RSD
Rivista Semestrale di Diritto

RIVISTA SEMESTRALE DI DIRITTO

ISSN 2724-2862

Numero 1/2019

Settembre 2019

Direttore

Riccardo Guarino

Vicedirettori

Simone Cedrola
Pasquale La Selva

Comitato di Direzione

Piera Di Guida, Claudia Calderini, Rossana Grauso, Claudia Cantone, Gianluca Barbetti, Claudia Addona, Mario Nocera

Comitato scientifico

Prof. Alfonso Maria Cecere, Prof. Gianluca Bertolotti (Referente area Diritto Commerciale), Prof. Massimo Rubino De Ritis, Prof.ssa Lucia Picardi, Prof. Marco Bassini, Prof. Amedeo Arena, Prof. Avv. Carlo Rossi Chauvenet, Avv. Marco Imperiale, Prof. Laurent Manderieux, Prof.ssa Lilla' Montagnani, Prof. Roberto Zannotti, Prof.ssa Giusella Finocchiaro, Prof.ssa Clelia Iasevoli, Prof. Renato Briganti, Prof. Giovanni Sartor, Prof. Massimiliano Delfino, Prof.ssa Giovanna Petrillo, Prof.ssa Adriana Salvati, Prof. Lucio Imberti, Prof. Arturo Maresca, Prof.ssa Nicoletta Corrocher, Prof.ssa Maria Luisa Mancusi, Pres. Cinthia Pinotti, Avv. Nicola Lanna, Prof. Fulvio Palombino, Avv. Stefano Mele, Prof.ssa Ludovica Poli, Prof. Roberto Virzo, Avv. Letizia Macrì, Prof. Avv. Andrea Saccucci, Prof. Giovanni Terrano, Dott. Alessandro Milone, Prof. Francesco De Santis, Prof. Michele Tamponi, Prof.ssa Avv. Maria Beatrice Magro, Prof. Avv. Gabriele Della Morte, Prof. Elisabetta Pederzini, Prof. Giovanni Zarra, Dott.ssa Caterina Del Federico, Prof. Giovanni Ziccardi

Sede

Ius in itinere Srls, Via Toledo, 265 Napoli - Partita Iva 08593431219

Info e contatti

Sito web: www.rivistadidiritto.it

Per l'invio dei contributi scrivere a: redazione@iusinitinere.it

Per qualsiasi informazione scrivere a: info@iusinitinere.it

RSD
Rivista Semestrale di Diritto

Indice

Raffaele Cantone – *Il pantouflage all'italiana: fra rigore formale e rischi di ineffettività* p. 5

Vincenzo Iaia – *La rinnovata responsabilità dell'internet service provider tra tenaci esigenze imprenditoriali e copiose istanze di tutela dei diritti d'autore nel mercato unico digitale* p. 27

Laura Valli – *Whistleblowing, verità e democrazia: una riflessione* p. 49

Massimiliano Baroni – *L'Intelligenza Artificiale tra costituzione e globalismo: perché non c'è futuro senza uomo* p. 62

Edoardo Badiali – *La parodia del marchio che gode di rinomanza* p. 80

Giada Tombesi – *Drone strikes practice: assessing ius in bello proportionality* p. 100

Rossella Cuomo – *La responsabilità civile sanitaria: luci ed ombre della copertura assicurativa nella Legge 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. Legge Gelli-Bianco)* p. 123

Antonio Amatulli – *La posizione di garanzia in psichiatria. Il paziente autore di reato: un difficile equilibrio tra obblighi prudenziali e rispetto della persona* p. 139

Andrea Amiranda e **Federico Gusmeroli** – *La fusione dei comuni: analisi normativa ed evidenze empiriche sul riordino degli enti locali* p. 157

Francesco Luigi Gatta – *La politica migratoria dell'Unione europea nel periodo 2014-2019: analisi e bilancio della gestione della "crisi dei rifugiati"* p. 179

Giovanna Petrillo – *Le società di comodo fra elusione ed evasione* p. 220

Marco Di Domenico – *La regione artica: il futuro tra diritto e cooperazione* p. 242

Fabrizio Ciotta – *L'evoluzione giurisprudenziale degli oneri di bonifica dei rifiuti tra interessi qualificati e responsabilità oggettiva* p. 263

RSD
Rivista Semestrale di Diritto

Articolo scientifico sottoposto a referaggio ai sensi dell'art. 3 del Regolamento della Rivista

La rinnovata responsabilità dell'internet service provider tra tenaci esigenze imprenditoriali e copiose istanze di tutela dei diritti d'autore nel mercato unico digitale

A cura di **Dott. Vincenzo Iaia**[1]

ABSTRACT

La digitalizzazione delle opere protette dal diritto d'autore ha generato delle serie difficoltà per i titolari dei diritti connessi a mantenere un controllo effettivo sulla loro circolazione nella rete. Di ancor più difficile soluzione è la riflessione sul confine oltre il quale possano essere ritenuti civilmente responsabili i servizi di condivisione dei contenuti online, per mezzo dei quali la rete è divenuta il palcoscenico privilegiato nel quale vengono diffusi i contenuti, spesso senza l'autorizzazione dei loro creatori. Al varco del terzo millennio il legislatore eurounitario ha cercato di inquadrare giuridicamente i fornitori di servizi online con la direttiva 2000/31/CE, le cui disposizioni si sono rivelate negli anni a venire sempre più inadeguate in quanto ispirate ad espandere le società dell'informazione, al tempo in fase di embrionale affermazione sul mercato. Ad alimentare il dibattito si aggiunge la sensibilità della giurisprudenza europea e domestica, intervenuta nel cercare di tratteggiare uno statuto dell'internet service provider che restituisca giustizia al diritto d'autore online, in un più articolato rapporto di bilanciamento con la libertà d'impresa e la libertà d'informazione. Sull'intricato tema, la sentenza della Suprema Corte di Cassazione italiana nel caso Mediaset c/Yahoo segna un importante sviluppo nella costruzione della responsabilità civile dei prestatori di servizi online, innalzando il livello di diligenza richiesto verso una maggiore responsabilizzazione, ad oggi compatibile con le moderne tecniche di intercettazione dei contenuti ivi caricati e attribuendo ai giudici di merito il compito di valutare in concreto la sussistenza degli elementi idonei a fondare la responsabilità editoriale. Rispetto alle continue riletture e forzature interpretative dottrinali e giurisprudenziali della direttiva sul commercio elettronico il legislatore europeo è intervenuto con l'approvazione della direttiva 2019/790/UE con l'obiettivo di rendere il diritto d'autore online attuale ed effettivo. Tra le principali innovazioni presenti nella direttiva "Digital Single Market" di particolare interesse costituisce la promozione di meccanismi collaborativi tra fornitori di servizi online e creatori per assicurare a questi ultimi un'adeguata remunerazione, nonché la previsione di una più complessa architettura della responsabilità degli internet service provider.

PAROLE CHIAVE

Internet service provider – Direttiva Copyright – Responsabilità civile provider – Diritto d'autore digitale – Protezione opere online

[1] Vincenzo Iaia è dottorando di ricerca in "Diritto e Impresa" presso l'Università Luiss "Guido Carli", tirocinante presso la I Sezione Civile della Corte Suprema di Cassazione e praticante avvocato.

Sommario: 1. I difficili tentativi di inquadramento legislativo degli internet service provider – 2. L'importanza del formante giurisprudenziale nella costruzione della responsabilità dei provider – 3. Un ipotetico statuto dell'hosting provider nel Caso Reti Televisive Italiane c. Yahoo Italia – 3.1. Il giudizio di primo grado – 3.2. Il giudizio di appello – 3.3. Il giudizio di Cassazione – 3.3.1. Il difficile bilanciamento tra libertà e diritti e primi indici di responsabilità dei provider – 3.3.2. Presunzione di conoscenza e diligenza richiesta – 3.3.3. Verso una più nitida responsabilizzazione degli internet service provider – 4. La Direttiva "Digital single market" e la rilettura del bilanciamento tra libertà d'impresa e protezione del diritto d'autore – 4.1. La comunicazione al pubblico e la promozione di meccanismi collaborativi – 4.2. Il favor europeo per i provider start-up – 5. Osservazioni conclusive

1. I difficili tentativi di inquadramento legislativo degli internet service provider

Il problema della tutela dei diritti degli autori, già esistente all'età dei fratelli Lumière, evidenziato da Diderot[2] in rapporto alle opere letterarie, si ripresenta oggi in modo ancora più marcato con riguardo a tutte le opere convertibili in codice binario, in un mondo in cui un semplice *click* o un ancor più facile *tap* su un qualsiasi dispositivo multimediale connesso alla rete è in grado di trasferire grandi quantitativi di dati ad un numero potenzialmente illimitato di soggetti.

Innegabilmente, grazie ad internet l'offerta culturale non è mai stata così tanto diversificata e facilmente accessibile[3]. Tuttavia, la concezione tradizionale del diritto esclusivo d'autore ha dovuto subire un forte ripensamento in ragione della dematerializzazione dei contenuti che ha dato luogo ad una sorta di banalizzazione nell'accesso alle opere protette[4] grazie alla fornitura di accesso da parte dei servizi di condivisione di contenuti online. Detti servizi, se è vero che da un lato permettono un accesso più ampio alle opere culturali e offrono ai settori creativi grandi opportunità di sviluppare nuovi modelli di business sempre più interconnessi, dall'altro, creano anche delle criticità allorquando vengono caricati contenuti protetti dal diritto d'autore senza il previo consenso dei titolari dei diritti, facendo così sorgere una nuova sfida per gli operatori giuridici[5].

Agli albori del terzo millennio, con la consacrazione della proprietà intellettuale nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea[6], le incognite poste da un contesto normativo inadatto ad offrire le sufficienti garanzie di controllo sulla diffusione delle opere protette per i loro autori ha portato il

[2] D. Diderot, *Lettre sur le commerce des livres*, Edizione Nopapers, Parigi, 2000, *"Se voi abolite i privilegi, o mediante violazioni reiterate li gettate nel discredito, questa risorsa sarà esaurita: più d'economia in questo commercio, più di speranza, più di fondi solidi, più di credito, più di coraggio, più di impresa"*.

[3] P. Costanzo, *Il fattore tecnologico e le sue conseguenze*, Rassegna Parlamentare, Roma, 2012, IV, p. 811.

[4] A. Maietta, *Il diritto della multimedialità*, Giappichelli Editore, Torino, 2018.

[5] A. Bitto, *La responsabilità civile dell'internet service provider in Italia e in Germania*, Luiss Thesis, Roma, 2016.

[6] Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 18 dicembre 2000, Art. 17, par. 2.

legislatore europeo a cercare di inquadrare giuridicamente i cd. *internet service provider* (ISP) – o anche servizi di condivisione di contenuti online – attraverso la direttiva E-Commerce[7].

In primis, la constatazione di fatto che non tutti i *provider* offrono gli stessi servizi ha reso necessaria una tripartizione delle categorie di fornitori di servizi online in relazione all'attività svolta a seconda che eroghino un'attività di mera fornitura di connessione internet (*mere conduit*)[8], di memorizzazione temporanea di dati (*caching*)[9] o di memorizzazione permanente (*hosting*)[10], scaglionando in modo altrettanto differenziato l'esonero da responsabilità per violazione del diritto d'autore[11].

In secundis, la direttiva sancisce l'esonero dall'obbligo generale di sorveglianza[12] in capo ai *provider*, che altrimenti richiederebbe un controllo selettivo *ex ante* dei flussi di comunicazione elettronici trasmessi e dei contenuti pubblicati dagli utenti attribuendo di fatto ai fornitori di servizi online un ruolo editoriale ed un potenziale potere di censura che mal si concilierebbe con la libertà d'espressione, pilastro irrinunciabile della moderna società dell'informazione[13].

Le prescrizioni della direttiva E-Commerce hanno fatto ingresso nel sistema giuridico italiano nel 2003[14], mediante un atto di recepimento che ha pedissequamente seguito le indicazioni del legislatore europeo, nonostante probabilmente sarebbe stato auspicabile un intervento più dettagliato in relazione alle zone grigie sorte dalle sue possibili ricadute applicative. In particolare, nell'introdurre l'esonero di responsabilità del fornitore di servizi che svolge attività cd. di *hosting*[15], non è chiaro se il *provider* debba rimuovere i contenuti caricati dagli utenti ogniqualvolta venga a conoscenza della loro illiceità immediatamente dopo la segnalazione dell'autore oppure, invece, debba attendere l'ordine ufficiale da parte dell'autorità competente. In entrambi gli scenari si presenterebbero comunque delle criticità: se bastasse la segnalazione *sic et sempliciter* si rischierebbe di attenuare notevolmente - se non proprio escludere - l'esonero dall'obbligo generale di sorveglianza[16]; se invece fosse necessario l'ordine dell'autorità competente bisognerebbe scontrarsi con i rischi di risposte tardive che potrebbero

---

[7] Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno.

[8] Art. 12, Direttiva 2000/31/CE.

[9] Art. 13, Direttiva 2000/31/CE.

[10] Art. 14, Direttiva 2000/31/CE.

[11] M. Gambini, *Le responsabilità civili dell'Internet service provider*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, pp. 271 ss.

[12] Art. 15, Direttiva 2000/31/CE.

[13] Per maggiori approfondimenti sul contenuto della direttiva sul commercio elettronico si veda G. Ponzanelli, *Verso un diritto uniforme per la responsabilità degli internet service provider*, in Danno e resp., Milano, 2002; F. Sarzana Di Sant'Ippolito, *Approvata la direttiva sul commercio elettronico*, Danno e responsabilità, Milano, p. 248 ss; F. De Magistris, *La direttiva Europea sul commercio elettronico*, in AA.VV., *Informatica Giuridica*, a cura di G. Rognetta, Napoli, 2011, p. 174.

[14] D. Lgs. n. 70/2003, "Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico".

[15] D.lgs. n. 70/2003, art. 16.

[16] D.lgs. n. 70/2003, art. 17.

compromettere una tutela effettiva dei diritti dell'autore dell'opera ormai diffusa nel web, non essendo più in grado di controllarne l'accesso.

Il dilemma giuridico consiste nella difficoltà di individuare se e come possa atteggiarsi il regime di responsabilità in capo al *provider* nei casi di conclamata violazione del diritto d'autore e se possa definirsi attuale il modello di responsabilità di una direttiva che potremmo e forse dovremmo considerare ormai figlia del suo tempo. Invero, le nuove modalità di evoluzione del web[17], non sembrano trovare una reale e adeguata corrispondenza con le norme contenute nella disciplina sul commercio elettronico[18].

In un quadro legislativo in parte obsolescente a fronte di un contesto tecnologico in persistente metamorfosi[19], la giurisprudenza interna ed europea ha assunto un ruolo protagonista nell'adeguamento della costruzione della responsabilità dei fornitori di servizi online alle esigenze di tutela correnti[20].

---

[17] In tal senso, si pensi ai numerosi algoritmi che – legittimamente o meno – potrebbero essere avviati automaticamente (e spesso inconsapevolmente per l'internauta) all'accesso ad un sito internet:

1. I *data logs*: registrazioni che il sistema del provider che fornisce l'accesso alla rete genera automaticamente a seguito di ogni connessione degli utenti e durano il tempo della connessione stessa. Hanno funzioni di tutela contrattuale in quanto offrono al provider la prova esatta circa i tempi di connessione dell'utente, ma assolvono anche a funzioni di natura extracontrattuale, in quanto accessibili alle Autorità al fine di identificare gli autori di violazioni in internet. Di contro, pongono dei problemi di privacy alla luce del fatto che essi permettono al provider di venire a conoscenza dei siti visitati dagli utenti ed il tempo di permanenza in questi tramite il cd. *Point Of Presence* (POP).
2. I *cookies*: software che vengono trasmessi dai server in cui sono ospitati i siti internet visitati dall'utente. Essi hanno la funzione di facilitare le visualizzazioni dei siti ed accelerare la navigazione. Anche in tal caso vi sono delle criticità legate alla tutela della privacy dovute al fatto che questi software possono raccogliere molte informazioni importanti, quali numeri identificativi degli utenti e siti visitati con la relativa durata di permanenza in questi.
3. Gli *spyware*: software-spia che, dopo essere stati installati nel computer dell'utente (solitamente in modo fraudolento), inviano al fornitore informazioni relative alla navigazione ed al sistema informatico degli utenti. In tal caso, con evidenti ripercussioni sulla tutela delle proprie informazioni personali.

[18] M. Bassini, *La rilettura giurisprudenziale della disciplina sulla responsabilità degli internet service provider. Verso un modello di responsabilità "complessa"?*, Bocconi Legal Papers, Milano, 2015, p. 44-49.

[19] Si pensi anche all'evoluzione delle tecnologie antiplagio come il *watermarking* e il *digital fingerprinting*. Entrambe sono considerate come misure anti-accesso ai contenuti protetti e si differenziano perché la prima associa all'opera una sorta di tatuaggio digitale o marchio digitale normalmente visibile all'utente che impedisce (o quantomeno riduce le possibilità di "hackeraggio") la copia senza il marchio di appartenenza (si parla tecnicamente di apposizione di "filigrana" digitale) che identifica univocamente mediante un logo o un testo il titolare dei diritti di sfruttamento patrimoniale, mentre la seconda è inserita direttamente nel codice sorgente dell'opera, restando pertanto invisibile all'utente e consentendo al titolare di rintracciarla anche nel caso di compressione o trasformazione in altri formati. Per maggiori approfondimenti sul tema, si vedano S. M. Abd El-Wahed, A. Elfatatry, M. S. Abougabal, *Detection of Plagiarism in Database Schemas Using Structural Fingerprints*, atti della ACS International Conference on Computer Systems and Applications (AICCSA), 2009, Rabat; M. J. Deepa, R. Karuppathal, A. Kumar, *Copyright protection using digital watermarking*, International Journal of Computer Applications, 2012, Chennai; C. Obimbo, B. Salami, *Using digital watermarking for copyright protection*, Intechopen, 2011, Londra.

[20] Sul tema, si vedano, S. Scuderi, *La responsabilità dell'internet service provider alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea, causa c-610/15*, Diritto Mercato Tecnologia, Roma, 2018; A. Salvato, *La Corte di giustizia si pronuncia sul diritto d'autore online*, Giur. It., Roma, 2014, p. 2754; 2014; R. D'Arrigo, *La responsabilità del provider, Come difendersi dalla violazione dei dati su internet*, in E. Bassoli (a cura di) Diritti e responsabilità, Santarcangelo di Romagna, 2012, p. 333 – 374; A. Saraceno, *La responsabilità degli Internet service provider per le violazioni del diritto d'autore*, Giur. it., Roma, 2011, p. 2200.

2. L'importanza del formante giurisprudenziale nella costruzione della responsabilità dei provider

La figura del cd. *hosting* attivo, di creazione pretoria[21], è una figura ibrida[22] che invita a ragionare sull'attuale possibilità di configurare un sistema che dia per pacifica la neutralità dei provider rispetto agli illeciti verificatisi online a causa delle attività condotte da terzi, gli utenti della rete. Invero, il costante arricchimento dei servizi offerti dalle piattaforme di *video sharing* fa emergere dei significativi dubbi rispetto alla qualificazione dei provider come neutrali; tra le caratteristiche che fanno sì che l'intermediario abbia un ruolo propulsore – tutt'altro che passivo – si pensi, per esempio, alle seguenti funzioni ormai comuni ai moderni ISP:

1. la presenza di un motore di ricerca interno;
2. la segnalazione dei "preferiti";
3. il suggerimento di collegamenti e contenuti correlati;
4. classificazioni per argomenti e categorie di soggetti;
5. *toplist* e *hotlist;*
6. sistemi di segnalazione degli abusi.

Inoltre, i sistemi in oggetto tendono ad adottare una regolamentazione contrattuale standard con i destinatari dei servizi che stabilisce un diritto del provider di esser manlevato dall'utente per i danni derivanti dalle condotte illecite di quest'ultimo, attribuisce al gestore della piattaforma il diritto di disabilitare i contenuti memorizzati in caso di abusi e gli conferisce la licenza per utilizzare i suddetti contenuti anche per scopi diversi da quelli per i quali erano stati caricati dagli utenti.

Ne consegue che difficilmente le piattaforme telematiche moderne integranti anche i servizi di *video sharing* possano essere ricondotte ad un mero servizio di *hosting* tecnico e neutrale poiché dietro la predisposizione del servizio è contemplata una complessa attività di organizzazione, indicizzazione e selezione dei contenuti per finalità pubblicitarie sostanzialmente lucrative. Tali attività ben possono essere assimilate ad attività tecniche evolute finalizzate alla gestione dei contenuti immessi nel contenitore, con la conseguente difficoltà di portarle sotto il cappello delle esenzioni contenute agli artt. 16 e 17 del d.lgs. 70/2003.

---

[21] Sul tema, si vedano M. Bassini, *Commercio elettronico e tutela dei segni distintivi. Responsabilità degli intermediari e trend giurisprudenziali*, in AA.VV., *Tutela del copyright e della privacy sul web. Quid iuris?*, a cura di A.M. Mazzaro - O. Pollicino, p. 62-63, Aracne, Roma, 2012; P. Falletta, *La responsabilità degli Internet Service Provider*, in P. Falletta, M. Mensi (a cura di*),* Il diritto del web. Casi e materiali, Padova, 2015, p.142; A. Bertoni, M. L. Montagnani, *Il ruolo degli intermediari internet tra tutela del diritto d'autore e valorizzazione della creatività in rete*, Giurisprudenza commerciale, 2013, Milano.

[22] L'hosting cosiddetto attivo si differenzia dal content provider perché non immette direttamente nella rete contenuti propri o di terzi e dall'hosting provider passivo in quanto non neutrale nella prestazione di servizi, così da attrarne la responsabilità in concorso con gli autori degli illeciti di volta in volta contestati. Sul tema, si veda anche O. Pollicino, *Tutela del pluralismo nell'era digitale: ruolo e responsabilità degli internet service provider*, Consulta Online, Genova.

La definizione di *hosting* attivo dunque è ben ipotizzabile, sia pure innovativa in diritto a causa della parziale inadeguatezza dei criteri normativi tradizionali, e può essere ritagliata sulla moderna attività degli *internet service provider*, volta ad individuare una figura di intermediario che, non solo mette a disposizione una piattaforma tecnologica, ma che in virtù della catalogazione delle informazioni che transitano su di essa, diviene responsabile, qualora sia venuto a conoscenza dell'illiceità dei dati immessi in rete e delle violazioni dei diritti dei terzi poste in essere dagli utenti.

Pertanto, questa tipologia di provider non può facilmente essere ricondotta alla figura delineata dall'art. 16 del d.lgs. 70/2003 poiché risulta oltre modo arduo negarne la funzione di complesso "aggregatore" che *de facto* mette a disposizione degli utenti contenuti audiovisivi provenienti da diverse fonti mediante un'organizzata attività di catalogazione in categorie elaborate dallo stesso provider, o meglio dai suoi programmatori che compilano gli algoritmi sulla scorta delle strategie più efficaci per realizzare profitti.

In questo contento, la diffusione abusiva di opere audiovisive in rete non può escludere, in modo automatico ed aprioristico, sol facendo leva sulla neutralità del servizio di *hosting*, la responsabilità civile e risarcitoria del provider che, mediante l'utilizzazione a scopo commerciale dei contenuti provenienti dai video caricati dagli utenti, li organizza e li mette a disposizione del pubblico.

Ciò implica che, dalle previsioni degli artt. 14 della direttiva 31/2000 e 16 del d.lgs. 70/2003, non si può giungere ad affermare un'aprioristica irresponsabilità del gestore del servizio nel caso in cui quest'ultimo presti una complessa assistenza per ottimizzare e presentare i contenuti digitali[23].

La giurisprudenza europea, in più occasioni, ha chiarito l'lambito di applicabilità del predetto art. 14 della direttiva 31/2000 ritenendo necessario verificare se il prestatore del servizio avesse attuato un comportamento meramente tecnico, automatico o passivo, con conseguente mancanza di conoscenza o di controllo dei dati dal medesimo memorizzati[24].

Al contrario, ove il prestatore avesse prestato un'assistenza volta ad ottimizzare la presentazione delle offerte di vendita ed a promuovere tali offerte, non si potrebbe ritenere automaticamente che costui avesse svolto un ruolo irrilevante ma, al contrario, che avesse svolto un ruolo attivo, in grado di conferirgli una conoscenza o un controllo dei dati relativi a dette offerte[25]. Nella causa *L'Oreal c. e-Bay* la Corte di Giustizia, nell'occuparsi della responsabilità degli *internet service provider* in relazione alle violazioni, ad opera dei loro utenti, dei diritti altrui (nel caso in esame violazione del diritto di marchio) ha enunciato alcuni importanti principi, certamente riservabili nel diritto nazionale interno, ovvero che il prestatore di servizi online "non ha una posizione neutra tra il cliente venditore e i potenziali acquirenti, ma svolge un ruolo

---

[23] Cfr. Corte giust. eur., 23 marzo 2010, *Google c. Louis Vuitton*, C-236/08; Corte giust. eur., 12 luglio 2011, *L'Oreal c. e-Bay*, C-324/09.

[24] Sul tema, si vedano, M. Bassini, *La rilettura giurisprudenziale della disciplina degli internet service provider. Verso un modello di responsabilità "complessa"?*, Federalismi.it, Roma, 2015; A. Celotto, *Diritti della persona, Internet e responsabilità dei soggetti intermediari*, in Corriere Giur., Napoli, 2010.

[25] Corte giust. eur., 12 luglio 2011, *L'Oreal c. e-Bay*, C-324/09.

attivo diretto a conferirgli una conoscenza o un controllo dei dati relativi a dette offerte" quando "non fornisce ai suoi utenti un servizio neutro, bensì una vera e propria assistenza nelle vendite, consistente segnatamente nell'ottimizzare la presentazione delle offerte di vendita di cui trattasi e nel promuovere tali offerte".

In tal caso, dice la Corte, l'*internet service provider* non può godere delle esenzioni di responsabilità previste per i fornitori di servizi "neutri", di cui all'art. 12, 13 e 14 della direttiva 31/2000. Peraltro, aggiunge la CGUE, se anche l'*internet service provider* non avesse il ruolo attivo appena descritto, in ogni caso non si potrebbero applicare in suo favore le deroghe alla responsabilità per i contenuti caricati dagli utenti qualora esso fosse stato messo al corrente dell'illiceità di tali contenuti, sia per averla scoperta di propria iniziativa sia per esserne stato informato da terzi.

Inoltre, nella giurisprudenza europea, non può essere ignorata una delle ultime decisioni della Corte di Giustizia sul tema, nel Caso *Stichting Brein c. Ziggo*[26] in cui, con una motivazione *per relationem,* ha ripreso un proprio orientamento secondo il quale la violazione del diritto d'autore online si configura quando la comunicazione al pubblico[27] realizza la diffusione dell'opera con modalità diverse da quelle utilizzate sino a quel momento per la circolazione dell'opera medesima e quando, per effetto della piattaforma digitale, ne viene consentito l'accesso ad un pubblico nuovo, vale a dire ad un pubblico che non sia stato considerato dai titolari del diritto d'autore nel momento in cui hanno autorizzato la comunicazione iniziale della loro opera al pubblico.

La nozione di comunicazione al pubblico, secondo la Corte di Lussemburgo, deve essere interpretata nel senso di includere la messa a disposizione e la gestione, su internet, di una piattaforma di condivisione che, mediante l'indicizzazione di metadati relativi ad opere protette e la fornitura di un motore di ricerca, consente agli utenti di tale piattaforma di localizzare tali opere e di condividerle nell'ambito di una rete tra utenti.

La Corte di giustizia, in questa decisione, riprende il precedente orientamento del Caso *Telekabel*[28] nell'ambito del quale la Corte già fece prevalere la tutela del diritto d'autore sul diritto alla libertà d'impresa e all'informazione, riconoscendo la responsabilità del provider, sebbene non diretto autore della violazione del diritto di proprietà intellettuale. Questa decisione rappresenta una pietra miliare nella teorica della responsabilità dei fornitori di servizi online perché ha avviato e sviluppato una riflessione innovativa sul ruolo degli intermediari web, negando la neutralità del provider qualora si verifichino episodi di immissione in rete, da parte degli utenti del server, di contenuti illeciti e di opere protette dal diritto d'autore.

---

[26] Corte giust. eur., 14 giugno 2017, *Stichting Brein c. Ziggo Bv e XS4ALL Internet Bv*, C-610/15.

[27] Rilevante ai fini dell'art. 1 della Direttiva 2001/29/CE.

[28] Corte giust. eur., 27 marzo 2014, *UPC Telekabel WienGmbh c. Constantin Film VerleihGmbh*, C-314/2012.

3. Un ipotetico statuto dell'hosting provider nel Caso Reti Televisive Italiane c. Yahoo Italia

Il più recente arresto giurisprudenziale domestico in materia – e forse anche il più rivoluzionario - è rappresentato dalla sentenza della Suprema Corte di Cassazione[29] nel caso che ha visto contrapposte un'affermata società di produzione audiovisiva italiana, Reti Televisive Italiane S.p.A. ("R.T.I.", controllata al 100% da Mediaset S.p.A.), rispetto ad uno dei provider più potenti sulla rete, Yahoo (in questo giudizio nelle vesti di Yahoo! Inc e di Yahoo! Italia s.r.l.).

3.1. Il giudizio di primo grado

La controversia è sorta nel 2009 a seguito della presenza e diffusione non autorizzata sul portale video di Yahoo di filmati tratti da vari programmi televisivi prodotti da Reti Televisive Italiane ("Grande Fratello", "Uomini e Donne", "Zelig", "Amici", "I Cesaroni", "Stranamore", "Verissimo", "Scherzi a parte", "Buona Domenica", "Lucignolo", "Mattino Cinque", "Le Iene", "Striscia la notizia", e "Colorado Cafè"), titolare esclusivo – salva concessione in licenza – dei diritti di sfruttamento economico dei medesimi. R.T.I., nel premettere di essere l'unica società legittimata ad esercitare i diritti di sfruttamento e di privativa, anche economica, sulle trasmissioni sopra citate, diffidava la piattaforma Yahoo ad interrompere immediatamente ogni illecita diffusione delle opere indicate. Vista l'inerzia del provider seguiva l'atto di citazione avente ad oggetto la violazione dei diritti di autore e dei diritti di privativa industriale ai danni di R.T.I., con conseguente richiesta all'autorità giudiziaria di vietare il proseguimento di ogni forma di violazione dei diritti esclusivi di R.T.I., inibendone ogni uso e sfruttamento commerciale. Del pari, veniva richiesta la rimozione dai servizi Yahoo di tutti i files audiovisivi riproducenti le trasmissioni R.T.I., non solo quelle indicate nella documentazione allegata in citazione, ma anche di quelle ulteriormente accertate in corso di causa, il cui uso/diffusione fosse tale da costituire una violazione dei diritti esclusivi di R.T.I. Concludendo, la società televisiva chiedeva la condanna delle società convenute al risarcimento di tutti i danni patrimoniali e non patrimoniali, subiti e subendi, con pubblicazione della decisione sulla prima pagina di alcuni importanti quotidiani/periodici italiani e stranieri. In risposta alla citazione di R.T.I. le parti convenute Yahoo! Italia s.r.l. e Yahoo! Inc. sostenevano di rivestire una funzione meramente gestoria dell'infrastruttura informatica senza essere gravate da alcun obbligo di

[29] Cass. Civ., sez. I, n. 7708 del 19 marzo 2019.

controllo preventivo dei contenuti[30] e contestavano la genericità della diffida, deducendo l'impossibilità di identificare i filmati.

La causa veniva assegnata alla sezione specializzata in materia di impresa del Tribunale di Milano che con sentenza[31] accertava la diffusione sul portale Yahoo di brani tratti da programmi televisivi quali "Amici", "Il Grande Fratello", "Le Iene", "Striscia la notizia", "Zelig" e quindi la riteneva responsabile della violazione dei diritti di sfruttamento economico di R.T.I. riconosciuti agli art. 78 ter e 79 della l. 633/1994, inibendola per l'ulteriore diffusione dei contenuti e fissando a titolo di penale, per ogni violazione di tale inibitoria la somma di € 250,00 per ogni audiovideo non rimosso o disabilitato e per ogni giorno di ulteriore indebita permanenza su Yahoo! Video.

Il giudice di prime cure, in applicazione della direttiva 31/2000/CE e del d.lgs. 70/2003, ha ritenuto quindi che Yahoo! Italia s.r.l. avesse operato come "hosting provider attivo" e non come semplice contenitore passivo di dati, i quali invece venivano presentati in modo organizzato anche in funzione di uno sfruttamento pubblicitario per ottenerne un profitto.

Di conseguenza, veniva accertata l'inapplicabilità a Yahoo della limitazione di responsabilità prevista dall'art. 16 del d.lgs. n. 70/2003 perché nel caso di specie non era possibile considerare il provider come un mero soggetto passivo e neutro rispetto all'organizzazione e gestione dei contenuti caricati dagli utenti, dovendosi piuttosto ritenere che questi abbia offerto quantomeno un servizio di cd. "hosting attivo" e abbia tratto dall'organizzazione dei contenuti sostegno finanziario in ragione dello sfruttamento pubblicitario collegato alla presentazione organizzata degli stessi.

Tali conclusioni venivano raggiunte sulla base di una serie di elementi attestanti il ruolo attivo di Yahoo rispetto ai contenuti memorizzati dagli utenti del suo portale, posto che:

a) era possibile cercare i contenuti tramite un motore di ricerca sulla base di parole-chiave corrispondenti ai titoli delle trasmissioni televisive richieste;
b) era offerto agli utenti un servizio "video correlati" che in via automatica indicava loro i video analoghi a quelli visualizzati;
c) la stessa Yahoo nei cd. "*Terms and Conditions*" del proprio portale si riservava il diritto di utilizzare e modificare i contenuti caricati dagli utenti, anche ai fini pubblicitari, nonché il diritto di rimuoverli se considerati – a sua discrezionalità – in violazione di diritti di terzi, avendo addirittura predisposto un servizio per segnalare i video abusivi e avendo contrattualmente previsto una manleva in suo favore e a carico degli utenti per il caso di danni derivanti dalla pubblicazione di contenuti.

[30] Le società convenute hanno evocato l'art. 15 della direttiva 2000/31/CE che sancisce l'assenza dell'obbligo generale di sorveglianza in capo agli *internet service provider*.

[31] Trib. Milano, n. 10893 del 9 settembre 2011.

Sulla base di tali elementi il Tribunale di Milano riconosceva che Yahoo si era assunta un autonomo onere di controllo sulla liceità del materiale pubblicato, onere ancora più semplice da assolvere se sollecitato mediante una segnalazione formale di R.T.I. attestante la presenza di numerosi contenuti audiovisivi di sua proprietà, facendo così acclarare la responsabilità del provider per l'indebita riproduzione e divulgazione di tali contenuti, quand'anche caricati da terzi.

3.2. Il giudizio di appello

Vista la decisione a suo sfavore in primo grado, il provider soccombente presentava appello alla Corte distrettuale di Milano sostenendo che vi fosse stata un'erronea interpretazione della direttiva 31/2000/CE e del d.lgs. 70/2003 che, se correttamente esaminati, lo avrebbero esonerato da responsabilità in quanto esercente un'attività di mera organizzazione dei contenuti immessi dai suoi utenti.

In risposta, R.T.I. si costituiva chiedendo il rigetto dell'appello e proponeva altresì ricorso incidentale articolato su tre motivi così riassumibili:

1. mancata considerazione della richiesta di inibitoria in estensione ai contenuti audiovisivi riferibili ai programmi indicati in citazione di primo grado e omessa decisione in relazione all'uso dei marchi e dei segni di R.T.I. all'interno dei brani audiovisivi trasmessi dal portale Yahoo;
2. mancata configurazione della sussistenza di un atto di concorrenza sleale ai sensi dell'art. 2598, n. 3, c.c.;
3. mancata affermazione di responsabilità in capo alle convenute in primo grado (Yahoo! Inc in solido con Yahoo! Italia s.r.l.) in relazione a tutti i danni patrimoniali subiti e subenti per aver continuato l'attività di memorizzazione dei dati contenenti brani audiovisivi di R.T.I., così contribuendo alla realizzazione degli illeciti poiché la società italiana, in assenza del servizio di memorizzazione da parte della società americana, non avrebbe potuto continuare nella diffusione del materiale audiovisivo.

La corte d'appello di Milano[32] è pervenuta ad una conclusione opposta rispetto a quella del giudici di primo grado, ritenendo che il provider avesse svolto un'attività di mera prestazione di servizi di ospitalità di dati, non dovendo così rispondere delle violazioni eventualmente commesse dai soggetti richiedenti i servizi in danno dei titolari delle opere protette dal diritto d'autore, in quanto mero intermediario che, senza proporre altri servizi di elaborazione dati, offre ai propri clienti soltanto un servizio di accesso a siti. Pertanto, la corte distrettuale ha riformato la sentenza di primo grado respingendo le domande

[32] Corte di appello di Milano, n. 29 del 7 gennaio 2015.

avanzate da R.T.I. e condannandola anche al pagamento delle spese processuali di entrambi i giudizi di merito[33].

3.3. Il giudizio di Cassazione

La controversia in questione, avente ad oggetto un tema così intricato, viene posta all'attenzione dei giudici di legittimità a seguito del ricorso per cassazione proposto da R.T.I. composto da ben dodici motivi di censura; la maggior parte dei motivi seguono il medesimo *fil rouge*: si deduce, in sintesi, la radicale erroneità della decisione di secondo grado che dilaterebbe a dismisura l'area di esenzione da responsabilità di un imprenditore commerciale che non provvede sui contenuti illecitamente presenti nei suoi sistemi informatici e che ne trae vantaggio anche dopo aver ricevuto una diffida ed una domanda giudiziale; in tale contesto decisionale, infatti, non verrebbe attribuita alcuna tutela a coloro che vantano diritti assoluti di proprietà intellettuale e industriale sulla piattaforma informatica e fruibili da chiunque.
Tra i vari motivi, viene dedotto l'omesso esame di un fatto decisivo[34], facendo riferimento al regolamento contrattuale proposto dal prestatore del servizio nelle condizioni generali di utilizzo, dal quale sarebbe emerso il ruolo attivo di controparte, alla quale era permesso di modificare liberamente i video, onde - accanto alla conoscenza ed al controllo sui contenuti - si riscontra addirittura una manipolazione ed una partecipazione all'inserimento sul server, idonea a fondare la responsabilità del provider.
Inoltre, si censura la sentenza impugnata in quanto, anche ammettendo che il prestatore del servizio risponda solo a posteriori quando, reso edotto di specifici contenuti illeciti, non li rimuova, ciò presupporrebbe che il titolare del diritto violato debba fornire indicazioni puntuali sulla localizzazione dei contenuti illeciti (*link*), non essendo sufficiente l'indicazione del titolo del programma: onde la corte di merito ha mandato esente da responsabilità Yahoo, in quanto la diffida stragiudiziale non sarebbe stata sufficientemente specifica nell'indicare i contenuti illeciti, aggiungendo altresì che non sarebbe stata idonea neppure la domanda giudiziale, capace sì di attivare i poteri giudiziali di *injunction*, ma non di determinare il sorgere dell'obbligo di pronta rimozione. Al contrario, gli artt. 156-bis e 156-ter l. 633/1941 e 121-bis del C.P.I.[35] hanno voluto derogare al regime ordinario dell'onere di allegazione e prova, alleggerendo la posizione del titolare del diritto d'autore; mentre il regime dell'onere della prova non attiene, comunque, al contenuto della diffida, quale atto stragiudiziale, e le norme regolanti la responsabilità del provider equiparano la conoscenza raggiunta mediante diffida a quella pervenuta *aliunde* ed alla mera conoscibilità, secondo l'ordinaria diligenza.

[33] Spese quantificate in complessivi € 244.000,00 oltre accessori di legge.
[34] Art. 360, comma 1, n. 5, cpc.
[35] D.lgs. n. 30 del 10 febbraio 2005.

3.3.1. Il difficile bilanciamento tra libertà e diritti e primi indici di responsabilità dei provider

Sul tema dell'assenza dell'obbligo generale di sorveglianza la ricorrente ha sostenuto che la direttiva sul commercio elettronico risulta ormai inadeguata alle esigenze moderne in quanto essa aveva trovato un quasi obbligato punto di equilibrio tra diritto d'autore, obblighi del provider ed altri diritti, quali la libertà di impresa e la libertà di espressione ed informazione, dando prevalenza agli ultimi due: donde graverebbe sullo stesso titolare del diritto d'autore un obbligo di sorveglianza e vigilanza, in tal modo riducendo i doveri del provider, secondo un principio di ragionevolezza sulla possibilità di imporre dei considerevoli sacrifici economici, in ragione del *favor* europeo del tempo alla diffusione dei servizi di informazione[36].
Il punto d'equilibrio raggiunto quasi 20 anni fa - che cercava di trovare un più ampio compromesso tra la libertà di manifestazione del pensiero, la cd. riservatezza informatica del soggetto che immette contenuti in rete, l'indipendenza degli intermediari, i diritti personalissimi dei soggetti i cui dati vengono diffusi, il diritto d'autore ed ogni altra situazione giuridica soggettiva suscettibile di essere pregiudicata dall'utilizzo del mezzo – può oggi ritenersi anacronistico in considerazione dello sviluppo di nuove tecnologie più avanzate che permettono di avvalersi di algoritmi di intercettazione dei *files* grazie ai quali si semplifica il lavoro di individuazione e rimozione dei contenuti caricati senza alcuna autorizzazione dell'autore.
Al concepimento della direttiva E-commerce era stata accolta la massima d'esperienza, tratta dall'analisi economica del diritto, secondo cui delimitare il regime di responsabilità ha l'effetto di sostenere le scelte d'impresa; proprio per questo, tutte le limitazioni di responsabilità previste dal legislatore eurounitario del tempo erano intese a favorire l'espansione delle società dell'informazione[37], con l'assunzione dei relativi rischi. Tuttavia, al giorno d'oggi, questo regime di *favor* non trova più una corrispondente giustificazione. In tal senso, una recente comunicazione della Commissione europea[38] intitolata "Lotta ai contenuti illeciti online. Verso una maggiore responsabilizzazione delle piattaforme online" prevede che la deroga alla responsabilità di cui all'art. 14 della direttiva sul commercio elettronico è ammessa solo per i prestatori di servizi di hosting "che non rivestono un ruolo attivo".
La sentenza della Suprema Corte detta in maniera chiara e dettagliata una serie di indicazioni rivolte principalmente ai giudici di merito per decidere correttamente in ordine alla responsabilità o meno di un *internet service provider*.

---

[36] Come risulta anche dai considerando 9 e 59 della direttiva 2001/29/CE sul diritto d'autore e 2 della direttiva 2004/48/CE sulla proprietà intellettuale.
[37] Sul tema, si veda P. Van Eek*, Online Service Providers and Liability: A Plea for a Balanced Approach*, Common Market Law Review, Londra, 2011, p. 1455 ss.
[38] Commissione Europea, COM (2017) 555 del 28 settembre 2017.

Innanzitutto, vengono individuati i cd. "indici di interferenza", ovvero un'elencazione a titolo esemplificativo e non esaustivo di prestazioni che fanno presumere l'esistenza di un provider attivo quali le attività di filtro, selezione, indicizzazione, organizzazione, catalogazione, aggregazione, valutazione, uso, modifica, estrazione o promozione dei contenuti, operate mediante una gestione imprenditoriale del servizio, comprendendo anche l'adozione di tecniche di valutazione comportamentale degli utenti per aumentarne la fidelizzazione; condotte che abbiano, in sostanza, l'effetto di completare ed arricchire in modo non passivo la fruizione dei contenuti da parte di utenti indeterminati.

3.3.2. Presunzione di conoscenza e diligenza richiesta

Ulteriore tema controverso è la valutazione in ordine all'effettiva conoscenza in capo al fornitore del servizio dell'esistenza di un contenuto illecito, idonea a far sorgere l'obbligo di rimozione immediata in base all'art. 14 della direttiva 31/2000/CE e all'art. 16 del d.lgs.70/2003, la cui violazione costituisce il presupposto per l'azione di risarcimento del danno. Più precisamente, si sono sviluppate due teorie sulla presunzione di conoscenza dei prestatori di servizi online: secondo la tesi più restrittiva è necessario che il provider possa esser considerato al corrente dell'illecito soltanto mediante un ordine dell'autorità giudiziaria; questa tesi trova il suo fondamento nell'art. 16 del d.lgs. 70/2003 nella parte in cui alla lettera b) prescrive che l'obbligo di rimozione scaturisce da una "comunicazione delle autorità competenti" e pertanto esclude che soggetti diversi da questi ultimi possano far sorgere l'obbligo di rimozione. Secondo la tesi contraria – in cui si evidenzia che l'art. 14 della direttiva 31/2000/CE non fa alcun riferimento alle autorità competenti a differenza del decreto di recepimento - è sufficiente che il provider sia in possesso dell'informazione di illiceità del contenuto caricato sul suo portale, indipendentemente dal soggetto che l'ha originata, sia esso l'autorità giudiziaria, l'autore dell'opera illegittimamente caricata o anche un semplice civile.

A tal proposito, la stessa Corte di Cassazione[39] in sede penale (in un caso di lesioni dei diritti sui propri dati personali mediante la diffusione degli stessi su internet) ha individuato quali presupposti della responsabilità del provider proprio la sua effettiva conoscenza dei dati immessi dall'utente e l'eventuale inerzia nella rimozione delle informazioni da esso conosciute.

Sulla base di questo orientamento giurisprudenziale si reputa che un soggetto conosca un fatto quando esso sia pervenuto alla sua sfera psichica, a prescindere dalla data di trasmissione del mittente. Soccorrono in tal senso gli ordinari mezzi idonei ad assicurare la comunicazione dell'evento, secondo il sistema della

[39] Cass. Pen., Sez. III, n. 5107 del 17 dicembre 2013.

presunzione semplice *ex* art. 1335 c.c., in forza del quale un soggetto è giuridicamente a conoscenza di un evento ove ne sia stato reso edotto mediante mezzi di comunicazione scritta o verbale.
Nel caso della responsabilità del prestatore dei servizi della società dell'informazione, con riguardo all'interpretazione ed applicazione dell'art. 16, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 70 del 2003, la conoscenza dell'altrui illecito, quale elemento costitutivo della responsabilità del prestatore stesso, coincide con l'esistenza di una comunicazione in tal senso operata dal terzo, il cui diritto si assuma leso, condividendo così la tesi "estensiva" di conoscenza.
Dunque, l'onere della prova a carico del mittente riguarda solo l'avvenuto recapito all'indirizzo del destinatario, posto che il pervenire a tale indirizzo della comunicazione in forma scritta opera per il solo fatto oggettivo dell'arrivo dell'atto nel luogo indicato e la presunzione *iuris tantum* di conoscenza è superabile mediante la prova contraria, da fornirsi da parte del prestatore del servizio, concernente l'impossibilità di acquisire, in concreto, l'anzidetta conoscenza per un evento estraneo alla sua volontà.
Ne deriva che il sorgere dell'obbligo in capo al prestatore del servizio non richiede in via esclusiva una diffida da un'autorità giudiziaria o amministrativa, ma sia sufficiente la segnalazione sufficientemente dettagliata di un qualunque soggetto interessato.
Dopo aver ricevuto la segnalazione l'hosting provider è chiamato a delibare, secondo i criteri di comune esperienza, ma alla stregua della diligenza professionale tipicamente dovuta, sulla ragionevole fondatezza della comunicazione pervenuta e, nel caso di esito positivo della verifica, è tenuto ad attivarsi rapidamente per eliminare il contenuto segnalato.
La comunicazione al prestatore del servizio deve essere idonea a consentire al destinatario la comprensione e l'identificazione dei contenuti illeciti: a tal fine, deve allora aversi riguardo ai profili tecnico-informatici per valutare se, nell'ipotesi di trasmissione di prodotti video in violazione dell'altrui diritto di autore, questi siano identificabili mediante la mera indicazione del nome della trasmissione da cui sono tratti e simili elementi descrittivi, oppure occorra anche la precisa indicazione del cd. indirizzo URL (*Uniform Resource Locator*), quale sequenza di caratteri identificativa dell'indirizzo cercato.

3.3.3. Verso una più nitida responsabilizzazione degli internet service provider

Il dispositivo di questa importante decisione traccia una nuova strada nella responsabilità dei fornitori di servizi online offrendo innanzitutto una nozione di "hosting provider attivo" individuato come quel prestatore di servizi nella società dell'informazione il quale svolge un'attività che esula da un servizio di ordine meramente tecnico, automatico e passivo e pone in essere, invece, una condotta attiva, concorrendo con altri nella commissione dell'illecito e per tale ragione resta sottratto al regime generale

di esenzione di cui all'art. 16 d.lgs. n. 70 del 2003, dovendo la sua responsabilità civile atteggiarsi secondo le regole comuni.

Alla luce del principio di diritto enunciato dalla Corte di Cassazione la responsabilità dell'hosting provider sussiste in capo al prestatore dei servizi che non abbia provveduto alla immediata rimozione dei contenuti illeciti, nonché se abbia continuato a pubblicarli, pur quando ricorrano congiuntamente le seguenti condizioni:

a) sia a conoscenza legale dell'illecito perpetrato dal destinatario del servizio, per averne avuto notizia dal titolare del diritto leso oppure *aliunde*;
b) l'illiceità dell'altrui condotta sia ragionevolmente constatabile, onde egli sia in colpa grave per non averla positivamente riscontata, alla stregua del grado di diligenza che è ragionevole attendersi da un operatore professionale della rete in un determinato momento storico;
c) abbia la possibilità di attivarsi utilmente, in quanto reso edotto in modo sufficientemente specifico dei contenuti illecitamente immessi da rimuovere.

Viene in tal modo affidato al giudice di merito il controllo in fatto se, sotto il profilo tecnico-informatico, l'identificazione di opere audiovisive, diffuse in violazione del diritto d'autore, sia possibile mediante l'indicazione del solo nome o titolo della trasmissione da cui sono tratte, oppure sia invece indispensabile la comunicazione più specifica contenente l'indirizzo URL che identifica univocamente lo spazio sul web in cui l'opera può essere riprodotta.

Le innovative statuizioni contenute nella sentenza sopra esaminata permettono di adeguare il bilanciamento tra libertà di impresa, libertà di espressione e diritto d'autore alla moderna società dell'informazione e confermano nuovamente il prezioso valore della funzione nomofilattica della Corte di Cassazione di cui è esclusiva depositaria e che prudentemente, nel caso *de quo*, non ha sacrificato il dato normativo, evitando così di sconfinare nella funzione legislativa. Ciò nonostante, tra le righe di questa pronuncia si può cogliere la necessità di dotarsi di una nuova normativa interna e sovranazionale che sia in grado di rispondere prontamente alle questioni sorte dalle costanti evoluzioni tecnologiche.

4. La Direttiva "Digital single market" e la rilettura del bilanciamento tra libertà d'impresa e protezione del diritto d'autore

Un elemento di indiscutibile importanza che potrebbe aver ispirato il collegio del Palazzaccio nella stesura della sentenza è la proposta di direttiva della Commissione Europea "sul diritto di autore nel mercato unico digitale", al tempo prossima all'approvazione del Consiglio Europeo[40], e che, in estrema sintesi, già

[40] Il testo è stato approvato dal Consiglio Europeo il 15/04/2019.

dava atto che i fornitori di servizi online erano divenuti ormai abbastanza forti da potersi responsabilizzare maggiormente rispetto alle garanzie di tutela dei diritti d'autore sulla rete, riducendo così il campo di operatività delle esenzioni da responsabilità[41]. Lo stesso articolo 13 della proposta di direttiva prevedeva che i prestatori di servizi dovessero munirsi di tecnologie efficaci per il riconoscimento dei contenuti illeciti e informare i titolari sulla loro attivazione e funzionamento[42].
Il testo ufficiale della direttiva cd. "Digital Single Market"[43] è stato approvato a Strasburgo il 17 aprile 2019 e pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea il 17 maggio 2019 (quasi due mesi dopo la pubblicazione della nota pronuncia della Corte di Cassazione italiana), con delle rilevanti novità sugli obblighi a carico dei prestatori di servizi online.

4.1. La comunicazione al pubblico e la promozione di meccanismi collaborativi

Il primo elemento innovativo è di carattere definitorio, offrendo una nozione di comunicazione al pubblico propedeutica in ordine alla valutazione circa la sussistenza o meno della responsabilità editoriale a carico degli internet service provider. Essa viene definita dalla direttiva come un atto di concessione d'accesso al pubblico di opere protette dal diritto d'autore o altri materiali protetti caricati dai suoi utenti[44], una nozione sicuramente ampia mirante a ricomprendere tutte le fattispecie di divulgazione dei contenuti protetti.
L'atto di comunicazione al pubblico è legittimo soltanto quando il prestatore di servizi di condivisione di contenuti online ottiene un'autorizzazione dai titolari dei diritti mediante la conclusione di un accordo di licenza o mediante qualunque altro strumento negoziale che lo autorizzi alla diffusione dell'opera.
Si è ritenuto necessario positivizzare la nozione di atto di comunicazione al pubblico partendo del presupposto, messo in evidenza nei Considerando[45] della direttiva, che vi è incertezza giuridica circa il fatto che i fornitori di servizi online effettuino atti rilevanti per il diritto d'autore e debbano ottenere

[41] Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sul diritto di autore nel mercato unico digitale, COM (2016)593 del 14 settembre 2016, Considerando 38.
[42] L'art. 13, par. 1 della proposta di direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale prevede espressamente che: "I prestatori di servizi della società dell'informazione che memorizzano e danno pubblico accesso a grandi quantità di opere o altro materiale caricati dagli utenti adottano, in collaborazione con i titolari dei diritti, misure miranti a garantire il funzionamento degli accordi con essi conclusi per l'uso delle loro opere o altro materiale ovvero volte ad impedire che talune opere o altro materiale identificati dai titolari dei diritti mediante la collaborazione con gli stessi prestatori siano messi a disposizione sui loro servizi. Tali misure, quali l'uso di tecnologie efficaci per il riconoscimento dei contenuti, sono adeguate e proporzionate. I prestatori di servizi forniscono ai titolari dei diritti informazioni adeguate sul funzionamento e l'attivazione delle misure e, se del caso, riferiscono adeguatamente sul riconoscimento e l'utilizzo delle opere e altro materiale".
[43] Direttiva 790/2019/UE sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE.
[44] Direttiva 790/2019/UE, art. 17, par. 1.
[45] Direttiva 790/2019/UE, Considerando 61, 62, 63, 64.

l'autorizzazione dai titolari dei diritti per il contenuto caricato dai loro utenti che non detengono i pertinenti diritti per il contenuto caricato. Tale incertezza ha dato luogo a delle ripercussioni negative sulla capacità dei titolari dei diritti di stabilire se, e a quali condizioni, le loro opere e altri materiali siano utilizzati, nonché sulla loro capacità di ottenere un'adeguata remunerazione per detto utilizzo. Viene così evidenziata l'urgenza di promuovere lo sviluppo di un mercato della concessione delle licenze tra i titolari di diritti e gli internet service provider precisando che tali accordi di licenza debbano essere equi e mantenere un equilibrio ragionevole tra entrambe le parti.

Al fine di facilitare la conclusione di questi accordi la direttiva incarica gli Stati membri di offrire la possibilità alle parti che incontrano difficoltà ad accordarsi sulla giusta retribuzione e - più ampiamente - su tutti gli altri termini negoziali, di avvalersi dell'assistenza di un mediatore o di un organismo imparziale che intervenga nelle contrattazioni e, ove opportuno, presenti proposte alle parti[46]. La volontà di far sì che questa previsione non resti lettera morta è data dall'obbligo in capo agli Stati membri di comunicare alla Commissione i nomi degli organismi e dei mediatori preposti a tale compito entro il 7 giugno 2021.

I principali destinatari degli obblighi di collaborazione sono quei provider che diffondono contenuti o altri materiali protetti dal diritto d'autore caricati dai loro utenti e che svolgono un ruolo rilevante sul mercato dei contenuti online al fine di trarne un profitto[47], in concorrenza con altri servizi di contenuti online, come i servizi di *streaming* audio e video online, per gli stessi destinatari.

Comprensibilmente, le esenzioni da responsabilità previste dalla direttiva non si applicano a tutti quei prestatori di servizi il cui scopo principale è quello di attuare o facilitare la pirateria in materia di diritto d'autore, ponendosi in netto contrasto con le finalità del legislatore europeo. Pertanto, uno dei principali obiettivi della direttiva è quello di assicurare per gli autori e gli artisti (interpreti o esecutori) un'adeguata remunerazione che sia proporzionata al valore economico effettivo o potenziale dei diritti concessi in licenza o trasferiti. In tema di remunerazione, la direttiva specifica che gli accordi potrebbero anche giungere alla previsione di un pagamento forfettario delle licenze, ma ciò non dovrebbe rappresentare la norma[48]. Saranno quindi gli Stati membri a individuare i singoli casi di ricorso ai pagamenti forfettari, tenendo conto delle specificità di ciascun settore.

[46] Direttiva 790/2019/UE, Art. 13.

[47] La direttiva 790/2019/UE, all'art. 2 n. 6) definisce espressamente il prestatore di servizi di condivisione di contenuti online come quel "prestatore di servizi della società dell'informazione il cui scopo principale o uno dei principali scopi è quello di memorizzare e dare accesso al pubblico a grandi quantità di opere protette dal diritto d'autore o altri materiali protetti caricati dai suoi utenti, che il servizio organizza e promuove a scopo di lucro".

[48] Direttiva 790/2019/UE, Considerando 73.

4.2. Il favor europeo per i provider start-up

Il secondo elemento di novità è rappresentato dalla distinzione degli internet service provider sulla base di criteri strettamente quantitativi ai quali consegue un diverso livello di diligenza atteso.
Invero, i "piccoli" internet service provider saranno gravati da oneri meno incisivi alla luce della volontà del legislatore di abbassare le barriere all'ingresso di un mercato che, allo stato attuale, risulta essere governato da pochi, ma potenti operatori. Il sesto paragrafo dell'art. 17 della Direttiva "Digital Single Market" prevede infatti un regime più favorevole per i prestatori di servizi di condivisione di contenuti online che soddisfino cumulativamente due condizioni:

1. i loro servizi devono essere disponibili al pubblico dell'Unione europea da meno di 3 anni;
2. devono aver registrato un fatturato annuo inferiore a 10 milioni di euro[49].

In tal caso, il livello di diligenza richiesto si limita a onerare il "provider in fasce" – al fine di esonerarsi da responsabilità per non autorizzata comunicazione al pubblico – ad agire tempestivamente a seguito della ricezione di una segnalazione sufficientemente motivata per disabilitare l'accesso alle opere o ad altri materiali notificati o rimuovere dai loro siti web tali opere o altri materiali.
L'asticella della diligenza attesa viene alzata ad un livello più alto se, nonostante la recente nascita del provider quest'ultimo, nel precedente anno civile, abbia già registrato in media almeno 5 milioni di visitatori mensili, richiedendo in tal caso di dimostrare altresì di aver compiuto i massimi sforzi per impedire l'ulteriore caricamento di opere o di altri materiali oggetto della segnalazione per i quali i titolari dei diritti abbiano fornito informazioni pertinenti e necessarie[50].
Il presente regime derogatorio dovrebbe andare ad esclusivo vantaggio delle imprese in fase di start-up per favorire la nascita e lo sviluppo di nuovi modelli di business e dovrebbe pertanto cessare di applicarsi tre anni dopo la prima disponibilità online dei loro servizi nell'Unione Europea. I giudici di merito dovranno prestare particolare attenzione rispetto ad eventuali condotte fraudolente al fine di valutare se il provider chiamato in causa offra servizi effettivamente nuovi oppure fornisca servizi sotto una nuova denominazione, ma per conto di un prestatore di servizi di condivisione di contenuti online già esistente e che altrimenti non potrebbe beneficiare o non potrebbe più beneficiare di questo regime[51].
Invece, il corredo probatorio ad esclusione della responsabilità dei provider già presenti sul mercato – e che quindi superano le soglie temporali e di fatturato di cui all'art. 17, par. 6 della direttiva – in caso di atto di comunicazione al pubblico è sicuramente più oneroso: oltre a dover dimostrare di aver agito tempestivamente per disabilitare l'accesso all'opera sulla base di una segnalazione sufficientemente motivata e di aver compiuto i massimi sforzi per assicurare che non siano disponibili opere o altri materiali

[49] Calcolati in conformità alla raccomandazione della Commissione europea 2003/361/CE.
[50] Direttiva 790/2019/UE, art. 17, par. 6; *Ibidem*, Considerando 66.
[51] Direttiva 790/2019/UE, Considerando 67.

per i quali abbiano ricevuto informazioni pertinenti e necessarie dei titolari dei diritti, devono altresì dimostrare di aver compiuto i massimi sforzi per ottenere un'autorizzazione[52].

La direttiva fa espresso riferimento ad una diligenza superiore a quella del *bonus pater familias,* richiedendo che il provider risponda secondo "elevati standard di diligenza professionale di settore", positivizzando così un principio che a livello giurisprudenziale italiano ed europeo si andava già rapidamente consolidando. Il tipo di diligenza richiesto dal legislatore europeo, se da un lato fa propendere la bilancia a favore dei titolari dei diritti d'autore, dall'altro comporta non poche difficoltà ermeneutiche per comprendere sino a che punto l'elevato livello di diligenza richiesto non rischi di dar luogo *de facto* ad una valutazione preventiva dei contenuti caricati dagli utenti, ad oggi incompatibile con l'assenza di un obbligo generale di sorveglianza[53] che renderebbe di fatto le piattaforme di condivisione veri e propri censori del web.

Sarà, anche in tal caso, arduo il compito dei giudici di merito nell'effettuare la valutazione di responsabilità del prestatore di servizi online alla luce del principio di proporzionalità, dovendo prendere in considerazione, tra gli altri, i seguenti elementi:

a) la tipologia del servizio;
b) il pubblico di riferimento;
c) la dimensione del servizio;
d) la tipologia di opere o altri materiali caricati dagli utenti del servizio;
e) la disponibilità di strumenti adeguati ed efficaci e il relativo costo per i prestatori di servizi[54].

Rispetto all'ultimo punto bisogna segnalare che i provider sono tenuti a istituire dei meccanismi di reclamo e ricorso celere ed efficace che siano disponibili agli utenti dei loro servizi per le richieste di disabilitazione dell'accesso o la rimozione di specifiche opere e altri materiali da essi caricati, sottolineando che i reclami non possono essere risolti mediante algoritmi, ma devono essere oggetto di verifica umana[55]. Per evitare di sommergere i provider da richieste infondate o troppo generiche – e nell'ottica dello sviluppo di meccanismi collaborativi tra questi ultimi e i titolari dei diritti – saranno prese in considerazione soltanto le segnalazioni sufficientemente dettagliate che consentono di individuare in modo univoco il contenuto che si presume illegittimamente caricato. A tal proposito, i giudici di prima e seconda istanza dovranno valutare caso per caso se sia sufficiente l'indicazione del titolo dell'opera caricata senza autorizzazione, oppure sia invece doveroso indicare anche l'URL.

[52] Direttiva 790/2019/UE, art. 17, par. 4.
[53] Direttiva 790/2019/UE, art. 17, par. 8, confermando quanto già previsto dall'art. 15 della direttiva 2000/31/CE.
[54] Direttiva 790/2019/UE, art. 17, par. 5.
[55] Direttiva 790/2019/UE, art. 17, par. 9.

5. Osservazioni conclusive

I veloci sviluppi dell'ultimo ventennio sul piano tecnologico hanno messo in crisi le categorie giuridiche di inquadramento dei servizi di condivisione di contenuti online, così come immaginati dalla direttiva sul commercio elettronico, ovvero come soggetti equidistanti dagli utenti e dai fornitori di contenuti. Invero, la più o meno accentuata ingerenza nell'organizzazione dei contenuti ha portato la giurisprudenza a creare una nuova categoria di provider, l'hosting attivo, più vicino al ruolo editoriale e, per tale ragione, maggiormente responsabile di eventuali illeciti commessi sul suo portale.

A tal proposito, la più recente giurisprudenza italiana ha accolto le esigenze di rilettura della direttiva E-commerce cristallizzandole in una sentenza che non si è limitata a fornire una chiave interpretativa a maglie larghe della responsabilità dei provider (già di per sé condivisibile), ma ha anche scolpito a chiare lettere un transitorio – e non per questo meno efficace – statuto degli internet service provider, nell'attesa che la direttiva sul mercato unico digitale venga recepita dagli Stati membri.

L'*opinio juris* della Corte di Cassazione italiana si pone nel solco di un orientamento giurisprudenziale domestico ed europeo consolidatosi negli anni, giustificato dal crescente potere acquisito dagli intermediari sulla rete che ha reso urgente la ridefinizione dei contorni della loro responsabilità nei casi di indebita comunicazione al pubblico di contenuti protetti dal diritto d'autore, a salvaguardia dei titolari dei diritti connessi. I progressi nelle tecniche di intercettazione dei contenuti infatti consentono oggi di poter effettuare un controllo ad ampio raggio su tutto il materiale caricato dagli internauti. La Suprema Corte ha confermato la prassi di dover svolgere un'investigazione delle modalità operative dei provider *case by case*, potendo soltanto enunciare degli indici sintomatici, indirizzati ai giudici di merito, in presenza di quali si possa pervenire ad una decisione positiva in ordine alla responsabilità editoriale dell'hosting attivo.

Ad abundantiam, il superamento di questa direttiva così tanto discussa è stato confermato dalla recentissima approvazione della direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale che, indubbiamente, rappresenta un passo importante per cercare di porre fine al "far west digitale". Come ha brillantemente dichiarato il Presidente della Commissione Europea Jean-Claude Juncker "Stiamo rendendo il diritto d'autore adatto all'era digitale. L'Europa disporrà di regole chiare che garantiranno un'equa remunerazione dei creatori, forti diritti per gli utenti e responsabilità per le piattaforme. La riforma del diritto d'autore è il pezzo mancante del puzzle".

La riforma del diritto d'autore inciderà nuovamente sui confini di responsabilità dei fornitori di servizi online, aprendo uno scenario nel quale le copiose istanze di protezione dei diritti connessi alle opere diffuse nella rete potranno trovare cittadinanza più agevolmente rispetto al passato.

La direttiva dovrà essere recepita entro il 7 giugno 2021, termine entro il quale gli Stati membri sono altresì tenuti a comunicare alla Commissione le disposizioni regolamentari, legislative e amministrative per risultare *compliant*[56].

Ora il testimone passa ai legislatori nazionali, confidando che – a differenza di quanto avvenuto nel recepimento della direttiva sul commercio elettronico – i provvedimenti degli Stati membri vadano oltre la semplice riproduzione del testo europeo, ma includano anche delle strategie che, tenendo conto delle specificità del proprio Paese, siano disegnate per raggiungere in modo più incisivo gli ambiziosi obiettivi racchiusi nella nuova direttiva sul diritto d'autore online.

[56] Direttiva 790/2019/UE, art. 29.