

Il nuovo regolamento AGCOM in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica

Contenuti

1. L'iter dei procedimenti amministrativi: tratti comuni
2. Il procedimento per le violazioni commesse via Internet: tratti distintivi
3. Il procedimento per le violazioni commesse sui servizi di media: tratti distintivi
4. I dubbi sollevati dal Regolamento

Dopo un iter di approvazione che ha visto il succedersi di svariati progetti di regolamento e procedure di consultazione (di cui ultima quella relativa al progetto n. 425/13/CONS del 25 luglio 2013, il "Progetto"), l'AGCOM ha finalmente adottato, il 12 dicembre 2013, il nuovo regolamento sui procedimenti amministrativi (dinanzi a sé) in materia di violazioni di diritti d'autore e connessi sulle reti di comunicazione elettronica (in dichiarata attuazione degli artt. 14, 15 e 16 d.lgs. n. 70/2003 sul commercio elettronico quanto alle violazioni commesse via Internet, e dell'art. 32-bis d.lgs. n. 177/2005 e successive modificazioni o "Testo Unico sui servizi di media audiovisivi e radiofonici" quanto alle violazioni commesse attraverso detti servizi) (il "Regolamento").

Il Regolamento entrerà in vigore il 31 marzo 2014, e istituisce e disciplina due diversi procedimenti amministrativi dinanzi all'AGCOM volti all'accertamento e alla repressione delle violazioni di diritti d'autore e connessi a seconda che le stesse siano commesse attraverso i servizi dei cosiddetti ISP (o Internet Service Provider, contemplati dal d.lgs. n. 70/2003) o attraverso quelli dei fornitori di servizi di media audiovisivi e radiofonici (contemplati dal d.lgs. n. 177/2005).

I due procedimenti hanno caratteri comuni, e tratti distintivi.

I. L'iter dei procedimenti amministrativi: tratti comuni

Entrambi i procedimenti si snodano secondo un iter sostanzialmente analogo:

1. **segnalazione del "soggetto legittimato"**: il procedimento può essere avviato soltanto su segnalazione del c.d. "soggetto legittimato", definito come il "titolare o licenziatario" dei diritti d'autore e connessi che si assumono violati o l'"associazione di gestione collettiva" degli stessi diritti o ancora l'"associazione di categoria" cui il titolare o il licenziatario dei diritti anzidetti abbia conferito mandato. La segnalazione dovrà essere predisposta secondo il modello che sarà reso disponibile sul sito web dell'AGCOM, dovrà contenere tutte le informazioni essenziali (indicate ragionevolmente nel modello stesso) e dovrà essere supportata dalla documentazione comprovante la qualità del "soggetto legittimato";¹
2. **valutazione preliminare della segnalazione**: la Direzione servizi media dell'AGCOM (la "Direzione") verifica che la segnalazione rispetti tutti i requisiti formali anzidetti, e che rientri nell'ambito di applicazione del Regolamento, non sia manifestamente infondata e non sia pendente tra le stesse parti ed in relazione allo stesso oggetto un procedimento dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria ("AGO");
3. **archiviazione o istruttoria**: entro 7 giorni dalla ricezione della segnalazione, la Direzione (a) pronuncerà l'archiviazione del procedimento ove uno o più dei requisiti anzidetti difetti oppure il "soggetto legittimato" abbia nel frattempo investito della stessa vicenda l'AGO o ancora abbia ritirato la segnalazione, o (b) invierà comunicazione di avvio del procedimento ai "soggetti controinteressati" (v. *infra* parr. II e III), con ciò iniziando la fase istruttoria del procedimento;
4. **contro-deduzioni dei "soggetti controinteressati"**: entro 5 giorni dalla ricezione della comunicazione di avvio del procedimento, i "soggetti controinteressati" potranno trasmettere alla Direzione contro-deduzioni contenenti ogni elemento utile ai fini dell'accertamento della violazione;

¹ In realtà, per quanto riguarda le violazioni commesse sui servizi di media, il Regolamento pare non richiedere l'allegazione altresì della documentazione ora detta.

- 5. decisione:** non prima di 5 giorni dalla ricezione della comunicazione di avvio del procedimento da parte dei “soggetti controinteressati”, la Direzione trasmette gli atti del procedimento alla Commissione per i servizi e prodotti dell’AGCOM (la “**Commissione**”), proponendo (a) l’archiviazione del procedimento o (b) l’adozione dei provvedimenti repressivi del caso (v. *infra* parr. II e III). La Commissione, esaminati gli atti, pronuncerà a sua volta, entro 35 giorni dalla ricezione della segnalazione da parte della Direzione, (a) l’archiviazione del procedimento (ove non ritenga sussistente la violazione) oppure (b) i provvedimenti repressivi del caso, comunicandoli al “soggetto legittimato” e ai “soggetti controinteressati”;
- 6. inottemperanza:** qualora i soggetti destinatari dei provvedimenti eventualmente adottati dalla Commissione non ottemperino agli stessi nei termini indicati, l’AGCOM applicherà una sanzione amministrativa pecuniaria da un minimo di € 10.329,14 ad un massimo di € 258.228,45, e darà comunicazione dell’inottemperanza agli organi di polizia giudiziaria, che riferiranno al pubblico ministero affinché questi, ove ne sussistano i presupposti di legge, avvii l’eventuale procedimento penale.

II. Il procedimento per le violazioni commesse via Internet: tratti distintivi

Finalità

Qui il procedimento dinanzi ad AGCOM mira a reprimere non solo il caricamento di contenuti illeciti sulla rete Internet, ma anche la mera inserzione di *link* a tali contenuti o *torrent* degli stessi.

I “soggetti controinteressati”

“Soggetti controinteressati” sono qui anzitutto gli ISP che forniscono servizi di accesso o connessione (“*mere conduit*”) o memorizzazione non temporanea (“*hosting*”) finalizzati alla trasmissione di dati e/o contenuti di terzi (“*uploader*”) attraverso Internet; sembrano invece essere esclusi dall’ambito di applicazione del Regolamento gli ISP che forniscono servizi di memorizzazione temporanea (“*caching*”).

Possono essere inoltre “soggetti controinteressati”, ove rintracciabili, l’“*uploader*”, il gestore del sito Internet su cui sono presenti i contenuti illeciti e i relativi *link* e/o *torrent*, e il gestore della pagina Internet su cui i contenuti, *link* e/o *torrent* anzidetti sono presenti.

L’adeguamento spontaneo

Ciascuno dei “soggetti controinteressati” potrà evitare l’adozione dei provvedimenti repressivi da parte dell’AGCOM mediante la rimozione spontanea dei contenuti illeciti e degli eventuali relativi *link* e/o *torrent* prima che la Direzione trasmetta gli atti alla Commissione; nel qual caso la Direzione disporrà l’archiviazione del procedimento.

Abbreviazione dei termini

Se la Direzione ritiene che la segnalazione abbia ad oggetto violazioni che abbiano carattere massivo o comportino una grave lesione dei diritti d’autore e connessi, la stessa potrà disporre l’abbreviazione dei termini del procedimento (v. *supra*, par. I, punti 3, 4 e 5) e, in particolare, dei termini per l’adozione dei provvedimenti repressivi da parte della Commissione anche fino 12 giorni dalla ricezione della segnalazione.

I provvedimenti

Se ritiene sussistente la violazione segnalata, la Commissione potrà adottare i seguenti provvedimenti:

- (i) se il server che ospita il sito Internet su cui la violazione è commessa è ubicato nel territorio italiano, un ordine all’ISP che ha fornito i relativi servizi di *hosting* di rimozione dei contenuti illeciti e dei relativi *link* e/o *torrent*;
- (ii) se il server che ospita il sito Internet anzidetto è ubicato nel territorio italiano ma la violazione ha carattere massivo, un ordine allo stesso ISP di disabilitazione selettiva dell’accesso ai contenuti, *link* e/o *torrent* medesimi e di reindirizzamento automatico degli utenti ad altra pagina Internet redatta secondo le modalità indicate dalla Commissione con lo stesso provvedimento;
- (iii) se il server che ospita il sito Internet del caso non è ubicato nel territorio italiano, un ordine all’ISP che ha fornito i relativi servizi di *mere conduit* di disabilitazione dell’accesso al sito Internet medesimo e di reindirizzamento automatico degli utenti ad altra pagina Internet redatta secondo le modalità di cui sopra.

L'ISP dovrà ottemperare al provvedimento entro 3 giorni dalla comunicazione dello stesso da parte della Commissione, pena l'irrogazione della sanzione amministrativa pecuniaria e la trasmissione degli atti agli organi di polizia giudiziaria come già sopra indicato (v. *supra*, par. I, punto 6).

III. Il procedimento per le violazioni commesse sui servizi di media: tratti distintivi

Finalità

Qui il procedimento mira a reprimere la diffusione in modalità "lineare" e la messa a disposizione in modalità "non lineare" di contenuti audio e/o video in violazione di diritti d'autore e connessi da parte dei fornitori di servizi di media (audiovisivi o radiofonici).

I "soggetti controinteressati"

"Soggetto controinteressato" è qui anzitutto il fornitore di servizi di media stabilito in Italia che abbia diffuso o messo a disposizione contenuti audio e/o video in violazione di diritti d'autore e connessi.

Ove poi il fornitore anzidetto non sia stabilito in Italia ma sia ciononostante (i.e. perché si avvale di collegamenti terra-satellite o di capacità satellitare "di competenza italiana" ai sensi dell'art. 1-bis comma 4 del d.lgs. n. 177/2005 e successive modificazioni) soggetto alla giurisdizione italiana oppure soggetto alla giurisdizione di uno Stato extra-UE, "soggetti controinteressati" saranno coloro dei cui servizi o della cui piattaforma o infrastruttura il fornitore anzidetto si sia avvalso per veicolare i contenuti illeciti del caso (e dunque il fornitore dei relativi servizi di accesso condizionato, il fornitore dei relativi servizi interattivi, il relativo ISP e/o il relativo operatore di rete o di servizi).

L'adeguamento spontaneo

Diversamente dal procedimento per le violazioni commesse via Internet, qui non è previsto alcun meccanismo di adeguamento spontaneo (salvo soltanto quanto si dirà *infra*, *sub* punto (iii)), con riguardo alle violazioni commesse dai fornitori di servizi di media non stabiliti in Italia ma soggetti alla giurisdizione italiana o a quella di uno Stato extra-UE).

I provvedimenti

Se la violazione segnalata viene accertata, i provvedimenti adottabili, dalla Commissione o dalla Direzione a seconda del caso, saranno i seguenti:

- (i) in caso di diffusione in modalità "lineare" da parte di fornitore di servizi di media stabilito in Italia, una diffida da parte della Commissione dal trasmettere contenuti audio e/o video in violazione di diritti d'autore e connessi nell'ambito del proprio palinsesto;
- (ii) in caso di messa a disposizione in modalità "non lineare" da parte di fornitore di servizi di media stabilito in Italia, un ordine da parte della Commissione di rimozione dal proprio catalogo dei contenuti audio e/o video illeciti entro 3 giorni dalla comunicazione del provvedimento;
- (iii) in caso di diffusione o messa a disposizione, in modalità "lineare" o "non lineare", da parte di fornitore di servizi di media non stabilito in Italia ma soggetto alla giurisdizione italiana o di uno Stato extra-UE, un formale richiamo da parte della Direzione al fornitore dei servizi di accesso condizionato e/o dei servizi interattivi e/o all'ISP e/o ancora all'operatore di rete o di servizi (dei cui servizi o piattaforma o infrastruttura il fornitore di servizi di media si sia avvalso per la commissione dell'illecito) volto a far cessare la violazione di diritti d'autore e connessi del caso.

L'inottemperanza

L'inottemperanza ai provvedimenti adottati dalla Commissione nei casi sopra descritti ai punti (i) e (ii) avrà le conseguenze già descritte in via generale *supra*, *sub* par. I, punto 6; mentre l'inottemperanza ai provvedimenti adottati dalla Direzione nel caso sopra descritto al punto (iii) avrà come conseguenza l'adozione di un successivo ed ulteriore ordine, da parte della Commissione agli stessi soggetti, di adottare ogni misura necessaria per impedire la diffusione o la messa a disposizione al pubblico italiano dei palinsesti o dei cataloghi del fornitore dei

servizi di media che si sia avvalso dei loro servizi o piattaforma o infrastruttura per diffondere o mettere a disposizione i contenuti illeciti del caso. Questo successivo ed ulteriore ordine della Commissione dovrà essere adottato entro 70 giorni dalla ricezione della segnalazione da parte della Direzione; e in caso di sua inottemperanza, la sanzione amministrativa pecuniaria prevista andrà da un minimo di € 150 ad un massimo di € 150.000.

IV. I dubbi sollevati dal Regolamento

Il Regolamento fornisce senza dubbio uno strumento agile e veloce (non possiamo dire ancora quanto efficace) ai titolari e agli altri soggetti legittimati all'esercizio dei diritti d'autore e connessi nella tutela dei rispettivi contenuti sulle reti di comunicazione elettronica; ma solleva gli stessi problemi di carattere sistematico e generale già sollevati dal Progetto (del luglio 2013, e da quelli precedenti), nonché di nuovi.

La dubbia competenza dell'AGCOM ad adottare provvedimenti repressivi a tutela di diritti d'autore e connessi

È vero che il Regolamento non pregiudica la competenza (prevista per legge) dell'AGO in materia di violazione di diritti d'autore e connessi: in quanto l'esistenza di un procedimento giudiziario tra le stesse parti ed avente lo stesso oggetto, instaurato dal "soggetto legittimato" prima o dopo la trasmissione della segnalazione alla Direzione, comporta l'improcedibilità della segnalazione o rispettivamente l'archiviazione del procedimento amministrativo dinanzi all'AGCOM.

È anche vero tuttavia che anzitutto il Regolamento nulla dice per l'ipotesi in cui il procedimento davanti all'AGO tra gli stessi soggetti e per lo stesso oggetto venga instaurato, successivamente alla trasmissione della segnalazione alla Direzione, da uno o più dei "soggetti controinteressati" (che potrebbero certo avervi interesse, anche solo in funzione di accertamento preventivo) e non dal "soggetto legittimato"; e ad ogni buon conto appare difficile fondare sulle varie fonti di rango legislativo applicabili in materia una competenza, amministrativa e concorrente, dell'AGCOM ad accertare e reprimere violazioni di diritti d'autore e connessi, quand'anche commesse sulle reti di comunicazione elettronica. Una simile competenza potrebbe infatti sussistere solo ove espressamente prevista dalla legge; e non pare che una simile "previsione espressa" possa desumersi dal generale potere di vigilanza sulle violazioni di diritti d'autore e connessi attribuito all'AGCOM dalla l. n. 633/1941 (o legge sul diritto d'autore, art. 182-bis), né dal generale potere regolamentare attribuito all'AGCOM nel settore delle comunicazioni elettroniche dal d.lgs. n. 259/2003 (c.d. Codice delle Comunicazioni Elettroniche, art. 1), né ancora dal potere delle autorità amministrative aventi funzioni di vigilanza di disporre provvedimenti inibitori nei confronti degli ISP attribuito dal d.lgs. n. 70/2003 (artt. 14, 15 e 16), e nemmeno a ben vedere dal potere regolamentare riconosciuto all'AGCOM dal d.lgs. n. 177/2005 di rendere effettivo il rispetto dei diritti di d'autore e connessi da parte dei fornitori di servizi di media (art. 32-bis); salva forse soltanto una residuale competenza, amministrativa e concorrente, dell'AGCOM rispetto alle violazioni di diritti d'autore e connessi commesse dai fornitori di servizi di media non stabiliti in Italia ma ugualmente soggetti a giurisdizione italiana oppure a quella di uno Stato extra-UE: prevedendo qui espressamente l'art. 1-ter comma 8 del d.lgs. n. 177/2005 il potere dell'AGCOM di adottare provvedimenti repressivi.

Portata preventiva e generale di alcuni dei provvedimenti adottabili dall'AGCOM ai sensi del Regolamento

Alcuni dei provvedimenti adottabili dall'AGCOM ai sensi del Regolamento sembrano d'altro canto avere una finalità che va oltre quella della repressione della singola violazione accertata nel caso concreto e della sua prevenzione specifica per il futuro, e che pare estendersi sino a ricomprendere la prevenzione generale dalla commissione di qualsiasi possibile violazione dello stesso o di diverso tipo per il futuro indipendentemente dal suo/loro accertamento in concreto, così di fatto impedendo – anche in considerazione del fatto che l'adozione di questi provvedimenti prescinde da qualsivoglia elemento soggettivo dell'illecito – l'esercizio di un'attività economica (quella della trasmissione di contenuti tutelati dal diritto d'autore attraverso le reti di comunicazione elettronica) che non è certamente per sua natura finalizzata alla commissione di illeciti e che è d'altro canto da ritenersi costituzionalmente garantita al pari di qualsiasi altra attività dell'impresa culturale (v. ad esempio l'ordine generale di disabilitazione dell'accesso al sito Internet nei confronti dell'ISP o ancora la diffida generale dal trasmettere contenuti audio e/o video in violazione di diritti d'autore e connessi senz'altra specificazione nei confronti del fornitore di servizi di media stabilito in Italia).

Il presente documento viene consegnato esclusivamente per fini divulgativi.

Esso non costituisce riferimento alcuno per contratti e/o impegni di qualsiasi natura.

Per ogni ulteriore chiarimento o approfondimento Vi preghiamo di contattare:

Milano

Luca Rinaldi
Tel. +39 02 763741
lrinaldi@gop.it

Roma

Milano

Bologna

Padova

Torino

Abu Dhabi

Bruxelles

Londra

New York

www.gop.it

Mancato riconoscimento delle procedure auto-regolate di *notice and take-down*

Il Progetto del luglio 2013, prendendo atto di una chiara lacuna della direttiva n. 31/2000/CE e del relativo d.lgs. n. 70/2003 di attuazione sul commercio elettronico, opportunamente riconosceva come condizione di procedibilità del procedimento amministrativo dinanzi ad AGCOM il previo esperimento, da parte del "soggetto legittimato", delle procedure auto-regolate di *notice and take-down* che, sulla falsariga di quanto previsto dalla Section 202 del DMCA (*Digital Millennium Copyright Act*, fonte di ispirazione della direttiva n. 31/2000/CE), gli operatori del settore del commercio elettronico sono venuti per prassi adottando anche in Europa.

Nel Regolamento, invece, questa condizione di procedibilità scompare, lasciando il posto ad una vaga affermazione di principio che, nel limitarsi a dichiarare "*ferme ... le eventuali procedure autoregolate di notice and take down*", non ne lascia intendere la portata applicativa.

INFORMATIVA EX ART. 13 D. LGS. 196/2003 - Codice in materia di protezione dei dati personali

I dati personali oggetto di trattamento da parte dello studio legale Gianni, Origoni, Grippo, Cappelli & Partners (lo "Studio") sono quelli liberamente forniti nel corso di rapporti professionali o di incontri, eventi, workshop e simili, e vengono trattati anche per finalità informative e divulgative. La presente newsletter è inviata esclusivamente a soggetti che hanno manifestato il loro interesse a ricevere informazioni sulle attività dello Studio. Se Le fosse stata inviata per errore, ovvero avesse mutato opinione, può opporsi all'invio di ulteriori comunicazioni inviando una e-mail all'indirizzo: relazioniesterne@gop.it.

Titolare del trattamento è lo studio Gianni, Origoni, Grippo, Cappelli & Partners, con sede amministrativa in Roma, Via delle Quattro Fontane 20.