



Regulatory Affairs and Institutional Relations
Licensing and Compliance
Via C.G. Viola,48-00148 Roma
Tel. +39 06 83111
Fax +39 06 83113983

VIA POSTA ELETTRONICA
CERTIFICATA
agcom@cert.agcom.it
E
dic@agcom.it

Spett.le Autorità per le Garanzie nelle
Comunicazioni
Direzione Contenuti Audiovisivi e
Multimediali

Via Isonzo, 21/b
00198 Roma

Roma, 15 febbraio 2011

Prot. N. RA.LC./195 /11

Oggetto: Osservazioni di WIND – 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 al tema di cui alla Consultazione in oggetto, si inviano in allegato le osservazioni di WIND.

Ai sensi dell'art. 3 della delibera 217/01/CONS, si allega versione ostensibile delle Osservazioni di WIND (allegato n. 2) nella quale sono sottratte le parti del documento non accessibili a terzi in quanto attinenti ad informazioni di natura strategico-commerciale, dalla cui divulgazione potrebbe derivare un pregiudizio alla Scrivente.

Rimanendo a disposizione per ogni necessità, l'occasione è gradita per porgere cordiali saluti.

Riccardo Logozzo



Regulatory Affairs and Institutional Relations
Licensing and Compliance
Via C.G. Viola, 48-00148 Roma
Tel. +39 06 83111
Fax +39 06 83113983

VIA POSTA ELETTRONICA
CERTIFICATA
agcom@cert.agcom.it
E
dic@agcom.it

Spett.le Autorità per le Garanzie nelle
Comunicazioni
Direzione Contenuti Audiovisivi e
Multimediali

Via Isonzo, 21/b
00198 Roma

Roma, 25 febbraio 2011

Prot. N. RA.LC./195/11

Oggetto: Osservazioni di WIND - 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 a quanto indicato in oggetto la Scrivente, in qualità di soggetto interessato, propone alcune osservazioni al provvedimento posto in consultazione da codesta spettabile Autorità.

Preliminarmente alle risposte ai singoli quesiti posti, WIND ritiene essenziale svolgere alcune considerazioni propedeutiche rispetto a quanto verrà indicato all'interno del testo di risposta.

1. Considerazioni preliminari

La scrivente Società condivide l'esigenza che muove la presente consultazione, ovvero quella di una tutela effettiva del diritto d'autore, esigenza che si afferma con maggiore forza e fermezza in ragione del costante sviluppo tecnologico e delle nuove modalità di fruizione dei contenuti (si pensi ad internet, al file sharing ecc.).

In ragione dell'utilizzo da parte degli utenti di tali nuovi mezzi, infatti, tende a determinarsi sempre più costantemente il rischio che l'utilizzo di opere intellettuali avvenga senza il consenso del legittimo titolare.

Si condivide dunque la necessità di un intervento finalizzato a trovare un equilibrio tra il diritto dei cittadini di accesso alla cultura e ad Internet, oggi possibile anche tramite nuove piattaforme e canali digitali, ed il diritto d'autore nella sua libertà di espressione e di equa remunerazione.

Tuttavia, proprio al fine di raggiungere al meglio l'equilibrio tra gli interessi citati, si rende necessario un intervento di codesta Autorità, anzitutto nei confronti dell'industry, finalizzato ad un'equa e facile distribuzione dei contenuti premium su tutte le piattaforme.

Si può infatti pensare di ridefinire alcune regole che possono contribuire ad una efficace lotta alla pirateria nella misura in cui venga garantito a tutte le piattaforme a tal fine preposte, comprese quelle emergenti, il diritto di accedere, ed

a costi equi, ai contenuti premium; tale garanzia potrebbe essere attuata da codesta Autorità attraverso meccanismi incisivi nei confronti dei titolari dei diritti, quali ad esempio azioni finalizzate ad un'eventuale mancata percezione dei diritti in caso di messa a disposizione degli stessi solo su alcune piattaforme.

Ed infatti, codesta Autorità dovrebbe intervenire attivamente non solo in un ruolo di mediazione ma spingendo fattivamente l'industria ad un'apertura concorrenziale (e non in esclusiva) della cessione dei diritti di distribuzione dei contenuti, oltre che obbligando l'industria al rispetto di tempistiche massime restrittive sulla messa a disposizione su piattaforme emergenti dei contenuti premium come volano di sviluppo di tali piattaforme. E' palese, infatti, che la messa a disposizione di contenuti pregiati su piattaforme emergenti dopo mesi rispetto alle tradizionali, non consente un accesso a quel contenuto che sia concorrenziale a tutto favore dell'utenza.

La Scrivente ritiene che il provvedimento in consultazione presenti inoltre criticità di legittimità oltre che di merito di seguito dettagliate.

2. Quadro normativo e limiti nei poteri di intervento da parte di AGCom

Si rende necessario un breve *excursus* sulla normativa rilevante sul tema.

2.1 Direttiva 2000/31/CE ed il relativo Decreto Legislativo di attuazione n. 70/2003

La Direttiva 2000/31/CE, in materia di commercio elettronico, introduce alcuni principi di forte rilievo sul regime di responsabilità del *provider*.

Preliminarmente, distingue le varie tipologie di *provider* sulla base della relativa attività svolta:

- attività di semplice trasporto (*mere conduit*): è il caso del fornitore di servizi di posta elettronica e del fornitore dei servizi di connessione ad internet;
- attività di memorizzazione intermedia e temporanea di informazioni (*caching*), finalizzata a rendere più efficace il successivo inoltra delle stesse informazioni ad altri destinatari che ne abbiano fatto richiesta;
- attività di memorizzazione di informazioni fornite dal destinatario del servizio (*hosting*): è il caso di messa a disposizione di uno spazio server per siti o pagine web.

Con riguardo all'attività di *mere conduit*, la Direttiva afferma che il prestatore non è responsabile delle informazioni trasmesse, a condizione che egli non dia origine alla trasmissione, non selezioni il destinatario della trasmissione e non selezioni né modifichi le informazioni trasmesse.

In altre parole il *carrier*, ovvero l'operatore di telecomunicazioni, non è responsabile di ciò che passa sulla sua rete.

Anche con riguardo all'attività di *caching*, si afferma che l'intermediario non è responsabile per la memorizzazione di tali dati ove non modifichi le informazioni, si conformi alle condizioni di accesso e di aggiornamento delle informazioni, non impieghi la tecnologia a disposizione per ottenere dati sull'impiego delle informazioni e agisca con prontezza per rimuovere le informazioni che ha

memorizzato. Questo è il caso del *provider* che si limita a fornire l'accesso alla rete¹.

Infine, nel caso in cui il servizio consista nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio (*hosting*), l'intermediario non è responsabile delle informazioni memorizzate ove non sia a conoscenza dell'effettiva illiceità di tali informazioni, e sempre che, nel caso in cui venga a conoscenza dell'illiceità delle stesse, agisca immediatamente per rimuoverle su ordine delle autorità competenti.

L'esonero alle responsabilità si giustifica proprio, come dichiarato nelle Considerazioni preliminari della Direttiva, in quanto si tratta di attività di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, da cui deriva che il prestatore di servizi della società dell'informazione non conosce né controlla le informazioni trasmesse o memorizzate.

La stessa Direttiva stabilisce che nella prestazione dei servizi sopra citati, gli Stati membri non impongano ai prestatori un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite.

Infine, la stessa norma comunitaria stimola gli Stati membri a provvedere affinché, in caso di dissenso tra prestatore e destinatario del servizio della società dell'informazione, la loro legislazione non ostacoli l'uso degli strumenti di composizione extragiudiziale delle controversie previste dal diritto nazionale, in particolare di quelle relative ai consumatori, potendo operare nel rispetto delle adeguate garanzie procedurali per le parti coinvolte.

La Direttiva sopra richiamata e descritta nelle linee che qui interessano è stata poi oggetto di specifica attuazione ad opera del D.Lgs. n. 70/2003 che ribadisce gli esoneri di responsabilità sopra detti.

In particolare la norma nazionale, nell'escludere la sussistenza in capo ai provider di un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano oltre che di un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite, si limita a specificare che il prestatore di servizi della società dell'informazione è civilmente responsabile del contenuto di tali servizi solo nel caso in cui, richiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa competente, non abbia agito prontamente per impedire l'accesso a detto contenuto, ovvero se, avendo avuto conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio al quale assicura l'accesso, non ha provveduto ad informare l'autorità competente.

2.2 Legge n. 248/2000 e Decreto Romani: ambito della competenza di AGCom

L'art. 11 della legge n. 248/2000 introduceva l'art. 182 bis nella legge n. 633/1941 (c.d. Legge sul diritto d'autore) attribuendo all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ed alla Società italiana degli Autori ed Editori (SIAE), nell'ambito delle rispettive competenze previste dalla legge, la vigilanza su una

¹ L'attività di prestatore di servizi della società dell'informazione si limita al processo tecnico di attivare e fornire accesso ad una rete di comunicazione sulla quale sono trasmesse o temporaneamente memorizzate le informazioni messe a disposizione da terzi al solo scopo di rendere più efficiente la trasmissione.

serie di attività, elencate dalla stessa norma², che possono determinare violazioni sul diritto d'autore.

Come detto, tale funzione di vigilanza veniva attribuita dalla legge ad AGCom e Siae nell'ambito delle competenze attribuite ad ognuna di esse dalla legge; da tale norma, si deduce la competenza di AGCom di vigilare sulle violazioni perpetrate attraverso l'attività di diffusione radiotelevisiva nonché attraverso le reti degli operatori delle telecomunicazioni.

Nel marzo del 2010, in attuazione della Direttiva 2007/65/CE, , interveniva il Decreto n. 44 (c.d. Decreto Romani - Testo Unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici) con riguardo specificatamente all'esercizio delle attività media audiovisive. Tale decreto integrava il D. Lgs. 177/2005 - Testo Unico della Radiotelevisione -, introducendo l'art 32 bis³ che, in materia di protezione del diritto d'autore (si ripete, con riferimento all'esercizio delle attività media audiovisive), attribuisce all'Autorità il compito di emanare le disposizioni regolamentari necessarie per rendere effettiva l'osservanza dei limiti e divieti di cui al citato articolo.

Si ritiene a questo proposito che AGCom deduca erroneamente che tale norma integri la propria competenza generale già tracciata dall'art. 182 bis (ovvero il suo potere di vigilanza attribuito in concorrenza con Siae); o meglio, tale competenza è sì integrata con riguardo all'attività di diffusione dei servizi media audiovisivi, rispetto alla quale correttamente AGCom ha il potere di emanare le disposizioni regolamentari necessarie a far rispettare il divieto di trasmissione o di messa a disposizione di programmi oggetto di diritti di proprietà intellettuale senza il consenso di titolari di diritti.

² Di seguito le attività elencate dalla norma citata:

- a) sull'attività di riproduzione e duplicazione con qualsiasi procedimento, su supporto audiovisivo, fonografico e qualsiasi altro supporto nonché su impianti di utilizzazione in pubblico, via etere e via cavo, nonché sull'attività di diffusione radiotelevisiva con qualsiasi mezzo effettuata;
 - b) sulla proiezione in sale cinematografiche di opere e registrazioni tutelate dalla normativa sul diritto d'autore e sui diritti connessi al suo esercizio;
 - c) sulla distribuzione, la vendita, il noleggio, l'emissione e l'utilizzazione in qualsiasi forma dei supporti di cui alla lettera a);
 - d) sui centri di riproduzione pubblici o privati, i quali utilizzano nel proprio ambito o mettono a disposizione di terzi, anche gratuitamente, apparecchi per fotocopia, xerocopia o analogo sistema di riproduzione.
- d-bis) sull'attività di fabbricazione, importazione e distribuzione degli apparecchi e dei supporti di cui all'art. 71-septies.

³ Art. 32-bis (*Protezione dei diritti d'autore*) - 1. Le disposizioni del presente testo unico non sono in pregiudizio dei principi e dei diritti di cui al decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 68, recante attuazione della direttiva 2001/29/CE, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, e al decreto legislativo 16 marzo 2006, n. 140, recante attuazione della direttiva 2004/48/CE, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale. I fornitori di servizi di media audiovisivi assicurano il pieno rispetto dei principi e dei diritti di cui alla legge 22 aprile 1941, n. 633, e successive modificazioni, indipendentemente dalla piattaforma utilizzata per la trasmissione di contenuti audiovisivi.

2. I fornitori di servizi di media audiovisivi operano nel rispetto dei diritti d'autore e dei diritti connessi, ed in particolare:

- a) trasmettono le opere cinematografiche nel rispetto dei termini temporali e delle condizioni concordate con i titolari dei diritti;
- b) si astengono dal trasmettere o ri-trasmettere, o mettere comunque a disposizione degli utenti, su qualsiasi piattaforma e qualunque sia la tipologia di servizio offerto, programmi oggetto di diritti di proprietà intellettuale di terzi, o parti di tali programmi, senza il consenso di titolari dei diritti, e salve le disposizioni in materia di brevi estratti di cronaca.

3. L'Autorità emana le disposizioni regolamentari necessarie per rendere effettiva l'osservanza dei limiti e divieti di cui al presente articolo.

Tuttavia, lo stesso non può dirsi con riguardo alle eventuali violazioni perpetrate attraverso le reti degli operatori di telecomunicazione.

In quest'ultimo ambito, infatti, AGCom ha sì poteri di vigilanza nei confronti di eventuali violazioni perpetrate attraverso le reti degli operatori di telecomunicazione.

Ben diverso, tuttavia, è ritenere che codesta Autorità abbia un potere "para-normativo", ovvero di emanazione di disposizioni regolamentari necessarie nei confronti del settore delle telecomunicazioni, visto che il Decreto Romani interviene espressamente nella protezione del diritto d'autore con riguardo allo specifico settore radiotelevisivo.

Non indicando, il Decreto Romani, alcun richiamo al fatto che lo stesso interviene ad integrare le attribuzioni già tracciate dall'art. 182 bis della legge 633/1941, si ritiene che i poteri di AGCom nei casi di violazioni del diritto d'autore perpetrate attraverso reti di telecomunicazioni siano esclusivamente di vigilanza e non di tipo dispositivo o "para-normativo". Se diversamente si dovesse ritenere, si determinerebbe un palese eccesso di potere e di delega con ogni conseguenza, sul piano dell'illegittimità, che ne deriverebbe.

3. Procedimento di tutela del diritto d'autore e del copyright: carenza dei poteri di AGCom

3.1 Processo di Segnalazione Abusi predisposto da WIND

Si rende a questo punto necessario descrivere, seppur sommariamente, il processo che WIND già ha messo in opera per segnalare eventuali abusi perpetrati attraverso i propri siti istituzionali; si pensi ad esempio ad eventuali contenuti inseriti sul sito Libero.it in violazione delle varie normative a tal proposito rilevanti.

WIND è in grado di ricevere e gestire segnalazioni su un presunto abuso perpetrato attraverso l'inserimento di un contenuto non autorizzato nel sito di Libero.it.

Tali segnalazioni possono ad oggi provenire da: Clienti, Associazioni e Organi di vigilanza. Tali soggetti possono segnalare a WIND il presunto abuso sia tramite una apposita casella di posta elettronica (abuse@libero.it), sia attraverso un link ben visibile sul sito di Libero, sotto ogni contenuto generato dagli utenti tramite i servizi di Libero, ad esempio per i "Blog" (si veda allegato n. 1).

Segnalando il presunto abuso tramite tale link, si apre una pagina nella quale si chiede all'utente di indicare il motivo della segnalazione (tra le quali è inserito "violazione del diritto d'autore") oltre che un campo a testo libero ("informazioni aggiuntive") nel quale l'utente può inserire ulteriori informazioni, ad esempio specificare che è il detentore dei diritti.

Nel caso in cui arrivi una segnalazione di tal genere, WIND procede alla sospensione del contenuto, ovvero alla sua rimozione nell'arco di tempistiche prestabilite, in modo che nessun utente lo possa più vedere o ascoltare. Wind si limita ad agire in via cautelativa in questi casi, non potendo accertare la violazione del diritto d'autore non avendone titolarità e competenze; provvede così a depublicare il contenuto segnalato per questo motivo.

Inoltre, come detto, la segnalazione può essere inoltrata alla casella di posta indicata; in tal caso la segnalazione viene gestita nell'arco di tempistiche prestabilite e viene fornita conferma al segnalante dell'avvenuta sospensione dei contenuti.

E' opportuno precisare che WIND non effettua alcuna verifica preventiva di contenuti, conformemente tra l'altro a quanto stabilito dalla Direttiva 2000/31/CE oltre che dal Decreto Legislativo di attuazione n. 70/2003; si limita ad agire in via cautelativa, non potendo accertare se la violazione sia avvenuta o meno.

In seguito alla sospensione del contenuto, lo stesso viene mantenuto negli archivi, pur non essendo più raggiungibile dagli utenti, in quanto lasciato a disposizione dell'autorità giudiziaria per il caso in cui venisse avviato un contenzioso.

Il processo sin qui descritto, infatti, attiene ai casi di segnalazione di presunti abusi che non costituiscono notizia di reato.

Nel caso in cui, invece, quanto oggetto di segnalazione costituisca altresì notizia di reato, la segnalazione perviene dalla Magistratura ordinaria che ordina formalmente il sequestro, ovvero la rimozione definitiva del contenuto e nomina a tal fine un ausiliario di Polizia Giudiziaria.

Infine, con riferimento agli operatori di rete, nel caso in cui il sito sia collocato all'estero, la segnalazione perviene da Polizia Postale (nell'ambito dell'attività di prevenzione e di contrasto alla pedopornografia) o da AAMS - Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato- (nell'ambito di prevenzione e giochi), attraverso un flusso che nel primo caso perviene ogni giorno e nel secondo ogni mese; tramite tale flusso, WIND provvede a cancellare la vecchia lista dei siti inibiti e provvede all'inibizione con la sostituzione della nuova lista di siti pervenuta.

3.2 Limiti nelle aree di intervento di AGCom nel procedimento di tutela del diritto d'autore

Codesta Autorità delinea, al paragrafo 3.5.2 della propria proposta messa in consultazione, un procedimento di tutela del diritto d'autore e del copyright articolato in cinque fasi.

Il procedimento ipotizzato, se da un lato si origina nel processo sopra descritto e già attuato da parte di WIND, dall'altro eccede le aree di legittimo intervento attribuite dalla legge a codesta Autorità.

Si indicano di seguito i punti critici del procedimento previsto da codesta Autorità, evidenziando le relative motivazioni di criticità.

- fase 3: per il caso in cui il titolare del diritto si rivolga all'Autorità in seguito alla mancata rimozione del contenuto, quest'ultima, si dice, "*effettua una breve verifica in contraddittorio con le parti*" (...) "*comunicando l'avvio del procedimento al gestore del sito (o, nel caso non fosse possibile individuarlo, al fornitore del relativo servizio di hosting), all'operatore di telecomunicazione o quello televisivo (...)*".

Occorre a questo proposito rilevare due forti criticità: anzitutto l'Autorità dichiara di poter effettuare una verifica in contraddittorio con le parti interessate, quando in realtà, come sopra detto, la norma primaria attribuisce all'AGCom, per quanto attiene al settore delle telecomunicazioni, solo poteri di vigilanza. Certamente l'effettuazione di attività istruttorie non attiene a poteri di vigilanza. Anzi, attività istruttorie e, ancor più, decisorie, sono attribuite esclusivamente all'Autorità giudiziaria.

In aggiunta, codesta Autorità sembrerebbe violare anche un'altra norma di rango primario, oltre che comunitario: se la Direttiva comunitaria 2000/31/CE ed il relativo Decreto Legislativo di attuazione n. 70/2003 affermano che il provider (inteso sia come mere conduit, ovvero operatore di rete, sia come hosting) non è responsabile delle informazioni trasmesse, non si comprende come codesta Autorità

possa ritenere di chiamare in contraddittorio il fornitore del servizio di hosting o l'operatore di telecomunicazione.

Nei sensi esposti, si ritiene che il procedimento delineato da AGCom ecceda i poteri alla stessa attribuiti da norma primaria oltre che di rango comunitario violandone palesemente i limiti.

- fase 4: codesta Autorità dichiara che, laddove *"all'esito delle verifiche in contraddittorio (ritenga) violata la normativa in tema di diritto d'autore, ordina senza ritardo al gestore del sito o al fornitore del servizio di media audiovisivo, anche per via telematica, l'immediata rimozione del materiale trasmesso in violazione"*.

Ancora, a questo proposito si evidenzia che codesta Autorità, sulla base dei poteri di vigilanza attribuitele dalla norma di rango primaria sopra richiamata, non ha poteri di ordinare la rimozione del contenuto, potere come detto attribuito esclusivamente all'Autorità giudiziaria, ma solo di segnalare l'opportunità di procedere alla rimozione del contenuto, ovvero alla sua depubblicazione in modo che nessun utente lo possa più vedere o ascoltare.

I poteri di vigilanza che le sono attribuiti, infatti, consentono a codesta Autorità esclusivamente di inoltrare segnalazione di presunto abuso, al pari degli altri soggetti sopra elencati, ovvero Clienti, Associazioni e organi di vigilanza.

- fase 5: ancora, nel procedimento descritto AGCom, in *"caso di inottemperanza reitera l'ordine avvertendo che il suo mancato rispetto comporterà l'applicazione delle sanzioni previste dalla legge"*.

Anche in questo caso, considerato che codesta Autorità ha esclusivamente poteri di vigilanza, si ritiene che il reitero dell'ordine e l'applicazione di sanzioni esula dai poteri attribuitele, configurandosi anzi un profilo di eccesso di potere (essendo tali poteri, lo si ripete, attribuiti solo ad Autorità giudiziaria) e non avendo, almeno nei confronti di operatori di telecomunicazioni, potere di emanare disposizioni regolamentari.

Così come si ritiene che AGCom non abbia neppure poteri di accertamento della presunta violazione commessa, visto che tale merito non può che essere rimesso all'Autorità giudiziaria.

In altre parole, codesta Autorità, tramite i suoi poteri di vigilanza, è tenuta a vigilare appunto, ovvero inoltrare suggerimenti sull'opportunità di sospendere l'accesso ad un determinato contenuto presunto come violativo del diritto d'autore, ma certamente non ha poteri ordinatori, accertativi né sanzionatori di alcun genere nei confronti delle TLC.

Infine, con riferimento ai due possibili modelli proposti per la cancellazione di contenuti illeciti nei casi in cui i server siano localizzati al di fuori dei confini nazionali, si precisa sin d'ora che:

- WIND condivide l'idea di predisporre una lista di siti illegali e a questo proposito, propone che tali liste vengano pubblicate sul sito istituzionale di AGCom, con una cadenza temporale che la stessa dovrà stabilire, conformemente alle procedure già stabilite per omogeneità gestionali;

- con riguardo invece alla proposta di inibizione del nome del sito web ovvero dell'indirizzo IP, si precisa che è possibile procedere solo all'inibizione tramite il nome del sito web. Infatti, l'inibizione dell'indirizzo IP potrebbe determinare anche il blocco di siti che hanno finalità diverse ed estranee al presunto contenuto illegale e, in ogni caso, l'inibizione dell'indirizzo IP potrebbe avere breve durata visto che è sufficiente cambiare un numero dell'indirizzo stesso per ripubblicare il contenuto illecito.

Da quanto detto, dunque, emerge con chiarezza che la delibera finale dovrà delineare con estrema attenzione i poteri attribuiti ad AGCom, rischiando altrimenti di determinare un latente conflitto fra poteri dello Stato e, segnatamente, fra l'esercizio dei compiti affidati all'Autorità giudiziaria e quelli di spettanza dell'Autorità, che quest'ultima rischierebbe di fare valere arbitrariamente.

4. Definizione più puntuale dei soggetti destinatari della segnalazione

Nell'ambito del procedimento di tutela dei diritti d'autore e del copyright, si prevede preliminarmente (c.d. fase 1) che il titolare del diritto segnali al "gestore del sito o al fornitore del servizio di media audiovisivo" l'eventuale presenza di un contenuto in violazione del diritto d'autore.

Ancora, in fase di verifica dell'Autorità in contraddittorio (c.d. fase 3), la stessa comunica l'avvio del procedimento al "gestore del sito (o, nel caso non fosse possibile individuarlo, al fornitore del relativo servizio di hosting), all'operatore di telecomunicazione o a quello televisivo, alla cui sfera risulti oggettivamente ascrivibile la violazione della normativa rilevante"; tali soggetti hanno la possibilità di porre subito fine alla condotta violativa segnalata, conseguendo pertanto l'archiviazione del procedimento.

In caso contrario, sarà l'Autorità ad ordinare "al gestore del sito o al fornitore del servizio di media audiovisivo" la rimozione del materiale trasmesso in violazione.

Ebbene, si vede come nella procedura ideata da codesta Autorità vengono chiamati in gioco soggetti differenti e soprattutto non definiti e circoscrivibili.

Ed infatti, ci si riferisce anzitutto al "gestore del sito": non è chiaro a chi l'Autorità riferisca tale soggetto, non definendolo preliminarmente al testo posto in consultazione. La protezione dei diritti d'autore va fatta a livello di siti web che gestiscono/ospitano i contenuti, ma non è immaginabile che tale tutela possa essere fornita a livello di accesso alla rete.

In aggiunta, si rinvia anche a quanto detto in apertura sull'esonero di responsabilità in capo al provider (e in particolare, per quanto qui interessa, al mere conduit o all'hosting) stabilito a livello di normativa comunitaria oltre che nazionale.

Ed infatti, essendo sancito che tali soggetti non sono responsabili delle informazioni trasmesse, svolgendo attività di ordine meramente tecnico, automatico e passivo (da cui deriva che non conoscono né controllano le informazioni trasmesse), si evidenzia la presunta illegittimità di quanto affermato da codesta Autorità nella procedura di contraddittorio nei confronti del fornitore del servizio di hosting e dell'operatore di telecomunicazione.

A questo proposito, anche il tribunale civile di Roma con decisione del 17 aprile 2010 ha decretato l'esclusione di responsabilità di un operatore di rete⁴ in quanto quest'ultimo, ha stabilito l'organo giudiziario, non ha obblighi di intervento. Tra l'altro, aggiunge, l'operatore di rete non avrebbe dovuto ma nemmeno potuto

⁴ Nel caso specifico il riferimento era a Telecom Italia e riguardava il download di film pirata tramite le connessioni offerte dalla società. Il ricorso era stato presentato dalla Fapav (Federazione antipirateria audiovisiva) che chiedeva un intervento giudiziario in quanto Telecom Italia non aveva provveduto ad interrompere la connessione ad utenti che effettuavano il download da siti illegali e quindi non aveva bloccato l'accesso a tali siti.

interrompere il servizio in quanto, oltre che non responsabile delle informazioni diffuse, è altresì obbligata a fornire tale servizio per contratto.

Se davvero venisse previsto in delibera che AGCom è legittimata ad aprire un contraddittorio anche con l'operatore di rete, si finirebbe per creare un conflitto tra l'esercizio dei compiti affidati alla Magistratura e quelli di spettanza dell'Autorità.

5. Impossibilità per AGCom di intervenire nel contratto relativi al servizio di accesso ad internet predisposto dagli ISP

Nell'ambito dell'analisi delle licenze collettive estese, questa Autorità fa delle valutazioni inerenti la possibilità di introdurre "schemi contrattuali di accesso ad internet differenziati per gli utenti che intendano acquisire dagli ISP un account munito di licenza. In tal modo gli ISP (secondo AGCom) potrebbero impegnarsi a destinare i proventi – o parte dei proventi derivanti dalla conclusione di tali contratti – agli enti di gestione collettiva dei diritti in modo da attribuire un equo compenso agli autori e ai titolari dei diritti connessi".

Addirittura, codesta Autorità ritiene che un tale meccanismo rischierebbe di produrre alterazioni delle condizioni concorrenziali e pertanto un possibile rimedio potrebbe essere quello di introdurre "obblighi in capo agli ISP per l'adeguamento degli schemi contrattuali", differenziando l'offerta di abbonamenti "per gli utenti che intendano acquisire l'autorizzazione a determinati utilizzi online delle opere protette in condizioni di sicurezza"; ciò avverrebbe, secondo l'Autorità, similmente a quanto già accade per le licenze collettive estese utilizzate per le emittenti radio.

A questo proposito, la prima osservazione che viene in mente rinvia a quanto già sopra detto con riguardo al fatto che, se codesta Autorità ha, nei confronti del settore delle telecomunicazioni, esclusivamente poteri di vigilanza, si palesa ancora un eccesso di potere nel momento in cui la stessa Autorità si arroghi poteri di regolamentazione attiva che non si conciliano con la natura ed i limiti dei poteri realmente attribuitele. Questa Autorità arriva a sostenere che non vi sarebbero "particolari vincoli all'esercizio del potere regolamentare", quando in realtà la legislazione nazionale in materia di diritto d'autore attribuisce, come detto, esclusivamente poteri di vigilanza, e che il Decreto Romani si riferisce, quale ambito applicativo, solo all'esercizio delle attività televisive.

Nello stesso senso, pertanto, non si ritiene neppure che codesta Autorità abbia poteri di risoluzione delle controversie che dovessero insorgere tra titolari di diritti e "operatori di telecomunicazioni"; ciò in considerazione sia dei poteri di vigilanza attribuitele per la tutela del diritto d'autore nell'ambito delle reti di TLC, sia dei poteri di risoluzione di controversie nel diritto d'autore attribuiti soltanto all'organo giudiziario.

Diversamente potrebbe essere previsto solo in seguito ad un intervento legislativo ordinario (in altre parole, del Parlamento dello Stato italiano) che stabilisca espressamente ulteriori poteri in capo a codesta Autorità per la tutela del diritto d'autore nell'ambito delle reti di telecomunicazione.

Fino a quel momento, AGCom può esclusivamente vigilare e dunque "suggerire" di procedere alla depubblicazione di contenuti presenti nelle reti di TLC e presunti come illegali, non potendo allo stato "ordinare" alcunché su tale materia.

In aggiunta a quanto detto, WIND non ha accesso al contenuto delle comunicazioni che i propri clienti effettuano attraverso il contratto di accesso, in quanto ciò violerebbe la riservatezza delle stesse, quale principio sancito dall'art. 15 della Costituzione italiana.

E comunque, richiamando l'art. 123 del Codice Privacy, il trattamento dei dati relativi al traffico strettamente necessari a fini di fatturazione per l'abbonato ovvero di pagamenti in caso di interconnessione, è consentito al fornitore per un periodo non superiore a 6 mesi. Al di fuori di detto periodo, i dati relativi al traffico telefonico e telematico possono essere conservati dal fornitore solo per finalità di accertamento e repressione di reati, esclusi comunque i contenuti delle comunicazioni stesse.

Alla luce di quanto detto, non si vede come codesta Autorità potrebbe ordinare all'operatore di rete l'esibizione di contenuti di comunicazioni per le finalità di risoluzione di eventuali controversie, visto che l'operatore stesso non ha disponibilità del dato.

Tra l'altro, non è pensabile neppure inserire nei contratti di accesso sottoscritti dal cliente con l'ISP, alcun riferimento alla normativa in tema di diritto d'autore perché determinerebbe implicitamente un'assunzione di responsabilità in capo all'ISP di quanto trasmesso sulle reti di telecomunicazione in violazione dei diritti d'autore, responsabilità al contrario esclusa dalla normativa prima richiamata.

Si consideri infine che nel momento in cui venisse presentata dagli operatori un'offerta con autorizzazione e parallelamente un'offerta senza autorizzazione, ne deriverebbe che automaticamente ed implicitamente questi ultimi affermerebbero di presentare un'offerta che rischia di essere contraria alla legge, responsabilità che nessun ISP si può assumere.

6. Osservazioni conclusive

E' palese che gli elevati costi previsti per l'acquisto di un contenuto protetto da diritto d'autore sono forse il motivo principale per cui parte dell'utenza tende a non acquistare, o comunque ad ottenere illegalmente, lo stesso contenuto, finendo per incrementare quotidianamente il fenomeno della pirateria.

Una fetta enorme di tali costi remunera non l'autore ma il produttore o il distributore; tuttavia, per i casi di contenuti trasmessi tramite rete di comunicazione elettronica, questi ultimi due soggetti non hanno più alcun ruolo predominante; ed allora non si spiega perché dal tenore del testo posto in consultazione codesta Autorità non fa mai alcun riferimento al fatto che l'equa remunerazione dei contenuti debba transitare, tra l'altro, anche attraverso meccanismi di "rinunce" da parte dei soggetti rappresentativi della categoria dei titolari dei diritti.

Ed allora, non si può che rilevare che codesta Autorità, pur occupandosi di regolamentare il settore delle TLC, uno dei settori forse più soggetti a continue evoluzioni tecnologiche, sembra dimenticare che una nuova era della tutela del diritto d'autore, che necessariamente si collocherà nell'ambito delle nuove modalità di fruizione dei contenuti, non può che transitare attraverso una rivalutazione delle revenues di un settore i cui costi necessariamente devono diminuire in funzione del necessario adeguamento al nuovo processo della catena del valore.

Analisi del testo in consultazione

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

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

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

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

RISPOSTA WIND – D1. La scrivente Società condivide la necessità di un intervento finalizzato a trovare un equilibrio tra il diritto dei cittadini di accesso alla cultura e ad Internet, oggi possibile anche tramite nuove piattaforme e canali digitali, ed il diritto d'autore nella sua libertà di espressione e di equa remunerazione. Tuttavia, proprio al fine di raggiungere al meglio l'equilibrio tra gli interessi citati, si rende necessario un intervento di codesta Autorità, anzitutto nei confronti dell'industry, finalizzato ad un'equa e facile distribuzione dei contenuti premium su tutte le piattaforme.

RISPOSTA WIND – D2. Al fine di favorire l'apertura del mercato dell'accesso ai contenuti premium, si può pensare di ridefinire alcune regole che possono contribuire ad una efficace lotta alla pirateria. Tali regole devono tuttavia volgere nel senso di garantire a tutte le piattaforme a tal fine preposte, comprese quelle emergenti, il diritto di accedere, a costi equi, ai contenuti premium; tale garanzia potrebbe essere attuata da codesta Autorità attraverso meccanismi incisivi nei confronti dei titolari dei diritti, ad esempio attraverso una mancata percezione dei diritti in caso di messa a disposizione degli stessi solo su alcune piattaforme. Inoltre, codesta Autorità dovrebbe intervenire attivamente non solo in un ruolo di mediazione ma spingendo fattivamente l'industry ad un'apertura concorrenziale (e non in esclusiva) della cessione dei diritti di distribuzione dei contenuti.

RISPOSTA WIND – D3. Si ritiene che un intervento dell'Autorità possa essere utile nella misura in cui si muova nei sensi sopra proposti, in tal modo invertendo l'attuale rotta. Se così non dovesse essere, il rischio che ne conseguirebbe sarebbe solo quello di acuire le attuali criticità. Inoltre, una nuova era della tutela del diritto d'autore necessariamente deve collocarsi nell'ambito delle nuove modalità di fruizione dei contenuti, non può che transitare attraverso una rivalutazione delle revenues di un settore i cui costi necessariamente devono diminuire in funzione del necessario adeguamento al nuovo processo della catena del valore.

Par. 3.3.3 Le finestre di distribuzione

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

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

RISPOSTA WIND – D1. Come sopra detto, codesta Autorità dovrebbe intervenire

attivamente non solo in un ruolo di mediazione ma spingendo fattivamente l'industry ad un'apertura concorrenziale (e non in esclusiva) della cessione dei diritti di distribuzione dei contenuti; ciò dovrebbe essere attuato da AGCom anche obbligando l'industry al rispetto di tempistiche massime restrittive sulla messa a disposizione su piattaforme emergenti dei contenuti premium.

RISPOSTA WIND - D2. Codesta Autorità dovrebbe intervenire non solo in un ruolo di mediazione finalizzato a ridurre lo scarto temporale tra canali di distribuzione, ma soprattutto tramite misure sanzionatorie per i casi di inottemperanza.

Par. 3.4. Attività informativa e di "educazione alla legalità"

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

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

D3. 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?

RISPOSTA WIND - D1. WIND concorda con l'esigenza di sviluppare una ricca offerta legale di contenuti digitali attraverso un catalogo ampio, continuamente aggiornato e a prezzi accessibili di contenuti audiovisivi. Tuttavia, si ribadisce l'esigenza a che un'offerta legale ricca di contenuti sia resa disponibile su tutte le piattaforme e canali di distribuzione.

RISPOSTA WIND - D2. **Non** si concorda sull'opportunità di inserire l'indicazione, a cura degli ISP e nei contratti relativi al servizio di accesso ad Internet, nelle condizioni generali del servizio di hosting e caching, di contenuti su internet e delle conseguenze cui potrebbe andare incontro in caso di un utilizzo non corretto del servizio. Si ritiene infatti che l'inserimento di informazioni inerenti un contenuto minimo informativo sulla normativa di protezione del diritto d'autore determinerebbe implicitamente un'assunzione di responsabilità in capo all'ISP di quanto trasmesso sulle reti di telecomunicazione in violazione dei diritti d'autore, responsabilità al contrario esclusa dalla normativa comunitaria e nazionale sopra richiamata (par.i 2.1 e 2.2). Si ritiene infatti che i contratti relativi al servizio di accesso ad Internet e le condizioni generali del servizio di hosting e caching attengono esclusivamente ai diritti ed obblighi assunti dalle parti e non può ritenersi che vengano inseriti obblighi inerenti terze parti

RISPOSTA WIND - D3. Per le stesse motivazioni appena esposte, **non** 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.

Par. 3.5. Provvedimenti a tutela del diritto d'autore

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

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

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

RISPOSTA WIND - D1. Come sopra descritto, WIND già attua un procedimento per gestire le segnalazioni inerenti eventuali abusi perpetrati attraverso i propri siti istituzionali. Il procedimento proposto da AGCom, se da un lato si origina in esso, dall'altro eccede le aree di legittimo intervento attribuite dalla legge a codesta Autorità.

Si indicano di seguito i punti critici del procedimento ideato da codesta Autorità, evidenziando le relative motivazioni di criticità.

- fase 3: a questo proposito occorre rilevare due forti criticità: anzitutto l'Autorità dichiara di poter effettuare una verifica in contraddittorio con le parti interessate, quando in realtà, come sopra detto, la norma primaria attribuisce all'AGCom, per quanto attiene al settore delle telecomunicazioni, solo poteri di vigilanza. Certamente l'effettuazione di attività istruttorie non attiene a poteri di vigilanza. Anzi, attività istruttorie e, ancor più, decisorie, sono attribuite esclusivamente all'Autorità giudiziaria, come sopra descritto nell'ambito della gestione delle segnalazioni di eventuali abusi.

In aggiunta, codesta Autorità viola anche un'altra norma di rango primario, oltre che comunitario: se la Direttiva comunitaria 2000/31/CE ed il relativo Decreto Legislativo di attuazione n. 70/2003 affermano che il provider (inteso sia come mere conduit, ovvero operatore di rete, sia come hosting) non è responsabile delle informazioni trasmesse, non si comprende come codesta Autorità possa ritenere di chiamare in contraddittorio il fornitore del servizio di hosting o l'operatore di telecomunicazione.

Nei sensi esposti, si ritiene che il procedimento delineato da AGCom ecceda i poteri alla stessa attribuiti da norma primaria oltre che di rango comunitario violandone palesemente i limiti.

- fase 4: si evidenzia che codesta Autorità, sulla base dei poteri di vigilanza attribuitele dalla norma di rango primaria sopra richiamata, non ha poteri di ordinare la rimozione del contenuto, potere come detto attribuito esclusivamente all'Autorità giudiziaria. AGCom può esclusivamente segnalare l'opportunità di procedere alla rimozione del contenuto, ovvero alla sua depubblicazione in modo che nessun utente lo possa più vedere o ascoltare.

I poteri di vigilanza che le sono attribuiti, infatti, consentono di attribuire a codesta Autorità esclusivamente poteri simili a quelli attribuiti agli altri soggetti sopra elencati, ovvero Clienti, Associazioni e organi di vigilanza.

- fase 5: ancora, nel procedimento descritto AGCom, in "caso di inottemperanza reitera l'ordine avvertendo che il suo mancato rispetto comporterà l'applicazione delle sanzioni previste dalla legge".

Anche in questo caso, considerato che codesta Autorità ha esclusivamente poteri di

vigilanza, si ritiene che il reiterno dell'ordine e l'applicazione di sanzioni esula dai poteri attribuiteli, configurandosi anzi un profilo di ecceso di potere (essendo tali poteri, lo si ripete, attribuiti solo ad Autorità giudiziaria) e non avendo, almeno nei confronti di operatori di telecomunicazioni, potere di emanare disposizioni regolamentari come sopra delineato nei dettagli.

Così come si ritiene che AGCom non abbia neppure poteri di accertamento della presunta violazione commessa, visto che tale merito non può che essere rimesso all'Autorità giudiziaria.

In altre parole, codesta Autorità, tramite i suoi poteri di vigilanza, è tenuta a vigilare appunto, ovvero inoltrare suggerimenti sull'opportunità di sospendere l'accesso ad un determinato contenuto presunto come violativo del diritto d'autore, ma certamente non ha poteri ordinatori, accertativi né sanzionatori di alcun genere nei confronti delle TLC.

Infine, nella procedura ideata da codesta Autorità vengono chiamati in gioco soggetti differenti e soprattutto non definiti e circoscrivibili: ci si riferisce anzitutto al "gestore del sito", ma non è chiaro a chi l'Autorità riferisca tale soggetto, non definendolo preliminarmente al testo posto in consultazione. La protezione dei diritti d'autore va fatta a livello di siti web che gestiscono/ospitano i contenuti, ma non è immaginabile che tale tutela possa essere fornita a livello di accesso alla rete.

Inoltre, nella fase 3 codesta Autorità si riferisce altresì al gestore di hosting e all'operatore di telecomunicazioni, i quali, come detto, sono esonerati da responsabilità come stabilito a livello di normativa comunitaria e nazionale con conseguente presunta illegittimità di quanto affermato da codesta Autorità nella procedura di contraddittorio nei confronti del fornitore del servizio di hosting e dell'operatore di telecomunicazione.

RISPOSTA WIND - D2. Con riferimento ai due possibili modelli proposti per la cancellazione di contenuti illeciti nei casi in cui i server siano localizzati al di fuori dei confini nazionali, si precisa sin d'ora che:

- WIND condivide l'idea di predisporre una lista di siti illegali e a questo proposito, propone che tali liste vengano pubblicate sul sito istituzionale di AGCom, con una cadenza temporale che la stessa dovrà stabilire, conformemente alle procedure già stabilite per omogeneità gestionali;
- con riguardo invece alla proposta di inibizione del nome del sito web ovvero dell'indirizzo IP, si precisa che è possibile procedere solo all'inibizione tramite il nome del sito web. Infatti, l'inibizione dell'indirizzo IP potrebbe determinare anche il blocco di siti che hanno finalità diverse ed estranee al presunto contenuto illegale e, in ogni caso, l'inibizione dell'indirizzo IP potrebbe avere breve durata visto che è sufficiente cambiare un numero dell'indirizzo stesso per ripubblicare il contenuto illecito. Pertanto, con riguardo alla seconda ipotesi, si ritiene che la stessa possa essere prevista per casi estremi e comunque solo con riguardo alla possibilità di eventuale inibizione del nome del sito web.

Par. 3.6 Le licenze collettive estese

D1. Si ritiene efficace l'eventuale adozione di disposizioni che, sul modello delle licenze collettive estese, attribuiscono efficacia generale agli accordi volontari tra

enti rappresentativi dei titolari dei diritti, dei provider e degli utenti, in relazione alle modalità di gestione dei diritti relativi agli utilizzi non commerciali di opere protette online? In caso negativo, si prega di indicare le ragioni.

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

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

RISPOSTA WIND – D1. La previsione inerente accordi volontari tra enti rappresentativi dei titolari dei diritti, dei provider e degli utenti, sulla base dei quali verrebbero introdotti schemi contrattuali di accesso ad internet differenziati per utenti che acquistino account muniti di licenza, e non, determinerebbe una rilevante criticità. WIND infatti non ha accesso al contenuto delle comunicazioni che i propri clienti effettuano attraverso il contratto di accesso, in quanto ciò violerebbe la riservatezza delle stesse, quale principio sancito dall'art. 15 della Costituzione italiana.

E comunque, richiamando l'art. 123 del Codice Privacy, il trattamento dei dati relativi al traffico strettamente necessari a fini di fatturazione per l'abbonato ovvero di pagamenti in caso di interconnessione, è consentito al fornitore per un periodo non superiore a 6 mesi. Al di fuori di detto periodo, i dati relativi al traffico telefonico e telematico possono essere conservati dal fornitore solo per finalità di accertamento e repressione di reati, esclusi comunque i contenuti delle comunicazioni stesse.

Alla luce di quanto detto, non si vede come codesta Autorità potrebbe ordinare all'operatore di rete l'esibizione di contenuti di comunicazioni per le finalità di risoluzione di eventuali controversie, visto che l'operatore stesso non ha disponibilità del dato.

Infine, nel momento in cui venisse presentata dagli operatori un'offerta con autorizzazione e parallelamente un'offerta senza autorizzazione, ne deriverebbe che automaticamente ed implicitamente questi ultimi affermerebbero di presentare un'offerta che rischia di essere contraria alla legge, responsabilità che nessun ISP si può assumere.

RISPOSTA WIND – D2. Con riguardo all'eventuale adozione di delibere attuative in relazione agli impegni in materia tariffaria assunti dagli ISP, si rinvia a quanto sopra detto con riguardo al fatto che, se codesta Autorità ha, nei confronti del settore delle telecomunicazioni, esclusivamente poteri di vigilanza, si palesa ancora un eccesso di potere nel momento in cui la stessa Autorità si arroghi poteri di regolamentazione attiva che non si conciliano con la natura ed i limiti dei poteri realmente attribuitele. La legislazione nazionale in materia di diritto d'autore attribuisce esclusivamente poteri di vigilanza, visto che il Decreto Romani si riferisce, quale ambito applicativo, solo all'esercizio delle attività televisive.

Diversamente potrebbe essere previsto solo in seguito ad un intervento legislativo ordinario (in altre parole, del Parlamento dello Stato italiano) che stabilisca espressamente ulteriori poteri in capo a codesta Autorità per la tutela del diritto d'autore nell'ambito delle reti di telecomunicazione.

Fino a quel momento, AGCom può esclusivamente vigilare e dunque "suggerire" di procedere alla depubblicazione di contenuti presenti nelle reti di TLC e presunti come illegali, non potendo allo stato "ordinare" alcunché su tale materia.

RISPOSTA WIND - D3. Con riguardo alla previsione di forme di pagamento da parte dell'utente semplici quali ad esempio quelle di m-payment, si ritiene che laddove essere siano indipendenti da qualunque obbligo o previsione che incida sulle previsioni contrattuali dell'ISP, si ritiene che la soluzione potrebbe essere oggetto di valutazioni congiunte, anche in occasione di un Tavolo tecnico sul diritto d'autore come proposto da codesta Autorità.

Par. 3.7 Attività di risoluzione di controversie

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

RISPOSTA WIND - D1. La criticità legata all' eventuale ruolo di mediazione svolto dall'Autorità nelle controversie che dovessero insorgere tra i soggetti interessati, non attiene ad una questione di sua utilità o meno, ma al fatto che la legislazione nazionale in materia di diritto d'autore attribuisce ad AGCom, come detto, esclusivamente poteri di vigilanza, oltre che il Decreto Romani si riferisce, quale ambito applicativo, solo all'esercizio delle attività televisive.

Ne consegue che non si ritiene che codesta Autorità abbia poteri di risoluzione delle controversie che dovessero insorgere tra titolari di diritti e "operatori di telecomunicazioni"; ciò in considerazione sia dei poteri di vigilanza attribuitele per la tutela del diritto d'autore nell'ambito delle reti di TLC, sia dei poteri di risoluzione di controversie nel diritto d'autore attribuiti soltanto all'organo giudiziario.

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

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

RISPOSTA WIND - D1. WIND condivide l'opportunità di rinviare la discussione di aspetti operativi ad un tavolo tecnico sul diritto d'autore istituito presso codesta Autorità, purchè vengano rispettati i limiti fin qui descritti e motivati, intesi come poteri, competenze e ambiti di intervento attribuiti a livello di normativa comunitaria e nazionale alla stessa AGCom. Pertanto, nei limiti di quanto sopra detto, WIND è disponibile ad una valutazione congiunta con gli altri soggetti interessati, delle tematiche.

Come richiesto da codesta Autorità, si rilascia nulla osta alla pubblicazione del documento.

Restando a disposizione per ogni ulteriore informazione, l'occasione è gradita per porgere cordiali saluti.



Riccardo Logozzo

All. 1

Segnalazione abusi

Se ritieni che la foto dell'utente visualizzato possa violare in qualche modo le regole del servizio, segnalalo specificando la motivazione e la categoria del servizio:

Campo segnalato

Foto	<input checked="" type="checkbox"/>
Album	<input type="checkbox"/>
Intera Fotogallery	<input type="checkbox"/>

Motivo della segnalazione

Pedofilia	<input type="checkbox"/>
Contenuto violento	<input type="checkbox"/>
Pornografia	<input type="checkbox"/>
Materiale illegale	<input type="checkbox"/>
Violazione del diritto d'autore	<input type="checkbox"/>

Info aggiuntive

annulla

conferma



Regulatory Affairs and Institutional Relations
Licensing and Compliance
Via C.G. Viola,48-00148 Roma
Tel. +39 06 83111
Fax +39 06 83113983

VIA POSTA ELETTRONICA
CERTIFICATA
agcom@cert.agcom.it
E
dic@agcom.it

Spett.le Autorità per le Garanzie nelle
Comunicazioni
Direzione Contenuti Audiovisivi e
Multimediali

Via Isonzo, 21/b
00198 Roma

Roma, 25 febbraio 2011

Prot. N. RA.LC./195/11

Oggetto: Osservazioni di WIND - 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 a quanto indicato in oggetto la Scrivente, in qualità di soggetto interessato, propone alcune osservazioni al provvedimento posto in consultazione da codesta spettabile Autorità.

Preliminarmente alle risposte ai singoli quesiti posti, WIND ritiene essenziale svolgere alcune considerazioni propedeutiche rispetto a quanto verrà indicato all'interno del testo di risposta.

1. Considerazioni preliminari

La scrivente Società condivide l'esigenza che muove la presente consultazione, ovvero quella di una tutela effettiva del diritto d'autore, esigenza che si afferma con maggiore forza e fermezza in ragione del costante sviluppo tecnologico e delle nuove modalità di fruizione dei contenuti (si pensi ad internet, al file sharing ecc.).

In ragione dell'utilizzo da parte degli utenti di tali nuovi mezzi, infatti, tende a determinarsi sempre più costantemente il rischio che l'utilizzo di opere intellettuali avvenga senza il consenso del legittimo titolare.

Si condivide dunque la necessità di un intervento finalizzato a trovare un equilibrio tra il diritto dei cittadini di accesso alla cultura e ad Internet, oggi possibile anche tramite nuove piattaforme e canali digitali, ed il diritto d'autore nella sua libertà di espressione e di equa remunerazione.

Tuttavia, proprio al fine di raggiungere al meglio l'equilibrio tra gli interessi citati, si rende necessario un intervento di codesta Autorità, anzitutto nei confronti dell'industry, finalizzato ad un'equa e facile distribuzione dei contenuti premium su tutte le piattaforme.

Si può infatti pensare di ridefinire alcune regole che possono contribuire ad una efficace lotta alla pirateria nella misura in cui venga garantito a tutte le piattaforme a tal fine preposte, comprese quelle emergenti, il diritto di accedere, ed

a costi equi, ai contenuti premium; tale garanzia potrebbe essere attuata da codesta Autorità attraverso meccanismi incisivi nei confronti dei titolari dei diritti, quali ad esempio azioni finalizzate ad un'eventuale mancata percezione dei diritti in caso di messa a disposizione degli stessi solo su alcune piattaforme.

Ed infatti, codesta Autorità dovrebbe intervenire attivamente non solo in un ruolo di mediazione ma spingendo fattivamente l'industry ad un'apertura concorrenziale (e non in esclusiva) della cessione dei diritti di distribuzione dei contenuti, oltre che obbligando l'industry al rispetto di tempistiche massime restrittive sulla messa a disposizione su piattaforme emergenti dei contenuti premium come volano di sviluppo di tali piattaforme. E' palese, infatti, che la messa a disposizione di contenuti pregiati su piattaforme emergenti dopo mesi rispetto alle tradizionali, non consente un accesso a quel contenuto che sia concorrenziale a tutto favore dell'utenza.

La Scrivente ritiene che il provvedimento in consultazione presenti inoltre criticità di legittimità oltre che di merito di seguito dettagliate.

2. Quadro normativo e limiti nei poteri di intervento da parte di AGCom

Si rende necessario un breve *excursus* sulla normativa rilevante sul tema.

2.1 Direttiva 2000/31/CE ed il relativo Decreto Legislativo di attuazione n. 70/2003

La Direttiva 2000/31/CE, in materia di commercio elettronico, introduce alcuni principi di forte rilievo sul regime di responsabilità del *provider*.

Preliminarmente, distingue le varie tipologie di *provider* sulla base della relativa attività svolta:

- attività di semplice trasporto (*mere conduit*): è il caso del fornitore di servizi di posta elettronica e del fornitore dei servizi di connessione ad internet;
- attività di memorizzazione intermedia e temporanea di informazioni (*caching*), finalizzata a rendere più efficace il successivo inoltramento delle stesse informazioni ad altri destinatari che ne abbiano fatto richiesta;
- attività di memorizzazione di informazioni fornite dal destinatario del servizio (*hosting*): è il caso di messa a disposizione di uno spazio server per siti o pagine web.

Con riguardo all'attività di *mere conduit*, la Direttiva afferma che il prestatore non è responsabile delle informazioni trasmesse, a condizione che egli non dia origine alla trasmissione, non selezioni il destinatario della trasmissione e non selezioni né modifichi le informazioni trasmesse.

In altre parole il *carrier*, ovvero l'operatore di telecomunicazioni, non è responsabile di ciò che passa sulla sua rete.

Anche con riguardo all'attività di *caching*, si afferma che l'intermediario non è responsabile per la memorizzazione di tali dati ove non modifichi le informazioni, si conformi alle condizioni di accesso e di aggiornamento delle informazioni, non impieghi la tecnologia a disposizione per ottenere dati sull'impiego delle informazioni e agisca con prontezza per rimuovere le informazioni che ha

memorizzato. Questo è il caso del *provider* che si limita a fornire l'accesso alla rete¹.

Infine, nel caso in cui il servizio consista nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio (*hosting*), l'intermediario non è responsabile delle informazioni memorizzate ove non sia a conoscenza dell'effettiva illiceità di tali informazioni, e sempre che, nel caso in cui venga a conoscenza dell'illiceità delle stesse, agisca immediatamente per rimuoverle su ordine delle autorità competenti.

L'esonero alle responsabilità si giustifica proprio, come dichiarato nelle Considerazioni preliminari della Direttiva, in quanto si tratta di attività di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, da cui deriva che il prestatore di servizi della società dell'informazione non conosce né controlla le informazioni trasmesse o memorizzate.

La stessa Direttiva stabilisce che nella prestazione dei servizi sopra citati, gli Stati membri non impongano ai prestatori un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite.

Infine, la stessa norma comunitaria stimola gli Stati membri a provvedere affinché, in caso di dissenso tra prestatore e destinatario del servizio della società dell'informazione, la loro legislazione non ostacoli l'uso degli strumenti di composizione extragiudiziale delle controversie previste dal diritto nazionale, in particolare di quelle relative ai consumatori, potendo operare nel rispetto delle adeguate garanzie procedurali per le parti coinvolte.

La Direttiva sopra richiamata e descritta nelle linee che qui interessano è stata poi oggetto di specifica attuazione ad opera del D.Lgs. n. 70/2003 che ribadisce gli esoneri di responsabilità sopra detti.

In particolare la norma nazionale, nell'escludere la sussistenza in capo ai provider di un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano oltre che di un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite, si limita a specificare che il prestatore di servizi della società dell'informazione è civilmente responsabile del contenuto di tali servizi solo nel caso in cui, richiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa competente, non abbia agito prontamente per impedire l'accesso a detto contenuto, ovvero se, avendo avuto conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio al quale assicura l'accesso, non ha provveduto ad informare l'autorità competente.

2.2 Legge n. 248/2000 e Decreto Romani: ambito della competenza di AGCom

L'art. 11 della legge n. 248/2000 introduceva l'art. 182 bis nella legge n. 633/1941 (c.d. Legge sul diritto d'autore) attribuendo all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ed alla Società italiana degli Autori ed Editori (SIAE), nell'ambito delle rispettive competenze previste dalla legge, la vigilanza su una

¹ L'attività di prestatore di servizi della società dell'informazione si limita al processo tecnico di attivare e fornire accesso ad una rete di comunicazione sulla quale sono trasmesse o temporaneamente memorizzate le informazioni messe a disposizione da terzi al solo scopo di rendere più efficiente la trasmissione.

serie di attività, elencate dalla stessa norma², che possono determinare violazioni sul diritto d'autore.

Come detto, tale funzione di vigilanza veniva attribuita dalla legge ad AGCom e Siae nell'ambito delle competenze attribuite ad ognuna di esse dalla legge; da tale norma, si deduce la competenza di AGCom di vigilare sulle violazioni perpetrate attraverso l'attività di diffusione radiotelevisiva nonché attraverso le reti degli operatori delle telecomunicazioni.

Nel marzo del 2010, in attuazione della Direttiva 2007/65/CE, , interveniva il Decreto n. 44 (c.d. Decreto Romani - Testo Unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici) con riguardo specificatamente all'esercizio delle attività media audiovisive. Tale decreto integrava il D. Lgs. 177/2005 - Testo Unico della Radiotelevisione -, introducendo l'art 32 bis³ che, in materia di protezione del diritto d'autore (si ripete, con riferimento all'esercizio delle attività media audiovisive), attribuisce all'Autorità il compito di emanare le disposizioni regolamentari necessarie per rendere effettiva l'osservanza dei limiti e divieti di cui al citato articolo.

Si ritiene a questo proposito che AGCom deduca erroneamente che tale norma integri la propria competenza generale già tracciata dall'art. 182 bis (ovvero il suo potere di vigilanza attribuito in concorrenza con Siae); o meglio, tale competenza è sì integrata con riguardo all'attività di diffusione dei servizi media audiovisivi, rispetto alla quale correttamente AGCom ha il potere di emanare le disposizioni regolamentari necessarie a far rispettare il divieto di trasmissione o di messa a disposizione di programmi oggetto di diritti di proprietà intellettuale senza il consenso di titolari di diritti.

² Di seguito le attività elencate dalla norma citata:

- a) sull'attività di riproduzione e duplicazione con qualsiasi procedimento, su supporto audiovisivo, fonografico e qualsiasi altro supporto nonché su impianti di utilizzazione in pubblico, via etere e via cavo, nonché sull'attività di diffusione radiotelevisiva con qualsiasi mezzo effettuata;
 - b) sulla proiezione in sale cinematografiche di opere e registrazioni tutelate dalla normativa sul diritto d'autore e sui diritti connessi al suo esercizio;
 - c) sulla distribuzione, la vendita, il noleggio, l'emissione e l'utilizzazione in qualsiasi forma dei supporti di cui alla lettera a);
 - d) sui centri di riproduzione pubblici o privati, i quali utilizzano nel proprio ambito o mettono a disposizione di terzi, anche gratuitamente, apparecchi per fotocopia, xerocopia o analogo sistema di riproduzione.
- d-bis) sull'attività di fabbricazione, importazione e distribuzione degli apparecchi e dei supporti di cui all'art. 71-septies.

³ Art. 32-bis (*Protezione dei diritti d'autore*) - 1. Le disposizioni del presente testo unico non sono in pregiudizio dei principi e dei diritti di cui al decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 68, recante attuazione della direttiva 2001/29/CE, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, e al decreto legislativo 16 marzo 2006, n. 140, recante attuazione della direttiva 2004/48/CE, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale. I fornitori di servizi di media audiovisivi assicurano il pieno rispetto dei principi e dei diritti di cui alla legge 22 aprile 1941, n. 633, e successive modificazioni, indipendentemente dalla piattaforma utilizzata per la trasmissione di contenuti audiovisivi.

2. I fornitori di servizi di media audiovisivi operano nel rispetto dei diritti d'autore e dei diritti connessi, ed in particolare:

a) trasmettono le opere cinematografiche nel rispetto dei termini temporali e delle condizioni concordate con i titolari dei diritti;

b) si astengono dal trasmettere o ri-trasmettere, o mettere comunque a disposizione degli utenti, su qualsiasi piattaforma e qualunque sia la tipologia di servizio offerto, programmi oggetto di diritti di proprietà intellettuale di terzi, o parti di tali programmi, senza il consenso di titolari dei diritti, e salve le disposizioni in materia di brevi estratti di cronaca.

3. L'Autorità emana le disposizioni regolamentari necessarie per rendere effettiva l'osservanza dei limiti e divieti di cui al presente articolo.

Tuttavia, lo stesso non può dirsi con riguardo alle eventuali violazioni perpetrate attraverso le reti degli operatori di telecomunicazione.

In quest'ultimo ambito, infatti, AGCom ha sì poteri di vigilanza nei confronti di eventuali violazioni perpetrate attraverso le reti degli operatori di telecomunicazione.

Ben diverso, tuttavia, è ritenere che codesta Autorità abbia un potere "para-normativo", ovvero di emanazione di disposizioni regolamentari necessarie nei confronti del settore delle telecomunicazioni, visto che il Decreto Romani interviene espressamente nella protezione del diritto d'autore con riguardo allo specifico settore radiotelevisivo.

Non indicando, il Decreto Romani, alcun richiamo al fatto che lo stesso interviene ad integrare le attribuzioni già tracciate dall'art. 182 bis della legge 633/1941, si ritiene che i poteri di AGCom nei casi di violazioni del diritto d'autore perpetrate attraverso reti di telecomunicazioni siano esclusivamente di vigilanza e non di tipo dispositivo o "para-normativo". Se diversamente si dovesse ritenere, si determinerebbe un palese eccesso di potere e di delega con ogni conseguenza, sul piano dell'illegittimità, che ne deriverebbe.

3. Procedimento di tutela del diritto d'autore e del copyright: carenza dei poteri di AGCom

3.1 Processo di Segnalazione Abusi predisposto da WIND

(omissis)

3.2 Limiti nelle aree di intervento di AGCom nel procedimento di tutela del diritto d'autore

Codesta Autorità delinea, al paragrafo 3.5.2 della propria proposta messa in consultazione, un procedimento di tutela del diritto d'autore e del copyright articolato in cinque fasi.

Il procedimento ipotizzato, se da un lato si origina nel processo sopra descritto e già attuato da parte di WIND, dall'altro eccede le aree di legittimo intervento attribuite dalla legge a codesta Autorità.

Si indicano di seguito i punti critici del procedimento previsto da codesta Autorità, evidenziando le relative motivazioni di criticità.

- fase 3: per il caso in cui il titolare del diritto si rivolga all'Autorità in seguito alla mancata rimozione del contenuto, quest'ultima, si dice, "*effettua una breve verifica in contraddittorio con le parti*" (...) "*comunicando l'avvio del procedimento al gestore del sito (o, nel caso non fosse possibile individuarlo, al fornitore del relativo servizio di hosting), all'operatore di telecomunicazione o quello televisivo*" (...).

Occorre a questo proposito rilevare due forti criticità: anzitutto l'Autorità dichiara di poter effettuare una verifica in contraddittorio con le parti interessate, quando in realtà, come sopra detto, la norma primaria attribuisce all'AGCom, per quanto attiene al settore delle telecomunicazioni, solo poteri di vigilanza. Certamente l'effettuazione di attività istruttorie non attiene a poteri di vigilanza. Anzi, attività istruttorie e, ancor più, decisorie, sono attribuite esclusivamente all'Autorità giudiziaria.

In aggiunta, codesta Autorità sembrerebbe violare anche un'altra norma di rango primario, oltre che comunitario: se la Direttiva comunitaria 2000/31/CE ed il relativo Decreto Legislativo di attuazione n. 70/2003 affermano che il provider

(inteso sia come mere conduit, ovvero operatore di rete, sia come hosting) non è responsabile delle informazioni trasmesse, non si comprende come codesta Autorità possa ritenere di chiamare in contraddittorio il fornitore del servizio di hosting o l'operatore di telecomunicazione.

Nei sensi esposti, si ritiene che il procedimento delineato da AGCom ecceda i poteri alla stessa attribuiti da norma primaria oltre che di rango comunitario violandone palesemente i limiti.

- fase 4: codesta Autorità dichiara che, laddove *"all'esito delle verifiche in contraddittorio (ritenga) violata la normativa in tema di diritto d'autore, ordina senza ritardo al gestore del sito o al fornitore del servizio di media audiovisivo, anche per via telematica, l'immediata rimozione del materiale trasmesso in violazione"*.

Ancora, a questo proposito si evidenzia che codesta Autorità, sulla base dei poteri di vigilanza attribuitele dalla norma di rango primaria sopra richiamata, non ha poteri di ordinare la rimozione del contenuto, potere come detto attribuito esclusivamente all'Autorità giudiziaria, ma solo di segnalare l'opportunità di procedere alla rimozione del contenuto, ovvero alla sua depubblicazione in modo che nessun utente lo possa più vedere o ascoltare.

I poteri di vigilanza che le sono attribuiti, infatti, consentono a codesta Autorità esclusivamente di inoltrare segnalazione di presunto abuso, al pari degli altri soggetti sopra elencati, ovvero Clienti, Associazioni e organi di vigilanza.

- fase 5: ancora, nel procedimento descritto AGCom, in *"caso di inottemperanza reitera l'ordine avvertendo che il suo mancato rispetto comporterà l'applicazione delle sanzioni previste dalla legge"*.

Anche in questo caso, considerato che codesta Autorità ha esclusivamente poteri di vigilanza, si ritiene che il reiterno dell'ordine e l'applicazione di sanzioni esula dai poteri attribuitele, configurandosi anzi un profilo di eccesso di potere (essendo tali poteri, lo si ripete, attribuiti solo ad Autorità giudiziaria) e non avendo, almeno nei confronti di operatori di telecomunicazioni, potere di emanare disposizioni regolamentari.

Così come si ritiene che AGCom non abbia neppure poteri di accertamento della presunta violazione commessa, visto che tale merito non può che essere rimesso all'Autorità giudiziaria.

In altre parole, codesta Autorità, tramite i suoi poteri di vigilanza, è tenuta a vigilare appunto, ovvero inoltrare suggerimenti sull'opportunità di sospendere l'accesso ad un determinato contenuto presunto come violativo del diritto d'autore, ma certamente non ha poteri ordinatori, accertativi né sanzionatori di alcun genere nei confronti delle TLC.

Infine, con riferimento ai due possibili modelli proposti per la cancellazione di contenuti illeciti nei casi in cui i server siano localizzati al di fuori dei confini nazionali, si precisa sin d'ora che:

- WIND condivide l'idea di predisporre una lista di siti illegali e a questo proposito, propone che tali liste vengano pubblicate sul sito istituzionale di AGCom, con una cadenza temporale che la stessa dovrà stabilire, conformemente alle procedure già stabilite per omogeneità gestionali;

- con riguardo invece alla proposta di inibizione del nome del sito web ovvero dell'indirizzo IP, si precisa che è possibile procedere solo all'inibizione tramite il nome del sito web. Infatti, l'inibizione dell'indirizzo IP potrebbe determinare anche il blocco di siti che hanno finalità diverse ed estranee al presunto contenuto illegale e, in ogni caso, l'inibizione dell'indirizzo IP potrebbe

avere breve durata visto che è sufficiente cambiare un numero dell'indirizzo stesso per ripubblicare il contenuto illecito.

Da quanto detto, dunque, emerge con chiarezza che la delibera finale dovrà delineare con estrema attenzione i poteri attribuiti ad AGCom, rischiando altrimenti di determinare un latente conflitto fra poteri dello Stato e, segnatamente, fra l'esercizio dei compiti affidati all'Autorità giudiziaria e quelli di spettanza dell'Autorità, che quest'ultima rischierebbe di fare valere arbitrariamente.

4. Definizione più puntuale dei soggetti destinatari della segnalazione

Nell'ambito del procedimento di tutela del diritti d'autore e del copyright, si prevede preliminarmente (c.d. fase 1) che il titolare del diritto segnali al "gestore del sito o al fornitore del servizio di media audiovisivo" l'eventuale presenza di un contenuto in violazione del diritto d'autore.

Ancora, in fase di verifica dell'Autorità in contraddittorio (c.d. fase 3), la stessa comunica l'avvio del procedimento al "gestore del sito (o, nel caso non fosse possibile individuarlo, al fornitore del relativo servizio di hosting), all'operatore di telecomunicazione o a quello televisivo, alla cui sfera risulti oggettivamente ascrivibile la violazione della normativa rilevante"; tali soggetti hanno la possibilità di porre subito fine alla condotta violativa segnalata, conseguendo pertanto l'archiviazione del procedimento.

In caso contrario, sarà l'Autorità ad ordinare "al gestore del sito o al fornitore del servizio di media audiovisivo" la rimozione del materiale trasmesso in violazione.

Ebbene, si vede come nella procedura ideata da codesta Autorità vengono chiamati in gioco soggetti differenti e soprattutto non definiti e circoscrivibili.

Ed infatti, ci si riferisce anzitutto al "gestore del sito": non è chiaro a chi l'Autorità riferisca tale soggetto, non definendolo preliminarmente al testo posto in consultazione. La protezione dei diritti d'autore va fatta a livello di siti web che gestiscono/ospitano i contenuti, ma non è immaginabile che tale tutela possa essere fornita a livello di accesso alla rete.

In aggiunta, si rinvia anche a quanto detto in apertura sull'esonero di responsabilità in capo al provider (e in particolare, per quanto qui interessa, al mere conduit o all'hosting) stabilito a livello di normativa comunitaria oltre che nazionale.

Ed infatti, essendo sancito che tali soggetti non sono responsabili delle informazioni trasmesse, svolgendo attività di ordine meramente tecnico, automatico e passivo (da cui deriva che non conoscono né controllano le informazioni trasmesse), si evidenzia la presunta illegittimità di quanto affermato da codesta Autorità nella procedura di contraddittorio nei confronti del fornitore del servizio di hosting e dell'operatore di telecomunicazione.

A questo proposito, anche il tribunale civile di Roma con decisione del 17 aprile 2010 ha decretato l'esclusione di responsabilità di un operatore di rete⁴ in quanto quest'ultimo, ha stabilito l'organo giudiziario, non ha obblighi di intervento.

⁴ Nel caso specifico il riferimento era a Telecom Italia e riguardava il download di film pirata tramite le connessioni offerte dalla società. Il ricorso era stato presentato dalla Fapav (Federazione antipirateria audiovisiva) che chiedeva un intervento giudiziario in quanto Telecom Italia non aveva provveduto ad interrompere la connessione ad utenti che effettuavano il download da siti illegali e quindi non aveva bloccato l'accesso a tali siti.

Tra l'altro, aggiunge, l'operatore di rete non avrebbe dovuto ma nemmeno potuto interrompere il servizio in quanto, oltre che non responsabile delle informazioni diffuse, è altresì obbligata a fornire tale servizio per contratto.

Se davvero venisse previsto in delibera che AGCom è legittimata ad aprire un contraddittorio anche con l'operatore di rete, si finirebbe per creare un conflitto tra l'esercizio dei compiti affidati alla Magistratura e quelli di spettanza dell'Autorità.

5. Impossibilità per AGCom di intervenire nel contratto relativi al servizio di accesso ad internet predisposto dagli ISP

Nell'ambito dell'analisi delle licenze collettive estese, questa Autorità fa delle valutazioni inerenti la possibilità di introdurre "schemi contrattuali di accesso ad internet differenziati per gli utenti che intendano acquisire dagli ISP un account munito di licenza. In tal modo gli ISP (secondo AGCom) potrebbero impegnarsi a destinare i proventi – o parte dei proventi derivanti dalla conclusione di tali contratti – agli enti di gestione collettiva dei diritti in modo da attribuire un equo compenso agli autori e ai titolari dei diritti connessi".

Addirittura, codesta Autorità ritiene che un tale meccanismo rischierebbe di produrre alterazioni delle condizioni concorrenziali e pertanto un possibile rimedio potrebbe essere quello di introdurre "obblighi in capo agli ISP per l'adeguamento degli schemi contrattuali", differenziando l'offerta di abbonamenti "per gli utenti che intendano acquisire l'autorizzazione a determinati utilizzi online delle opere protette in condizioni di sicurezza"; ciò avverrebbe, secondo l'Autorità, similmente a quanto già accade per le licenze collettive estese utilizzate per le emittenti radio.

A questo proposito, la prima osservazione che viene in mente rinvia a quanto già sopra detto con riguardo al fatto che, se codesta Autorità ha, nei confronti del settore delle telecomunicazioni, esclusivamente poteri di vigilanza, si palesa ancora un eccesso di potere nel momento in cui la stessa Autorità si arroghi poteri di regolamentazione attiva che non si conciliano con la natura ed i limiti dei poteri realmente attribuitele. Questa Autorità arriva a sostenere che non vi sarebbero "particolari vincoli all'esercizio del potere regolamentare", quando in realtà la legislazione nazionale in materia di diritto d'autore attribuisce, come detto, esclusivamente poteri di vigilanza, e che il Decreto Romani si riferisce, quale ambito applicativo, solo all'esercizio delle attività televisive.

Nello stesso senso, pertanto, non si ritiene neppure che codesta Autorità abbia poteri di risoluzione delle controversie che dovessero insorgere tra titolari di diritti e "operatori di telecomunicazioni"; ciò in considerazione sia dei poteri di vigilanza attribuitele per la tutela del diritto d'autore nell'ambito delle reti di TLC, sia dei poteri di risoluzione di controversie nel diritto d'autore attribuiti soltanto all'organo giudiziario.

Diversamente potrebbe essere previsto solo in seguito ad un intervento legislativo ordinario (in altre parole, del Parlamento dello Stato italiano) che stabilisca espressamente ulteriori poteri in capo a codesta Autorità per la tutela del diritto d'autore nell'ambito delle reti di telecomunicazione.

Fino a quel momento, AGCom può esclusivamente vigilare e dunque "suggerire" di procedere alla depubblicazione di contenuti presenti nelle reti di TLC e presunti come illegali, non potendo allo stato "ordinare" alcunché su tale materia.

In aggiunta a quanto detto, WIND non ha accesso al contenuto delle comunicazioni che i propri clienti effettuano attraverso il contratto di accesso, in

quanto ciò violerebbe la riservatezza delle stesse, quale principio sancito dall'art. 15 della Costituzione italiana.

E comunque, richiamando l'art. 123 del Codice Privacy, il trattamento dei dati relativi al traffico strettamente necessari a fini di fatturazione per l'abbonato ovvero di pagamenti in caso di interconnessione, è consentito al fornitore per un periodo non superiore a 6 mesi. Al di fuori di detto periodo, i dati relativi al traffico telefonico e telematico possono essere conservati dal fornitore solo per finalità di accertamento e repressione di reati, esclusi comunque i contenuti delle comunicazioni stesse.

Alla luce di quanto detto, non si vede come codesta Autorità potrebbe ordinare all'operatore di rete l'esibizione di contenuti di comunicazioni per le finalità di risoluzione di eventuali controversie, visto che l'operatore stesso non ha disponibilità del dato.

Tra l'altro, non è pensabile neppure inserire nei contratti di accesso sottoscritti dal cliente con l'ISP, alcun riferimento alla normativa in tema di diritto d'autore perché determinerebbe implicitamente un'assunzione di responsabilità in capo all'ISP di quanto trasmesso sulle reti di telecomunicazione in violazione dei diritti d'autore, responsabilità al contrario esclusa dalla normativa prima richiamata.

Si consideri infine che nel momento in cui venisse presentata dagli operatori un'offerta con autorizzazione e parallelamente un'offerta senza autorizzazione, ne deriverebbe che automaticamente ed implicitamente questi ultimi affermerebbero di presentare un'offerta che rischia di essere contraria alla legge, responsabilità che nessun ISP si può assumere.

6. Osservazioni conclusive

E' palese che gli elevati costi previsti per l'acquisto di un contenuto protetto da diritto d'autore sono forse il motivo principale per cui parte dell'utenza tende a non acquistare, o comunque ad ottenere illegalmente, lo stesso contenuto, finendo per incrementare quotidianamente il fenomeno della pirateria.

Una fetta enorme di tali costi remunera non l'autore ma il produttore o il distributore; tuttavia, per i casi di contenuti trasmessi tramite rete di comunicazione elettronica, questi ultimi due soggetti non hanno più alcun ruolo predominante; ed allora non si spiega perché dal tenore del testo posto in consultazione codesta Autorità non fa mai alcun riferimento al fatto che l'equa remunerazione dei contenuti debba transitare, tra l'altro, anche attraverso meccanismi di "rinunce" da parte dei soggetti rappresentativi della categoria dei titolari dei diritti.

Ed allora, non si può che rilevare che codesta Autorità, pur occupandosi di regolamentare il settore delle TLC, uno dei settori forse più soggetti a continue evoluzioni tecnologiche, sembra dimenticare che una nuova era della tutela del diritto d'autore, che necessariamente si collocherà nell'ambito delle nuove modalità di fruizione dei contenuti, non può che transitare attraverso una rivalutazione delle revenues di un settore i cui costi necessariamente devono diminuire in funzione del necessario adeguamento al nuovo processo della catena del valore.

Analisi del testo in consultazione

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

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

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

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

RISPOSTA WIND - D1. La scrivente Società condivide la necessità di un intervento finalizzato a trovare un equilibrio tra il diritto dei cittadini di accesso alla cultura e ad Internet, oggi possibile anche tramite nuove piattaforme e canali digitali, ed il diritto d'autore nella sua libertà di espressione e di equa remunerazione.

Tuttavia, proprio al fine di raggiungere al meglio l'equilibrio tra gli interessi citati, si rende necessario un intervento di codesta Autorità, anzitutto nei confronti dell'industry, finalizzato ad un'equa e facile distribuzione dei contenuti premium su tutte le piattaforme.

RISPOSTA WIND - D2. Al fine di favorire l'apertura del mercato dell'accesso ai contenuti premium, si può pensare di ridefinire alcune regole che possono contribuire ad una efficace lotta alla pirateria. Tali regole devono tuttavia volgere nel senso di garantire a tutte le piattaforme a tal fine preposte, comprese quelle emergenti, il diritto di accedere, a costi equi, ai contenuti premium; tale garanzia potrebbe essere attuata da codesta Autorità attraverso meccanismi incisivi nei confronti dei titolari dei diritti, ad esempio attraverso una mancata percezione dei diritti in caso di messa a disposizione degli stessi solo su alcune piattaforme.

Inoltre, codesta Autorità dovrebbe intervenire attivamente non solo in un ruolo di mediazione ma spingendo fattivamente l'industry ad un'apertura concorrenziale (e non in esclusiva) della cessione dei diritti di distribuzione dei contenuti.

RISPOSTA WIND - D3. Si ritiene che un intervento dell'Autorità possa essere utile nella misura in cui si muova nei sensi sopra proposti, in tal modo invertendo l'attuale rotta. Se così non dovesse essere, il rischio che ne conseguirebbe sarebbe solo quello di acuire le attuali criticità.

Inoltre, una nuova era della tutela del diritto d'autore necessariamente deve collocarsi nell'ambito delle nuove modalità di fruizione dei contenuti, non può che transitare attraverso una rivalutazione delle revenues di un settore i cui costi necessariamente devono diminuire in funzione del necessario adeguamento al nuovo processo della catena del valore.

Par. 3.3.3 Le finestre di distribuzione

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

D2. In caso affermativo, si ritiene utile un intervento dell'Autorità in fase di

mediazione inteso a favorire una riduzione dello scarto temporale tra i canali di distribuzione tradizionali e quelli più innovativi?

RISPOSTA WIND – D1. Come sopra detto, codesta Autorità dovrebbe intervenire attivamente non solo in un ruolo di mediazione ma spingendo fattivamente l'industry ad un'apertura concorrenziale (e non in esclusiva) della cessione dei diritti di distribuzione dei contenuti; ciò dovrebbe essere attuato da AGCom anche obbligando l'industry al rispetto di tempistiche massime restrittive sulla messa a disposizione su piattaforme emergenti dei contenuti premium.

RISPOSTA WIND – D2. Codesta Autorità dovrebbe intervenire non solo in un ruolo di mediazione finalizzato a ridurre lo scarto temporale tra canali di distribuzione, ma soprattutto tramite misure sanzionatorie per i casi di inottemperanza.

Par. 3.4. Attività informativa e di "educazione alla legalità"

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

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

D3. 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?

RISPOSTA WIND – D1. WIND concorda con l'esigenza di sviluppare una ricca offerta legale di contenuti digitali attraverso un catalogo ampio, continuamente aggiornato e a prezzi accessibili di contenuti audiovisivi. Tuttavia, si ribadisce l'esigenza a che un'offerta legale ricca di contenuti sia resa disponibile su tutte le piattaforme e canali di distribuzione.

RISPOSTA WIND – D2. **Non** si concorda sull'opportunità di inserire l'indicazione, a cura degli ISP e nei contratti relativi al servizio di accesso ad Internet, nelle condizioni generali del servizio di hosting e caching, di contenuti su internet e delle conseguenze cui potrebbe andare incontro in caso di un utilizzo non corretto del servizio. Si ritiene infatti che l'inserimento di informazioni inerenti un contenuto minimo informativo sulla normativa di protezione del diritto d'autore determinerebbe implicitamente un'assunzione di responsabilità in capo all'ISP di quanto trasmesso sulle reti di telecomunicazione in violazione dei diritti d'autore, responsabilità al contrario esclusa dalla normativa comunitaria e nazionale sopra richiamata (par.i 2.1 e 2.2). Si ritiene infatti che i contratti relativi al servizio di accesso ad Internet e le condizioni generali del servizio di hosting e caching attengono esclusivamente ai diritti ed obblighi assunti dalle parti e non può ritenersi che vengano inseriti obblighi inerenti terze parti

RISPOSTA WIND – D3. Per le stesse motivazioni appena esposte, **non** 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.

Par. 3.5. Provvedimenti a tutela del diritto d'autore

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

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

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

RISPOSTA WIND – D1. Come sopra descritto, WIND già attua un procedimento per gestire le segnalazioni inerenti eventuali abusi perpetrati attraverso i propri siti istituzionali. Il procedimento proposto da AGCom, se da un lato si origina in esso, dall'altro eccede le aree di legittimo intervento attribuite dalla legge a codesta Autorità.

Si indicano di seguito i punti critici del procedimento ideato da codesta Autorità, evidenziando le relative motivazioni di criticità.

- fase 3: a questo proposito occorre rilevare due forti criticità: anzitutto l'Autorità dichiara di poter effettuare una verifica in contraddittorio con le parti interessate, quando in realtà, come sopra detto, la norma primaria attribuisce all'AGCom, per quanto attiene al settore delle telecomunicazioni, solo poteri di vigilanza. Certamente l'effettuazione di attività istruttorie non attiene a poteri di vigilanza. Anzi, attività istruttorie e, ancor più, decisorie, sono attribuite esclusivamente all'Autorità giudiziaria, come sopra descritto nell'ambito della gestione delle segnalazioni di eventuali abusi.

In aggiunta, codesta Autorità viola anche un'altra norma di rango primario, oltre che comunitario: se la Direttiva comunitaria 2000/31/CE ed il relativo Decreto Legislativo di attuazione n. 70/2003 affermano che il provider (inteso sia come mere conduit, ovvero operatore di rete, sia come hosting) non è responsabile delle informazioni trasmesse, non si comprende come codesta Autorità possa ritenere di chiamare in contraddittorio il fornitore del servizio di hosting o l'operatore di telecomunicazione.

Nei sensi esposti, si ritiene che il procedimento delineato da AGCom ecceda i poteri alla stessa attribuiti da norma primaria oltre che di rango comunitario violandone palesemente i limiti.

- fase 4: si evidenzia che codesta Autorità, sulla base dei poteri di vigilanza attribuitele dalla norma di rango primaria sopra richiamata, non ha poteri di ordinare la rimozione del contenuto, potere come detto attribuito esclusivamente all'Autorità giudiziaria. AGCom può esclusivamente segnalare l'opportunità di procedere alla rimozione del contenuto, ovvero alla sua depubblicazione in modo che nessun utente lo possa più vedere o ascoltare.

I poteri di vigilanza che le sono attribuiti, infatti, consentono di attribuire a codesta Autorità esclusivamente poteri simili a quelli attribuiti agli altri soggetti sopra elencati, ovvero Clienti, Associazioni e organi di vigilanza.

- fase 5: ancora, nel procedimento descritto AGCom, in "caso di inottemperanza

reitera l'ordine avvertendo che il suo mancato rispetto comporterà l'applicazione delle sanzioni previste dalla legge".

Anche in questo caso, considerato che codesta Autorità ha esclusivamente poteri di vigilanza, si ritiene che il reiterno dell'ordine e l'applicazione di sanzioni esula dai poteri attribuitele, configurandosi anzi un profilo di eccesso di potere (essendo tali poteri, lo si ripete, attribuiti solo ad Autorità giudiziaria) e non avendo, almeno nei confronti di operatori di telecomunicazioni, potere di emanare disposizioni regolamentari come sopra delineato nei dettagli.

Così come si ritiene che AGCom non abbia neppure poteri di accertamento della presunta violazione commessa, visto che tale merito non può che essere rimesso all'Autorità giudiziaria.

In altre parole, codesta Autorità, tramite i suoi poteri di vigilanza, è tenuta a vigilare appunto, ovvero inoltrare suggerimenti sull'opportunità di sospendere l'accesso ad un determinato contenuto presunto come violativo del diritto d'autore, ma certamente non ha poteri ordinatori, accertativi né sanzionatori di alcun genere nei confronti delle TLC.

Infine, nella procedura ideata da codesta Autorità vengono chiamati in gioco soggetti differenti e soprattutto non definiti e circoscrivibili: ci si riferisce anzitutto al "gestore del sito", ma non è chiaro a chi l'Autorità riferisca tale soggetto, non definendolo preliminarmente al testo posto in consultazione. La protezione dei diritti d'autore va fatta a livello di siti web che gestiscono/ospitano i contenuti, ma non è immaginabile che tale tutela possa essere fornita a livello di accesso alla rete.

Inoltre, nella fase 3 codesta Autorità si riferisce altresì al gestore di hosting e all'operatore di telecomunicazioni, i quali, come detto, sono esonerati da responsabilità come stabilito a livello di normativa comunitaria e nazionale con conseguente presunta illegittimità di quanto affermato da codesta Autorità nella procedura di contraddittorio nei confronti del fornitore del servizio di hosting e dell'operatore di telecomunicazione.

RISPOSTA WIND - D2. Con riferimento ai due possibili modelli proposti per la cancellazione di contenuti illeciti nei casi in cui i server siano localizzati al di fuori dei confini nazionali, si precisa sin d'ora che:

- WIND condivide l'idea di predisporre una lista di siti illegali e a questo proposito, propone che tali liste vengano pubblicate sul sito istituzionale di AGCom, con una cadenza temporale che la stessa dovrà stabilire, conformemente alle procedure già stabilite per omogeneità gestionali;
- con riguardo invece alla proposta di inibizione del nome del sito web ovvero dell'indirizzo IP, si precisa che è possibile procedere solo all'inibizione tramite il nome del sito web. Infatti, l'inibizione dell'indirizzo IP potrebbe determinare anche il blocco di siti che hanno finalità diverse ed estranee al presunto contenuto illegale e, in ogni caso, l'inibizione dell'indirizzo IP potrebbe avere breve durata visto che è sufficiente cambiare un numero dell'indirizzo stesso per ripubblicare il contenuto illecito. Pertanto, con riguardo alla seconda ipotesi, si ritiene che la stessa possa essere prevista per casi estremi e comunque solo con riguardo alla possibilità di eventuale inibizione del nome del sito web.

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

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

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

RISPOSTA WIND – D1. La previsione inerente accordi volontari tra enti rappresentativi dei titolari dei diritti, dei provider e degli utenti, sulla base dei quali verrebbero introdotti schemi contrattuali di accesso ad internet differenziati per utenti che acquistino account muniti di licenza, e non, determinerebbe una rilevante criticità. WIND infatti non ha accesso al contenuto delle comunicazioni che i propri clienti effettuano attraverso il contratto di accesso, in quanto ciò violerebbe la riservatezza delle stesse, quale principio sancito dall'art. 15 della Costituzione italiana.

E comunque, richiamando l'art. 123 del Codice Privacy, il trattamento dei dati relativi al traffico strettamente necessari a fini di fatturazione per l'abbonato ovvero di pagamenti in caso di interconnessione, è consentito al fornitore per un periodo non superiore a 6 mesi. Al di fuori di detto periodo, i dati relativi al traffico telefonico e telematico possono essere conservati dal fornitore solo per finalità di accertamento e repressione di reati, esclusi comunque i contenuti delle comunicazioni stesse.

Alla luce di quanto detto, non si vede come codesta Autorità potrebbe ordinare all'operatore di rete l'esibizione di contenuti di comunicazioni per le finalità di risoluzione di eventuali controversie, visto che l'operatore stesso non ha disponibilità del dato.

Infine, nel momento in cui venisse presentata dagli operatori un'offerta con autorizzazione e parallelamente un'offerta senza autorizzazione, ne deriverebbe che automaticamente ed implicitamente questi ultimi affermerebbero di presentare un'offerta che rischia di essere contraria alla legge, responsabilità che nessun ISP si può assumere.

RISPOSTA WIND – D2. Con riguardo all'eventuale adozione di delibere attuative in relazione agli impegni in materia tariffaria assunti dagli ISP, si rinvia a quanto sopra detto con riguardo al fatto che, se codesta Autorità ha, nei confronti del settore delle telecomunicazioni, esclusivamente poteri di vigilanza, si palesa ancora un eccesso di potere nel momento in cui la stessa Autorità si arroghi poteri di regolamentazione attiva che non si conciliano con la natura ed i limiti dei poteri realmente attribuitele. La legislazione nazionale in materia di diritto d'autore attribuisce esclusivamente poteri di vigilanza, visto che il Decreto Romani si riferisce, quale ambito applicativo, solo all'esercizio delle attività televisive.

Diversamente potrebbe essere previsto solo in seguito ad un intervento legislativo ordinario (in altre parole, del Parlamento dello Stato italiano) che stabilisca espressamente ulteriori poteri in capo a codesta Autorità per la tutela del diritto d'autore nell'ambito delle reti di telecomunicazione.

Fino a quel momento, AGCom può esclusivamente vigilare e dunque "suggerire" di

procedere alla depubblicazione di contenuti presenti nelle reti di TLC e presunti come illegali, non potendo allo stato "ordinare" alcunché su tale materia.

RISPOSTA WIND – D3. Con riguardo alla previsione di forme di pagamento da parte dell'utente semplici quali ad esempio quelle di m-payment, si ritiene che laddove essere siano indipendenti da qualunque obbligo o previsione che incida sulle previsioni contrattuali dell'ISP, si ritiene che la soluzione potrebbe essere oggetto di valutazioni congiunte, anche in occasione di un Tavolo tecnico sul diritto d'autore come proposto da codesta Autorità.

Par. 3.7 Attività di risoluzione di controversie

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

RISPOSTA WIND – D1. La criticità legata all' eventuale ruolo di mediazione svolto dall'Autorità nelle controversie che dovessero insorgere tra i soggetti interessati, non attiene ad una questione di sua utilità o meno, ma al fatto che la legislazione nazionale in materia di diritto d'autore attribuisce ad AGCom, come detto, esclusivamente poteri di vigilanza, oltre che il Decreto Romani si riferisce, quale ambito applicativo, solo all'esercizio delle attività televisive.

Ne consegue che non si ritiene che codesta Autorità abbia poteri di risoluzione delle controversie che dovessero insorgere tra titolari di diritti e "operatori di telecomunicazioni"; ciò in considerazione sia dei poteri di vigilanza attribuitele per la tutela del diritto d'autore nell'ambito delle reti di TLC, sia dei poteri di risoluzione di controversie nel diritto d'autore attribuiti soltanto all'organo giudiziario.

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

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

RISPOSTA WIND – D1. WIND condivide l'opportunità di rinviare la discussione di aspetti operativi ad un tavolo tecnico sul diritto d'autore istituito presso codesta Autorità, purchè vengano rispettati i limiti fin qui descritti e motivati, intesi come poteri, competenze e ambiti di intervento attribuiti a livello di normativa comunitaria e nazionale alla stessa AGCom. Pertanto, nei limiti di quanto sopra detto, WIND è disponibile ad una valutazione congiunta con gli altri soggetti interessati, delle tematiche.

Come richiesto da codesta Autorità, si rilascia nulla osta alla pubblicazione del documento.

Restando a disposizione per ogni ulteriore informazione, l'occasione è gradita per porgere cordiali saluti.

Riccardo Logozzo

