



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica



L'AGCOM E IL REGOLAMENTO A TUTELA DEL DIRITTO D'AUTORE

Il diritto d'autore, così come tradizionalmente conosciuto, nell'epoca del web 2.0 e dei social network è spesso un lontano ricordo. Non è difficile, infatti, nel flusso continuo dei dati che scorrono attraverso le reti telematiche ritrovare con meccanismi, più o meno, leciti anche opere che, in teoria, dovrebbero essere tutelate dal copyright.

di **Salvatore D'angelo** (redattore Annamaria Di Clemente)
CIVILE - PROPRIETÀ INTELLETTUALE
Estratto dal n. 4/2019 - ISSN 2532-9871

Direttore responsabile
Raffaele Giaquinto

Publicato, Martedì 2 Aprile 2019

Sommario: 1. Introduzione; 2. L'AGCom ed il bilanciamento tra la tutela del diritto d'autore sul web e il diritto di accesso degli utenti; 3. Lo schema di regolamento dell'AGCom in materia di diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica.

1. Introduzione

La rivoluzione digitale ha sicuramente stravolto il concetto stesso di comunicazione ed il modo di intendere i mezzi tradizionali attraverso cui era possibile realizzarla: portando telefono, televisione e computer ad integrarsi e convergere nella stessa piattaforma tecnologica.

L'esigenza di adattare il diritto d'autore alle mutate modalità di fruizione delle opere attraverso la rete ha reso ancora più centrale il ruolo dell' Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (d'ora in avanti, AGCom) che, in un siffatto contesto, si trova a fare i conti con una serie di interessi in gioco: da una parte la difesa dei diritti patrimoniali e morali degli autori, dall'altra quelli degli utenti/consumatori che non possono vedere limitati o violati i loro diritti di libertà di espressione e di accesso alla rete stessa.

Vista la difficoltà per l'autore di vigilare in autonomia sul lecito utilizzo della propria opera, la legge 633/41, al Titolo V, ha previsto una serie di norme rivolte agli enti di diritto pubblico preposti alla protezione e alla tutela del diritto d'autore: in particolare il riferimento è all'AGCom che [\[1\]](#), da sempre, presta grande attenzione allo sviluppo tecnologico.

Così, l'Autorità garante ha visto accrescere progressivamente il proprio ruolo in materia di tutela del diritto d'autore nel settore informatico e audiovisivo, tramite diversi interventi normativi: a partire, innanzitutto, dalla L. 248 del 2000 che ha introdotto l'art. 182-*bis* nella L. 633/41; ed ulteriormente meritano di essere segnalati il d. lgs n. 70 del 2003 ed, infine, il d. lgs. n. 44 del 2010 che ha modificato il *Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici*.

Con specifico riferimento alla L. 248 del 2000, che ha inserito l'art. 182-*bis* nella L. 633 del 1941, sono stati attribuiti all'AGCom poteri di vigilanza e di ispezione con l'obbligo

di informare gli organi di polizia giudiziaria in caso di accertamento di violazioni.

Ulteriormente – come anticipato – le competenze dell’AGCom in materia di diritto d’autore sono state accresciute dal d. lgs. n. 70 del 2003 che ha dato attuazione alla direttiva comunitaria sul commercio elettronico 2000/31/CE.

Il d. lgs. n. 70 del 2003, in particolare, ha previsto il c.d. “*doppio binario di tutela*”, amministrativa e giudiziaria, riconoscendo all’Autorità il potere di esigere – anche in via d’urgenza – dal prestatore di servizi di *mere conduit*, di *caching* o di *hosting*, l’impedimento o la cessazione delle violazioni commesse ai sensi degli artt. 14, 15 e 16 dello stesso decreto (ferma restando la competenza dell’autorità giudiziaria).

Infine, il d. lgs. n. 44 del 2010 e, nello specifico, l’introduzione nel *Testo unico della radiotelevisione* dell’art. 32-bis rubricato “*protezione dei diritti d’autore*”, ha aggiunto al generale potere di vigilanza ed ispezione dell’AGCom anche ulteriori poteri di regolazione ed ha imposto ai fornitori di servizi di media audiovisivi il pieno rispetto dei diritti d’autore e dei diritti connessi previsti dalla legge 633/41.

2. L’AGCom ed il bilanciamento tra la tutela del diritto d’autore sul web e il diritto di accesso degli utenti

Nel febbraio 2010 l’AGCom ha pubblicato un’indagine conoscitiva dal titolo “*il diritto d’autore sulle reti di comunicazione elettronica*”^[2] con cui ha analizzato il fenomeno della “*pirateria online*”^[3] e del *file sharing* (o c.d. *download*) riguardo ad opere protette dal diritto d’autore, fornendo un’analisi tecnica ed economica dello stesso.

L’Autorità, partendo dai dati di traffico *peer to peer* – che è bene precisare, comprendono sia il traffico legale che illegale – ha evidenziato come la diffusione della banda larga sembrerebbe aver ampliato il fenomeno della c.d. *pirateria online*.

Ha sottolineato, però, al tempo stesso che la diffusione della banda larga oltre al fenomeno del *peer to peer*, ha portato alla ribalta anche quello dello *streaming*.

In modo sorprendente lo studio fornito dall’Autorità ha, inoltre, messo in evidenza

come «tra i pro e i contro delle pratiche di file sharing, peer to peer e streaming, si tenda ad avere un equilibrio che non produce un effettivo danno all'industria dell'intrattenimento. Alcuni studi presi in considerazione hanno mostrato inoltre che le persone che praticano il file sharing tendono a spendere maggiormente in opere di intrattenimento e culturali rispetto a coloro che non lo praticano».Pertanto, stando a quanto afferma l'Autorità «la diffusione della banda larga in Italia, dando impulso allo sviluppo del mercato legale dei contenuti digitali audiovisivi, potrebbe anche agire da deterrente rispetto al peer to peer».

Come già segnalato, il peer to peer e il download devono considerarsi comprensivi di traffico legale ed illegale, tanto che da più parti è stato sottolineato che tali attività non produrrebbero esclusivamente effetti negativi sulle vendite, ma in alcuni casi addirittura un aumento dell'acquisto legale dei contenuti[4].

L'Autorità ha, quindi, analizzato gli effetti della suddetta pratica distinguendoli in tre grandi tipologie: gli effetti sull'industria, gli effetti sulla collettività e sul benessere del consumatore e gli effetti di medio-lungo periodo.

L'Indagine conoscitiva è stata realizzata per cercare di capire – una volta individuati tutti gli interessi coinvolti – come l'Autorità possa da un lato tutelare il diritto ad un'equa remunerazione degli autori e dall'altro assicurare il diritto dei cittadini ad accedere alla cultura e ad Internet; operando, quindi, un bilanciamento tra due libertà essenziali (senza perdere di vista il diritto alla privacy e alla libertà d'espressione, che inevitabilmente finiscono per essere coinvolti).

Ora, dal rapporto in analisi dell'AGCom emerge con chiarezza che le politiche repressive e di prevenzione sui comportamenti degli utenti non sembrano aver prodotto risultati soddisfacenti, risultando spesso non solo inutili, ma anche dannose (oltre che, in alcuni casi, in conflitto con i principi costituzionali).

L'Autorità, così, ponendosi su posizioni differenti rispetto ad altri Paesi europei[5]ha evidenziato che se da un lato sussistono, ovviamente, i diritti di utilizzazione economica degli autori che devono essere tutelati, dall'altro lato vanno considerati alcuni diritti fondamentali dei cittadini/utenti (quali il libero accesso all'informazione e la

manifestazione del pensiero) che non possono essere sacrificati, come stabilito da varie pronunce giurisprudenziali e dalle carte costituzionali europee.

L'AGCom, insomma, partendo dalla constatazione che le misure di contrasto utilizzate fino ad oggi (divieti, sanzioni e misure repressive) si siano rivelate poco efficaci e spesso in conflitto con la protezione della *privacy* e il principio di neutralità della rete, ha evidenziato la necessità di riformare l'impianto normativo attuale, individuando come una delle possibile soluzioni quella delle *licenze collettive estese*[\[6\]](#).

Sulla base di tutto questo, l'Autorità ha specificato che va escluso un obbligo di sorveglianza a carico dei *provider*, che non possono essere ritenuti responsabili per gli illeciti degli utenti né essere controllori di questi ultimi[\[7\]](#), fermo restando che possono essere obbligati a comunicare alla stessa Autorità, con cadenza periodica, i dati relativi al traffico *Internet*, sempre nel rispetto della normativa sulla *privacy*.

3. Lo Schema di regolamento dell'AGCom in materia di diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica

L'*Autorità per le garanzie nelle comunicazioni* in data 17 dicembre 2010 ha approvato la delibera n. 688/10/CONS, con la quale ha avviato una consultazione pubblica volta a definire le linee guida di uno schema di provvedimento concernente le competenze dell'Autorità stessa nell'attività di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica.

Il 6 luglio 2011, in una seconda consultazione pubblica è stata emanata anche la delibera n. 398/11/CONS intitolata «*Consultazione pubblica sullo schema di regolamento in materia di diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica*».

Lo *Schema* di regolamento (allegato A della delibera n. 398) disciplina le attività dell'Autorità in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e, in particolare:

- a. Quelle finalizzate allo sviluppo dell'offerta legale di contenuti e della loro corretta fruizione;

- b. Quelle relative alla vigilanza, accertamento e cessazione delle violazioni del diritto d'autore.

L'articolato normativo dello *Schema di regolamento* è diviso in due parti: nella prima ci si concentra nelle misure volte a incentivare lo sviluppo di un mercato legale dei contenuti; nella seconda si descrive il procedimento di contrasto alla pirateria *online*.

Sul primo versante va, però, segnalato che le misure volte a promuovere il mercato legale non sono adottate in modo immediato: l'adozione di tali misure è solo eventuale e soggetta a successive valutazioni.

I margini di azione che la legge consente all'AGCom per la promozione di un'offerta legale, sono piuttosto esigui perché i diritti di sfruttamento commerciale delle opere sono soggetti alla disciplina della l. 633/41.

Di conseguenza una eventuale introduzione del modello delle c.d. *licenze collettive estese* contrasterebbe con la normativa vigente (secondo cui è il singolo che autonomamente decide come procedere allo sfruttamento dei diritti dell'opera di cui è proprietario).

Passando, invece, al secondo versante – vale a dire “le misure di contrasto alla *pirateria online*” – il modello definito dallo *Schema di regolamento* mira alla rimozione selettiva dei contenuti illegalmente diffusi dai fornitori di servizi media e dei contenuti disponibili su siti *Internet* per il *downloading* o per lo *streaming*[\[8\]](#).

Sono esclusi, però, i contenuti illegalmente scambiati o condivisi tra gli utenti, questo significa che la rimozione selettiva non si applica ai contenuti scambiati attraverso il *peer to peere* nemmeno alla condivisione tramite i *social network*[\[9\]](#).

Il procedimento individuato dall'AGCom nello *Schema di regolamento* per la rimozione selettiva dei contenuti si articola in due fasi.

La prima fase è rappresentata da una richiesta di rimozione di un contenuto che il titolare del diritto d'autore rivolge al gestore del sito o al fornitore del servizio.

La seconda fase – eventuale ed alternativa al ricorso giurisdizionale – si svolge di fronte all’ autorità.

Eventuale poiché l’ intervento dell’ Autorità può essere richiesto solo dopo che si è conclusa la fase davanti al gestore; alternativa nel senso che l’ AGCom non può intervenire sulla questione se una delle parti si è già rivolta all’ autorità giurisdizionale.

Iniziando dalla prima fase, lo *Schema di regolamento* ha introdotto all’ art. 6 un istituto di derivazione statunitense finalizzato ad una risoluzione in via amministrativa delle controversie in materia di violazione del *copyright*, che prende il nome di “*notice and take-down*”.

Nella versione italiana di tale istituto, il soggetto che presume leso il proprio diritto può inviare, in alternativa, al gestore del sito *Internet* oppure al fornitore del servizio di media audiovisivo una richiesta di rimozione del contenuto [\[10\]](#).

Una volta che il gestore del sito ha ricevuto la richiesta in questione, deve “notificarla” – sempre se è possibile – a colui che ha caricato il contenuto (l’ *uploader*) affinché quest’ ultimo sia messo nelle condizioni di presentare, se opportuno, le proprie controdeduzioni.

Ora, i termini entro cui si dovrà procedere alla realizzazione del contraddittorio al fin di valutare l’ eventuale eliminazione del contenuto sono di quattro giorni dalla richiesta.

Questi termini così ridotti pongono un problema pratico: appare evidente che il gestore non possa valutare adeguatamente la legittimità della richiesta, tenendo anche conto delle eventuali controdeduzioni dell’ *uploader*. Questo farà sì che nella stragrande maggioranza dei casi, il gestore che riceve la richiesta tenderà a privilegiare la rimozione selettiva anche nei casi dubbi, posto che il d. lgs. n. 70 del 2003 fa scattare la responsabilità di quest’ ultimo dal momento in cui viene a conoscenza dell’ eventuale illecito [\[11\]](#).

Si pone un ulteriore problema, poi, per quanto riguarda l’ *uploader*: poiché i termini per presentare le controdeduzione dovrebbero decorrere dal momento in cui arriva la

richiesta al gestore e non da quando questa gli viene notificata[12].

Non è difficile immaginare, dunque, che il gestore si troverà quasi sempre a decidere senza poter aspettare le eventuali controdeduzioni di chi ha caricato il contenuto.

Ulteriormente, l'*uploader* potrà presentare opposizione (c.d. *counter notice*) all'eventuale rimozione del contenuto, anche in un momento successivo, qualora ritenga che essa sia avvenuta illecitamente. Ed anche in questo caso il gestore dovrà informare colui che aveva segnalato il contenuto entro quattro giorni con riproposizione dello stesso problema sull'effettiva realizzazione del contraddittorio.

La procedura di *notice and take-down* appena descritta rappresenta solo la prima fase del procedimento disciplinato dallo *Schema di regolamento*.

Infatti, se il contenuto non fosse rimosso dal gestore del sito, il titolare del diritto d'autore può rivolgersi all'AGCom per richiederne la rimozione.

Una volta ricevuta la richiesta, la Direzione generale dell'AGCom dovrà, innanzitutto, esaminare l'ammissibilità e la procedibilità del ricorso e sarà chiamata a valutare la validità e la completezza della richiesta, il rispetto dei termini e l'aver esercitato la fase di *notice and take-down*.

A questo punto la Direzione generale dell'AGCom deve, preliminarmente, valutare se sono applicabili le eccezioni e limitazioni del diritto d'autore previste dagli artt. 65-70 della L. 633/41[13].

Se viene rilevata l'insussistenza delle cause di eccezione, la Direzione generale dell'AGCom deve aprire l'istruttoria, comunicando alle parti l'avvio del procedimento, con una sommaria esposizione dei fatti.

Esaurita l'istruttoria, la Direzione generale trasmette alla commissione per i servizi e i prodotti la proposta di provvedimento finale.

I provvedimenti finali adottabili sono diversi a seconda che il dominio del sito sia stato

registrato da un soggetto residente in Italia o meno: nel primo caso l'Autorità potrà ordinare la rimozione del contenuto; nel secondo caso, potrà solo richiamare i gestori dei siti al rispetto della legge, richiedere la rimozione del contenuto oppure segnalare il caso all'Autorità giudiziaria.

In generale, i provvedimenti finali sono molto tenui: l'azione dell'AGCom è sempre successiva alla segnalazione di un illecito e non conduce né alla disconnessione (come nel caso della Francia che ha previsto il modello Hadopi) né alla segnalazione dell'identità dell'autore (come nel modello inglese).

I provvedimenti sono paragonabili ad un ordine di rimozione e prevedono l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria nel caso di mancato rispetto dell'ordine dell'Autorità.

La decisione non può essere oggetto di esecuzione forzata e, in caso di inottemperanza, si darà luogo ad un procedimento amministrativo di tipo sanzionatorio, che porterà al massimo ad una sanzione pecuniaria.

Inoltre, il provvedimento dell'AGCom è sempre impugnabile dinanzi al giudice amministrativo, con competenza riservata in questo specifico caso al TAR del Lazio.

Il provvedimento dell'AGCom, per quanto sin qui illustrato, non può minimamente e naturalmente compararsi alla decisione di un giudice, senza dimenticare che quest'ultimo a differenza dell'Autorità dispone anche di mezzi cautelari ed esecutivi.

[1]«L'AGCom, Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, è un'autorità amministrativa indipendente, formalmente istituita dalla legge n. 481 del 1995 ma non regolata dalla stessa. L'AGCom presenta notevoli elementi di diversità rispetto al modello dell'Autorità dei servizi di pubblica utilità, tanto che la dottrina l'ha spesso definita come un "modello eccentrico".

La reale istituzione dell'AGCom si è avuta con la legge 249/1997 (Istituzione dell'autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo. L'AGCom ha sostituito il Garante per la radiodiffusione e l'editoria» in PIRRUCCIO P., *Il diritto d'autore e responsabilità del Provider*, pp. 2611 e ss.

[2] Il testo integrale de *Il diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica*, indagine conoscitiva, è reperibile sul sito internet dell'Autorità pubblicato in data 12 febbraio 2010.

[3] Il termine *pirateria online* sta ad indicare varie attività di natura illecita perpetrate tramite l'utilizzo di strumenti informatici. Nel caso di specie ci si riferisce, in particolare, alla pratica – tramite il *download* o lo *streaming*– di fruire, senza autorizzazione, di materiale ed opere protette dal diritto d'autore.

[4] Il documento dell'AGCom, cita a tal proposito gli scritti di studiosi come LAWRENCE LESSIG, professore di diritto ad Harvard, considerato uno dei più grandi esperti mondiali di diritto in Rete. Il quale evidenzia che: «*il file sharing ed il peer to peer determinano un aumento del benessere del consumatore per effetto dell'aumento della varietà dei contenuti disponibili, che nel lungo termine può avere anche ricadute positive sulla concorrenza e innovazione nel mercato. Questo perché, molto spesso, il peer to peer è composto dalla condivisione di opere del tutto lecite, in alcuni casi distribuite gratuitamente direttamente dagli autori*».

[5] In particolare, in Francia nel 2010 è stata approvata la *Hadopi* (acronimo di *Haute Autorité pour la diffusion des oeuvres et la protection des droits sur l'internet*), che è un'apposita Autorità incaricata di applicare la normativa di tutela della proprietà intellettuale arrivando anche alla disconnessione dell'utente in caso di violazione reiterata, sul punto si veda PIRRUCCIO P., op. cit., p. 2613.

[6] Un sistema di adesione volontaria, dove enti di gestione collettiva (tipo la SIAE) negoziano per conto degli autori la licenza con gli operatori che trasmetteranno poi i contenuti digitali su Internet.

[7] Fermo restando che nel rispetto della Direttiva 2000/31/CE gli Stati membri possono adottare normative interne con le quali attribuire all'autorità giudiziaria o amministrativa la competenza a esigere che il *provider*, qualora sia accertata una violazione del *copyright* ponga fine alla stessa o la impedisca e, procedere per la rimozione delle informazioni lesive o addirittura disabilitare l'accesso alle medesime.

[8] PIRRUCCIO P., op. cit., p. 2612.

[9] Dal combinato disposto dell'art. 2, comma 4 e dell'art. 6 dello *Schema di regolamento*. Va precisato, però, che in dottrina resta il dubbio se per i *social network* si possa richiedere la rimozione di contenuti caricati sui profili "aperti", sul presupposto che in questo caso non si tratterebbe più di condivisione interpersonale.

[10] La legge statunitense prevedendo la responsabilità dell'ISP solo una volta che sia venuto a conoscenza dell'illecito e solo qualora non si sia attivato per rimuoverlo (sistema poi ricalcato anche dalla normativa europea), adotta un meccanismo fondato su un dialogo triangolare tra l'ISP, colui che ha caricato il contenuto (l'*uploader*) e colui che ritiene leso il proprio diritto d'autore (*copyright owner*). Il sistema americano non prevede l'intervento dell'Autorità amministrativa, nel senso che se una delle parti ritiene leso un proprio diritto può rivolgersi direttamente al giudice, in PIRRUCCIO P., op. cit., p. 2613.

[11] Sul punto Cfr. SAMMARCO P., *Brevi note critiche sul fondamento del potere normativo dell'Agcom nel procedimento di "notice and take down"*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2017, Fasc. 2, pp. 346 e ss.

[12] Più autori hanno osservato che meglio sarebbe, invece, se i termini per la presentazione delle controdeduzioni iniziassero a decorrere dalla notifica all'*uploader* al fine di realizzare un effettivo contraddittorio, in OROFINO M., *L'intervento regolamentare dell'AGCom in materia di diritto d'autore*, in *Il caso del diritto d'autore*, PIZZETTI F. (a cura di), Torino, 2012, pp. 136 -137.

[13] Gli articoli richiamati consentono la limitazione del diritto d'autore nei casi in cui: a) l'opera diffusa sia un articolo di attualità; b) la riproduzione o comunicazione al pubblico di opere protette avvenga ai fini dell'esercizio del diritto di cronaca; c) l'opera sia un discorso di interesse politico o amministrativo tenuto in pubblico; d) l'opera sia riprodotta a fini di pubblica sicurezza, nelle procedure parlamentari, giudiziarie o amministrative; e) l'opera sia riprodotta a mano oppure fotocopiata nel limite del 15 per cento; f) il riassunto, la citazione o la riproduzione di brani o di parti di un'opera siano utilizzati per scopo di critica e di discussione, incluso lo scopo didattico e di ricerca; g) la pubblicazione, anche tramite Internet, di immagini e musiche a bassa risoluzione o degradate sia per uso didattico o scientifico.

Con riferimento specifico alla *“libera pubblicazione attraverso la rete di Internet di immagini o musiche di bassa risoluzione e qualità”* che l'art. 70, comma 1-bis, legge n. 633/1941, ammette solo per esigenze didattiche, va notato che, al contrario, lo *Schema di regolamento* fa della bassa qualità un criterio generale. In questo modo, sembra tralasciarsi che la tutela del diritto d'autore è basata prima ancora che su diritti di sfruttamento economico, sul diritto dell'autore stesso alla protezione della propria opera e quindi soprattutto alla qualità della stessa. Sulla questione AUTERI P., *Il paradigma tradizionale del diritto d'autore e le nuove tecnologie*, in LILLÀ MONTAGNANI M., BORGHI M. (a cura di), *Proprietà digitale. Diritti d'autore, nuove tecnologie e digital rights management*, Milano, 2006, p. 36.