

Andrea Stazi

**LA TUTELA DEL DIRITTO
D'AUTORE IN RETE:
BILANCIAMENTO DEGLI
INTERESSI, OPZIONI
REGOLATORIE EUROPEE E
“MODELLO ITALIANO”**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

ANDREA STAZI

LA TUTELA DEL DIRITTO D'AUTORE IN RETE: BILANCIAMENTO DEGLI INTERESSI, OPZIONI REGOLATORIE EUROPEE E "MODELLO ITALIANO"

SOMMARIO: 1. La tutela del diritto d'autore in rete: profili economici e questione del bilanciamento degli interessi. — 2. La giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea sul rapporto tra diritto d'autore ed altri diritti fondamentali. — 2.1. Il rapporto tra il diritto d'autore e la protezione dei dati personali. — 2.2. Il diritto d'autore, la libertà di informazione e la libertà di iniziativa economica. — 3. Gli approcci alla tutela del diritto d'autore *online* adottati negli altri ordinamenti europei. — 4. Il modello di tutela amministrativa adottato in Italia dall'AGCOM. — 5. Conclusioni. Il ruolo dell'offerta legale, il *legal process* e l'efficacia della tutela (normativa o autoregolamentare).

1. LA TUTELA DEL DIRITTO D'AUTORE IN RETE: PROFILI ECONOMICI E QUESTIONE DEL BILANCIAMENTO DEGLI INTERESSI.

La crescente semplicità e qualità del processo di copia dovuta alla diffusione della tecnologia digitale, come noto, dà luogo al fenomeno per cui la circolazione dei contenuti *online* può avvenire con estrema facilità senza che i legittimi titolari di essi possano esercitare alcun effettivo controllo¹.

In questo scenario, pertanto, si pongono complesse questioni

* Il presente lavoro è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato a un componente il Comitato Scientifico dei Referenti della Rivista secondo le prassi correnti nella comunità dei giuristi.

L'autore è stato consigliere del Presidente dell'AGCOM. Le considerazioni svolte nell'articolo sono espresse dall'autore a titolo personale.

Il contributo è destinato al volume "La regolamentazione dei contenuti digitali. Studi per i primi 15 anni dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (1998-2013)",

a cura di O. POLLICINO, E. APA, Aracne Editrice.

¹ In proposito, si vedano *ex multis*: Commissione parlamentare di inchiesta sui fenomeni della contraffazione e della pirateria in campo commerciale (XVI Legislatura), Relazione conclusiva, 22 gennaio 2013, p. 199 ss.; in dottrina: J. ANDERSSON SCHWARZ, *Online File Sharing - Innovations in Media Consumption*, Routledge, New York, 2014, p. 20 ss.; C. BEKAR, *Copying Technologies*, in R. TOWSE, C. HANDKE (a cura di), *Handbook on the Digital Creative*

relative alla tutela dei diritti di proprietà intellettuale, in quanto ciascuno può con relativa semplicità raccogliere informazioni e contenuti, produrre copie perfette di opere esistenti, così come editarli e pubblicarli sul *web*.

Dal punto di vista economico, la digitalizzazione, prima, e la diffusione di internet, poi, hanno determinato una non rivalità nei consumi dei contenuti digitali, eliminando ogni problema di disponibilità dei prodotti; un brano musicale digitale può essere ascoltato in *streaming* o scaricato contemporaneamente da un numero elevatissimo di utenti.

Allo stesso modo, l'avvento di internet, sia nella sua prima fase, relativamente soprattutto a *software* e musica, sia nell'attuale fase cd. internet 2.0², ha reso difficile escludere dal consumo categorie di utenti, anche qualora queste non siano disposte a corrispondere il prezzo del bene digitale in questione³.

La diffusione della "pirateria digitale", ossia la riproduzione, l'uso e/o la diffusione non autorizzati di opere digitali soggette a diritto d'autore, è la testimonianza diretta della difficoltà di affermare tali prodotti digitali come beni privati (e quindi escludibili).

La dimensione del fenomeno della pirateria digitale, organizzata ormai secondo molteplici veri e propri modelli di *business*⁴, è contestualizzata nell'ambito dei meccanismi di funzionamento dei mercati, in quanto i mancati introiti dovuti alla diffusione della pirateria rappresentano un fattore che altera il gioco concorrenziale.

In proposito, occorre rilevare come le valutazioni non siano univoche e dipendano, in larga misura, dalle ipotesi di base adottate nei diversi studi⁵.

Nonostante ciò, si può affermare che la gran parte dell'evidenza

Economy, Edward Elgar, Cheltenham, 2013, p. 105 ss.

² Riguardo alla quale possono vedersi gli interventi del Convegno "Internet 2.0: nuovi profili della regolazione", che ha avuto luogo presso l'Università Europea di Roma il 9 maggio 2014, consultabili all'indirizzo *web* <http://www.dimt.it/2014/05/30/internet-2-0-tutti-i-video-degli-interventi-del-convegno-del-9-maggio-presso-luniversita-europea-di-roma>.

³ Si vedano, tra gli altri: Kantar Media (per OFCOM), "Online Copyright Infringement Tracker Wave 4", settembre 2013, e *Id.*, "Online copyright infringement tracker benchmark study Q3 2012", novembre 2012.

⁴ Al riguardo, v.: Google e PRS for Music, "The six business models for copyright infringement", 2012.

⁵ Cfr., ad esempio: S.J. LIEBOWITZ, *Internet piracy: the estimated impact on sales*, in R. TOWSE, C. HANDKE (a cura di), *Handbook on the Digital Creative Economy*, cit., p. 262 ss. (il quale peraltro richiama altresì il possibile "sampling effect" della pirateria, che può consentire all'utente-consumatore di scoprire, ad esempio, nuovi brani musicali che lo inducano ad acquistare un album che altrimenti non avrebbe acquistato; al riguardo, v. altresì: L. AGUIAR, B. MARTENS, "Digital Music Consumption on the Internet: Evidence from Clickstream Data", IPTS Digital Economy Working Paper 2013/04; Kantar Media (per OFCOM), "Online copyright infringement tracker benchmark study Q3 2012", cit.); FAPAV/Ipsos "Seconda indagine conoscitiva sulla pirateria audiovisiva in Italia", gennaio 2011; IFPI, "Digital Music

scientifica mostra il prevalente effetto negativo che la pirateria digitale determina sulle vendite dei prodotti legali. Tale letteratura comprende una varietà di studi scientifici di tipo econometrico, basati su diverse metodologie per il trattamento delle problematiche connesse alla individuazione di un effetto di “causalità” (esperimenti naturali, analisi di settore con variabili strumentali, variabili con eterogeneità geografica, *survey* sui consumatori) ⁶.

In particolare, i risultati di tali studi mostrano che gli “effetti di spiazzamento” della pirateria *online* sul consumo di contenuti legali appaiono differenziarsi a seconda del:

— mercato di riferimento: il mercato musicale è quello che ha subito i maggiori effetti del consumo illecito di contenuti *online* ⁷;

— la fase del ciclo del settore: l'effetto della pirateria è stato assai più significativo all'inizio della fase di digitalizzazione del prodotto (con rilevanti effetti sulla vendita di musica su supporto fisico - cd rom) ⁸;

— l'offerta di prodotti legali *online*: l'ingresso di piattaforme legali quali iTunes e più di recente Spotify ha ridotto l'entità e l'effetto della pirateria *online* ⁹;

— il contesto istituzionale e normativo: sono emerse differenziazioni significative a seconda del contesto normativo e regolamentare (anche se tali lavori sono ancora preliminari) ¹⁰.

La riduzione dei ricavi in presenza di un canale di distribuzione illegale è generalmente spiegata in base all'assunto di fondo secondo cui il produttore del servizio vende un numero minore di copie e ciascuna a un prezzo unitario inferiore a quello che sarebbe praticato in assenza del fenomeno della pirateria.

Pertanto, non solo nel breve periodo la presenza di copie pirata riduce i ricavi del proprietario del diritto di esclusiva, ma nel lungo periodo riduce gli incentivi a innovare, poiché il proprie-

Report”, 2011; DCN-Studie, “Studie zur digitalen Content-Nutzung” 2011; Univideo, “Rapporto sullo stato dell'home entertainment in Italia”, 2011; P. BELLEFLAMME, M. PEITZ, *Digital Piracy: Theory*, CESifo Working Paper Series No. 3222, 2010, consultabile all'indirizzo web http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1698618.

⁶ In tal senso, v.: B. DANAHER, M.D. SMITH, R. TELANG, *Piracy and copyright enforcement mechanisms*, in 14 *Innovation Policy and the Economy*, 2013, p. 25 ss.

⁷ C. HANDKE, *The Economics of Copyright and Digitisation: A Report on the Literature and the Need for Further Research*, UK Strategic Advisory Board for Intellectual Property Policy, 2010.

⁸ Nel 2012, il mercato musicale è tornato a crescere grazie all'aumento dei contenuti legali *online* (v. IFPI, “Digital Music Report”, 2013).

⁹ B. DANAHER, S. DHANASOBHON, M.D. SMITH, R. TELANG, *Converting Pirates without Cannibalizing Purchasers: The Impact of Digital distribution on Physical and Internet Piracy*, in 29 *Marketing Science*, 2010, p. 1138 ss.

¹⁰ Si veda ad esempio lo studio di B. Danaher *et al.* sull'effetto dell'introduzione della legge francese in materia di diritto d'autore: B. DANAHER, M.D. SMITH, R. TELANG, S. CHEN, *The Effect of Graduated Response Anti-Piracy Laws on Music Sales: Evidence from an Event Study in France*, in 62 *Journal of Industrial Economics*, 2014, p. 541 ss.

tario del diritto di esclusiva non è in grado di appropriarsi dei frutti generati dall'opera dell'ingegno.

Per quanto concerne l'*enforcement* delle violazioni della disciplina sul diritto d'autore in rete, d'altronde, in occasione di un'audizione innanzi alle Commissioni riunite VII e IX della Camera dei Deputati del 15 gennaio 2014, il Presidente dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni Angelo Marcello Cardani ha evidenziato come: "Politiche a senso unico, che guardino solo all'aspetto repressivo del fenomeno, sono destinate a fallire, come dimostra l'esperienza francese della legge "Hadopi". Tale legge si è rivolta all'utente finale, mettendo in contrapposizione il consumatore rispetto al produttore, con un approccio del tutto diverso dal modello individuato dall'AGCOM: il regolamento dell'Autorità, difatti, non coinvolge in alcun modo il *downloading*, lo *streaming* e il *peer-to-peer*"¹¹.

Come traspare dalle parole del Presidente Cardani, dunque, la questione di fondo in materia è quella della necessità del bilanciamento degli interessi — *id est* dei diritti fondamentali — in gioco. Di questo, in effetti, si tratta. In tal senso, giova ricordare soltanto i riferimenti degli "attori" di questa partita, proclamati nella "Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea"¹², ovvero: l'art. 8, relativo alla protezione dei dati personali; l'art. 11, che prevede la libertà di informazione; l'art. 16, che contempla la libertà di iniziativa economica; l'art. 17, riguardante la tutela della proprietà intellettuale; *ma anche*: l'art. 47, ove è previsto il diritto a un ricorso effettivo, e l'art. 54, in cui si dispone il divieto dell'abuso di diritto.

Questo scenario di intersezione tra diritti fondamentali dovrebbe dare luogo a una legislazione e a un *enforcement* che potrebbero dirsi "a fisarmonica", nel senso che si dovrebbero espandere e ritirare a seconda dei casi per lasciar prevalere di volta in volta a) l'interesse principale, ossia il diritto fondamentale sottostante che in quella fattispecie è prevalente sugli altri,

¹¹ Cfr.: Audizione del Presidente dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni Angelo Marcello Cardani, Commissioni riunite VII e IX della Camera dei Deputati, 15 gennaio 2014, consultabile all'indirizzo *web* <http://www.AGCOM.it/default.aspx?DocID=12339>, p. 5 s.

¹² Cfr. anche le corrispondenti previsioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. In merito al rapporto tra la Carta e la Convenzione, nonché tra le rispettive Corti competenti, v. tra gli altri: M. GIORGIANNI, *Il rapporto fra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*

nel dialogo fra le Corti europee e nazionali: il problema dell'interpretazione dei diritti umani, in *Diritti comparati*, luglio 2014, consultabile all'indirizzo *web* <http://www.diritticomparati.it/2014/07/il-rapporto-fra-la-convenzione-europea-dei-diritti-dell'uomo-e-la-carta-dei-diritti-fondamentali-dell.html>; O. POLLICINO, V. SCIARABBA, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, marzo 2010, consultabile all'indirizzo *web* http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0206_pollicino_sciarabba.pdf.

così come b) l'istituzione che lo garantisca e/o tuteli nel modo più efficace ¹³.

D'altronde, questa individuazione “*case-by-case*” dell'interesse prevalente non potrà significare che esso debba diventare quello esclusivo, poiché altrimenti si ricadrebbe nell'abuso del diritto di cui al citato art 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE ¹⁴; così, ad esempio, là dove l'intervento sia volto alla tutela della proprietà intellettuale, non potrà essere pretermesso il rispetto del diritto alla protezione dei dati personali e della libertà di informazione ¹⁵.

Il principio alla base di questo inquadramento, dunque, è la *sussidiarietà*, sia tra le discipline — ossia volta per volta dovrà applicarsi la norma e si tutelerà il diritto sottostante che prevale nella specifica fattispecie — ma anche tra le istituzioni — ai sensi della previsione del diritto a un ricorso effettivo di cui all'art. 47 della Carta ¹⁶ — per cui dovrà intervenire l'istituzione che possa essere più efficace per tutelare lo specifico interesse fatto valere.

2. LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA SUL RAPPORTO TRA DIRITTO D'AUTORE ED ALTRI DIRITTI FONDAMENTALI.

Gli interessi economici tutelati attraverso il diritto d'autore devono essere temperati — ancor più nello scenario della rete internet, date le peculiarità cui si è accennato — con altri interessi costituzionalmente protetti, in particolare quelli alla tutela della riservatezza, alla circolazione della cultura e dell'informazione ed alla libertà di ricerca, rispetto ai quali, peraltro, la Corte Suprema statunitense ha affermato più volte che il *copyright* funge da “mezzo a fine”, come “*engine of free expression*” ¹⁷.

¹³ In questo senso, sia consentito rinviare altresì a: A. STAZI, *Intervento al Convegno AGCM - LUISS Guido Carli “Proprietà intellettuale e antitrust: conflitto o sinergia?”*, Roma, 26 marzo 2014, consultabile all'indirizzo web <http://www.agcm.it/convegni-e-seminari/6827-proprietà-intellettuale-e-antitrust-conflitto-o-sinergia.html>.

¹⁴ Si veda: V. ZENO-ZENCOVICH, *Introduzione al Convegno ISIMM “Il Regolamento AGCOM sulla tutela del diritto d'autore nelle reti di comunicazione elettronica”*, Roma, 18 febbraio 2014, consultabile all'indirizzo web <http://www.isimm.it>.

¹⁵ Rispettivamente di cui agli artt. 8 e 11 della Carta; cfr. ad esempio le sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea riguardo ai casi *Promusicae*, *LSG*, *Bonnier Audio*, *Scarlet Extended* - *SABAM* e *SABAM* - *Netlog*, richiamati *infra*.

¹⁶ In merito alla rilevanza di tale previsione rispetto al tema in esame, v.: A. TSOUTSANIS, *Privacy and piracy in cyberspace: justice for all*, in 8 *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2013, p. 952 ss.

¹⁷ Cfr. di nuovo: Audizione del Presidente dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni Angelo Marcello Cardani, Commissioni riunite VII e IX della Camera dei deputati, 15 gennaio 2014, cit., p. 14: Sia consentito rinviare altresì a: G. GHIDINI, A. STAZI, *Freedom to Conduct a Business, Competition and IP*, in C. GEIGER (a cura di), *Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property*, Edward Elgar, Cheltenham, in corso di pubblicazione; A. STAZI, M. MARZETTI, *Synergetic Interaction Between Intellectual Property and Consumer Protection: A Pragmatic Proposal to*

2.1. *Il rapporto tra il diritto d'autore e la protezione dei dati personali.*

Il conflitto tra diritto d'autore e *privacy*, nello specifico, si concretizza là dove i titolari dei diritti richiedano a fornitori di servizi internet (*internet service providers*), i dati personali degli autori di violazioni del *copyright* per azioni civili nei loro confronti, avvalendosi del diritto di richiedere informazioni agli intermediari previsto all'art. 8 della direttiva 2001/29/CE e all'art. 8 della direttiva 2004/48/CE.

Ciò, evidentemente, potrebbe compromettere gli interessi economici degli ISP in quanto pregiudicherebbe la fiducia dei loro abbonati attuali o potenziali nella possibilità di utilizzare i servizi nel modo più anonimo possibile.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea è intervenuta più volte sul tema, procedendo a un bilanciamento tra i diritti fondamentali coinvolti, sulla base della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

Nella sentenza relativa al caso *Promusicae*¹⁸, la Corte di Giustizia ha affermato che le norme sul diritto di richiedere informazioni agli intermediari sono limitate dalla disciplina sulla protezione dei dati personali. Gli Stati membri possono introdurre previsioni relative a simili obblighi solo ove procedano a un bilanciamento tra i diritti fondamentali coinvolti, sulla base del principio di proporzionalità.

Lo stesso principio è stato riaffermato dalla Corte nella decisione sul caso *LSG*¹⁹, con riferimento alla richiesta di fornitura da parte degli ISP dei dati di utilizzo dei servizi, di nuovo con l'accento sul bilanciamento dei diritti fondamentali in base al principio di proporzionalità. In conseguenza di esso, ad esempio, la *disclosure* apparirà proporzionale nei confronti di un utente che commetta sistematicamente violazioni massive e non nei confronti di chi commetta sporadicamente una singola violazione²⁰.

Nella decisione *Bonnier Audio*²¹, poi, si è aggiunto che la

Rebalance Incentives and Access, in D. BELDIMAN (a cura di), *Access to Information and Knowledge: 21st Century Challenges in Intellectual Property and Knowledge Governance*, Edward Elgar, Cheltenham, 2013, p. 189 ss. In merito alle molteplici questioni poste da internet rispetto alla tutela dei diritti fondamentali, v. *ex multis*: O. POLLICINO, E. BERTOLINI, V. LUBELLO (a cura di), *Internet: regole e tutela dei diritti fondamentali*, Aracne, 2013, *passim*.

¹⁸ Sentenza del 29 gennaio 2008, causa C-275/06, in Racc. 2008 I-00271.

¹⁹ Sentenza del 19 febbraio 2009, causa C-557/07, in Racc. 2009 I-01227.

²⁰ Si vedano: M. RUPP, P. MATZNELER, *Copyright and the Protection of Personal Data - Intermediaries Caught Between Two Areas of the Law*, in *IRIS Plus 2013-6 - How Private is Personal Data?*, European Audiovisual Observatory, 2013, p. 7 ss. (16 ss.); I. IGLEZAKIS, *The Legal Struggle in the EU against Online Piracy*, in T.E. SYNODINOU (a cura di), *Codification of European Copyright Law. Challenges and Perspectives*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2012, p.283 ss. (290 ss.).

²¹ Sentenza del 19 aprile 2012, causa C-461/10, non ancora pubblicata in Racc.

direttiva 2006/24/CE, cd. *data retention* — peraltro ora dichiarata invalida con sentenza della Corte di Giustizia dell'aprile 2014 sul caso *Digital Rights Ireland* ²² — non modificava questo quadro, in quanto consentiva la detenzione temporanea dei dati per ragioni pratiche (fornitura del servizio, fatturazione, ecc.). Analogamente, la direttiva 2002/58/CE consente l'accesso ai dati per procedimenti penali, sicurezza pubblica, ecc., ma non per cause civili di danni ²³.

2.2. *Il diritto d'autore, la libertà di informazione e la libertà di iniziativa economica.*

La protezione del diritto d'autore, inoltre, non deve compromettere eccessivamente la libertà di informazione degli utenti, né la libertà di iniziativa economica dei fornitori di servizi internet. Quindi, da un lato, deve essere garantito il cd. diritto al *link* di contenuti già messi a disposizione del pubblico su un altro sito *web*. Dall'altro, non possono essere imposti ai fornitori di servizi sistemi di filtraggio preventivo dei contenuti. D'altronde, agli ISP stessi possono essere indirizzati ordini di blocco dell'accesso dei propri abbonati a un sito che viola il *copyright*.

Sotto il primo profilo, nella recente decisione sul caso *Svensson* ²⁴, la Corte di Giustizia ha affermato che il proprietario di un sito internet può rinviare, tramite *link*, ad opere protette disponibili in accesso libero su un altro sito, senza l'autorizzazione dei titolari dei relativi diritti d'autore. Ciò vale anche qualora gli utenti che clicchino sul *link* abbiano l'impressione che l'opera venga loro mostrata dal sito contenente il *link* stesso.

La Corte ha ricordato, quindi, che per aversi “comunicazione al pubblico” tutelata dal diritto d'autore la comunicazione deve essere rivolta ad un pubblico nuovo, ossia ad un pubblico che non sia stato preso in considerazione dai titolari del diritto d'autore al momento dell'autorizzazione della comunicazione iniziale. Così non era nel caso di specie, poiché il sito *web* su cui le opere erano disponibili era ad accesso libero, mentre lo sarebbe ove un *link* consentisse agli utenti del sito su cui si trova di aggirare misure di restrizione adottate dal sito in cui l'opera protetta è collocata al fine di limitarne l'accesso ai soli abbonati.

²² Sentenza dell'8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12, non ancora pubblicata in Racc.

²³ Cfr.: M. RUPP, P. MATZNELLER, *Copyright and the Protection of Personal Data - Intermediaries Caught Between Two Areas of the Law*, cit., p. 17 s.; Assonime, *Tutela del diritto d'autore on-line e ruolo*

del prestatore del servizio della società dell'informazione: orientamenti della Corte di giustizia, Circolare n. 28 del 18 ottobre 2012, p. 13 ss.

²⁴ Sentenza del 13 febbraio 2014, causa C-466/12, non ancora pubblicata in Racc.

Nella sentenza *Scarlet Extended - SABAM*²⁵, poi, ancora in tema di rimedi che possono essere imposti ai prestatori di servizi, la Corte di Giustizia ha affermato che l'obbligo da parte di un ISP di installare filtri preventivi per prevenire le violazioni del *copy-right* darebbe luogo al monitoraggio di tutti i dati di ogni utente. Ciò contrasterebbe con i diritti fondamentali alla protezione dei dati personali e alla libertà di informazione per gli utenti, e alla libertà di iniziativa economica per gli ISP.

Analoghe considerazioni sono state espresse dalla Corte nella decisione *SABAM - Netlog*²⁶, riguardo all'obbligo di un operatore di *social network* di impedire ai propri utenti la condivisione di opere audiovisive sulle proprie pagine di profilo²⁷.

Nella recente decisione sul caso *Telekabel*²⁸, infine, la Corte ha affermato che ad un fornitore di accesso a internet può essere ordinato di bloccare l'accesso dei suoi abbonati a un sito *web* che violi il diritto d'autore. Una tale ingiunzione e la sua esecuzione devono, tuttavia, garantire un giusto equilibrio tra i diritti fondamentali interessati.

La Corte, anzitutto, ha rilevato che nell'ambito di una simile ingiunzione i diritti d'autore sono in conflitto principalmente con la libertà d'impresa dei fornitori di servizi internet e con la libertà di informazione degli utenti.

Per quanto riguarda in particolare il diritto alla libertà d'impresa dei fornitori, quindi, la Corte ha affermato che detta ingiunzione non lo pregiudichi poiché, da un lato, essa lascia al suo destinatario l'onere di determinare le misure concrete da adottare per raggiungere il risultato perseguito, e, dall'altro, essa gli consente di sottrarsi alla responsabilità dimostrando di avere adottato tutte le misure ragionevoli.

In conclusione, la Corte ha ritenuto che i diritti fondamentali in parola non ostino ad una simile ingiunzione, alla duplice condizione che le misure adottate dal fornitore di accesso *a)* non privino inutilmente gli utenti di internet della possibilità di accedere in modo lecito alle informazioni disponibili, e *b)* abbiano l'effetto di impedire o almeno rendere difficili le consultazioni non autorizzate di materiali protetti.

²⁵ Sentenza del 24 novembre 2011, causa C-70/10, in Racc. 2011 I-11959.

²⁶ Sentenza del 16 febbraio 2012, causa C-360/10, in Racc. dig.

²⁷ Riguardo alle sentenze *Scarlet-SABAM* e *SABAM-Netlog*, cfr.: I. IGLEZAKIS, *The Legal Struggle in the EU against On-*

line Piracy, cit., p. 296 ss.; Assonime, *Tutela del diritto d'autore on-line e ruolo del prestatore del servizio della società dell'informazione: orientamenti della Corte di giustizia*, cit., p. 4 ss.

²⁸ Sentenza del 27 marzo 2014, causa C-314/12, non ancora pubblicata in Racc.

3. GLI APPROCCI ALLA TUTELA DEL DIRITTO D'AUTORE ONLINE ADOTTATI NEGLI ALTRI ORDINAMENTI EUROPEI.

La tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica negli ultimi anni è stata ed è tuttora oggetto di notevole attenzione da parte delle organizzazioni internazionali e dei governi, che hanno tentato di adottare diversi approcci volti alla soluzione del problema.

Peraltro, l'adozione e l'attuazione degli interventi in materia ha dato luogo a notevoli proteste da parte di molteplici soggetti portatori d'interessi, diffusi, collettivi o individuali, e ha incontrato complessi ostacoli giuridici relativi alla compatibilità degli interventi medesimi con altri diritti fondamentali rilevanti.

Sul piano internazionale, si è registrata la vicenda dell'ACTA, l'accordo commerciale plurilaterale volto a contrastare la contraffazione e la pirateria informatica, che è stato oggetto di aspre critiche e la cui ratifica per l'Unione Europea è stata respinta nel luglio 2012 dal Parlamento europeo ²⁹.

In tema di *enforcement* del diritto d'autore in rete, l'ACTA aveva l'obiettivo di rendere le misure civili e penali a cui si faceva riferimento nell'Accordo disponibili anche nell'ambiente digitale. Peraltro, almeno nella versione finale dell'Accordo, si specificava che le procedure di *enforcement* avrebbero dovuto essere implementate nel rispetto dei diritti fondamentali come la libertà di espressione, il giusto processo e la *privacy*, ed in modo da evitare la creazione di ostacoli ad attività lecite come il commercio elettronico ³⁰.

D'altronde, prima del voto del Parlamento europeo, la firma dell'Accordo aveva dato luogo a un dibattito senza precedenti tra i sostenitori e gli oppositori, che aveva condotto alle dimissioni per protesta del *chief investigator* nominato dal Parlamento e ad ampie proteste nei vari Stati Membri che avevano di fatto bloccato il processo di ratifica dell'Accordo a livello nazionale.

La carenza di un adeguato dialogo istituzionale tra la Commissione europea — che aveva negoziato l'Accordo — e il Parlamento europeo, unitamente alla percezione pubblica di una segretezza dei negoziati, sviluppati al di fuori del quadro dell'OMC, che aveva prodotto la convinzione che l'Accordo richiedesse alle parti contraenti di adottare o incoraggiare fortemente l'adozione di

²⁹ A proposito dell'ACTA, si vedano tra gli altri: A.D. GETSINGER, *A New Approach to Combating the Piracy of Intellectual Property: Develop the Rule of Law and Increase the Supply of Legitimate Goods*, in 96 *Journal of the Patent & Trademark Office Society*, 2014, p. 30 ss.; G. MAZZIOTTI, *Copyright in the EU Digital Single Market*,

CEPS, Bruxelles, 2013, p. 115 ss.; L.P. DEVIGNE, P. VELASCO-MARTINS, A. ILIOPOULOU, *Where is ACTA Taking Us? Policies and Politics*, in I.A. STAMATOUDI (a cura di), *Copyright Enforcement and the Internet*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2010, p. 29 ss.

³⁰ Si veda: ACTA, art. 27.

regimi di “risposte graduate” alle violazioni del diritto d’autore in rete, che avrebbero minacciato la libertà di espressione e la *privacy* degli utenti, hanno condotto alla reazione negativa da parte del Parlamento europeo.

A tal fine, comunque, il fattore decisivo risulta essere stata un’attività senza precedenti di *lobby* intrapresa da attivisti, organizzazioni rappresentative d’interessi diffusi, e più in generale utenti di internet, con il supporto delle associazioni degli ISP, attraverso lettere aperte, petizioni ed email indirizzate direttamente ai membri del Parlamento europeo e di quelli nazionali ³¹.

A livello dell’Unione Europea, nel 2012 la Commissione europea, da un lato, ha avviato due successive consultazioni pubbliche volte a raccogliere informazioni in merito all’efficienza delle procedure ed all’accessibilità delle misure previste nella direttiva 2004/48/CE sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale ³². Dall’altro, ha dapprima adottato una comunicazione e lanciato una consultazione pubblica sulle procedure di “*notice-and-action*” riguardo ai contenuti illegali ospitati da intermediari in rete ³³, quindi ha avviato un processo di dialogo strutturato dei portatori d’interessi, denominato “*Licences for Europe*”, nell’intento dichiarato di definire soluzioni pratiche ispirate dai professionisti del settore ai fini dello sviluppo di un effettivo mercato unico dei contenuti digitali ³⁴, e da ultimo ha promosso un’ampia “*Public consultation on the review of the EU copyright rules*”, conclusasi nel marzo 2014 ³⁵. D’altronde, le molteplici iniziative della Commissione — caratterizzate da un approccio evidente-

³¹ Cfr.: G. MAZZIOTTI, *Copyright in the EU Digital Single Market*, cit., p. 116 ss. In contemporanea, come noto, un’analoga onda di protesta, ugualmente di successo, si è scatenata negli Stati Uniti d’America nei confronti delle proposte di legge “Stop Online Piracy Act” (SOPA) e “Protect IP Act” (PIPA).

³² Si vedano: Commissione europea, “Civil enforcement of intellectual property rights: public consultation on the efficiency of proceedings and accessibility of measures”, Bruxelles, 30.11.2012, e “Consultation on the Commission Report on the enforcement of intellectual property rights”, Bruxelles, 11.01.2011, a seguito della “Relazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni: Applicazione della direttiva 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale”, Bruxelles 22.12.2010, COM(2010) 779 def.

³³ Si veda: Commissione Europea, “Per un Internet pulito e aperto: consulta-

zione pubblica sulle modalità di notifica e di presa di provvedimenti riguardanti i contenuti illegali ospitati da intermediari online”, nonché Comunicazione “Un quadro coerente per rafforzare la fiducia nel mercato unico digitale del commercio elettronico e dei servizi on line”, Bruxelles 11.1.2012, COM(2011) 942 def.

³⁴ Commissione europea, “Comunicazione sui contenuti del mercato unico digitale”, Bruxelles 18.12.2012, COM(2012) 789 def. Il documento di impegni frutto del processo di dialogo strutturato tra gli *stakeholders*, denominato “*Licences for Europe* — Ten pledges to bring more content online” e pubblicato nel novembre 2013, è consultabile all’indirizzo *web* http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/licences-for-europe/131113_ten-pledges_en.pdf.

³⁵ Il rapporto sulle risposte alla consultazione, pubblicato nel luglio 2014, è consultabile all’indirizzo *web* http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/docs/contributions/consultation-report_en.pdf.

mente “prudente” in considerazione dei molteplici interessi in gioco ampiamente rappresentati in sede comunitaria da parte dei vari *stakeholders* — mentre da un lato hanno prodotto l'interessante documento di impegni tra i portatori d'interessi frutto del processo di dialogo “*Licences for Europe*”, volti ad ampliare ed agevolare la fruizione dell'offerta di contenuti *online*, dall'altro finora non hanno dato luogo a risultati di rilievo sul piano normativo.

Per quanto concerne gli approcci normativi o autoregolamentari adottati in materia nei diversi ordinamenti, volendo in questa sede limitare l'analisi a quanto avvenuto in ambito europeo, occorre ricordare in primo luogo l'esperienza francese, a cui si è fatto cenno in precedenza.

In Francia, come noto, nel 2010 è stata istituita un'autorità per la tutela dei diritti d'autore in rete, l'HADOPI, che operasse su segnalazione dei titolari dei diritti o dell'ufficio del pm³⁶. Il meccanismo d'intervento previsto era quello delle risposte graduate: prima una email di segnalazione e richiesta di commenti, poi una lettera formale, quindi sanzioni, pecuniarie o — fino a luglio 2013 — anche di sospensione temporanea dell'accesso a internet, poi dichiarata incostituzionale dal *Conseil Constitutionnel*, per cui la legge è stata emendata in modo che HADOPI dovesse chiedere a una corte l'imposizione della sospensione dell'accesso (cd. legge “HADOPI II”)³⁷.

La protezione dei dati personali era salvaguardata dalla previsione che essi potessero essere comunicati solo alla *Commission de protection des droits*, commissione di HADOPI incaricata dell'analisi delle segnalazioni dei titolari dei diritti d'autore, e andassero poi cancellati entro un limitato periodo di tempo³⁸.

Date l'inefficienza e l'inefficacia della procedura gestita dall'HADOPI, si prevede che le competenze saranno presto trasferite al *Conseil Supérieur de l'Audiovisuel*.

Nel Regno Unito, sempre nel 2010, con il *Digital Economy Act*³⁹, si è prevista una procedura secondo cui i titolari dei diritti debbano informare i fornitori di accesso a internet, che abbiano firmato un “*Initial Obligations Code*” predisposto da parte dell'OFCOM, delle violazioni del *copyright*, e chiedere che le notifi-

³⁶ “Loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet”.

³⁷ “Loi n° 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet”.

³⁸ Per commenti riguardo alle leggi HADOPI I e II, v. tra gli altri: M. RUPP, P. MATZNELLER, *Copyright and the Protection of Personal Data - Intermediaries Caught*

Between Two Areas of the Law, cit., p. 20 ss.; A. STROWEL, *The ‘Graduated Response’ in France: Is It the Good Reply to Online Copyright Infringements?*, in I.A. STAMATOUDI (a cura di), *Copyright Enforcement and the Internet*, cit., p. 147 ss.; V.L. BENABOU, *The Chase: The French Insight into the ‘Three Strikes’ System*, *ibidem*, p. 163 ss.

³⁹ “Digital Economy Act 2010”, 8 aprile 2010, chapter 24.

chino ai loro abbonati. Quindi, il fornitore dovrebbe inserire i riferimenti dell'utente in forma anonima in un elenco delle violazioni da fornire su richiesta ai titolari dei diritti. Questi potranno quindi chiedere a una corte la *disclosure* dei dati personali contenuti nell'elenco, per poter intentare un'azione di danni ⁴⁰.

La parte che prevedeva la possibilità per i titolari dei diritti di richiedere a una corte di obbligare i fornitori di servizi ad adottare misure di sospensione o limitazione dell'accesso a internet, invece, è stata ritirata a seguito di una *review* svolta da parte dell'OFCOM su richiesta del governo.

L'entrata in vigore delle misure anti-pirateria, comunque, è stata rinviata più volte, attualmente al 2015.

In Irlanda, si è sviluppato un sistema di autoregolamentazione tra il maggiore operatore di telecomunicazioni Eircom ed i rappresentanti di quattro grandi case discografiche, basato su un protocollo di "*three-strikes*" da parte di Eircom che può giungere fino alla disconnessione da internet.

Tale procedura di autoregolamentazione, peraltro, ha resistito alle censure relative alla protezione dei dati personali sottoposte alla Supreme Court da parte dell'Irish Data Protection Commissioner ⁴¹.

Naturalmente, in quanto appunto a carattere autoregolamentare, la sua applicazione è limitata ai soggetti firmatari del relativo accordo.

In Spagna, nel 2011 la cd. *Ley Sinde* ⁴² ha previsto una procedura in base alla quale i titolari dei diritti possono segnalare le violazioni alle piattaforme internet attraverso le quali si è compiuta la violazione (specie quelle *peer-to-peer*).

⁴⁰ Per commenti alle previsioni del DEA, si vedano: F.R. MORENO, *Unblocking the Digital Economy Act 2010; human rights issues in the UK*, in 27 *International Review of Law, Computers & Technology*, 2013, p. 18 ss.; D. MENDIS, *Digital Economy Act 2010: fighting a losing battle? Why the 'three strikes' law is not the answer to copyright law's latest challenge*, *ibidem*, p. 60 ss.; M. RUPP, P. MATZNELLER, *Copyright and the Protection of Personal Data - Intermediaries Caught Between Two Areas of the Law*, cit., p. 22 s.; A. BARRON, *'Graduated response' à l'Anglaise: online copyright infringement and the Digital Economy Act 2010*, in 3 *Journal of Media Law*, 2011, p. 305 ss. Inoltre, il DEA è stato criticato altresì in quanto sarebbe stato approvato con eccessiva rapidità, senza il periodo di valutazione usualmente dedicato alle legislazioni complesse (v.: D. MEYER, *UK copyright law to be changed 'without scrutiny'*, in *ZDNet*, 16 marzo 2010, consultabile all'indirizzo [web http://www.zdnet.co.uk/](http://www.zdnet.co.uk/)

news/mobile-it/2010/03/16/uk-copyright-law-to-be-changed-without-scrutiny-40088327).

⁴¹ Si veda: M. RUPP, P. MATZNELLER, *Copyright and the Protection of Personal Data - Intermediaries Caught Between Two Areas of the Law*, cit., p. 23.

⁴² Dapprima "Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, Disposición final cuadragésima tercera: Modificación de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, el Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, para la protección de la propiedad intelectual en el ámbito de la sociedad de la información y de comercio electrónico", ed in seguito "Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual".

Una commissione governativa, poi, valuta gli interventi che possano essere adottati nei confronti delle piattaforme. Se la commissione considera la segnalazione fondata, la trasmette a una corte, che può ordinare la sospensione del sito *web*.

Dal punto di vista dell'utente, la procedura è la meno intrusiva tra quelle fin qui richiamate rispetto alla protezione dei dati personali. D'altronde, la disciplina è stata comunque oggetto di forti critiche e pressioni lobbistiche, da parte di attivisti e organizzazioni rappresentative d'interessi, che ne hanno ritardato ma non impedito l'approvazione ⁴³.

4. IL MODELLO DI TUTELA AMMINISTRATIVA ADOTTATO IN ITALIA DALL'AGCOM.

In Italia, nel dicembre 2013 l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ha adottato, con delibera n. 680/13/CONS, un regolamento a tutela del diritto d'autore *online*, a valle di un'ampia consultazione dei soggetti interessati e dell'interlocuzione con la Commissione europea ⁴⁴.

Il procedimento che ha condotto all'adozione del regolamento è stato accompagnato da critiche e rilievi, avanzati nel corso del lungo periodo di consultazioni sulle bozze del medesimo, specie in

⁴³ Per un'articolata critica della Ley Sinde, basata sull'analisi del relativo *legal process*, si veda: K. SARIKAKIS, J.R. RODRIGUEZ-AMAT, *Intellectual property law change and process. The case of Spanish Ley Sinde as policy laundering*, in 19 *First Monday*, 2014, n. 3, consultabile all'indirizzo <http://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/4854>. In merito al rilievo del *legal process*, oltre a richiamare i classici: H.M. HART JR., A.M. SACKS, *The Legal Process. Basic Problems in the Making and Application of Law*, a cura di W.N. ESKRIDGE JR., P.P. FRICKEY, New York, Foundation Press, 1994, *passim* (in specie p. 1 ss. e 102 ss.); H.M. HART JR., H. WECHSLER, *The Federal Courts and the Federal System*, a cura di R.H. FALLON JR., J.F. MANNING, D.J. MELTZER, D.L. SHAPIRO, New York, Foundation Press, 2009 (6a ediz.), *passim*; nonché: E. RUBIN, *The New Legal Process, the Synthesis of Discourse, and the Microanalysis of Institutions*, in 109 *Harvard Law Review*, 1996, p. 1393 ss.; sia consentito rinviare altresì a: A. STAZI, *Innovazioni biotecnologiche e brevettabilità del vivente*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 255 ss.

⁴⁴ In particolare, con delibera n. 452/13/CONS del 25 luglio 2013 l'AGCOM aveva dato avvio alla "Consultazione pubblica sullo schema di regolamento in materia di

tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70". Il provvedimento, come previsto dalle regole comunitarie, era stato poi notificato alla Commissione europea il 2 settembre 2013 ai sensi della direttiva 98/34/CE. Al termine dell'ampia consultazione pubblica e delle conseguenti audizioni, che si sono protratte fino al mese di ottobre, e delle osservazioni che sono pervenute dalla Commissione europea il 3 dicembre, l'Autorità ha adottato il provvedimento finale con la delibera n. 680/13/CONS del 12 dicembre 2013, recante il "Regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70". Peraltro, come noto, la riflessione dell'Autorità sul tema del diritto d'autore *online* era iniziata nel 2010 con un'indagine conoscitiva, alla quale avevano fatto seguito due consultazioni pubbliche, alcune audizioni parlamentari e da ultimo un *workshop* internazionale presso la Camera dei Deputati svoltosi a maggio del 2013, in cui sono stati approfonditi con i rappresentanti del settore e tutte le categorie interessate i diversi approcci legislativi e regolamentari adottati a livello europeo ed internazionale, nell'ambito di un dibattito aperto sulle questioni più rilevanti in materia.

merito alla legittimazione dell'AGCOM, in virtù della base giuridica individuata, ad adottare norme regolamentari in materia ⁴⁵.

A seguito dell'entrata in vigore del regolamento avvenuta in data 31 marzo 2014, poi, al di là delle molteplici dichiarazioni di soddisfazione da parte degli *stakeholders* dell'industria culturale e dell'intrattenimento, lo *Special 301 Report* redatto dall'*Office of the United States Trade Representative* ha espunto l'Italia, dopo venticinque anni, dalla *Watch List* dei Paesi ad alto tasso di pirateria, favorendo il rafforzamento della cooperazione e degli scambi commerciali del nostro Paese con gli Stati Uniti.

Nello specifico, la disciplina dettata dall'AGCOM si caratterizza per i seguenti profili:

a) afferma la necessità dell'educazione alla legalità nella fruizione dei contenuti digitali e della promozione di forme di offerta legale tempestive ed economiche;

b) è ispirata alla garanzia e al temperamento dei diritti fondamentali rilevanti in materia — tutela della riservatezza, libertà di espressione, libertà d'iniziativa economica, *etc.* ⁴⁶ — ed al rispetto dei principi di legalità, ragionevolezza, proporzionalità dell'azione amministrativa e delle garanzie procedurali (*i.e.* contraddittorio) ⁴⁷;

c) contempla interventi di *enforcement* solo su segnalazione e non d'ufficio, mai nei confronti degli utenti ⁴⁸ e dando priorità ai casi di violazioni massive;

d) richiede la collaborazione dei diversi *stakeholders* per le varie forme d'intervento, di educazione, promozione ed *enforcement* ⁴⁹.

⁴⁵ Per un quadro del dibattito si rinvia, oltre che agli esiti della consultazione pubblica richiamati nella parte motiva della delibera n. 680/13/CONS, a: Camera dei Deputati - Servizio Studi, "Regolamento sul diritto d'autore nelle reti di comunicazione elettronica", dossier n° 90, 14 gennaio 2014, consultabile all'indirizzo *web* http://documenti.camera.it/Leg17/Dossier/Pdf/TR0128_0.pdf, pp. 4-5. In questa sede, si ricorda soltanto come d'altronde sia stato altresì rilevato che l'attività dell'AGCOM è apparsa "necessaria in quanto il legislatore italiano, principale depositario della competenza in materia, per sua stessa ammissione attraverso le parole del Sottosegretario ai Beni e alle Attività culturali Simonetta Giordani, ha sostanzialmente ammesso che nuovi interventi sul diritto d'autore nel *web* dovranno attendere il processo di revisione europea delle normative sul *copyright*, che avverrà non prima dei prossimi due anni" (A.M. GAMBINO, *Biennio bianco su copyright reclama attivismo Authority*, in *Diritto*

Mercato Tecnologia, novembre 2013, cit. in: Audizione del Presidente dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni Angelo Marcello Cardani, Commissioni riunite VII e IX della Camera dei deputati, 15 gennaio 2014, cit., p. 6).

⁴⁶ In proposito, oltre a rinviarsi a quanto affermato nel par. 1, si veda: V. ZENO-ZENCOVICH, *Introduzione al Convegno ISIMM "Il Regolamento AGCOM sulla tutela del diritto d'autore nelle reti di comunicazione elettronica"*, cit.

⁴⁷ Si veda: delibera n. 680/13/CONS, art. 2, comma 2.

⁴⁸ Non riferendosi al *downloading*, allo *streaming* e al *peer-to-peer*: v. art. 2, comma 3, delibera cit.

⁴⁹ Cfr.: Audizione del Presidente dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni Angelo Marcello Cardani, Commissioni riunite VII e IX della Camera dei deputati, 15 gennaio 2014, cit., p. 2; Audizioni del Presidente Angelo Marcello Cardani, Commissioni riunite VII e VIII del

Per quanto concerne l'educazione e l'offerta legale, l'AGCOM — non potendo adottare provvedimenti autoritativi in quanto sprovvista del potere di imporre vincoli all'autonomia contrattuale — ha previsto misure “positive” volte a favorire lo sviluppo e la diffusione delle opere digitali, favorendo la conoscibilità dei servizi che ne consentono la fruizione legale, nonché l'accesso ai servizi medesimi.

Ai fini della specificazione e attuazione di tali misure, quindi, si è disposta l'istituzione di un apposito Comitato, in cui fossero rappresentate tutte le categorie interessate, ivi compresi gli organismi pubblici competenti in materia. Il Comitato, che si è insediato nell'aprile 2014, ha adottato un piano di lavoro finalizzato all'individuazione di forme di autoregolamentazione ed iniziative volte appunto all'educazione degli utenti e alla promozione dell'offerta legale.

In merito all'*enforcement*, le procedure dettate nel regolamento sono ispirate all'intento di coniugare efficienza e garanzia: da un lato, tempestività della risposta all'illecito, specie in presenza delle violazioni più gravi⁵⁰, ed efficacia delle misure repressive; dall'altro, garanzia delle libertà fondamentali e rispetto dei diritti procedurali e del contraddittorio⁵¹.

Nello specifico, in primo luogo, il regolamento contempla le definizioni funzionali all'individuazione del suo perimetro di applicazione, tra cui quella di opera digitale, che a tal fine include ogni opera, o parte di essa, di carattere sonoro, audiovisivo, fotografico, videoludico, editoriale e letterario, inclusi i programmi applicativi e i sistemi operativi per elaboratore, tutelata dalla legge sul diritto d'autore e diffusa su reti di comunicazione elettronica⁵².

Rispetto all'avvio del procedimento, in coerenza con la natura di diritto soggettivo disponibile propria del bene protetto, è previsto che l'AGCOM intervenga solo a seguito di istanza presentata dal titolare del diritto stesso.

Sono state comunque espressamente fatte salve le procedure autoregolamentate di “*notice and action*” già realizzate dai maggiori siti che operano in Italia (come ad esempio You Tube);

Senato della Repubblica e Commissioni riunite VII e IX della Camera dei Deputati, 19 giugno-17 luglio 2013, consultabile all'indirizzo *web* <http://www.AGCOM.it/default.aspx?DocID=11533>, p. 15.

⁵⁰ Con termini procedurali ridotti: tre giorni per l'avvio del procedimento, tre giorni per le controdeduzioni, e dodici giorni dalla ricezione dell'istanza per l'adozione del provvedimento finale, rispetto agli ordinari sette giorni per l'avvio dell'istrut-

toria, cinque giorni per le controdeduzioni, e trentacinque giorni per la decisione finale (cfr. delibera n. 680/13/CONS, artt. 6-9).

⁵¹ Cfr.: Audizione del Presidente dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni Angelo Marcello Cardani, Commissioni riunite VII e IX della Camera dei deputati, 15 gennaio 2014, cit., p. 9.

⁵² Così: delibera n. 680/13/CONS, art. 1, lett. p).

tuttavia, il previo ricorso ad esse non rappresenta una condizione di procedibilità dell'istanza rivolta all'Autorità⁵³.

Mediante la comunicazione di avvio — inviata al soggetto istante, ai prestatori di servizi e, se rintracciabili, all'*uploader* e al gestore della pagina e del sito internet — i responsabili dell'asserita violazione vengono informati che possono procedere all'adeguamento spontaneo, ovvero presentare controdeduzioni⁵⁴.

Ad esito dell'istruttoria, quindi, il procedimento può concludersi con una decisione di archiviazione, ovvero con l'emanazione di un ordine di porre fine alla violazione accertata, rivolto ai prestatori di servizi a suo tempo destinatari della comunicazione di avvio del procedimento stesso.

In base alla normativa comunitaria sul commercio elettronico di cui alla direttiva 2001/31/CE ed a quella nazionale di recepimento di cui al decreto legislativo n. 70/2003, il contenuto dell'ordine può consistere, secondo le circostanze, nella rimozione selettiva delle opere digitali illegalmente diffuse o nella disabilitazione dell'accesso ad esse. In aggiunta, l'Autorità, può ordinare ai *providers* di reindirizzare le richieste di accesso alla pagina internet su cui è stata accertata la presenza di opere digitali diffuse illegalmente verso un'altra pagina internet contenente avvertimenti educativi (redatta secondo le modalità indicate nel provvedimento)⁵⁵.

L'efficacia degli ordini impartiti dall'AGCOM è presidiata dall'applicabilità, nel caso di inottemperanza, delle sanzioni pecuniarie previste in via generale dall'art. 1, comma 31, della legge n. 249/1997⁵⁶.

Le misure inibitorie previste dal regolamento, dunque, sono quelle contemplate nel d.lgs. n. 70/2003, con la precisazione che la loro applicazione sarà improntata a criteri di adeguatezza, gradualità e proporzionalità.

Per quanto riguarda il rapporto della procedura innanzi all'AGCOM⁵⁷ con l'intervento dell'autorità giudiziaria, nel rispetto del doppio binario “giudiziario/amministrativo” tracciato dal d.lgs. n. 70/2003, è prevista l'alternatività tra l'azione giudiziaria

⁵³ In merito al tema dell'autoregolamentazione, v.: A.M. GAMBINO, *Intervento al Convegno ISIMM “Il Regolamento AGCOM sulla tutela del diritto d'autore nelle reti di comunicazione elettronica”*, cit.

⁵⁴ Si veda: delibera n. 680/13/CONS, artt. 6-7.

⁵⁵ Cfr.: delibera n. 680/13/CONS, art. 8.

⁵⁶ Ove sono contemplate sanzioni da un minimo di 10 mila euro a un massimo di 258 mila euro.

⁵⁷ Autorità amministrativa alla quale

l'art. 132-bis della legge n. 633/1941, introdotto dalla legge n. 248/2000, ha attribuito, unitamente alla SIAE, nell'ambito delle rispettive competenze, al fine di prevenire e accertare le violazioni della legge, la vigilanza 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.

e quella amministrativa, nel senso che laddove sia adita la prima, il procedimento presso l'AGCOM non può essere promosso ovvero si arresta. Inoltre, evidentemente gli ordini adottati, al pari di tutti gli altri provvedimenti dell'Autorità, sono impugnabili davanti al giudice amministrativo⁵⁸.

Il regolamento AGCOM di cui alla delibera n. 680/13/CONS, dunque, ha inteso proporre un modello — originale nel panorama internazionale — basato su un “ordine valoriale” equilibrato”, che fosse “idoneo a realizzare una ragionevole sintesi fra i differenti e variegati interessi in gioco”, ed i cui “obiettivi principali auspicati sono che l'industria culturale e creativa abbia ancora incentivo ad investire nella produzione di opere dell'ingegno e che i consumatori-utenti possano fruire dei relativi prodotti con la più ampia libertà e varietà di accesso e al prezzo più basso possibile”⁵⁹.

A tre mesi dall'entrata in vigore del regolamento, sulla base di esso sono pervenute all'AGCOM 69 istanze, che hanno avuto ad oggetto prevalentemente fotografie (31), opere audiovisive (18), di carattere sonoro (8), opere letterarie (4), editoriali (3) e videoludiche (2), nonché *software* (3), diffusi in internet o sui servizi di media. Tra i 40 procedimenti avviati, 11 hanno riguardato violazioni massive o di particolare gravità e hanno seguito, pertanto, i termini relativi al procedimento abbreviato. 36 istanze sono state, invece, archiviate in via amministrativa: ben 18 per adeguamento spontaneo, 14 per motivi formali (irricevibilità, improcedibilità, inammissibilità o manifesta infondatezza), e 4 perché ritirate prima delle decisioni dell'organo collegiale.

La Commissione per i servizi e i prodotti dell'Autorità ha adottato, quindi, 9 provvedimenti di ordine ai prestatori di *mere conduit* operanti sul territorio italiano di disabilitare — tramite blocco del DNS — l'accesso a siti ospitati su *servers* ubicati all'estero, che rendevano disponibili una grande quantità di opere in violazione dei diritti d'autore, nonché 4 archiviazioni, tre nel merito per insussistenza della violazione ed una perché la viola-

⁵⁸ Cfr.: delibera n. 680/13/CONS, art. 6, comma 3, art. 7, comma 7, e art. 17. Infine, analoga a quella appena richiamata è la disciplina relativa alla tutela del diritto d'autore sui servizi media (dettata nel Capo IV della delibera n. 680/13/CONS), la cui fonte legislativa è rappresentata dall'art. 32-bis del Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici, che richiama l'obbligo di rispettare la legge sul diritto d'autore.

⁵⁹ Si veda ancora: Audizione del Presidente dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni Angelo Marcello Cardani, Commissioni riunite VII e IX della Camera

dei deputati, 15 gennaio 2014, cit., p. 15. Per primi commenti al regolamento, possono vedersi: F. MARINI-BALESTRA, R. TREMOLADA, *Enforcement of Online Copyright in Italy: The New Regulation Adopted by the Italian Communications Authority*, in *IPQ*, 2014, p. 143 ss.; G. SANTORO, *Il Regolamento AGCOM in materia di tutela del Diritto d'autore sulle Reti di comunicazione elettronica (d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70)*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, n. 1/2014, p. 7 ss.; A. STAZI, *Il regolamento di cui alla delibera n. 680/13/CONS dell'Agcom per la tutela del diritto d'autore in rete*, in *Rivista di diritto industriale*, n. 2/2014, III, p. 3 ss.

zione accertata riguardava una sola opera diffusa su un sito ospitato fuori dal territorio nazionale, per cui non sarebbe stata proporzionata l'adozione di un provvedimento di disabilitazione dell'accesso all'intero sito (unica misura possibile in ragione della localizzazione all'estero dei *servers* impiegati) ⁶⁰.

Numerose procedure avviate, dunque, si sono concluse con l'adeguamento spontaneo di *uploaders*, *providers* e gestori di siti internet alle richieste dell'Autorità, mostrando una risposta positiva degli operatori della rete alle attività di contrasto alla pirateria, a riprova dell'efficacia del sistema introdotto ⁶¹.

Oltre al regolamento dell'AGCOM, peraltro, occorre rilevare che nel maggio 2014 è stato sottoscritto tra IAB (Interactive Advertising Bureau) Italia, FPM (Federazione contro la Pirateria Musicale e Multimediale) e FAPAV (Federazione per la Tutela dei Contenuti Audiovisivi e Multimediali) un "*Memorandum of Understanding*" relativo al contrasto alla pirateria digitale, volto ad affiancare l'attività delle istituzioni nella lotta alla pirateria attraverso il contrasto dell'inserzione pubblicitaria sulle piattaforme *web* illegali.

Il MoU ha posto le basi per un meccanismo di autoregolamentazione che andrà ad agire per bloccare una delle principali fonti di finanziamento dei siti illegali, consentendo così di tutelare l'industria dei contenuti, ma anche il mercato della pubblicità *online*, offrendo nuove e concrete garanzie agli investitori. Sulla falsariga di *best practices* internazionali, i titolari dei diritti daranno segnalazione delle violazioni subite da parte di siti pirata a un organismo paritetico di prossima costituzione, facendo avviare così il meccanismo di comunicazione a concessionarie e investitori pubblicitari ⁶².

5. CONCLUSIONI. IL RUOLO DELL'OFFERTA LEGALE, IL *LEGAL PROCESS* E L'EFFICACIA DELLA TUTELA (NORMATIVA O AUTOREGOLAMENTARE).

Nel complesso quadro delle opzioni regolatorie in materia adottate nei diversi ordinamenti europei a cui si è accennato, comunque, una variabile fondamentale da tenere in considerazione è quella della disponibilità dell'offerta legale di contenuti digitali ⁶³.

⁶⁰ Si veda: Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, "Relazione annuale 2014 sull'attività svolta e sui programmi di lavoro", consultabile all'indirizzo *web* <http://www.agcom.it/relazioni-annuali>, p. 246 s.

⁶¹ Cfr.: A.M. CARDANI, "Relazione annuale 2014 sull'attività svolta e sui programmi di lavoro dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni - Presentazione del Presidente dell'Autorità", consultabile al-

l'indirizzo *web* <http://www.agcom.it/relazioni-annuali>, p. 17.

⁶² Il documento è consultabile all'indirizzo *web* http://www.ilsole24ore.com/pdf2010/Editorice/ILSOLE24ORE/ILSOLE24ORE/Online/_Oggetti_Correlati/Documenti/Notizie/2014/06/MoU.pdf.

⁶³ Cfr.: A.D. GETSINGER, *A New Approach to Combating the Piracy of Intellectual Property: Develop the Rule of Law and*

Nella letteratura economica, difatti, è stato mostrato che l'avvento delle offerte legali *online*, diminuendo i prezzi dei prodotti, ha incentivato molti consumatori ad acquistare le opere legali, spiazzando, almeno in parte, l'offerta illegale. In tal senso, quindi, diverse indagini di mercato mostrano come uno dei fattori ritenuti più importanti al fine di ridurre l'attività di pirateria su internet sia riconducibile appunto al miglioramento dell'offerta legale *online* ⁶⁴.

In particolare, è stato rilevato come la rimozione dell'offerta legale di un contenuto *online* determini un aumento più che proporzionale del consumo illegale del medesimo contenuto su internet, mentre appare inferiore la sostituibilità esistente tra il consumo legale in rete ed il consumo legale di prodotti audiovisivi su supporti fisici ⁶⁵. È stato altresì evidenziato che le scelte adottate per la distribuzione dei contenuti cinematografici — in particolare, il sistema delle finestre geografiche e temporali — hanno un impatto sul livello di consumo illegale *online*; nello specifico, è stato stimato che una revisione di tali finestre potrebbe comportare un aumento dei ricavi di almeno l'8% per via della riduzione della pirateria ⁶⁶.

Ulteriore elemento fondamentale che incide sulle scelte dell'utente riguarda il contesto normativo e sociale. L'esistenza di sanzioni di natura pecuniaria e non, incidendo sul costo percepito del prodotto illegale, scoraggia l'utilizzo di beni digitali contraffatti. Da non sottovalutare è altresì l'impatto delle cd. sanzioni sociali; diversi studi richiamati in precedenza, tra cui da ultimo quelli svolti dalla Kantar Media per conto dell'OFCOM, hanno mostrato come molto spesso la pirateria *online* non sia nemmeno

Increase the Supply of Legitimate Goods, cit., p. 36 ss.

⁶⁴ Ad esempio, lo studio svolto dalla Kantar Media per conto dell'OFCOM ha rilevato che, ad avviso dei trasgressori, i principali fattori che potrebbero ridurre l'attività di pirateria su internet sono principalmente riconducibili al miglioramento dell'offerta legale *online*: la disponibilità di servizi legali meno costosi (30%); una maggiore chiarezza circa la legalità ovvero l'illegalità di un dato contenuto (25%); la disponibilità *online* dei contenuti legali (24%); si veda: Kantar Media (per OFCOM), "Online copyright infringement tracker benchmark study Q3 2012", cit., p. 81 ss.

⁶⁵ Si veda: B. DANAHER, S. DHANASOBHON, M.D. SMITH, R. TELANG, *Converting Pirates without Cannibalizing Purchasers: The Impact of Digital distribution on Physical and Internet Piracy*, cit., p. 1138 ss.

Nello specifico, lo studio ha esaminato l'impatto che la rimozione dei contenuti della NBC dal servizio iTunes — servizio attraverso il quale tali contenuti erano distribuiti *online* in esclusiva — ha avuto sulle vendite di supporti fisici (dvd) e sul consumo digitale illegale. Gli autori hanno mostrato come il venir meno dell'offerta legale abbia determinato un aumento più che proporzionale nel consumo del medesimo contenuto attraverso canali illegali disponibili *online*. Al tempo stesso, le vendite dei supporti fisici non avrebbero mostrato alcuna variazione sostanziale. Nel breve termine, dunque, lo studio ha riscontrato una sostituibilità tra *download* legali ed illegali, ma non tra *download* legali e acquisti di dvd.

⁶⁶ Cfr.: B. DANAHER, J. WALDFOGEL, *Reel Piracy: The Effect of Online Movie Piracy on Film Box Office Sales*, 2012, consultabile all'indirizzo web http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1986299.

percepita dall'utente come un'attività illecita. Attività di sensibilizzazione agiscono, quindi, su questa componente motivazionale delle scelte del consumatore.

Congiuntamente alle sanzioni sociali, opera il contesto repressivo, ossia la probabilità che un comportamento illecito sia effettivamente individuato e quindi sanzionato. Un sistema sanzionatorio che non preveda un'attività di *enforcement* appare inefficace nel modificare i comportamenti degli utenti, nonché socialmente dannoso in quanto comporta costi amministrativi a fronte di benefici marginali o nulli ⁶⁷.

Per quanto concerne l'adozione e l'attuazione di interventi normativi di *enforcement* del diritto d'autore in rete, le discussioni e proteste relative all'ACTA ed agli interventi nei diversi Paesi europei sopra richiamati evidenziano chiaramente come la principale sfida in materia per i legislatori e i regolatori sia rappresentata dall'individuazione di misure che operino nel rispetto della protezione dei diritti fondamentali.

Questa sfida, evidentemente, risulta ancora più complessa in un contesto politicamente e giuridicamente frammentato come quello europeo, in cui le corti e le autorità nazionali valutano il potenziale conflitto tra diritto d'autore e altri diritti fondamentali secondo criteri differenti e concedono diversi tipi di misure di *enforcement* ⁶⁸.

D'altronde, come rilevato dal Presidente Cardani nella Presentazione della Relazione annuale 2014 dell'AGCOM: "La scala trans-nazionale delle questioni poste da internet esalta ... il ruolo chiave che la dimensione europea è oggi chiamata a giocare, in una chiave di armonizzazione" ⁶⁹.

La "dimensione naturale" del processo decisionale ai fini della tutela del diritto d'autore *online*, dunque, sarebbe quella comunitaria. In mancanza di un'armonizzazione delle regole a livello europeo, comunque, il *legal process* che si sviluppi nell'ambito dei singoli Stati Membri dovrà necessariamente rispettare i criteri dettati dalla Corte di Giustizia, richiamati in precedenza, nonché

⁶⁷ Cfr.: Audizioni del Presidente Angelo Marcello Cardani, Commissioni riunite VII e VIII del Senato della Repubblica e Commissioni riunite VII e IX della Camera dei Deputati, 19 giugno-17 luglio 2013, cit., p. 6 s. In dottrina, v.: P. BELLEFLAMME, M. PETTZ, *Digital Piracy: Theory*, cit.; B. DAHAHER, M.D. SMITH, *Gone in 60 Seconds: The Impact of the Megaupload Shutdown on Movie Sales*, 2013, consultabile all'indirizzo http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2229349; T. LAUINGER, M. SZYDLOWSKI, K. ONARLIOGLU, G. WONDRAK, E. KIRDA, C. KRUEGELZ, *Clickonomics: Determining the Effect of Anti-Piracy Meas-*

res for One-Click Hosting, paper presentato al XX Annual Network and Distributed System Security Symposium (NDSS 2013), San Diego, febbraio 2013, consultabile all'indirizzo http://www.internetsociety.org/sites/default/files/07_1_0.pdf.

⁶⁸ Cfr.: G. MAZZIOTTI, *Copyright in the EU Digital Single Market*, cit., p. 119.

⁶⁹ Così: A.M. CARDANI, "Relazione annuale 2014 sull'attività svolta e sui programmi di lavoro dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni - Presentazione del Presidente dell'Autorità", cit., p. 21 s. In dottrina, cfr.: A. SAVIN, *EU Internet Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2013, p. 1 ss.

— sulla base dell'esperienza negativa dell'ACTA e delle molteplici critiche registratesi nei diversi Paesi riguardo ai rispettivi interventi normativi — assicurare la massima trasparenza e partecipazione al processo decisionale.

Si è rilevato, difatti, come in materia di diritto d'autore in rete il livello di attivismo e pressione lobbistica risulti assai elevato, e richieda quindi una particolare attenzione da parte dei legislatori e dei regolatori nel comunicare efficacemente i contenuti degli interventi proposti o adottati e nel consentire la partecipazione al loro processo di formazione a tutti gli interessati.

In una simile prospettiva, nonostante le critiche cui ha dato luogo, sembra essersi svolto il processo di adozione del “modello italiano” di tutela amministrativa da parte dell'AGCOM, che propone un interessante esempio di “sussidiarietà tecnica” — con intervento da parte dell'autorità amministrativa competente in materia — e sta producendo risultati che appaiono senz'altro positivi.

Nel quadro fin qui delineato, peraltro, occorre rilevare altresì come evidentemente soluzioni a carattere autoregolamentare o co-regolamentare condivise e adeguatamente diffuse, come ad esempio il cd. *Follow the money*, consentano o di evitare i rischi politici e giuridici di tortuosi processi normativi, ovvero di fornire supporto ad essi, con un'efficacia che può risultare anche maggiore ^{70 71}.

Abstract

The paper deals with the issues related to online copyright enforcement, with specific regard to economic profiles and balancing of interests. The latter perspective is inquired in light of the EU case law on the

⁷⁰ Si veda: C. MANARA, *Attacking the Money Supply to Fight Against Online Illegal Content?*, 2012, consultabile all'indirizzo *web* http://docs.edhec-risk.com/rsc/121211/EDHEC_Position_Paper_Attacking_money_supply.pdf. In merito al ruolo e ai limiti dei codici di condotta, cfr. altresì: P.B. HUGENHOLTZ, *Codes of Conduct and Copyright Enforcement in Cyberspace*, in I.A. STAMATOUDI (a cura di), *Copyright Enforcement and the Internet*, cit., p. 303 ss.

⁷¹ Nel corso della stampa del presente contributo, il TAR del Lazio, Sezione Prima, ha adottato due ordinanze, nn. 10016/2014 e 10020/2014, con cui ha rimesso alla Corte Costituzionale questioni in ordine alla legittimità costituzionale delle norme di legge alla base del regolamento

dell'AGCOM. In questa sede, non si ritiene opportuno commentare le ordinanze di remissione, rinviandosi per autorevoli e approfonditi commenti critici agli interventi di A.M. GAMBINO, A. MORRONE, O. POLLICINO, G.M. SALERNO e V. ZENO-ZENCOVICH raccolti nel Focus dal titolo *Il regolamento AGCom in materia di tutela del diritto d'autore a valle delle ordinanze del Tar Lazio, Sez. I, nn. 10016 e 10020 del 2014*, in *Federalismi*, 24 novembre 2014, consultabile all'indirizzo *web* http://www.federalismi.it/focus/index_focus.cfm?FOCUS_ID=40. Si rileva, comunque, che gli autorevoli commentatori citati hanno evidenziato, tra l'altro, come le ordinanze di remissione in effetti rigettino le questioni relative alla presunta illegittimità per violazione di legge e per incompetenza dell'Autorità ad adottare il regolamento.

relations between intellectual property and other fundamental rights. Then, the research compares the different approaches to online copyright enforcement recently adopted in some European countries. In particular, the paper analyzes the “Italian model” provided in the AGCOM Regulation No. 680/13/CONS.