NEL MOMENTO SCELTI INDIVIDUALMENTE: Questo diritto è, in particolare, disciplinato dall'art. 16 della L. 633/41 che lo configura quale diritto esclusivo di autorizzare o vietare qualsiasi comunicazione al pubblico compresa la messa a disposizione in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente. Con l'immissione *on line* di un contenuto protetto il Content Provider lo mette a disposizione del pubblico, un pubblico non presente, che, in un momento ed in un luogo scelti individualmente, ne richiede, attraverso apparecchiature individuali, la diffusione a distanza. Diversamente da quanto avviene nel *broadcasting* tradizionale (ad esempio radiofonico o televisivo) l'ISP non ha, dunque, potere decisionale in ordine alla programmazione, orario e caratteristiche dell'offerta, ma necessita della collaborazione dell'utente con il quale realizza una trasmissione bidirezionale; l'ISP,

---

<sup>26</sup>Le opere vengono, in particolare, riprodotte con tecnologia digitale e trasposte in un'immagine di sintesi in forma numerica, ossia convertite nel linguaggio binario 1 e 0, compresse per massimizzare le capacità di immagazzinamento del computer e diffuse a costi sempre più esigui. In tale contesto, taluno ritiene che la digitalizzazione di un'opera rientri nell'ambito dell'attività di adattamento e traduzione piuttosto che di quella di riproduzione, in quanto, come detto, implica la traduzione di un'immagine visiva in un'"unità elementare di informazione (bit) 1 e 0, che permette al computer di immagazzinarla nella memoria, poi una seconda trasformazione dei bits 0 e 1, che porta alla ricostruzione dell'immagine, questa volta numerizzata e simile all'immagine iniziale sotto forma digitale". V. Ricciuto, "Internet, l'opera multimediale ed il contenuto dei diritti connessi", in AIDA, 1996, 109, ma anche S. Gatti "L'opera d'arte figurativa in un unico esemplare fra diritto di proprietà e diritto d'autore" Riv. Dir. Comm e Dir. Gen. Delle obbligazioni n. 1-2/3-4 (gennaio-febbraio-marzo-aprile) 1999, 1613. Sembra, comunque, più corretto ritenere che la digitalizzazione di un'opera rientri, invece, più propriamente, nell'ambito della riproduzione - al pari della produzione di una copia della stessa opera su supporto materiale - dovendosi intendere, per tale, ex art. 13 LdA, qualunque processo, in qualsiasi forma attuato, di moltiplicazione in copie dell'originale che realizzi "opere visibili, suscettibili di circolazione ed utilizzazione autonoma e separata" che costituiscano, cioè, repliche dell'originale ed anche nel caso in cui si tratti di duplicazioni approssimative nei limiti in cui consentano, comunque, di riconoscere l'originale da cui sono tratte e permettano "la percezione visiva dell'opera non importa se incompleta e travisata" Trib. Verona, 13 ottobre 1989, Dir. Aut., 1990, 397.

Società Italiana degli Autori ed Editori (S.I.A.E.)

Direzione Generale - Roma

infatti, invia contenuti agli utenti ricevendo, contemporaneamente, dati ed informazioni da questi.

Possono, inoltre, essere coinvolti dall'utilizzazione *on line* di un'opera dell'ingegno altri diritti esclusivi, quali i diritti di:

3. **PRIMA PUBBLICAZIONE:** Questo diritto è, in particolare, disciplinato dall'art. 12 della L. 633/41 che lo configura quale diritto esclusivo di autorizzare o vietare la pubblicazione dell'opera. Se le opere non sono state già portate a conoscenza del pubblico anteriormente alla relativa messa a disposizione *on line*, questa comporta, infatti, l'esercizio del diritto di prima pubblicazione in quanto, in tal modo, l'opera è portata a conoscenza di un pubblico indeterminato.
4. **TRADUZIONE:** Questo diritto è, in particolare, disciplinato dall'art. 18 della L. 633/41 che lo configura quale diritto esclusivo di autorizzare o vietare la traduzione dell'opera in altra lingua o dialetto. Tale diritto viene, di fatto, coinvolto non solo nel caso in cui prima di caricare un'opera *on line* si decida di tradurla in un'altra lingua magari per renderla - in ragione delle potenzialità della rete - accessibile ad un pubblico più vasto, ma anche ove si acceda all'ipotesi dottrinarie che ravvisa un esercizio di tale diritto esclusivo nella stessa digitalizzazione dell'opera.
5. **ELABORAZIONE:** Questo diritto è, in particolare, disciplinato dall'art. 18 della L. 633/41 che lo configura quale diritto esclusivo di autorizzare o vietare modificare, elaborare e trasformare l'opera. La digitalizzazione di un'opera dell'ingegno comporta spesso adattamenti (si pensi alle opere delle arti figurative) ed, in ogni caso, la messa a disposizione consente agli utenti di utilizzare a loro volta le opere anche elaborandole (si pensi alle opere musicali).

Per porre legittimamente in essere un atto di esercizio di ciascuno di tali diritti esclusivi è necessario acquisire, preventivamente, specifico consenso e corrispondere adeguato compenso al relativo titolare salvo il caso in cui sussistano i requisiti che la legge richiede perché possa trovare applicazione una delle ipotesi eccezionali di libera utilizzazione.

Il Content Provider la cui attività, come si è detto, comporta, normalmente, il compimento sia di atti che implicano l'esercizio del diritto esclusivo di riproduzione sia di quello di messa a disposizione del pubblico di materiali protetti deve, pertanto, aver

acquisito il consenso di tutti gli aventi diritto interessati<sup>27</sup> per poter legittimamente digitalizzare ed immettere nella rete materiali protetti. In assenza dell'acquisizione del suddetto consenso il Content Provider risponderà, civilmente e penalmente, della violazione dei diritti, salvo il caso in cui ricorrano gli elementi di una fattispecie per la quale la legge pone un'eccezione ovvero una limitazione al diritto d'autore.

Più controversa appare la posizione degli ISP<sup>28</sup>. I provider, di regola, hanno una consapevolezza molto limitata od inesistente rispetto all'utilizzazione dei contenuti che trasportano, ospitano o dei quali realizzano copie cache e la legge non pone nei loro confronti, al riguardo, alcun obbligo generale di sorveglianza. Occorre, peraltro, precisare che, ai sensi dell'art. 68 bis della L. 633/41, non rientrano nel diritto di riproduzione le copie tecniche realizzate automaticamente nell'ambito di un'attività di mero trasporto di dati<sup>29</sup>. In astratto gli ISP tendono a presentarsi come meri fornitori di accesso agli utenti ovvero in funzione di trasporto od alloggiamento di dati senza interferire in alcun modo con le informazioni in transito non impattando, in tal modo, con i diritti degli autori dei contenuti veicolati. Tutto ciò è vero a condizione che essi, ovviamente, non siano all'origine della trasmissione, non selezionino il destinatario e non modifichino in alcun modo le informazioni inoltrate. E', inoltre, necessario, perché l'attività degli ISP sia legittima, che questi, effettuando la memorizzazione automatica e temporanea di dati nel corso della relativa trasmissione *on line* (*system caching*) - o prestando servizio di *hosting* - non interferiscano con eventuali condizioni per l'accesso imposte dal sito originario<sup>30</sup>, aggiornino le copie cache secondo standard riconosciuti dall'industria, non interferiscano con eventuali dispositivi che il sito originario abbia lecitamente adottato al fine di raccogliere i dati sugli accessi e rimuovano, immediatamente, le copie cache non appena

---

<sup>27</sup> Oltre ai diritti esclusivi spettanti all'autore (ovvero ai suoi eredi od aventi causa) ovviamente occorrerà considerare anche i diritti connessi che competono ad altri soggetti a vario titolo coinvolti nella produzione e diffusione dell'opera (quali il produttore di fonogrammi, il produttore cinematografico, l'artista interprete ed esecutore ecc.).

<sup>28</sup> Con riferimento alla disciplina della relativa posizione si veda la direttiva e-commerce 200/31/CE recepita in Italia dal D.Lgs. 70/2003.

<sup>29</sup> Ossia gli atti di riproduzione temporanea privi di rilievo economico proprio che sono transitori o accessori e parte integrante ed essenziale di un procedimento tecnologico eseguiti all'unico scopo di consentire la trasmissione in rete tra terzi con l'intervento di un intermediario o un utilizzo legittimo di un'opera o altri materiali.

<sup>30</sup> A tale proposito vengono ad esempio in considerazione *password*, codici, procedure di registrazione, necessità di prestazione del consenso per la raccolta e l'elaborazione dei dati personali.

Società Italiana degli Autori ed Editori (S.I.A.E.)

Direzione Generale - Roma

vengano a conoscenza del fatto che le informazioni veicolate – od ospitate - sono state rimosse dal sito originario ovvero il relativo accesso è stato disabilitato. Qualora le suddette condizioni di esenzione da responsabilità degli ISP non sussistessero, ovviamente, questi verrebbero a coincidere con la figura del Content Provider ovvero ad esercitare altri diritti di utilizzazione economica quali, ad esempio, quello di elaborazione incorrendo, ove non avessero ottenuto specifica autorizzazione e corrisposto adeguato compenso, in una responsabilità che potrebbe, a seconda dei casi, essere diretta od indiretta civile o penale<sup>31</sup>.

Occorre, inoltre, richiamare in questa sede la particolare e significativa figura dell'aggregatore di contenuti, che assembla, organizza, categorizza e consente l'accesso a contenuti propri o di terzi, e pare, pertanto, collocarsi in una zona di vuoto di disciplina posta tra la normativa dettata per la figura del Content Provider e quella riservata all'ISP che fornisce semplice accesso alla rete<sup>32</sup>. A seconda della prevalenza, nell'attività di volta in volta posta in essere dall'aggregatore di contenuti degli elementi propri dell'una piuttosto che dell'altra delle due figure, questi accederà alla disciplina ed al regime di responsabilità all'una od all'altra riservati.

---

<sup>31</sup> Una responsabilità penale di tipo diretto sussisterebbe ove il Provider avesse effettiva conoscenza dell'illecito (dovrebbe, pertanto, essere esclusa una responsabilità penale per fatti colposi); sussisterebbe, invece, responsabilità civile nel caso in cui il provider fosse a conoscenza di fatti o circostanze che rendano manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione. Cfr: *amplius*, Ercolani, *Il diritto d'autore ed i diritti connessi*, 2004, 372.

<sup>32</sup> Cfr: il Libro Bianco sui Contenuti presentato a Roma dall'AGCOM il 26 gennaio 2011 e disponibile sul sito [www.agcom.it](http://www.agcom.it) (pag. 220 ss.) che auspica l'intervento di disposizioni normative volte a regolamentare tutte le attività afferenti ad Internet ed, in particolare, la figura dell'aggregatore di contenuti che si è imposta, nel tempo, all'attenzione della giurisprudenza (cfr. *ex plurimis* ordinanza cautelare, del Tribunale di Roma, IX Sez. civile, del 16 dicembre 2009 confermata in sede di reclamo il 22 gennaio 2010) chiamata - con valutazioni da rendere necessariamente caso per caso in modo da tener conto dell'attività concretamente svolta nonché dei servizi aggiuntivi di volta in volta forniti dall'aggregatore di contenuti - ad identificarne la natura ed a definirne il regime di responsabilità anche con riferimento alle violazioni delle disposizioni a tutela della proprietà intellettuale perpetrate o comunque agevolate dai i servizi forniti. Il Tribunale di Roma ha, in tale occasione, chiarito che seppure non sussiste un generale obbligo di sorveglianza in capo agli ISP questi incorrono in responsabilità ogniqualvolta non si limitassero "a fornire connessione alla rete, ma - erogassero - servizi aggiuntivi (per es. caching, hosting) e/o - predisponessero - un controllo delle informazioni". Gli aggregatori di contenuti non debbono, infatti, controllare ogni frammento caricato dagli utenti, ma "rimuovere materiale illecitamente trasmesso, dopo aver avuto conoscenza dall'avente diritto a mezzo diffide della sua presenza in rete con conseguente denunciata lesione di diritti esclusivi". La direttiva e-commerce 2000/31/CE - attuata in Italia dal D.Lgs. 70 del 2003 - non ha preso in esplicita considerazione la problematica della responsabilità "dei fornitori di collegamenti ipertestuali e di servizi di motori di ricerca" segnalando, tuttavia, al secondo comma dell'art. 21, la necessità che tale questione venisse affrontata e risolta a breve termine. Si segnala, infine, che il DMCA statunitense prevede che il fornitore di strumenti per il reperimento di informazioni (*information location tools*) sia esentato da responsabilità ove non sia a conoscenza dell'illiceità del materiale a cui fornisce il collegamento e non ottenga vantaggi economici riconducibili al materiale stesso.

Società Italiana degli Autori ed Editori (S.I.A.E.)

Direzione Generale - Roma

Con riferimento, infine, all'utente finale, ossia, tipicamente, al privato che richiede la trasmissione di materiale protetto, viene in considerazione un'attività di riproduzione, legittimata dal rilascio della licenza concessa dai vari servizi legali di download musicale o audiovisivo, tra i quali i più famosi sono attualmente i servizi iTunes e iMovies di Apple, anche se esistono oggi vari operatori italiani che offrono servizi analoghi.

Al riguardo, è utile ricordare che la riproduzione effettuata dagli utenti finali a partire da servizi legali di download (che hanno ottenuto le necessarie autorizzazioni dai titolari dei diritti) non pregiudica in alcun modo le copie ad uso privato per le riproduzioni successive al primo download (quello coperto dalla licenza di riproduzione rilasciata ai servizi legali), posto che, per tali copie successive, è prevista l'eccezione per la riproduzione privata ad uso personale e la conseguente corresponsione del compenso ex art. 71-sexies e seguenti della legge sul diritto d'autore.

L'eccezione per copia privata trova applicazione, quindi, solo nell'ipotesi in cui la riproduzione, ossia il *download*, sia effettuata dalla singola persona fisica utente finale per suoi usi propri e il compenso a tale titolo corrisposto non ha nulla a che vedere con quello dovuto per l'esercizio dei diritti esclusivi di riproduzione e messa a disposizione del pubblico che il Content Provider corrisponderà ai titolari dei diritti acquisendone il consenso.

## **2. LA CONSULTAZIONE PUBBLICA AGCOM**

### **2.1 Premessa**

La SIAE esprime il suo apprezzamento per l'iniziativa adottata dall'AGCOM a seguito dell'indagine conoscitiva da essa pubblicata nel febbraio 2010, che costituisce un primo serio tentativo per individuare le misure più idonee ad assicurare una efficace tutela dei diritti d'autore sulle reti telematiche.

La SIAE concorda circa la necessità di favorire una sintesi di alto profilo tra gli interessi degli autori e quelli degli utenti finali e circa l'opportunità che questo compito sia svolto dall'AGCOM, in virtù della sua funzione istituzionale e delle competenze tecniche acquisite.

La SIAE ritiene anche che l'autorità "amministrativa avente funzioni di vigilanza" menzionata dagli articoli 14, 15, 16 e 17 del Decreto legislativo n. 70/2003 debba essere individuata nell'AGCOM e che essa sia pienamente legittimata ad intervenire in tempi

rapidi nei riguardi dei soggetti che non rispettino le norme poste a tutela dei diritti d'autore, senza che ciò pregiudichi il possibile intervento dell'Autorità Giudiziaria.

Sia consentita una breve notazione a margine dell'acceso dibattito in corso. Quando in alcuni ambienti si pone l'accento sulla necessità di modificare le vigenti leggi al fine di raggiungere un equilibrio tra il diritto d'autore e altri diritti tutelati dall'ordinamento giuridico si tende purtroppo a mettere in secondo piano lo squilibrio realizzato da anni nei fatti tra la concreta ed efficace difesa dei diritti degli autori e l'incontrollato accesso ai contenuti protetti consentito dall'uso delle moderne tecnologie. Non si può ignorare il fatto che di queste tecnologie si avvalgono imprese, spesso localizzate all'estero, che realizzano ingenti profitti sfruttando il lavoro creativo degli autori e gli onerosi investimenti effettuati dalle industrie del settore.

Quanto all'analisi condotta dall'Autorità, si ritiene che essa abbia preso le mosse da due premesse senz'altro condivisibili, vale a dire: la necessità di individuare strumenti idonei a stimolare l'incontro fra domanda ed offerta di prodotti culturali sulla rete Internet, al fine di promuoverne la circolazione legale; il riconoscimento del ruolo chiave svolto in tale contesto dagli ISP e dai gestori dei siti Internet e la conseguente opportunità di favorire forme di collaborazione fra costoro ed i titolari dei diritti.

Tuttavia, la prospettazione fornita dall'analisi non è completa, perché appare concentrata su talune problematiche tipiche del mercato audiovisivo, senza approfondire in ugual misura quelle che connotano il mercato musicale. Essa inoltre riflette in modo pressoché esclusivo la posizione assunta dagli operatori del mercato delle telecomunicazioni e non sembra dare adeguata rilevanza al fatto che, relativamente all'offerta "legale", si registrano, fra i vari attori sulla scena, posizioni diversamente connotate. Infatti:

- i titolari dei diritti sono generalmente disponibili ad autorizzare l'uso delle proprie creazioni intellettuali, concordando le modalità e condizioni economiche di tale utilizzo. Non hanno interesse ad ostacolare lo sviluppo del mercato, né ad impedire l'accesso degli utenti finali alle proprie creazioni, purché ciò avvenga nel rispetto dei diritti esclusivi che la legge attribuisce loro e purché la remunerazione sia commisurata al valore dei diritti ceduti.
- Gli operatori hanno, in via generale, interesse a muoversi in modo competitivo sul mercato digitale. Hanno quindi necessità di ampliare la

propria offerta, in modo legale, ma a costi contenuti - che, purtroppo, vengono generalmente preventivati senza tener conto del valore del prodotto che intendono acquisire - e, possibilmente, secondo procedure massimamente semplificate.

- I consumatori hanno interesse ad accedere ai contenuti disponibili in rete, ma hanno una scarsa o addirittura inesistente percezione del fatto che determinati comportamenti - riconosciuti come illeciti e perciò sanzionati nell'ambiente ordinario - sono tali anche nell'ambiente virtuale. I consumatori tendono a privilegiare, sempre ed in ogni caso, l'offerta gratuita di contenuti, senza porsi il problema del perché lo sia e del fatto che la gratuità possa presupporre la violazione di diritti altrui. Vale inoltre la pena ricordare che, fra i consumatori, è ancor più scarsa la consapevolezza del fatto che la mancata retribuzione dei contenuti riduce in prospettiva la possibilità di investimento su contenuti nuovi. La stessa analisi dell'Autorità focalizza l'attenzione sull'opportunità di garantire la libertà di accesso ai contenuti, ma non si sofferma sulla domanda di contenuti legali da parte degli utenti finali.

Ciò premesso, non si ritiene che l'esclusività del diritto d'autore e l'autonomia negoziale riconosciute ai titolari dei diritti possano essere definite - e conseguentemente disciplinate - come un ostacolo allo sviluppo del mercato digitale o impedimento all'accesso alla cultura da parte degli utenti. Si ritiene piuttosto che l'auspicata sintesi tra domanda ed offerta di contenuti culturali destinati a circolare in modo legale sulla rete debba essere perseguita attraverso azioni volte a: stimolare ed intensificare i contatti fra gli organismi rappresentativi dei titolari dei diritti e degli utilizzatori per la conclusione di accordi che sostengano la diffusione massiva di contenuti sulla rete, garantendo la giusta valorizzazione dei diritti protetti; contrastare i fenomeni distorsivi della concorrenza che discendono dall'ampia ed incontrollata disponibilità in rete di contenuti gratuiti (file sharing). Si ritiene utile rammentare in proposito che la principale funzione degli enti di gestione collettiva come la SIAE è proprio quella di intermediare fra i titolari dei diritti e gli utilizzatori al fine di agevolare l'incontro tra domanda ed offerta di prodotti culturali e soddisfare, in modo equo e a parità di condizioni oggettive, le aspettative di tutti i soggetti a vario titolo interessati alla diffusione legale delle opere dell'ingegno.

## **2.2 Risposte**

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

I fattori che maggiormente ostacolano lo sviluppo di servizi on line in Italia sono riconducibili ad aspetti strutturali del mercato italiano ed a comportamenti di consumo diffusi tra il pubblico.

Tra i primi si possono ricordare i livelli di penetrazione della banda larga e quelli di diffusione degli apparecchi di riproduzione digitale. Gli indici tecnologici registrati in Italia rivelano in effetti un certo ritardo rispetto ad altri Paesi europei nella diffusione di tecnologie abilitanti tali da facilitare l'affermazione di servizi on line. Solo nella diffusione dei telefoni cellulari l'Italia presenta numeri record, ma si attende di vedere se questa propensione sarà confermata anche nel campo degli smartphone.

Un'influenza particolarmente negativa è esercitata dai comportamenti dei consumatori, che continuano a ricorrere alle reti di file sharing ed optano per comportamenti non ortodossi pur di non sopportare il costo per l'accesso ai servizi legali. Inoltre, le iniziative commerciali nel settore sono disincentivate dalla presenza di servizi pirata e di una vasta area di evasione, fenomeni assai difficili da combattere con i mezzi di enforcement attualmente disponibili, come meglio si dirà in seguito. In molti casi, i servizi pirati sono di provenienza extracomunitaria (come alcuni siti di MP3 russi) anche se chiaramente diretti fuori dei Paesi in cui sono apparentemente localizzati.

La SIAE ritiene che il maggiore ostacolo allo sviluppo di un robusto mercato per la fruizione on line di musica e audiovisivi sia costituito dalla pirateria: il contributo principale che può essere dato allo sviluppo dell'offerta legale è quindi rappresentato dall'adozione di misure efficaci contro tale fenomeno.

Va ricordato che per la musica esiste da anni un'ampia offerta legale, fornita principalmente da operatori stranieri, che non può raggiungere il potenziale mercato finché sarà costretta a convivere con l'offerta illegale.

Diversa è la situazione per quel che riguarda i servizi di distribuzione di prodotti audiovisivi: gli operatori italiani sono infatti piuttosto riluttanti a intraprendere nuove iniziative commerciali, dovendo competere con servizi che godono dell'iniquo vantaggio di non dover acquisire le necessarie licenze e sono in grado di mettere a disposizione degli utenti un'offerta ampia e praticamente gratuita.

Società Italiana degli Autori ed Editori (S.I.A.E.)

Direzione Generale - Roma

Se saranno adottate misure efficaci contro la pirateria gran parte del traffico illegale si sposterà necessariamente sul mercato legale: ciò potrà avvenire anche senza criminalizzare i consumatori, adottando una combinazione di misure appropriate per combattere il fenomeno (avvio di un serio confronto tra gli ISP, le piattaforme di distribuzione e i produttori di contenuti; adeguate iniziative inibitorie nei riguardi dei siti illegali; campagne d'informazione e avvertimenti agli utenti; sanzioni anche meno pesanti, ma più efficaci delle attuali, nei confronti dei soggetti più restii al rispetto della legge).

Allo stesso tempo la SIAE ritiene necessario ricercare anche altre strade che favoriscano la diffusione dell'offerta legale, che non può tuttavia fondarsi sulla compressione/limitazione della libertà economica e della autonomia negoziale dei titolari dei diritti, attraverso interventi sulle modalità di acquisto/vendita dei contenuti.

La sostanziale stagnazione del mercato digitale legale, in un quadro di esponenziale crescita degli utilizzi illegali dei contenuti protetti, è stata affrontata dalla SIAE con la piena consapevolezza della necessità di adottare soluzioni idonee a coniugare il rispetto della catena di valore dei diritti protetti e la libera possibilità di accesso e fruizione di contenuti da parte dei consumatori.

Nell'ambito della sua attività istituzionale la SIAE:

- ha negoziato e concluso accordi con operatori quali Google-Youtube che hanno aperto la strada all'introduzione, anche nel mercato italiano, di forme di valorizzazione e remunerazione dell'uso dei contenuti, nell'ambito di un'offerta massiva, in costante crescita ma fino ad allora del tutto priva di autorizzazione, in favore di tutta la catena di valore dei diritti protetti.
- ha favorito la semplificazione delle licenze europee per il repertorio musicale attraverso la creazione di alleanze operative con altre società di autori (la francese SACEM e la spagnola SGAE) con creazione di uno "sportello" comune per i diversi territori di sfruttamento del repertori, negoziando e concludendo accordi a livello europeo con operatori interessati a più mercati nazionali (ad esempio Nokia, Beatport);
- ha sviluppato un'attività di studio e ricerca di soluzioni costruttive, nel convincimento che il solo approccio sanzionatorio, pur necessario complemento a qualunque soluzione di business, sia insufficiente ad attivare un circolo virtuoso

Società Italiana degli Autori ed Editori (S.I.A.E.)

Direzione Generale - Roma

di ripristino di condizioni di legalità nell'offerta digitale, indispensabile per la salvaguardia della produzione culturale, ma anche per una forte e sana diffusione della banda larga e della nuova economia digitale nel suo complesso.

In particolare, con riferimento a tale ultimo punto, l'iniziativa della SIAE si è concretata nella promozione del progetto "Legal bay" mirata al lancio di un servizio per il download di contenuti protetti, attraverso la distribuzione al pubblico tramite gli operatori telefonici con pacchetti di offerte combinate "banda larga/contenuti".

Il progetto, sviluppato per conto di SIAE dalla società di consulenza VCT, prevedeva la creazione di un serbatoio di contenuti digitalizzati, completi di metadati, conferiti dai titolari dei diritti e veicolati dagli operatori telefonici all'utenza finale con offerte di pacchetti diversificati, in ragione della quantità di contenuti disponibili, in modalità flat rate, da vendere in abbinamento all'abbonamento a banda larga su rete fissa o mobile.

Si trattava in sostanza di recepire, trasformandola in comportamento corretto, la modalità di fruizione dei consumatori che non percepiscono come illegale il download non autorizzato di contenuti, fornendo loro l'accesso legale ai contenuti a costi sostenibili e con modalità di pagamento estremamente semplificate.

La costruzione dei pacchetti di offerta, del modello di pricing e redistribuzione degli utili (basato sul criterio del revenue sharing in favore di operatori telefonici e titolari di diritti a diverso titolo), presupponeva l'apertura di un tavolo congiunto, nel pieno rispetto delle posizioni degli interessati e delle vigenti normative nazionali ed internazionali.

La sostanziale innovazione del modello descritto consisteva nella visione sistemica che lo stesso implica e nella traduzione di una modalità d'uso consolidata, ma attualmente in larghissima misura illegale, in comportamento rispettoso delle norme e capace di creare profitto per tutti gli attori coinvolti, attraverso l'attivazione di un percorso virtuoso di emersione di un mercato attualmente sommerso, a beneficio del sistema paese.

Fin dalle prime fasi di lavoro, che hanno condotto all'avvio di un tavolo negoziale con la partecipazione di Telecom - come primo operatore telefonico interessato - nonché di rappresentanti del settore della discografia e della produzione cinematografica, sono emerse tuttavia le diverse e conflittuali posizioni dei settori interessati.

La SIAE ha quindi preso atto di tale situazione ed ha sospeso gli approfondimenti di business e tecnologici connessi allo sviluppo del progetto.

Società Italiana degli Autori ed Editori (S.I.A.E.)

Direzione Generale - Roma

***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?***

La SIAE non condivide l'analisi relativa alle barriere che impedirebbero lo sviluppo dei mercati legali del VOD e dell'IPTV e, a tale proposito, ritiene utile richiamare quanto emerge dalla Relazione annuale AGCOM per l'anno 2010 (pag. 35): *"La televisione su protocollo IP è utilizzata da 12,9 milioni di utenti e presenta ampi margini di crescita. In meno di dieci anni, dal 2001 (anno in cui è stata lanciata da Fastweb la prima piattaforma IPTV) ad oggi, sono state commercializzate oltre 120 piattaforme televisive su tale mezzo. La rapida espansione di questa tecnologia è motivata, inoltre, dalle sue numerose potenzialità e dalla moltitudine di servizi aggiuntivi offerti all'utente finale: accesso a canali in alta definizione, catch up tv, video on demand e digital video recorders."*

La SIAE osserva che la soluzione ipotizzata mette in discussione il principio basilare della cessione in esclusiva dei diritti di sfruttamento delle opere audiovisive e sarebbe tale da provocare l'erosione dei ricavi provenienti dai canali tradizionali, sovvertendo i complessi equilibri raggiunti dal mercato.

In nessun modo i titolari dei diritti di distribuzione dei contenuti dovrebbero essere indotti a cedere contro la loro volontà i diritti di distribuzione a tutti gli operatori, sopprimendo di fatto le loro libere scelte imprenditoriali.

La SIAE auspica invece l'adozione di interventi istituzionali che eliminino il deficit d'interoperabilità tra gli apparecchi di riproduzione e tra le differenti piattaforme distributive, che costituisce un serio ostacolo allo sviluppo del mercato digitale ed è spesso utilizzato a difesa di posizioni dominanti.

***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?***

La SIAE ritiene senz'altro utile ogni intervento diretto a favorire l'offerta legale dei prodotti audiovisivi, purché attuato nel rispetto di tutti i titolari di diritti esclusivi. Dovrà essere approfondito con questi ultimi il tema delle difficoltà che si frappongono allo sviluppo di servizi che mettano a disposizione degli utenti il catalogo più ampio possibile di prodotti italiani e comunitari. Si rammenta in proposito che la SIAE, nel settore

dell'audiovisivo, gestisce unicamente i diritti a compenso spettanti agli autori ai sensi dell'art. 46bis LdA (cd. equo compenso cinematografico).

***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?***

La ipotizzata rimodulazione dei tempi delle diverse modalità di offerta/fruizione del prodotto audiovisivo, finalizzata a contrastare la circolazione in rete di copie pirata ad elevata qualità, potrebbe piuttosto stimolare lo sviluppo dei servizi on demand. A tal fine, fermo restando che la disciplina delle "finestre di distribuzione" è rimessa alla contrattazione tra le parti, si condivide la possibilità di una loro rivisitazione complessiva con l'accordo dei produttori (per cui si ritiene utile un intervento dell'AGCOM in tal senso).

Al contrario, non si condivide né si ritiene giuridicamente praticabile alcun intervento sul contenuto delle licenze di sfruttamento dei diritti in esclusiva, che sono state affidate al mercato e che i produttori di contenuti devono essere liberi di adottare in base a loro autonome scelte di carattere economico. Si fa inoltre presente che molti produttori di contenuti dispongono di un limitato potere negoziale, dovendo confrontarsi con un mercato in cui alcuni operatori sono titolari di posizioni dominanti e funzionano da gatekeeper. Va sottolineato anche il fatto che si registra uno squilibrio tra il valore generato dalla circolazione di contenuti editoriali sulla rete in favore di alcuni soggetti ed i ricavi, ad esso non commisurati, realizzati dai titolari dei diritti.

Quanto alla ipotizzata differenziazione dell'offerta in base alla qualità del prodotto, si osserva che se è vero, come affermato dalla stessa AGCOM, che le copie pirata dei prodotti audiovisivi hanno generalmente "una qualità audio/video pari a quella del prodotto originale", può concludersi che la disponibilità in rete di tali copie sarà sempre estremamente concorrenziale rispetto al prodotto distribuito legalmente su Internet in qualità "standard".

Si rammenta infine che il potere regolamentare attribuito all'Autorità dal D. lgs. 44/2010 - attribuito per rendere effettivi limiti e divieti posti dall'art. 6 - si riferisce, tra l'altro,

Società Italiana degli Autori ed Editori (S.I.A.E.)

Direzione Generale - Roma

all'obbligo che grava sui fornitori di servizi di trasmettere le opere cinematografiche nel rispetto dei termini temporali e delle condizioni concordate con i titolari dei diritti.

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

La crescita del mercato dei contenuti digitali esige una incisiva sensibilizzazione dei consumatori, da realizzare attraverso campagne informative mirate, che li rendano consapevoli dei danni arrecati dalla pirateria e dall'uso illegale della rete e li indirizzino verso il consumo legale. La scarsa sensibilità degli utenti rappresenta infatti in qualche modo l'anello debole della catena attraverso la quale si snoda il processo di fornitura e distribuzione in rete di contenuti protetti in violazione dei diritti dei relativi titolari. Pertanto, la promozione di campagne - stabili e protratte nel tempo - di educazione alla legalità può essere importante, purchè coinvolga i principali mezzi di comunicazione. L'efficacia di tali campagne dipende tuttavia in modo determinante anche dalla parallela adozione di misure volte a rafforzare la tutela del diritto d'autore.

Si rammenta peraltro che alcuni anni fa sono state condotte, sui principali media, alcune campagne d'informazione e di educazione alla legalità, senza purtroppo ottenere apprezzabili risultati. Ciò non toglie che esse possano essere ripensate e promosse a livello istituzionale, anche in collegamento con le altre misure proposte dal Rapporto, facendo tesoro delle esperienze maturate in passato.

***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?***

Si ritiene senz'altro utile inserire nei contratti di hosting e caching informazioni più dettagliate sul diritto d'autore (comprehensive delle conseguenze tecniche e giuridiche derivanti da un uso non corretto del servizio che, relativamente al contratto, potrebbero concretizzarsi nel diritto di recesso del fornitore del servizio), oltre che sulle modalità di

Società Italiana degli Autori ed Editori (S.I.A.E.)

Direzione Generale - Roma

pagamento attraverso forme di m-payment (sul tema, si segnala il Rapporto 2009 del Politecnico di Milano "Mobile payment in Italia: finalmente ai blocchi di partenza!").

Analoghe disposizioni dovrebbero essere inserite nei contratti conclusi dai fornitori di connettività con gli utenti finali per consentire loro l'accesso alla rete.

***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?***

Si concorda sulla necessità di coinvolgere gli ISP in operazioni di sensibilizzazione degli utenti. In tale ottica non dovrebbe avere particolari controindicazioni l'invio di una e-mail informativa al momento dell'accesso a internet, con la quale si rammentino chiaramente all'utente anche gli obblighi contrattuali da lui assunti in materia di rispetto della legge sul diritto d'autore.

\*\*\*\*\*

Prima di trattare la parte relativa alle misure inibitorie nei confronti delle utilizzazioni e dei servizi illegali si ritiene utile effettuare una breve ricognizione sugli sviluppi giurisprudenziali in materia di violazioni della legge sul diritto d'autore attraverso l'uso di Internet.

Nella fase iniziale di sviluppo del mercato legale, in particolare relativamente ai servizi streaming e downloading, è risultata evidente la carente applicazione degli strumenti procedurali diretti a prevenire e/o a reprimere gli atti di abusiva utilizzazione delle opere dell'ingegno sulle reti telematiche.

Ciò anche per quanto riguarda le pur innovative misure previste dalla Direttiva *Enforcement* 2004/48, attuata in Italia dal Decreto legislativo 140/2006, soprattutto con riferimento agli artt. 156 e 156ter della legge sul diritto d'autore, in tema rispettivamente di provvedimenti inibitori e dei c.d. diritti di informazione.

Sembra pertanto corretto affermare che, nonostante i tentativi posti in essere dai titolari dei diritti d'autore, non è stata assicurata l'effettività della tutela dei medesimi diritti.

Da un lato, infatti, il Tribunale di Roma in Sezione Specializzata per la Proprietà Intellettuale ed Industriale, in accoglimento delle censure espresse dal Garante per la Privacy, ha fortemente limitato con alcune decisioni la possibilità di accesso ai dati di traffico nei casi in esame, rigettando i ricorsi proposti dalla società Peppermint avverso

Società Italiana degli Autori ed Editori (S.I.A.E.)

Direzione Generale - Roma

vari gestori telefonici sul presupposto della netta prevalenza da accordare alla tutela del diritto alla riservatezza degli utenti.

Dall'altro lato è stata esclusa la sanzionabilità penale del *peer to peer* nei confronti di alcuni siti Internet che svolgevano stabilmente attività di file sharing di film di prima visione, consentendo lo scarico gratuito del software: così, ad esempio, il decreto di archiviazione emesso in data 9 ottobre 2007 dal GIP presso il Tribunale di Roma. Nello specifico il giudice penale ha rigettato l'opposizione alla richiesta di archiviazione del P.M., formulata dalla società di home entertainment che aveva sporto denuncia, affermando che *"nell'ambito della condivisione telematica del sistema peer to peer lo scambio avviene direttamente tra due utenti finali, senza l'intermediazione di un server centrale il quale svolge una funzione di collegamento del tutto generica"*. Lo stesso giudice ha inoltre escluso la sussistenza del fine di lucro richiesto dalla norma penale, sottolineando che, semmai, si è in presenza di un illecito civilistico e che *"in assenza di una legislazione penale che crei una fattispecie ad hoc non appare possibile dare rilevanza in questa sede ad un fenomeno assai diffuso, di difficile criminalizzazione ed avente accertamenti quasi impossibili in termini di raccolta della prova"*.

In tale prospettiva, deve dunque rilevarsi come le principali difficoltà riscontrate dai giudici italiani abbiano riguardato non tanto l'interpretazione del Decreto legislativo 68/2003 e del Decreto legislativo 70/2003 (con i quali sono state trasposte nel nostro ordinamento la Direttiva sulla società dell'informazione e quella sul commercio elettronico), quanto piuttosto il mancato raccordo tra la legge sul diritto d'autore e la normativa in materia di protezione di dati personali, nonostante entrambe siano dirette a tutelare diritti costituzionalmente garantiti.

Ai fini dell'effettività della tutela del diritto di autore on line ulteriori criticità hanno riguardato:

- i profili attinenti alla giurisdizione, determinati dalla difficoltà di individuare i luoghi di commissione dell'illecito, stante la crescente globalizzazione nell'uso dei beni - anche immateriali - e la dislocazione all'estero dei server in cui vengono caricate le opere;
- le difficoltà a svolgere accertamenti ed indagini in sede informatica ed acquisire i relativi elementi probatori, al fine di individuare l'autore del reato;

Società Italiana degli Autori ed Editori (S.I.A.E.)

Direzione Generale - Roma

- l'inadeguatezza del ricorso alle tradizionali sanzioni in materia di legislazione antipirateria, a fronte di condotte e di illeciti che hanno progressivamente acquisito una capacità offensiva ben superiore rispetto al passato.

Segnali di una apprezzabile inversione di tendenza si colgono solo negli ultimi anni a partire dal provvedimento del G.I.P. presso il Tribunale di Bergamo del 1° agosto 2008 che - su richiesta della competente Procura - ha ordinato ai provider italiani, fornitori della connessione ad Internet, di disabilitare l'accesso sul nostro territorio, al sito The Pirate Bay, sebbene i server e la sede legale della società titolare del sito (il più famoso al mondo per lo scambio di file illegali) si trovassero all'estero.

Si deve inoltre evidenziare che, con sentenza n. 49437 del 2009, la III Sezione Penale della Corte di Cassazione - sempre nel caso The Pirate Bay - ha annullato l'ordinanza di dissequestro del sito ad opera del Tribunale della Libertà di Bergamo, rilevando che *"è possibile che il giudice penale, nel disporre il sequestro preventivo del sito web, possa contestualmente richiedere al provider di escludere l'accesso al sito al limitato fine, nella specie, di precludere l'attività di illecita diffusione di opere coperte da diritto d'autore, così realizzandosi un rafforzamento della cautela che dalla mera sottrazione della disponibilità della cosa, tipica del sequestro preventivo, si amplia fino a comprendere anche una vera e propria inibitoria di attività, rispettosa anch'essa, nella particolare fattispecie in esame, del principio di tipicità e di legalità in quanto riferibile ad espresse e specifiche previsioni normative"*.

Per quanto riguarda la giurisdizione, la Corte ha ritenuto sufficiente che anche una sola delle attività poste in essere da coloro che hanno partecipato all'illecito si sia svolta in territorio italiano, e comunque ha dato rilevanza al fatto che i file illecitamente immessi in rete sono stati offerti ad utenti in Italia (in tal modo confermando la liceità del sequestro di beni che si trovano all'estero).

La Corte, in linea con altra decisione dei giudici di legittimità (la n. 275 del 2006 relativa al caso "SKY- Cartellino Rosso"), ha altresì affermato che il reato di diffusione abusiva dell'opera mediante la rete Internet è commesso anzitutto da chi esegue l'uploading e che risponde penalmente a titolo di concorso, in caso di condivisione dei file mediante peer to peer, il titolare del sito il quale mette in comunicazione gli utenti che commettono l'illecito.

Per altro verso, in alcune recenti decisioni rese in sede civile è prevalsa la linea per la quale, pur senza affermare un obbligo di sorveglianza generale del provider rispetto al

contenuto dei dati trasmessi, ovvero senza pretendere dal provider medesimo un'attività preventiva di controllo e di accertamento di ciascun singolo file caricato dagli utenti, si afferma ai sensi del disposto dell'art. 17 del Decreto legislativo 70/2003, il suo dovere di rimuovere il materiale illecitamente trasmesso " *dopo aver avuto conoscenza dall'avente diritto a mezzo di diffide della sua presenza in rete.....e ciò senza dover attendere apposito ordine ..... da parte dell'autorità giudiziaria*".(v. ordinanze Trib. Roma del 16.12.2009 e dell'11.2.2010, nella controversia proposta da R.T.I. nei confronti di You Tube e Google).

Si segnala altresì l'ordinanza emessa in sede cautelare il 14.4.2010 dal Tribunale di Roma in Sezione Specializzata, nella controversia FAPAV/TELECOM in cui la SIAE è intervenuta *ad adiuvandum* delle ragioni della ricorrente e nella veste di Ente esponenziale per la tutela del diritto di autore. Come noto, detta ordinanza ha stabilito che, in caso di conoscenza di attività illecite a danno degli autori, l'intermediario di servizi ha l'obbligo di informare " *senza indugio*" l'Autorità Giudiziaria o Amministrativa di Vigilanza, affinché possano essere attivati gli ulteriori obblighi di protezione ad essi spettanti, pur senza approfondire il punto relativo all'obbligo dell'Internet Provider di attivarsi *motu proprio* ove sia pervenuto a conoscenza del contenuto illecito del servizio al quale assicura l'accesso (art. 17.3 del Decreto legislativo 70/2003).

Difficoltà interpretative sono insorte in giurisprudenza anche con riguardo alla dizione " *effettiva conoscenza*", adoperata dalla Direttiva 2000/31, che nel Decreto legislativo 70/2003 è stata tradotta con " *effettivamente al corrente*". Il che induce a ritenere che l'inciso normativo debba intendersi nel senso non di una astratta conoscibilità da parte del prestatore del servizio, bensì di una reale conoscenza da parte del medesimo dell'attività illecita posta in essere.

A tale proposito appare utile evidenziare che l'ordinanza del Tribunale di Roma del 14.04.2010, già citata, ha precisato che la conoscenza effettiva può avvenire anche in una fase antecedente alla segnalazione/comunicazione dell'Autorità Giudiziaria di cui all'art. 17 Decreto legislativo 70/2003, esprimendosi testualmente nei seguenti termini: " *Gli obblighi di protezione sorgono, prevalentemente, dalla richiesta della competente autorità giudiziaria o amministrativa con funzioni di vigilanza, la quale chieda che il prestatore impedisca le violazioni commesse (ultimi commi degli artt. 14, 15 e 16 del Decreto legislativo 70/2003) oppure chieda al prestatore di fornire le informazioni in suo*

*possesso che consentano l'identificazione del destinatario dei suoi servizi con cui ha accordi di memorizzazione dei dati, al fine di individuare o prevenire attività illecite".*

\*\*\*\*\*

***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.***

L'adozione di una procedura di rimozione selettiva che poggi sul principio del Notice and take down (NTD) di derivazione statunitense è senz'altro apprezzabile e la tempistica prevista (48 ore di preavviso a partire dalla ricezione della richiesta da parte del gestore del sito e 5 giorni per l'eventuale contraddittorio) è tale da consentire una sufficiente analisi della situazione (con conseguente riduzione del rischio di errori o abusi) e un intervento abbastanza rapido da parte dell'Autorità per porre un freno alle violazioni.

La procedura è quindi da condividere, anche se si ritiene che essa potrebbe essere ulteriormente semplificata eliminando la previsione (indicata al punto 5) di reiterazione dell'ordine di rimozione da parte dell'Autorità e coinvolgendo sempre, in tutte le fasi del procedimento (ma, in particolare, le fasi sub 3 e 4), oltre al gestore del sito, il fornitore del servizio di media audiovisivo.

Qualche serio dubbio sussiste circa la possibilità di applicare le pesanti sanzioni amministrative previste dall'art. 1 comma 31 della legge 249/1997, dal momento che il contesto in cui tale potere sanzionatorio può essere esercitato è circoscritto all'inosservanza degli ordini e delle diffide impartite dall'Autorità ai sensi della citata legge, mentre appare difficile poter sostenere che tale contesto assorba anche l'ambito di applicazione del D. Lgs. 70/2003. In tal caso si ritiene che sarebbe comunque sufficiente rilevare il mancato rispetto dell'ordine ai fini dell'immediata applicazione della sanzione da parte dell'Autorità.

***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.***

Relativamente alle ipotesi formulate per i siti esclusivamente (e, spesso, dichiaratamente) illegali ed i siti con server collocati all'estero, si sottolinea come l'ipotesi della *black list*, pur presentando profili di indubbio interesse, debba essere ulteriormente analizzata e verificata, in relazione ai seguenti aspetti: individuazione delle autorità o istituzioni competenti alla formazione/gestione/aggiornamento della lista; modalità e, soprattutto, finalità di utilizzazione della medesima. In particolare, si osserva che:

- la lista sarebbe in continua evoluzione e, data la dimensione internazionale del fenomeno, rischierebbe di non essere aggiornata con sufficiente rapidità e precisione;
- il suo invio agli ISP sarebbe probabilmente di scarsa utilità qualora non fosse previsto alcun obbligo a loro carico. La previsione, contenuta nel documento AGCOM, di semplice "messa a disposizione" appare eccessivamente generica e non ne risulta chiara la funzione, a meno di non prevedere il contestuale obbligo degli ISP di consultazione giornaliera e blocco dell'accesso ai siti in essa contenuti, al fine di realizzare, per il tramite della *black list*, quella "effettiva conoscenza" che fonda gli obblighi di protezione di cui al D. Lgs. 70/2003.

Per quel che riguarda la rimozione totale dei contenuti, si ritiene che la seconda soluzione (inibizione del Domain Name del sito web e dell'indirizzo IP) sarebbe senz'altro preferibile e risulterebbe sicuramente più efficace, come dimostrato dal caso The Pirate Bay.

Si osserva che questa procedura si è dimostrata particolarmente efficace per i casi di offerta di giochi, lotterie, scommesse o concorsi da parte di siti non autorizzati. Sarebbe ovviamente necessario che il blocco fosse puntualmente rispettato - e opportunamente sanzionato in caso di violazione dell'inibitoria - da parte di tutti gli ISP. Si ribadisce inoltre che la procedura descritta dall'Autorità, garantendo il contraddittorio fra le parti interessate, riduce al minimo la possibilità che, nel contesto del suo svolgimento, siano commessi errori o abusi.

***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.***

L'inibizione del Domain Name e dell'indirizzo IP costituisce al momento la forma più efficace di contrasto dell'attività illegale svolta da siti che abbiano il solo fine di diffondere contenuti illeciti sotto l'aspetto del diritto d'autore e dei servizi che abbiano localizzato i loro server al di fuori dell'Italia.

***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.***

Le vigenti normative, nazionali ed internazionali, in materia di tutela del diritto d'autore, riconoscono ai titolari dei diritti sia il diritto esclusivo di riproduzione che quello di messa a disposizione del pubblico.

Gli accordi volontariamente conclusi fra gli organismi rappresentativi dei titolari dei diritti e gli utilizzatori consentono la piena esplicazione di tali diritti garantendo al tempo stesso la diffusione, sul mercato, dell'offerta legale idonea a soddisfare la richiesta di contenuti da parte degli utenti ed a garantirne l'accesso alla cultura ed all'informazione. E' pertanto corretto auspicare la massima diffusione di tali accordi che, come già detto in precedenza, può essere stimolata anche grazie all'adozione di misure volte a contrastare la diffusione gratuita e non autorizzata in rete di contenuti protetti. A tale proposito, si evidenzia, a miglior chiarimento di quanto illustrato nel rapporto dell'Autorità che, per le emittenti radio (pag. 20), la SIAE utilizza il sistema delle blanket licenses e non quello delle licenze collettive estese.

La prevista introduzione, ad opera dell'Autorità, e limitatamente al diffusissimo fenomeno del *file sharing*, di un meccanismo normativo che disciplini la gestione collettiva di una licenza alla quale verrebbe attribuita efficacia generale mediante l'estensione dei relativi effetti anche agli operatori che non l'abbiano sottoscritta, pone alcuni problemi:

a) In primo luogo la fonte normativa di un siffatto meccanismo non potrebbe essere rappresentata da un atto regolamentare dell'AGCOM, data la materia su cui tale atto verrebbe ad incidere, vale a dire la gestione di diritti esclusivi attraverso enti intermediari che, tra l'altro - come accade nel caso della SIAE - trovano la disciplina delle proprie funzioni ed attività in fonti di rango legislativo (L.22 aprile 1941, n. 633). Difficilmente si potrebbe quindi ritenere che il potere di adottare norme volte a disciplinare la negoziazione ed il rilascio di licenze da parte della SIAE possa ritenersi assorbito nelle competenze dell'AGCOM in materia di vigilanza ed accertamento, come delineate dall'art. 182-bis della medesima legge n. 633/41 e dall'art. 6 del D. Lgs. 44/2010. L'intervento del legislatore presupporrebbe, naturalmente, la preventiva valutazione, ad opera del medesimo, della compatibilità del meccanismo prospettato con le norme internazionali vigenti in materia.

b) Nel caso in cui si realizzasse la prospettata introduzione del meccanismo delle licenze collettive estese - e fermo restando che l'estensione dei relativi effetti agli aventi diritto non rappresentati dovrebbe garantire la volontarietà dell'adesione attraverso la regola dell'*opt out* - si evidenzia che gli enti di gestione collettiva incontrerebbero serie difficoltà per la ripartizione dei compensi alle diverse categorie di aventi diritto coinvolte.

c) Gli operatori verrebbero obbligati ad aderire al sistema, con una duplice alternativa dal punto di vista del rapporto con l'utente finale, in entrambi i casi connotata da alcune criticità:

- fornire a tutti un abbonamento conforme alla licenza. In tal caso, si realizzerà un aumento indiscriminato della tariffa di connessione, che graverà anche su coloro che non scaricano contenuti protetti e si registrerà un sovraccarico della banda a causa dell'intenso traffico generato dal sistema;

- fornire abbonamenti "differenziati" in relazione alle necessità degli utenti ed alle relative richieste. In tal caso, dovrebbe essere disciplinata la specifica responsabilità che, indiscutibilmente, sorgerebbe a carico degli utenti che, avendo sottoscritto un

abbonamento privo di licenza, utilizzino comunque la connessione per accedere ai contenuti protetti.

d) Decisamente critica è poi la prevista estensione degli effetti degli accordi collettivi di licenza agli "usi non commerciali", evidentemente riferita al *file sharing*, perché muove da un assunto non condivisibile: il rapporto di condivisione e scambio di file contenenti opere protette dal diritto d'autore fra due utenti finali privati, se pur necessita di autorizzazione da parte dei titolari dei diritti, ha un valore "economico" di scarsa rilevanza (e, quindi impone l'adozione di tariffe "adeguate" all'uso non commerciale). Tale impostazione ignora il valore economico del *business* collegato ai software che rendono possibile il *file sharing* (in questa sede si ritiene utile rammentare la decisione adottata dalla Corte Suprema degli Stati Uniti nel giugno 2005 nel noto caso *Mgm v. Grokster*); la concorrenza ai servizi legali che deriva dalla diffusione di tali pratiche; la drastica riduzione del valore delle opere dell'ingegno che ne consegue.

e) Queste licenze costituirebbero una ingiustificata forma di compressione della libertà negoziale delle varie categorie di titolari di diritti (produttori cinematografici, produttori fonografici, editori librari ecc.) che non hanno mai effettuato in forma collettiva il rilascio delle licenze per l'utilizzo delle loro opere sulla rete.

f) La sostanziale legalizzazione degli scambi "non commerciali", generando un'offerta praticamente illimitata e non gravata da onerosi costi per l'acquisizione dei diritti, arrecherebbe un sicuro pregiudizio al mercato dei servizi legali, scoraggiando gli investimenti degli operatori che sono disponibili a sostenere modelli di business legali e sottraendo al settore risorse finanziarie indispensabili per la produzione e lo sviluppo di nuovi contenuti culturali.

***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?***

Si ritiene senz'altro utile la promozione di sistemi di pagamento semplici e innovativi, come quelli di m-payment.

***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.***

Società Italiana degli Autori ed Editori (S.I.A.E.)

Direzione Generale - Roma

La mediazione dell'Autorità sarebbe utile per agevolare la risoluzione di alcune categorie di controversie tra titolari di diritti e utilizzatori, da individuare con idoneo provvedimento legislativo.

***D1. Istituzione presso l'Autorità di un Tavolo tecnico sul diritto d'autore. Si ritiene utile l'iniziativa proposta? In caso negativo, si prega di indicarne le ragioni.***

Si ritiene che un tavolo tecnico possa essere costituito in seno al Comitato consultivo permanente per il diritto d'autore previsto dall'art. 190 della legge 633/1941, che costituisce la sede istituzionale nella quale sono esaminate tutte le problematiche relative al diritto d'autore e sono confrontati gli argomenti e le soluzioni presentati dalle diverse categorie. Tuttavia, considerando la complessità tecnica delle tematiche da approfondire, la stretta connessione con problematiche relative allo sviluppo del mercato digitale ed il coinvolgimento di una pluralità di importanti diritti, il compito potrebbe essere svolto da una commissione speciale all'interno del Comitato consultivo permanente, possibilità già prevista dalla legge (art. 193 LdA), commissione della quale dovrebbero essere chiamati a far parte tecnici designati dall'AGCOM.

Roma, marzo 2011