



Incontro con

Francesco Casetti, Leonardo Chiariglione e Fabio Macaluso

sul tema

**“Distribuzione di contenuti digitali in rete
e modelli di business cross-mediali”**

Roma - 6 maggio 2010

Intervento dell'Avv. Fabio Macaluso, Studio Legale Valli e Associati

1) INTRODUZIONE

La diffusione digitale dei contenuti è un fenomeno di grande rilevanza economica. Il suo sviluppo ha provocato reazioni contrastate da parte dell'industria dei contenuti, che non ha mancato, almeno nella fase iniziale, di dare segnali di relativo “nervosismo” nei confronti della diffusione della pirateria. Quest'ultima è una “modalità” che ha accompagnato la diffusione dei contenuti culturali sin dall'emanazione della prima norma sistematica in materia di diritto di autore. Nel 1710 fu difatti emanato in Gran Bretagna lo “Statute of Anne” (dal nome della regina di allora), il quale prevedeva un regime di esenzione della tutela nelle colonie del Regno Unito, al fine di favorire il radicamento della cultura anglosassone nei territori oltreconfine. Pertanto, molti editori inglesi davano alla stampa opere protette nella importante colonia nordamericana, per poi procedere alla loro commercializzazione in Gran Bretagna eludendo le norme che tutelavano il copyright.

Ai giorni nostri, il fenomeno dell'utilizzo abusivo delle opere di autore in ambiente digitale ha assunto particolare consistenza, d'altra parte favorendo indirettamente il successo di alcuni players globali come Apple, che con i-Tunes è stata tra le prima a realizzare la vendita legale di file musicali. Successo agevolato anche dalla mancata interoperabilità dei sistemi di DRM di i-Tunes, che impediva la migrazione dei brani

già acquistati dal dispositivo I-Pod della casa di Cupertino ad altri device per l'ascolto musicale.

L'espandersi della banda larga, che dapprima ha favorito il libero utilizzo dei contenuti in rete, sembra attualmente agevolare la fruizione legale dei medesimi, soprattutto di natura audio visuale. E' difatti diminuita la fruizione dei file tutelati attraverso meccanismi di peer to peer e, anche grazie a nuovi mezzi di compressione, si è reso più conveniente l'accesso legittimo ai contenuti digitali, assicurando una qualità migliore dei medesimi.

Il progresso tecnologico è quindi tale da permettere un adeguato grado di risposta dell'industria alla mutevole realtà digitale.

Nel settore dell'audiovisivo, la società di ricerca IT Media Consulting ha previsto che in Europa occidentale i ricavi totali generati dai servizi di video on-line aumenteranno da 737 milioni di euro nel 2009 a 2,7 miliardi nel 2013, con un tasso annuale di crescita pari al 39%. Due esempi significativi sono costituiti da HULU (NBC, FOX e ABC) e i-Player, la catch-up tv della BBC. Il primo offre video digitali supportati da pubblicità di shows televisivi e film prodotti dai suoi stessi soci. Il secondo propone in streaming e download i programmi trasmessi sui canali della BBC.

Altro esempio di adeguamento da parte dell'industria dell'audiovisivo è l'applicazione commerciale del "Blu Ray" e della tecnologia 3D, il primo di ottima qualità non riproducibile facilmente ed il secondo non attualmente piratabile. Infine, il proposto accorciamento del sistema delle finestre, per lanciare più rapidamente sul mercato la vendita di DVD originali. Quest'ultima modalità passerà con ogni probabilità per un accordo con gli esercenti cinematografici, per cui i distributori rinunceranno a parte dei loro proventi in cambio della più rapida immissione in commercio dei DVD.

Nel campo della musica, si stanno testando, attraverso l'evoluzione dei sistemi di compressione, la messa in rete di file ad altissima fedeltà, con qualità difficilmente riproducibile attraverso le tecniche di file sharing, al fine di "catturare" un pubblico di high spender digitali.

2) CENNI SU ALCUNE TEORIE ECONOMICHE SUL DIRITTO DI AUTORE

Seppure mitigato da eccezioni quali il fair use ed il diritto di effettuare copie per uso personale, il Diritto di Autore è un monopolio sull'opera intellettuale che ha due scopi: favorire la realizzazione di opere artistiche o assimilabili; permettere il recupero degli investimenti. La realizzazione delle opere di autore ha costi fissi elevati (individuazione degli artisti, attività di "vivaio", realizzazione delle opere audio visuali, ecc.) e costi variabili più misurati (costi di marketing e distribuzione). Considerato che la remunerazione giunge agli autori dopo la creazione dell'opera, questi devono quindi far ricorso al capitale di rischio ed è stato così inevitabile che, con l'incremento della rilevanza economica dell'industria culturale, le normative nazionali ed internazionali abbiano deviato la protezione dall'autore all'investitore, trasformando il diritto di autore in uno strumento di protezione degli investimenti compiuti.

Peraltro, secondo noti economisti come William Landes e giuristi come Richard Posner, dell'Università di Chicago, il diritto di autore presenta intrinsecamente alti costi di transazione, perché le privative sulla stessa opera o evento vengono suddivise per vari canali di distribuzione e per distinti territori, per ognuno dei quali va definito il tema della loro titolarità e sono molteplici le operazioni di trasferimento con la presenza di vari livelli di licenze e sub licenze¹. Di contro, il sistema del diritto di autore garantisce profitti ingenti per licenzianti e gli stessi licenziatari, che possono godere in esclusiva di contenuti pregiati nel territorio prescelto.

Landers e l'economista Anne Kruegers hanno anche sostenuto, in virtù dell'applicazione della teoria del “*Rent Seeking o Ricerca di Rendita*”², che i titolari di diritti di autore possono realizzare i propri profitti attraverso lo stesso grado giuridico di protezione delle loro opere, dandosi luogo ad esternalità negative ed inefficienze allocative: tali economisti sostengono che si realizzano opere in numero eccessivo in ragione della prospettiva data dal diritto esclusivo di utilizzazione economica delle stesse (si pensi che solo in Italia vi sono 85.000 autori iscritti alla SIAE), delle quali poche hanno accesso al mercato ed in numero ristretto il successo: ad esempio, negli Stati Uniti vi sono 193 case di produzione cinematografica che producono circa 900 film all'anno (1305 in tutto il mondo nel 2009), sono circa 300 i film distribuiti, ancor meno quelli che fanno incassi e che giustifichino gli investimenti, con una perdita sostanziale di chance economiche alternative ed altri effetti negativi come l'imposizione da parte dei distributori agli esercenti cinematografici dell'acquisto di film di scarso interesse insieme ai Blockbuster.

Quindi, vi sono elevati costi di protezione per mantenere il sistema di controllo e repressivo in ordine alle violazioni del diritto di autore, anche in ragione del progresso tecnologico e la conseguente adozione di accorgimenti come la Geo-Localizzazione ed i sistemi di DRM, Watermarking e Filtering.

Infine, non sono pochi gli economisti ed i giuristi che sostengono che la tutela, normalmente fissata in 70 anni dopo la morte dell'autore, è troppo lunga, ancor più in presenza degli attuali strumenti trasmissivi.

3) EFFETTI ECONOMICI DELLA PIRATERIA

Nonostante quanto sopra, la tutela assicurata tramite il diritto d'autore non è in discussione; essa è essenziale anche per lo sviluppo delle reti di comunicazione elettronica che veicolano i contenuti protetti. Tali reti sarebbero “scariche” in assenza di una proposta interessante rivolta al pubblico dei consumatori.

D'altro canto, come detto, i costi di protezione si fanno sempre più ingenti e non emerge ancora chiaramente come gli stessi vadano suddivisi tra i soggetti in gioco: la

¹ Art. 19 LdA: “I diritti esclusivi previsti dagli articoli precedenti sono fra loro indipendenti. L'esercizio di uno di essi non esclude l'esercizio esclusivo di ciascuno degli altri diritti. Essi hanno per oggetto l'opera nel suo insieme ed in ciascuno delle sue parti”.

² “Rent seeking occurs when an individual, organization or firm seeks to earn income by capturing economic rent through manipulation or exploitation of the economic or political environment, rather than by earning profits through economic transactions and the production of added wealth”.

collettività che paga il mantenimento di strutture pubbliche di controllo (polizia, tribunali, autorità amministrative di vigilanza), gli ISP che gestiscono le reti elettroniche, i produttori dei contenuti che lamentano il calo dei profitti a causa del fenomeno.

Quest'ultimo, anzitutto nel settore della musica, è oggetto di analisi economiche, che conducono a tesi opposte. Secondo l'IFPI (*"International Federation of the Phonographic Industry"*), la pirateria è un fenomeno gravissimo, nonostante i ricavi dalle vendite di musica digitale siano cresciuti dal 2003 al 2009 da 20 milioni a 4,2 miliardi di dollari. Attraverso uno studio condotto nel 2009 dall'istituto di ricerca americano Jupiter, su commissione di IFPI stessa, si sostiene che vi sia un forte effetto sostitutivo dei download e file sharing illegali nei confronti degli acquisti legali di prodotti musicali materiali (CD) e digitali (file) o un'alterazione del comportamento del pubblico dei file sharers che ritarda l'acquisto legittimo di prodotti musicali. IFPI nel suo rapporto del 2010 sul mercato della musica digitale rileva che ciò si traduce inevitabilmente in una contrazione degli investimenti e nella mancata produzione di opere di artisti emergenti, con conseguente danno culturale.

Altri studi hanno segno opposto. Si sostiene che non si verifica, in maniera significativa, l'effetto sostitutivo prima detto, che si realizzano effetti di *"sampling"*, ovvero effetti di trascinamento che incoraggiano gli acquisti legali, ed effetti di rete che contribuiscono al lancio di prodotti con basso potere di acquisto e che l'uso, con file sharing, di prodotti musicali favorisce l'accesso alle forme complementari di loro sfruttamento quali i concerti ed il merchandising.

Tali analisi sono recenti (il più prossimo è stato svolto dall'Institute for Information Law di Amsterdam nel marzo del 2010, dove si è tra l'altro calcolato il costo che un "pirata" olandese è disposto a pagare per l'acquisto di un CD, pari a circa € 10, ovvero in linea con il prezzo di un supporto materiale di fascia media) e sono state riprese nell'Indagine Conoscitiva dell'AGCOM del febbraio 2010, che ha sintetizzato, sul tema, il pensiero del Prof. Lessing (noto giurista di Harvard), che ritiene possano sussistere: A) il file sharing in sostituzione dell'acquisto (effetto negativo), B) il file sharing per scegliere la musica prima di procedere all'acquisto (effetto positivo di incremento delle vendite), C) il file sharing per accedere a contenuti tutelati ma fuori mercato (effetto neutro), D) il file sharing per accedere a file non protetti o distribuiti liberamente dal suo proprietario (danno economico pari a zero).

Infine, si richiama, per notazione culturale, il non perfetto funzionamento intrinseco del mercato della musica digitale, che a volte si svolge in danno degli stessi autori: si pensi alla sentenza dell'Alta Corte di Londra dell'11 aprile scorso che ha condannato EMI a non vendere singole tracce degli album dei Pink Floyd per non violare l'integrità delle opere della celebre band inglese o l'assenza da tale mercato delle opere dei Beatles che mai sono state rese disponibili on line.

Il quadro non sembra quindi univoco sotto il profilo economico anche se tale stato di incertezza non ha influito significativamente sul dibattito giuridico in corso e sulla emanazione di norme tese a prevenire e limitare la pirateria on-line.

4) QUADRO GIURIDICO: CENNI GENERALI

La tutela del diritto di autore, oltre che nelle norme specifiche, è riconosciuta dalla Costituzione italiana (art. 2 – diritto alla paternità dell'opera – art. 21 – libera espressione del pensiero in ogni forma – art. 41 - libertà di iniziativa economica) e da quella americana (dove è sancita la promozione della conoscenza quale bene pubblico primario e quella del progresso scientifico e tecnologico limitata nel tempo). Il diritto di autore va temperato con il diritto di accesso alla conoscenza e la tutela delle libertà fondamentali delle persone fisiche (affermati espressamente dalla Direttiva 140/2009/CE, il cui art. 1, lett.b, prevede che i provvedimenti legislativi e regolamentari in materia di accesso ai servizi di comunicazione elettronica devono rispettare la libertà ed i diritti fondamentali delle persone fisiche), con il diritto di accesso a Internet (sancito dal considerando 4 della Direttiva 140/2009/CE, secondo cui Internet è essenziale per l'istruzione e l'esercizio pratico della libertà di accesso all'informazione), nonché con la tutela della Privacy dei cittadini, assicurata dalle direttive in materia e dalle singole disposizioni nazionali.

Sul piano della normativa di settore, in conseguenza della rivoluzione digitale, Stati Uniti ed Unione Europea hanno aggiornato la disciplina, adattandola alle nuove tecnologie. Ciò anche attraverso accordi internazionali (WIPO, ACTA) e l'armonizzazione del quadro normativo europeo. La tendenza evolutiva è stata caratterizzata dall'inserimento di nuove opere nel novero di quelle protette (ad es. i software), dal rafforzamento dei diritti di esclusiva ed, in alcuni casi, dal restringimento delle prerogative riservate agli utenti.

Il quadro giuridico della tutela del diritto di autore su mezzi digitali attiene così ai titolari dei diritti sulle opere di autore, i soggetti che le utilizzano, legalmente o illegalmente, su Internet, gli Internet Service Provider ("ISP") ed i Content Provider, le collecting societies, le autorità giudiziarie ed amministrative.

Come detto, gli interessi relativi alla tutela delle opere, accesso alla conoscenza, accesso ad Internet e tutela della privacy vanno armonizzati e tale sforzo è stato svolto dai legislatori comunitari.

L'art. 1, comma 3 bis, della Direttiva Quadro (n. 140/2009/CE) stabilisce in maniera definitiva e vincolante che qualunque provvedimento di restrizione o limitazione dell'accesso ad Internet può essere imposto solo se appropriato, proporzionato e necessario nel contesto di una società democratica, nell'ambito di procedure giudiziarie, con presunzione di innocenza ed il diritto degli utenti ad essere ascoltati, ed in ogni caso salvaguardando la privacy dei medesimi.

A tale articolo fa da contraltare l'art. 1, comma 3, della Direttiva n. 136/2009/CE, relativa ai diritti degli utenti in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica, secondo il quale, pur non prescrivendosi né vietandosi condizioni imposte dai fornitori di servizi di comunicazione elettronica atte a limitare l'accesso e/o l'utilizzo di servizi e applicazioni da parte degli utenti finali, ove consentito dalla legislazione nazionale e in conformità del diritto comunitario, si prevede tuttavia un obbligo di fornire informazioni in ordine a tali condizioni. Tale norma è importante perché fornisce

direttamente ai fornitori dei servizi, gli ISP, gli strumenti contrattuali per limitare l'accesso ai servizi offerti, seppure nel quadro di tutela sopra detto.

Le direttive citate hanno ribadito le garanzie in favore degli utenti finali, in ogni caso in armonia con la Direttiva 2000/31/CE in materia di commercio elettronico, la Direttiva 2001/21/CE sull'armonizzazione di alcuni aspetti del diritto di autore e diritti connessi alla società dell'informazione, la Direttiva 2001/29/CE sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto di autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione e la Direttiva 2004/48/CE ("Direttiva Enforcement") sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale che ha completato il piano sanzionatorio delle condotte in violazione degli stessi diritti di proprietà industriale. Tutte le citate direttive sono state recepite in Italia con atti normativi interni.

5) LE RESPONSABILITA' NELLA FILIERA DI INTERNET

I comportamenti illeciti sulla rete sono di vario genere: diffamazione, violazione della riservatezza, pubblicità ingannevole, violazione della tutela dei marchi, violazione del diritto di autore. In assenza di uno strumento normativo organico, la moltiplicazione delle violazioni commesse su Internet rende complessa l'individuazione dei criteri di attribuzione delle relative responsabilità. Per i fini che si trattano, soccorre parzialmente la direttiva n. 2000/31/CE in materia di commercio elettronico e la sua norma di attuazione interna, costituita dal D. Lgs. 9 aprile 2003 n. 70. Il decreto sembra stabilire la catena del valore di internet, individuando:

- a) Il "consumatore" che è la persona fisica che agisce su Internet con finalità non commerciali, imprenditoriali o professionali;
- b) Il "destinatario del servizio" che è il soggetto che a scopi professionali e non utilizza i servizi Internet;
- c) Il "prestatore di servizi" che è il soggetto giuridico che offre servizi della società della informazione, anche con una stabile organizzazione (gli ISP).

Vi è poi da inquadrare il "content provider", che è qualificabile come il soggetto che nell'interesse proprio o altrui carica sul server informazioni e contenuti. In mancanza di specifiche disposizioni nella Direttiva 2000/31/CE, per essi la giurisprudenza ha sancito la responsabilità inquadrandola nell'alveo di quella che grava su chiunque per fatto proprio. In tal senso, il content provider potrebbe rispondere direttamente per gli illeciti perpetrati attraverso la diffusione dei contenuti.

Ai fini che interessano, il principio cardine del D.Lgs. n. 70 del 2003, contenuto nel suo art.17, è l'assenza dell'obbligo generale di sorveglianza degli ISP, che in ogni caso sono tenuti a (A) informare l'autorità giudiziaria o quella amministrativa di vigilanza quando a conoscenza di attività illecite che riguardano un proprio cliente, (B) fornire, su richiesta delle autorità competenti, le informazioni relative al destinatario dei suoi servizi con cui ha accordi di memorizzazione dei dati al fine di individuare le attività illecite, disponendo che (C) il prestatore è civilmente responsabile nel caso in cui, se richiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa di vigilanza, non ha agito per

impedire l'accesso illegittimo ad un contenuto protetto o, se avendo noto il carattere illecito o pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio al quale assicura l'accesso, non ha provveduto ad informarne l'autorità competente. E' stato così escluso, in linea col dettato della Direttiva sul commercio elettronico, un regime di responsabilità oggettiva a carico dei prestatori dei servizi.

Il D.Lgs n. 70/2003, agli artt. 14, 15 e 16, distingue tre attività dei prestatori del servizio:

- Attività di semplice trasporto ("*mere conduit*"), per cui il prestatore non è responsabile delle informazioni trasmesse a meno che (A) non dia origine alla trasmissione, (B) non selezioni il destinatario della trasmissione e (C) non selezioni, né modifichi le informazioni trasmesse. Le attività di mere conduit comprendono la memorizzazione automatica, intermedia e transitoria, delle informazioni trasmesse, a condizione che essa serva alla trasmissione delle informazioni sulla rete e che la sua durata non ecceda il tempo necessario a tale scopo.
- Attività di memorizzazione temporanea ("*caching*") svolta dal provider, con esclusione di responsabilità nei casi in cui lo stesso (A) non modifichi le informazioni memorizzate, (B) si conformi alle condizioni di accesso alle informazioni, (C) si conformi alle regole di aggiornamento delle informazioni indicate nei metodi riconosciuti ed utilizzati dalle imprese del settore, (D) non interferisca con l'uso lecito della tecnologia utilizzata per ottenere dati sull'impiego delle informazioni, (E) agisca prontamente per rimuovere le informazioni che ha memorizzato, o ne neghi l'accesso, quando viene a conoscenza che le informazioni sono state rimosse dalla rete, o che l'accesso delle informazioni è stato disabilitato, o quando un organo giurisdizionale o amministrativo disponga per la rimozione dei contenuti memorizzati o la disabilitazione del loro accesso.
- Attività di memorizzazione delle informazioni fornite da un destinatario del servizio ("*hosting*"), per cui la responsabilità del provider è esclusa a condizione che lo stesso (A) non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'informazione o l'attività è illecita e, in caso di azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione; (B) non appena a conoscenza di tali fatti agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitare l'accesso in seguito alla relativa comunicazione delle autorità competenti.

Al di là della disposizioni specifiche in materia di commercio elettronico, può in linea di principio farsi risalire la responsabilità dell'ISP anche in base all'applicazione dell'art. 2043 del codice civile (Risarcimento per fatti illeciti), laddove l'ISP sia l'autore dell'illecito; dell'art. 2055 c.c. (Responsabilità solidale) se l'ISP ha una responsabilità concorsuale nell'illecito; dell'art. 2049 c.c. (Responsabilità dei committenti) nel caso in cui l'ISP ha agito con negligenza non avendo attuato gli opportuni controlli per impedire lo svolgimento dell'illecito.

Infine, non può tacersi degli “utenti” (che possono rientrare nella definizione di consumatore di cui al D. Lgs. n. 70/2003), cui sono dedicati norme specifiche della Legge sul diritto di autore (“LdA”).

Al riguardo, è stato rafforzato, con più interventi normativi, l'apparato sanzionatorio. In particolare, gli articoli 171 e 171 bis della LdA individuano le condotte che danno luogo alla responsabilità penale ed amministrativa dell'utente.

L'art. 171, comma 1, lett. a bis, prevede la responsabilità per chiunque metta a disposizione del pubblico, immettendola nel sistema di reti telematiche, mediante connessioni di ogni genere, un'opera protetta dal diritto di autore, o parte di essa.

Misura più grave è quella di cui all'art. 171-ter, comma 2, lett. a-bis, che prevede che è punito con la reclusione chiunque che per fini di lucro comunichi al pubblico, immettendola in un sistema di reti telematiche, mediante connessioni di qualsiasi genere, un'opera dell'ingegno protetta dal diritto di autore, o parte di essa.

Si ritiene che il doppio livello di sanzione sia relativo alla differente condotta, da una parte, degli utenti-consumatori che esercitano la loro attività indipendentemente da fini professionali e lavorativi, e, dall'altra, i content provider che a fini di lucro immettono illecitamente contenuti protetti nei sistemi di reti telematiche.

6) DUE CASI GIURISPRUDENZIALI

In ordine all'applicazione delle norme prescritte dal D.Lgs. 70/2003, vi è una serie di decisioni giudiziarie molto interessanti (Peppermint, Pirate Bay), di cui, anche per la loro notorietà, si analizzano brevemente quelle relative ai casi FAPAV (decisa il 14 aprile scorso) e MEDIASET/YOU TUBE, rese entrambe del Tribunale di Roma.

Circa il caso FAPAV, quest'ultima, che rappresenta le aziende dell'audiovisivo, aveva agito contro Telecom Italia con un ricorso ex artt. 156³ e 163⁴ della LdA a tutela del diritto di autore delle proprie associate, lamentando, sulla base di alcune ricerche commissionate sulla diffusione illecita su internet di opere audiovisive, che in circa sei mesi, per soli nove film, si erano registrati un paio di milioni di accessi illeciti, la gran parte dei quali avvenuta tramite connessioni offerte da Telecom ai propri clienti. Pertanto, FAPAV aveva notificato a Telecom una diffida richiedendo di porre in essere le misure utili alla cessazione dell'abuso, tramite il blocco ai propri clienti dell'accesso ai siti riportanti i file abusivi e la comunicazione alle autorità di P.S. dei dati idonei a consentire l'adozione delle misure di competenza di queste ultime. Telecom ha dato riscontro negativo alla diffida.

³L'art. 156 LdA, facendo salve le disposizioni del D.Lgs. n. 70 del 2003, prevede che chi ha ragione di temere la violazione di un diritto di utilizzazione economica a lui spettante oppure intende impedire la continuazione o la ripetizione di una violazione già avvenuta sia da parte dell'autore della violazione che di un intermediario i cui servizi sono utilizzati per tale violazione può agire in giudizio per ottenere che il suo diritto sia accertato e sia vietato il proseguimento della violazione.

⁴ Art. 163 LdA: “Il titolare di un diritto di utilizzazione economica può chiedere che sia disposta l'inibitoria di qualsiasi attività che costituisca violazione del diritto stesso, secondo le norme del codice di procedura civile concernenti i procedimenti cautelari”.

FAPAV, in via urgente, ha chiesto al Giudice di ordinare a Telecom di:

- 1) comunicare alle autorità di P.S. tutti i dati idonei alla repressione delle condotte in violazione degli artt. 171 e segg. della LdA (difese e sanzioni penali);
- 2) adottare ogni misura per impedire o ostacolare l'accesso dei clienti ai siti in questione;
- 3) informare i propri clienti in ordine alla natura illecita delle condotte contestate, evidenziando che le stesse sono contrattualmente vietate e che la loro prosecuzione può dar luogo alla risoluzione dello stesso contratto.

La questione oggetto del giudizio era molto delicata, in ragione dei ricordati principi generali in ordine al diritto e libertà di accesso ad internet ed alla tutela della privacy.

La tesi principale della difesa di Telecom Italia è stata incentrata anzitutto sulla negazione di ogni legame contrattuale o di altro tipo con i titolari dei siti su cui passavano i contenuti illegali. Telecom Italia ha difatti configurato la sua attività come “mere conduit” o di mero trasportatore dell'informazione, sostenendo il carattere neutro e passivo del servizio da essa prestato, in ogni caso estraneo alla creazione ed al controllo delle informazioni trasmesse per il suo tramite. Telecom Italia ha anche sostenuto che la memorizzazione temporanea dei file asseritamente abusivi era automatica, essendo del tutto strumentale, anche cronologicamente, al processo di trasmissione. Essendo infine Telecom Italia un mero trasportatore, non si realizzava alcuna attività di caching, hosting o di content provider, sì che la disciplina applicabile fosse esclusivamente quella di cui all'art. 14 del D. Lgs. n. 70/2003 con l'esonero di ogni responsabilità a suo carico.

Il Giudice ha dato quasi integralmente ragione a Telecom Italia. Il Tribunale di Roma ha anzitutto limitato il quadro di riferimento agli artt. 14 e 17 del D.Lgs. n. 70/03, avendo riconosciuto l'attività di Telecom come “mere conduit”. Telecom Italia, oltre la diffida di FAPAV, non aveva peraltro ricevuto, secondo l'art. 14 – comma 3- del suddetto decreto, nessun ordine da parte dell'autorità giudiziaria volto ad impedire le violazioni commesse dagli utenti, né aveva ricevuto dall'autorità giudiziaria o amministrativa di vigilanza alcuna richiesta di informazioni al fine di individuare e prevenire le attività illecite, come voluto dall'art. 17 del D. Lgs. n. 70/2003.

L'unica violazione che è stata ascritta a Telecom Italia è stata quella del mancato rispetto dell'obbligo di informare senza indugio l'autorità giudiziaria (o amministrativa con funzioni di vigilanza) circa le informazioni ricevute per tramite della diffida di FAPAV, secondo l'art. 17 del citato D. Lgs. Secondo il giudice, tali informazioni erano sufficientemente fondate e circostanziate, sì che incombeva su Telecom Italia l'onere di trasmetterle all'autorità competente per i provvedimenti dovuti.

Un passaggio fondamentale dell'ordinanza del Tribunale di Roma ha posto chiaramente il principio che in presenza della sola informazione ricevuta attraverso la diffida di FAPAV, Telecom Italia non solo non avrebbe dovuto, ma nemmeno avrebbe

potuto interrompere il servizio, non essendo responsabile delle informazioni trasmesse ed essendo contrattualmente obbligata alla prestazione.

Questa decisione è stata salutata con favore dal mondo degli ISP, e paradossalmente, anche da FAPAV che in un suo comunicato stampa si è rallegrata della decisione che, a suo dire, segna un primo e significativo passo verso un effettivo contrasto al devastante fenomeno della pirateria audiovisiva. Mentre la SIAE, commentando la stessa ordinanza più realisticamente, ha auspicato che al più presto vengano adottati nuovi strumenti, anche su base amministrativa e contrattuale, tali da consentire la più ampia diffusione delle opere e della cultura, salvaguardando in pari tempo il diritto degli autori.

In relazione al caso MEDIASET/YOU TUBE, RTI ha addotto che il 26 e 27 ottobre 2009 erano stati visionati circa un milione di filmati tratti dal reality Grande Fratello n. 10, programma di cui è titolare esclusivo nel nostro territorio dei diritti di sfruttamento economico e che tale attività, che si svolgeva attraverso YOU TUBE, realizzava un grave illecito anche di carattere penale ed esponeva RTI a danni gravi ed irreparabili per il rischio di perdere quote di mercato a causa della mancata visione di tale programma sulle proprie utenze pay tv. Lamentava RTI la palese violazione della normativa in materia di diritto di autore, segnatamente dell'art. 79 della LdA (diritti connessi relativi all'emissione radiofonica e televisiva), ritenendo che non potessero invocarsi le esimenti volute dagli artt. 65 e 70 della LdA che prevedono la legittima diffusione di estratti dei materiali protetti per garantire il diritto di cronaca o a fini di critica o discussione. RTI richiedeva quindi, in via urgente, un provvedimento inibitorio secondo gli artt. 156 e 163 della LdA, integrando inoltre la condotta di YOU TUBE la fattispecie penale di cui all'art. 171 ter della LdA.

YOU TUBE si è difesa sostenendo che vi era la carenza di giurisdizione essendo il servizio di hosting provider svolto negli USA ed in ogni caso che conducendo mera attività di hosting provider non fosse responsabile delle informazioni memorizzate su richiesta di un destinatario del servizio, né assoggettata ad un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni trasmesse o di ricercare fatti e circostanze relativi ad attività illecite. Né, secondo YOU TUBE, poteva imporsi un'attività di controllo preventivo ed accertamento della massa dei contenuti immessi in rete, per cui l'ordine in tal senso eventualmente emesso dal giudice sarebbe stato ineseguibile e avrebbe paralizzato le attività di YOU TUBE a livello mondiale. YOU TUBE ha inoltre argomentato contro RTI sostenendo di avere responsabilizzato gli utenti sul rispetto dei diritti di terzi, impedito di caricare contenuti la cui durata si prolungasse oltre i dieci minuti, indicando procedure semplificate per segnalare gli illeciti e ha in ultimo palesato l'assenza di volontà transattiva di RTI. YOU TUBE, in maniera veramente spettacolare, ha richiesto di subordinare l'eventuale provvedimento inibitorio del Tribunale di Roma alla cauzione di 10 miliardi di euro per il bilanciamento degli interessi in gioco ed i gravissimi danni a sé arrecabili a seguito dell'eventuale assunzione dello stesso provvedimento.

Il Tribunale di Roma ha anzitutto ritenuto che trattandosi della violazione di diritti connessi ex art. 79 della LdA, con riferimento all'asserito difetto di giurisdizione, vige il principio del *locus commissi delicti* secondo l'art. 5.3 della Convenzione di Bruxelles, cioè del luogo dove è avvenuto l'evento dannoso e si sono verificati gli

effetti pregiudizievoli per il titolare dei diritti lesi: in linea con la giurisprudenza consolidata della Corte di Giustizia, il giudice ha affermato la propria competenza perché l'evento dannoso si è verificato in Italia e il soggetto danneggiato svolge la sua attività commerciale nel nostro Paese. Né alcun pregio ha assunto la circostanza che il materiale video è stato caricato nel data center di YOU TUBE negli Stati Uniti, in quanto la violazione dell'art. 79 della LdA si verifica con il semplice uploading del frammento audiovisivo e nel luogo in cui esso avviene, che coincide con quello in cui avviene il cosiddetto "*danno evento*": nel caso in questione, il territorio italiano, dato che RTI diffonde nel nostro territorio il programma attraverso la vendita delle tessere che ne consentono la visione.

La stessa Corte ha poi ritenuto, nel merito, che la condotta di YOU TUBE era palesemente e reiteratamente lesiva dei diritti di RTI, sì che non poteva sostenersi l'assoluta irresponsabilità del provider, che si limiterebbe a gestire i contenuti caricati dagli utenti in mancanza di un obbligo di controllare i contenuti illeciti e disabilitarne l'accesso. A tale conclusione, il Giudice è giunto anche dall'esame della documentazione prodotta in giudizio da YOU TUBE riguardante le regole stabilite dal provider circa l'esclusione dei contenuti pedopornografici, il diritto di verificare i contributi, la discrezionalità nell'interrompere il servizio in qualsiasi momento, nonché il diritto di risolvere il contratto con l'utente quando la fornitura non è più vantaggiosa dal punto di vista commerciale.

Quindi, il Giudice ha fatto riferimento al D.Lgs. n. 70/2003 ed alla relativa giurisprudenza, osservando che questa si orienta caso per caso sulle responsabilità del provider, il quale seppur non destinatario di un obbligo generale di sorveglianza sul contenuto, attraverso una verifica di tutti i dati trasmessi che si risolverebbe in una forma di responsabilità oggettiva, è tuttavia assoggettato a responsabilità quando non si limiti a fornire la connessione, ma eroghi servizi aggiuntivi (caching o hosting) e predisponga un controllo delle informazioni e quando, consapevole della presenza di materiale sospetto, si astenga dall'accertare l'illiceità e dal rimuoverlo od ometta di intervenire quando sia conscio dell'antigiuridicità del comportamento dei propri clienti.

Ricorrendo nel caso in esame tali presupposti e non riscontrandosi la validità delle eccezioni alla tutela di cui agli artt. 65 e 70 della LdA, il Giudice ha affermato la responsabilità di YOU TUBE ed ha ordinato l'immediata rimozione dai propri server e la conseguente disabilitazione dell'accesso di tutti i contenuti relativi al Grande Fratello, senza peraltro imporre la carissima cauzione richiesta da YOU TUBE.

Ciò detto, basta andare su YOU TUBE per vedere spezzoni del Grande Fratello, essendo le Parti verosimilmente addivenute ad un accordo sulla base di un regime di certezza giuridica.

I provvedimenti esaminati concludono in modo apparentemente opposto perché sono relativi a situazioni diverse; ma entrambe statuiscano, al di là della violazione delle norme contenute nella LdA, intorno alla responsabilità del prestatore dei servizi, che è il soggetto meglio identificabile nella suddetta catena del valore di Internet ed anche il più facilmente aggredibile in virtù della sua stabile organizzazione nel processo della diffusione di contenuti digitali e della normale capienza economica.

7) DISCIPLINE A CONFRONTO

Si propongono alcuni cenni in ordine agli impianti legislativi di Francia, Inghilterra e Stati Uniti.

La disciplina francese ha assunto grande notorietà, perché per prima ha introdotto nel territorio europeo un sistema sanzionatorio denominato come il metodo delle “*three strikes*”, ovvero il potere fornito ad un'autorità ad hoc (“*Hadopi*”) di inviare tre messaggi di avvertimento agli abbonati il cui accesso a Internet è stato utilizzato per scaricare illecitamente contenuti protetti per poi giungere, in prosieguo della condotta illegittima dell'utilizzatore, alla sanzione della sospensione dell'accesso a Internet. Tale legge, che il popolo di Internet, ha anche ribattezzato la “*Legge FNAC*” in ragione dei rapporti di amicizia tra il Presidente Sarkozy ed il proprietario della più grande catena europea dedicata alla vendita di prodotti audiovisivi, è stata al centro di un dibattito acceso al parlamento francese ed ha provocato l'intervento del Consiglio Costituzionale, che, con decisione del 10 giugno 2009, ha stabilito che detti poteri sanzionatori costituivano una restrizione del diritto della libertà di espressione che include la libertà di accesso ad Internet, e pertanto non affidabili ad un'autorità amministrativa. Il Consiglio Costituzionale ha difatti stabilito che solo l'autorità giudiziaria può limitare il diritto di accesso ad Internet. E' interessante la circostanza che il Consiglio Costituzionale francese, nella sua decisione, ha citato l'art. 11 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e dei cittadini del 1789, su cui si fonda l'attuale costituzione francese, secondo il quale “*tutti i cittadini hanno il diritto di parlare, scrivere e stampare liberamente, salvo a rispondere dell'abuso di tali libertà nei casi previsti dalla legge*”.

In seguito alla suddetta decisione è stata varata la legge Hadopi II che ha:

- 1) conferito le prerogative di polizia giudiziaria ai membri dell'Autorità, mettendoli in condizione di rilevare le infrazioni e raccogliere le osservazioni degli interessati;
- 2) ammesso il ricorso ad un procedimento semplificato dinanzi al giudice unico il quale potrà emettere provvedimenti penali;
- 3) inserito nel Codice della Proprietà Intellettuale una nuova norma che prevede, in caso di violazioni del diritto di autore su internet, la pena della sospensione del servizio di accesso per un anno con divieto di stipulare altro contratto con un ISP per il medesimo periodo; tale sospensione può essere irrogata in base al principio di proporzionalità e tenuto conto delle circostanze dell'illecito;
- 4) previsto che la stessa sanzione di sospensione, assunta dal giudice, venga portata a conoscenza dell'Autorità che provvede a notificarla all'ISP per l'effettiva sospensione del servizio.

Sul provvedimento normativo francese si sono svolte moltissime analisi: a parte il rispetto dei principi fondamentali che salvaguardano i diritti fondamentali dell'utente, si è in ogni caso osservato che il fenomeno della pirateria in Francia ha avuto una recrudescenza in seguito all'adozione della legge Hadopi II.

Il modello inglese

Diversamente dalla maggior parte degli Stati Membri UE e dagli USA, il diritto britannico non prevede l'eccezione della tutela per la copia privata. Di conseguenza, nelle pratiche di file sharing, sia la messa a disposizione del pubblico, sia il download dei contenuti risultano automaticamente nella violazione del copyright per il solo fatto di aver generato una copia dell'opera nella memoria del computer. D'altra parte, la legislazione britannica prevede la punibilità delle condotte illecite quando queste sono svolte con fini di lucro o se la gravità della violazione arrechi un danno tangibile al titolare del copyright e comunque in presenza di dolo.

In materia di file sharing la legislazione britannica qualifica come fattispecie criminosa solo l'upload su larga scala di materiale protetto ed afferma il principio secondo cui l'ignoranza circa l'illiceità della condotta possa essere un esimente.

In ordine agli ISP, è previsto un regime di responsabilità indiretta a carico dei soggetti che rendono materialmente possibile la violazione del copyright. La condizione posta dalla legge perché si affermi la responsabilità dell'ISP è che questi fosse a conoscenza o tenuto a conoscere della violazione, con onere della prova posta a carico del danneggiato, che, in assenza di presunzioni ex lege a carico dell'ISP circa la conoscibilità dell'illecito, rende di difficile applicazione tale norma.

Il suddetto quadro appariva in qualche misura contraddittorio ed il Governo inglese, al fine di adottare il nuovo "*Digital Economy Act*", ha aperto un dibattito sulle riforme da adottare per arginare il fenomeno della pirateria on line. Due sono stati i documenti di riferimento a tal fine: il "*Gowers Review of intellectual property*" ed il piano "*Digital Britain*".

Il primo documento ha tra l'altro promosso le intese volontarie tra gli ISP ed i titolari del copyright per contrastare la pirateria on-line e, in caso di fallimento, la proposta che il Governo intervenga con specifiche misure normative.

Il piano Digital Britain ha previsto, a fianco delle misure punitive sugli utenti, un interessante sistema di *soft law*, volto a promuovere la formazione di mercati efficienti per l'accesso ai contenuti mediante sistemi di download autorizzati, a seguito della definizione di accordi commerciali tra i titolari di diritti, le *collecting societies* e gli ISP, anche attraverso la messa a disposizione del pubblico di piattaforme di erogazione di servizi di alta qualità. Sono state poi proposte campagne di informazione e comunicazione al pubblico, con messaggi semplici, mirati ed accattivanti, per alfabetizzare gli utilizzatori in merito al rispetto del copyright.

Allo stesso tempo, il piano Digital Britain ha previsto la cooperazione di Ofcom per l'assunzione di strumenti di regolamentazione nei confronti degli ISP, essenzialmente basati sulla "*notification obligation*" e sulla "*serious infringement obligation*".

Con la prima, si fa carico agli ISP di notificare, su richiesta dei titolari del copyright di cui si afferma la violazione, agli utilizzatori, previamente informati dell'attività di sorveglianza svolta dall'ISP, che il loro account risulta essere utilizzato per veicolare illecitamente contenuti protetti.

Con la seconda, è dato modo agli ISP di conservare dati anonimi in ordini ai titolari di account che abbiano ricevuto un elevato numero di notifiche, mettendoli a disposizione dei titolari del copyright per l'identificazione degli indirizzi IP associati. In ogni caso, tali dati, utilizzabili in giudizio dai titolari del copyright, potranno essere rivelati solo su ordine del giudice.

L'adozione di provvedimenti inibitori a carico degli ISP è stata prevista come *extrema ratio*, essendosi previsto un modello di regolazione gradualistica, mentre ad Ofcom è data facoltà di definire obblighi regolamentari a carico degli ISP per l'adozione di misure di promozione tecnica nei casi in cui gli strumenti sopra visti si mostrassero inefficaci.

Nel piano Digital Britain è stato in ogni caso escluso l'obbligo degli ISP di operare un controllo generalizzato sui propri clienti e, a differenza dell'esempio francese che ha costituito un organismo ad hoc, si prevede l'adozione di un codice di autoregolamentazione ("*code of practice*") basato sull'intesa tra i players del mercato.

Tutti i principi sopra detti sono stati incorporati nel Digital Economy Act, adottato lo scorso aprile, che ha inoltre fornito la facoltà al "*Secretary of State*", su segnalazione di OFCOM, di introdurre gli strumenti regolatori affinché i titolari dei diritti violati possano ottenere un provvedimento atto ad impedire l'accesso ai siti internet su cui sono diffusi illegalmente i contenuti protetti. Tale facoltà è stata sospesa per i primi 12 mesi di applicazione della legge per dar modo di informare il pubblico dei consumatori delle misure introdotte.

Relativamente alla *notification obligation*, secondo il Prof. Micael Geeist, giurista canadese tra i massimi esperti di diritto su Internet, il sistema delle notifiche multiple è estremamente costoso e se fosse posto a esclusivo carico degli ISP produrrebbe effetti negativi anche dal punto di vista concorrenziale: è stato difatti calcolato che ogni notifica costerebbe circa 11 dollari per un provider di grandi dimensioni, per balzare a 30 dollari per quelli di dimensione media o piccola.

Il modello americano

Con l'adozione del Digital Millenium Act, gli USA sono stati il primo paese al mondo a realizzare un quadro normativo relativo alla circolazione digitale delle opere di autore. Si sostiene che tale normativa è stata scritta sotto l'indirizzo della lobby dei copyright lawyers (più che degli stessi titolari dei contenuti), sì che il testo sia di difficile lettura ed interpretazione e scarsamente comprensibile dal pubblico degli utilizzatori.

La normativa così realizzata costituisce un sistema uniforme che, a differenza di quella comunitaria per cui gli Stati membri sono singolarmente demandati ad adottare misure adeguate a tutelare il diritto di autore, sancisce un divieto generalizzato della commercializzazione ed utilizzo di tecnologie che abbiano la finalità di elusione o limitazione degli accorgimenti di protezione delle opere digitali. Il sistema dà però luogo ad incertezze perché non è di immediata facilità stabilire quando un determinato apparato è utilizzabile per esclusivi fini illeciti.

Circa le responsabilità degli ISP, la giurisprudenza americana ha fissato due forme di responsabilità del provider: una responsabilità diretta per fatto proprio (assimilabile all'art. 2043 del codice civile) ed una indiretta relativa ai compiti di sorveglianza da parte di un soggetto che dispone di un potere di controllo sull'attività posta in essere dall'autore della violazione del copyright ("*vicarious liability*"), fondato sul rapporto giuridico tra l'ISP (controllante) ed il suo cliente (controllato) attraverso il quale si genera il ritorno economico dell'ISP.

Un terzo tipo di responsabilità sussiste quando l'ISP tiene un comportamento colposo che si fonda sulla sua inattività allorché gli sia nota o sia prevedibile l'attività del cliente in violazione del copyright, contribuendo così all'illecito ("*contributory infringement*").

Il Digital Millenium Copyright Act ha incorporato i menzionati principi giurisprudenziali e fatta propria la teoria del *contributory infringement* sancendo i suddetti livelli di responsabilità degli ISP ed ha nel contempo adottato una soluzione di compromesso che limita l'azionabilità delle pretese degli autori nei confronti degli ISP per le condotte illecite degli utenti, denominato sistema di "*safe harbour*". A fronte della misura di *safe harbour* è fatto obbligo agli ISP di adottare misure ragionevoli al fine di contrastare attivamente le violazioni, compresa un'adeguata politica di rescissione dei contratti con gli utenti responsabili di gravi illeciti ed una procedura di notifica e ritiro ("*notice and takedown*") dei materiali abusivi.

Resta in ogni caso ferma la responsabilità dell'autore delle violazioni nei confronti degli ISP per i danni ad essi cagionati.

8) LE PROPOSTE DEI SOGGETTI ISTITUZIONALI

La SIAE, pur esprimendo riserve sulle misure francesi e inglesi, ha proposto informalmente di far pagare agli ISP un importo commisurato alla quantità di opere di autore cliccate e scaricate. Lo stesso importo verrebbe raccolto dalle società collettive, ovvero la SIAE stessa per il diritto di autore e SCF per i diritti connessi dei produttori fonografici.

Questa proposta non sembra possa essere accolta con favore da parte dell'industria ICT, tenuto anche conto del contenuto del decreto del Ministero per i Beni e le Attività Culturali del 30 dicembre, 2009, con il quale sono stati fissati i compensi a favore degli autori per l'effettuazione della copia privata attraverso apparecchi di registrazione. Il riconoscimento di tale compenso agli autori ristora il pregiudizio economico da essi subito a causa dell'effettuazione di una copia ad uso personale, senza fini di lucro e senza fini commerciali, ammessa dall'art. 71, sexies, della LdA.

Il compenso, secondo l'art. 71 septies della LdA, va pagato attraverso una quota del prezzo di vendita degli apparecchi monofunzionali; per gli apparecchi polifunzionali sulla base di una quota del prezzo della componente interna destinata alla registrazione e se tale determinazione non fosse possibile di un importo fisso per apparecchio; per i supporti audio e video con una somma commisurata alla capacità di registrazione di detti supporti; per i sistemi di videoregistrazione da remoto il compenso viene pagato

dal prestatore del servizio sulla base dei profitti da esso realizzati attraverso l'erogazione di tali servizi.

Il DM sembra aver sganciato il presupposto del ristoro dal pregiudizio subito dal titolare dei contenuti a seguito della effettuazione della copia privata, estendendo arbitrariamente l'equo compenso ai prodotti ibridi, ovvero ad apparecchi, come telefonini, decoder, game console e personal computer, che possono residualmente essere usati per registrare. Il DM ha per esempio fissato un compenso per gli autori pari a 90 cents per ogni telefono cellulare venduto, non tenendo conto del carattere puramente accessorio ed occasionale delle funzionalità di registrazione di tali apparati. Con ciò capovolgendosi il principio del carattere polifunzionale dell'apparato, che deve anzitutto consistere nelle attività di registrazione e quindi possedere funzioni secondarie ad esso associate. I rappresentanti dell'industria ICT hanno quindi contestato il metodo della fissazione dell'equo compenso commisurato alla capacità delle memorie, anch'esso esteso ad apparecchi che contengono funzioni interne e quindi da far rientrare tra gli apparecchi polifunzionali, per cui il compenso, come detto, è basato su una quota del prezzo della stessa componente interna destinata alla registrazione.

Secondo l'industria dell'ICT, il provvedimento in questione sembra quindi essere stato assunto in danno dei consumatori che saranno tenuti a pagare somme superiori per l'acquisto di apparati di uso comune, finendo così ad essere di ostacolo anche alla ripresa del settore.

L'AGCOM, nel suo ruolo attivo nella tutela dei diritti di autore sancito dall'art. 182 bis della LdA, nell'indagine conoscitiva dello scorso febbraio, ha anzitutto rilevato il ruolo centrale degli ISP, in quanto soggetti detentori delle informazioni sul traffico generato dagli utenti.

Circa eventuali interventi regolatori tesi ad introdurre obblighi di monitoraggio e sorveglianza in capo agli ISP, l'AGCOM, in linea con il quadro comunitario e le decisioni giurisprudenziali, ha sostenuto che tali obblighi possono essere imposti in una logica di bilanciamento con il diritto della tutela dei dati personali degli utenti ed in base ai principi di:

- a) adeguatezza rispetto alle finalità dell'intervento, attraverso opportune analisi ex ante volte a stabilire l'efficacia delle misure a carico degli ISP;
- b) necessità, ovvero le restrizioni imposte non devono essere superiori alla necessità di assicurare la tutela del diritto di autori;
- c) proporzionalità, per evitare il rischio di un eccessivo sacrificio degli interessi in conflitto e in ogni caso a seguito di procedure gradualistiche;
- d) tali misure devono essere conoscibili dagli utenti, attraverso l'indicazione delle stesse nelle condizioni generali di contratto e la pubblicazione sul sito dell'AGCOM.

L'AGCOM ha inoltre espresso l'auspicio per l'apertura di un dibattito circa i provvedimenti da assumersi per migliorare il sistema, tra cui sono citate misure di fiscalità generale (sulla scia della remunerazione dei titolari dei diritti per i prestiti da parte delle biblioteche e discoteche dello Stato) o una tassa di scopo destinata a

riconoscere un equo compenso ai titolari dei diritti per le opere rese accessibili sulle piattaforme digitali per fini non commerciali.

Altra misura indicata, forse più realistica, configura l’acquisto da parte dei clienti di account muniti di licenza in cambio di un aumento delle tariffe normalmente applicate dagli ISP per la fornitura del “salvacondotto” nella fruizione dei contenuti on line.

In alternativa a tale sistema, può essere oggetto di analisi un incremento tariffario generalizzato, sul modello delle licenze estese per le emittenti radiofoniche, con cui finanziare un apposito fondo in favore degli autori. Ciò sarebbe percorribile solo con l’introduzione, se tecnicamente possibile, di un obbligo di offerta, in capo agli ISP, di connessioni standard che non consentano il traffico peer-to-peer e/o il file sharing, ovviamente a costi minori per i consumatori.

L’AGCOM, tra gli altri metodi, ha posto l’accento sulla licenza collettiva estesa, in virtù della quale gli enti di gestione collettiva negoziano per conto degli aventi diritto la licenza con gli operatori che veicolano i contenuti digitali, dietro il pagamento di un corrispettivo da ripartirsi tra gli ISP. Detto sistema ha il vantaggio della volontarietà, ma può avere difficoltà applicative in assenza del coordinamento tra i provider.

Infine l’AGCOM ha suggerito di valutare la predisposizione di una procedura di *notice and takedown* a carico degli ISP come dal modello americano.

10) L’EDUCAZIONE DELL’UTENTE CONSUMATORE

Nonostante le considerazioni contrarie di alcune delle organizzazioni che raggruppano i produttori di contenuti (IFPI in testa), il processo di illustrazione del sistema di tutela delle opere di autore su internet è molto importante.

Lo ha spiegato bene la Prof. Jessica Litman, apprezzata studiosa del settore, in una sua pubblicazione americana⁵. Litman sostiene che non è realistico attendersi la consapevolezza ed il rispetto di norme pensate per i player più grandi del mercato per via del semplice annuncio agli utenti-consumatori per cui gli stessi si devono attenere a tali regole.

Litman ha suggerito che la normativa debba essere riconsiderata come facente parte di un patto tra titolari dei contenuti e loro utilizzatori, costruendo, nel suo volume, un dialogo immaginario tra il pubblico degli utilizzatori ed il proprio avvocato che lo assiste nella stipula di tale patto.

Ecco il testo di tale conversazione ipotetica tra il consumatore (“*client*”) ed il proprio avvocato, come riportato nel suo testo:

“Client: *So, what do you think? Should I sign it? It is a good deal?*

Lawyer: *It depends. What sort of bargain do you want?*

⁵ “Digital Copyright”, pubblicato nel 2001 da Prometheus Books di New York.

Client: *Look; I'm not out to get something for nothing. I understand that authors won't write stuff if they can't get paid: I want them to make new works and I'm willing to pay them to do so. I want to encourage authors to write as many works as they can. As for me, I want to be able to read, see, hear, or download any work in captivity, and pay appropriate royalties for doing so. Will this proposal let me do that?*

Lawyer: *Look. I think the copyright concept is a good one, but I'm not happy with the details. There are a bunch of places where I think the language is unfortunate, and not in your long-term best interest. Let me take it home and see if I can draft up a counter-proposal that'll meet your needs, here.*

Client: *Gee. That's great: that's what I hoped you'd say. But, this time, when you're writing it up, could you make it real short? I don't read so fast, and this is important to me: I want to understand what it says".*

Tale approccio è certamente auspicabile e potrebbe contribuire al contemperamento dei diversi interessi di cui è fatta rapida descrizione nel presente intervento, anche attraverso la piena consapevolezza della ratio della normativa posta a tutela del diritto di autore.