

# DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA

FONDATA E DIRETTA DA

Alberto M. Gambino

COMITATO DI DIREZIONE

Valeria Falce, Giusella Finocchiaro, Oreste Pollicino,  
Giorgio Resta, Salvatore Sica

30 Luglio 2018

---

La responsabilità dell'*internet service provider* alla luce della giurisprudenza  
della Corte di Giustizia Europea, causa c-610/15, 14 giugno 2018

Simona Scuderi

---

COMITATO SCIENTIFICO

Guido Alpa, Giovanni Comandè, Gianluca Contaldi, Luciana D'Acunto,  
Vincenzo Di Cataldo, Giorgio Floridia, Gianpiero Gamaleri, Gustavo Ghidini,  
Andrea Guaccero, Mario Libertini, Francesco Macario, Roberto Mastroianni,  
Giorgio Meo, Cesare Mirabelli, Enrico Moscati, Alberto Musso,  
Luca Nivarra, Gustavo Olivieri, Cristoforo Osti, Roberto Pardolesi, Giuliana Scognamiglio,  
Giuseppe Sena, Andrea Stazi, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini

E

Margarita Castilla Barea, Cristophe Geiger, Reto Hilty, Ian Kerr, Jay P. Kesan,  
David Lametti, Fiona MacMillan, Maximiliano Marzetti, Ana Ramalho,  
Maria Páz Garcia Rubio, Patrick Van Eecke, Hong Xue

La rivista è stata fondata nel 2009 da Alberto M. Gambino ed è oggi pubblicata dall'Accademia Italiana del Codice di Internet (IAIC) sotto gli auspici del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo - Direzione generale biblioteche e istituti culturali (DGBIC) e dell'Università Europea di Roma con il Centro di Ricerca di Eccellenza del Diritto d'Autore (CREDA). Tutti i diritti sono dell'IAIC.

### **Comitato dei Valutazione Scientifica**

EMANUELA AREZZO (Un. Teramo), EMANUELE BILOTTI (Un. Europea di Roma), FERNANDO BOCCHINI (Un. Federico II), ROBERTO BOCCHINI (Un. Parthenope), ORESTE CALLIANO (Un. Torino), LOREDANA CARPENTIERI (Un. Parthenope), VIRGILIO D'ANTONIO (Un. Salerno), FRANCESCO DI CIOMMO (Luiss), PHILIPP FABBIO (Un. Reggio Calabria), MARILENA FILIPPELLI (Un. Tuscia), CESARE GALLI (Un. Parma), MARCO MAUGERI (Un. Europea di Roma), ENRICO MINERVINI (Seconda Un.), MARIA CECILIA PAGLIETTI (Un. Roma Tre), ANNA PAPA (Un. Parthenope), ANDREA RENDA (Un. Cattolica), ANNARITA RICCI (Un. Chieti), FRANCESCO RICCI (Un. LUM), GIOVANNI MARIA RICCIO (Un. Salerno), CRISTINA SCHEPISI (Un. Parthenope), BENEDETTA SIRGIOVANNI (Un. Tor Vergata), GIORGIO SPEDICATO (Un. Bologna), ANTONELLA TARTAGLIA POLCINI (Un. Sannio), RAFFAELE TREQUATTRINI (Un. Cassino), DANIELA VALENTINO (Un. Salerno), FILIPPO VARI (Un. Europea di Roma), ALESSIO ZACCARIA (Un. Verona).

### **Norme di autodisciplina**

1. La pubblicazione dei contributi sulla rivista "Diritto Mercato Tecnologia" è subordinata alla presentazione da parte di almeno un membro del Comitato di Direzione o del Comitato Scientifico e al giudizio positivo di almeno un membro del Comitato per la Valutazione Scientifica, scelto per rotazione all'interno del medesimo, tenuto conto dell'area tematica del contributo. I contributi in lingua diversa dall'italiano potranno essere affidati per il referaggio ai componenti del Comitato Scientifico Internazionale. In caso di pareri contrastanti il Comitato di Direzione assume la responsabilità circa la pubblicazione.
  2. Il singolo contributo è inviato al valutatore senza notizia dell'identità dell'autore.
  3. L'identità del valutatore è coperta da anonimato.
  4. Nel caso che il valutatore esprima un giudizio positivo condizionato a revisione o modifica del contributo, il Comitato di Direzione autorizza la pubblicazione solo a seguito dell'adeguamento del saggio.
- La Rivista adotta un Codice etico e di buone prassi della pubblicazione scientifica conforme agli standard elaborati dal Committee on Publication Ethics (COPE): Best Practice Guidelines for Journal Editors.

### **Comitato di Redazione – [www.dimt.it](http://www.dimt.it) – [dimt@unier.it](mailto:dimt@unier.it)**

PIERPAOLO ARGANELLI, MARCO BASSINI, SIMONA CASTALDO, GIORGIO GIANNONE CODIGLIONE, FRANCESCA CORRADO, CATERINA ESPOSITO, MONICA LA PIETRA, GAETANO MARINO, SILVIA MARTINELLI, DAVIDE MULA (Coordinatore), ALESSIO PERSIANI, ROSARIA PETTI, MARTINA PROVENZANO (Vice-Coordinatore), MATILDE RATTI, VALENTINA ROSSI, SILVIA SCALZINI

### **Sede della Redazione**

Accademia Italiana del Codice di Internet, Via dei Tre Orologi 14/a, 00197 Roma, tel. 06.3083855, fax 06.3070483, [www.iaic.it](http://www.iaic.it), [info@iaic.it](mailto:info@iaic.it)

# La responsabilità dell'*internet service provider* alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea (causa c-610/15, 14 giugno 2017)

**Simona Scuderi**

Università degli studi di Messina

## ***Abstract***

La responsabilità *dell'Internet Service Provider* rappresenta uno dei temi più dibattuti nella legislazione europea e nazionale. L'evoluzione telematica degli ultimi anni ha consentito di avviare nuove riflessioni sull'istituto della responsabilità del *provider* in ordine agli illeciti che si verificano *online* a causa dell'attività posta in essere dagli utenti della rete. La pronuncia della CGUE del 14 giugno 2017 si inserisce in un dibattito già aperto e mette in discussione il ruolo dell'intermediario *web*, il quale, nella nuova realtà multimediale, non può più essere considerato “mero trasportatore di informazioni *online*”, configurando in capo a questi un dovere di attivarsi per la tutela dei diritti della persona in *Internet*, con particolare riferimento al diritto d'autore. La responsabilità dell'*ISP* assume, quindi, una nuova fisionomia, nella più ampia prospettiva di un nuovo modo di intendere il ruolo del *provider* in seno alle vicende di carattere illecito del *web*.

**Sommario:** 1. Premessa – 2. La responsabilità del *provider* nella direttiva 2000/31/CE – 3. Il caso – 4. La violazione del diritto d'autore *online* – 5. La funzione sociale della responsabilità del *provider* alla luce della giurisprudenza della CGE.

## **1. Premessa**

Con la sentenza c-610/15 del 14 giugno 2017, la CGUE è tornata a pronunciarsi su un tema particolarmente dibattuto negli ultimi anni in dottrina e

nella giurisprudenza interna e comunitaria, quello della responsabilità dei prestatori di servizi in rete (ISP) per la violazione del diritto d'autore<sup>1</sup>.

L'indagine svolta intorno all'istituto della responsabilità per gli illeciti commessi in rete, rinviene la sua ragione pratica nel fatto che la direttiva 2000/31/CE<sup>2</sup> che disciplina i diversi aspetti del commercio elettronico, e specificatamente quello relativo alla responsabilità dell'*Internet Service Provider*, non sembra, ad oggi, soddisfare la domanda di tutela in relazione al mutato scenario delle operazioni e relazioni multimediali.

Invero, si tratta di un intervento legislativo risalente nel tempo ed è agevole rilevare come le nuove esigenze sorte nel *web*, considerata anche l'evoluzione tecnologica che ha interessato la rete telematica nell'ultimo decennio, non trovino una concreta rispondenza con le norme in esso contenute.

Per tale ragione, negli ultimi anni la CGUE si è pronunciata a più riprese sulla responsabilità civile degli *internet providers* per gli illeciti *online*<sup>3</sup> e,

---

<sup>1</sup> Sul tema, si vedano, in dottrina, R. D'Arrigo, *La responsabilità del provider*, in Bassoli (a cura di), *Come difendersi dalla violazione dei dati su internet. Diritti e responsabilità*, Santarcangelo di Romagna, 2012, p. 333; M. Bertani, *Diritto d'autore europeo*, Torino, 2011; A. Saraceno, *La responsabilità degli Internet service provider per le violazioni del diritto d'autore*, in *Giur. it.*, 2011, p. 2200; G. Cassano, A. Celotto, *Diritti della persona, Internet e responsabilità dei soggetti intermediari*, in *Corriere Giur.*, 2010; R. Mastroianni, *La tutela internazionale e comunitaria del diritto d'autore come diritto fondamentale dell'uomo*, in Gambino e Falce (a cura di), *Scenari e prospettive del diritto d'autore*, Roma, 2009, pp. 13 ss.; M. Astone, *La responsabilità del prestatore di servizi della società di informazione nella direttiva 2000/31/CE*, in *Europa e dir.priv.*, fasc. 2, 2003. In giurisprudenza, CGUE, sentenza 29 gennaio 2008, causa C-275/06; CGUE, sentenza 24 novembre 2011, causa C-70/10; CGUE, sentenza 16 febbraio 2001, causa C-360/10.

<sup>2</sup> Direttiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio Europeo, dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno. La direttiva sul commercio elettronico, "Direttiva *e-commerce*", è stata attuata in Italia con d.lgs. n. 70 del 9 aprile 2003.

<sup>3</sup> Cfr., tra le altre, GGUE, sentenza 12 luglio 2011, causa C-324/09, in *Curia.europa.eu*; CGUE, sentenza 16 luglio 2009, causa C-05/08, decisioni nell'ambito delle quali la CGUE si pronuncia sulla corretta interpretazione dell'ar.14 della dir. 2000/31, mostrando una lieve apertura al riconoscimento di un più accentuato rigore nell'applicare l'esimente contenuta nella disposizione. Infatti

da ultimo, con la sentenza del 14 giugno 2017<sup>4</sup>, che offre interessanti spunti di riflessione sul tema.

In particolare, nella decisione in esame, la Corte di Giustizia, in linea con l'orientamento coniato nel 2014<sup>5</sup> e che si affaccia timidamente in uno scenario complesso e allo stesso tempo mutevole, riconosce la piena responsabilità del *provider* per la diffusione *online* di opere protette dal diritto d'autore da parte degli utenti della rete.

Due i profili per i quali la pronuncia può rappresentare un ulteriore passo in avanti, nell'ambito della mutata direzione della giurisprudenza europea, in tema di responsabilità per gli illeciti della rete: il riconoscimento in capo al *provider* di una responsabilità che sembra atteggiarsi diversamente da quella descritta nella direttiva sul commercio elettronico, in quanto non si fa riferimento né al tipo di attività svolta dall'intermediario, sulla base della quale la direttiva distingue il grado di responsabilità, né alla possibilità che questi sia a conoscenza dell'illiceità dei contenuti caricati dagli utenti; la rilevanza riconosciuta alla tutela del diritto d'autore a discapito della tutela del *provider* stesso, che sembra non trovare alcuna giustificazione nel caso in cui si verifichi la diffusione *online* di opere protette dal diritto d'autore senza l'autorizzazione del titolare dell'opera.

---

la Corte afferma che l'*hosting* provider non può beneficiare del regime di limitazione della responsabilità, tutte le volte in cui, sulla base dei criteri di diligenza e ragionevolezza, abbia omesso di attivarsi per impedire la prosecuzione dell'illecito.

<sup>4</sup> CGUE, Sez. II, sentenza 14 giugno 2017, causa C-610/15, *Stichng Brein c. Ziggo BV, XS4ALL Internet BV*.

<sup>5</sup> CGE, Sez. IV, sentenza 27 marzo 2014, causa C-314/12 – *UPC Telekabel Wien GmbH c. Costantin Film Verleih GmbH, Wegafilmproduktionsgesellschaft mbH*, nell'ambito della quale la Corte fa 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. In tal senso, si pone anche una pronuncia della CGUE meno recente del 29 gennaio 2008, causa C-275/06, piuttosto singolare considerato che l'orientamento maggioritario propendeva per il riconoscimento di una compressione della responsabilità del provider, riconoscendone la sussistenza solo quando potesse riscontrarsi una concreta conoscenza da parte di questi del fatto illecito verificatosi.

## 2. La responsabilità del *provider* nella direttiva 2000/31/CE

Al fine di comprendere la portata innovativa della sentenza in esame, nonché le argomentazioni svolte dalla CGUE al riguardo, appare opportuno ricostruire brevemente il quadro normativo di riferimento della responsabilità dell'*Internet Service Provider*.

Il legislatore europeo, con la citata direttiva sul commercio elettronico, dir. 2000/31/CE, attuata in Italia con d.lgs. n. 70/2003, ha disegnato un regime di responsabilità degli intermediari *web* dai contorni ben definiti, ponendo fine alle questioni sorte intorno al ruolo del provider in ordine agli illeciti del *web* e alla natura della responsabilità derivante da fatti illeciti consumati via *Internet*.

Sul tema, in effetti, la dottrina disquisiva già prima che intervenisse la direttiva sul commercio elettronico. Riconoscere in capo all'*ISP* una responsabilità per tutti gli illeciti commessi in *Internet* sino a ricomprendere quelli posti in essere da soggetti terzi, ovvero gli utenti della rete, attribuiva, indubbiamente, una natura oggettiva alla responsabilità del provider, considerato che questi, lungi dal porre in essere materialmente l'illecito, avrebbe risposto del fatto dannoso solo in quanto fornitore di un servizio di accesso ad *Internet*<sup>6</sup>.

Per tale ragione, attesa l'impossibilità di negare una responsabilità dell'*ISP* in caso di illeciti *online*, la dottrina maggioritaria rinveniva il fondamento della responsabilità degli intermediari *web* nel criterio di imputazione della colpa<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> È stato osservato in dottrina che riconoscere una responsabilità esclusiva in capo al *provider* per gli illeciti *online*, non è esente da inconvenienti. Infatti, l'intermediario dovrebbe sopportare i costi di un'attività eccessivamente onerosa, dovendo poi scaricare gli stessi costi sugli utenti che intendono caricare contenuti in rete e sugli utenti finali che vogliono utilizzarli. Si assisterebbe, pertanto, ad un aumento di servizi a pagamento, a scapito dell'offerta di servizi liberi. La conseguenza immediata sarebbe la compressione delle potenzialità libertarie della rete. Sul punto, cfr. G. Ponzanelli, *Verso un diritto uniforme per la responsabilità degli internet service provider*, in *Danno e resp.*, Milano, 2002.

<sup>7</sup> In tal senso, alcuni autori hanno rilevato come un regime che riconosce una eccessiva responsabilità degli intermediari, comporterebbe un arresto del mercato europeo perché «nessun imprenditore accetterebbe il rischio di prestare il servizio di intermediario, con la conseguenza che gli operatori economici del settore cer-

Il legislatore europeo, con la dir. 2000/31/CE ha configurato una responsabilità del *provider* di natura colposa, sussidiaria a quella dell'autore dell'illecito<sup>8</sup>. Invero all'*ISP* non si contesta il fatto materiale commesso dall'utente, ma la mancata prevenzione o adozione di misure repressive<sup>9</sup>.

La normativa europea sembra, quindi, rispondere adeguatamente alle istanze sulla responsabilità per gli illeciti della rete<sup>10</sup>.

Tuttavia, alla scelta del legislatore europeo di riconoscere la responsabilità del *provider* per illeciti non a questi direttamente riconducibili, fa da contraltare la precipua descrizione della situazione in cui deve trovarsi il *provider* affinché incorra in responsabilità.

Più precisamente, la direttiva introduce una classificazione degli *ISP* sulla base dell'attività da questi svolta. Con la conseguenza che, a seconda del tipo di servizio offerto dall'intermediario, potrà stabilirsi il suo grado di coinvolgimento nell'illecito<sup>11</sup>.

Vengono distinte le figura del *mere conduit* e del *caching provider*, i quali effettuano un'attività, rispettivamente, di trasporto e memorizzazione tem-

---

cheranno un mercato nel quale il regime giuridico della responsabilità sia più liberale», così R. Bocchini, *La responsabilità extracontrattuale del provider*, in Valentino (a cura di), *Manuale di diritto dell'informatica*, Napoli, 2016, pp. 540 ss.

<sup>8</sup> Per un'esauritiva analisi della disciplina contenuta nella direttiva 2000/31/CE sulla responsabilità del prestatore di servizi informatici, con particolare riferimento alla figura dell'*hosting provider*, cfr. M. Astone, *La responsabilità del prestatore di servizi della società di informazione nella direttiva 2000/31/CE*, cit., pp. 431 ss.

<sup>9</sup> Il regime giuridico della responsabilità costituisce, quindi, elemento di struttura del mercato. In tal senso, cfr. E. Tosi, voce "*Responsabilità civile per fatto illecito degli internet service provider*", in *Digesto Disc. Priv.*, sez. civ., X aggiornamento, Torino, 2016.

<sup>10</sup> La scelta del regime della responsabilità civile del *provider* ha consentito la prosecuzione dello sviluppo delle potenzialità di *Internet*, che certamente avrebbero risentito di un'eventuale scelta alternativa. È stato osservato in dottrina come tale scelta è stata quasi "obbligata", pena una consequenziale forzata rinuncia al processo di globalizzazione dei mercati di cui, sicuramente, la rete telematica costituisce l'antenato più autorevole, A. Maietta, *Il sistema delle responsabilità nelle comunicazioni via internet*, in Cassano, Cimino (a cura di), *Diritto dell'Internet e delle nuove tecnologie telematiche*, Padova, 2009, pp. 511 ss.

<sup>11</sup> Sulle tre distinte attività svolte dal soggetto intermediario e le relative responsabilità, v. M. Gambini, *Le responsabilità civili dell'Internet service provider*, Napoli, 2006, pp. 271 ss.

poranea delle informazioni; l'*hosting provider* che svolge un'attività di memorizzazione dei contenuti e delle informazioni<sup>12</sup>.

Orbene, tale classificazione propone una distinzione determinante ai fini della definizione delle responsabilità in *Internet*, ed esprime una “tipizzazione della molteplicità dei servizi usufruibili sulla rete”<sup>13</sup>.

Una vera e propria responsabilità è riconosciuta solo in capo all'*hosting provider* sempre che questi sia a conoscenza del carattere illecito dei contenuti caricati sul *web* dagli utenti<sup>14</sup>.

Ai sensi dell'art. 14 della direttiva 2000/31/CE, il prestatore di servizi informatici “non è responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore:

a) non sia effettivamente al corrente del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione, o

b) non appena al corrente di tali fatti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso”.

Alla luce della norma in esame, pertanto, il prestatore che si trovi in una posizione di “assoluta neutralità” rispetto all'informazione veicolata, non

---

<sup>12</sup> G.M. Riccio, *Nota a Tribunale Grande Instance di Nanterre 8 Dicembre 1999*, in *Dir. Inf. e Inf.*, 2000, p. 315 esclude dalla definizione di intermediario il *content provider*, ovvero quel soggetto che si impegna a fornire una vasta gamma di contenuti di vario genere (es.: *entertainment*, informazione, cultura, servizi ) per riempire le pagine di un sito.

<sup>13</sup> M. Gambini, *Le responsabilità civili dell'Internet service provider*, cit., pp. 15 ss.

<sup>14</sup> La CGUE specifica, al riguardo, che l'*hosting provider* non risulta responsabile delle informazioni illecite memorizzate a richiesta dell'utente fintanto che non venga a conoscenza - in qualunque modo e secondo quanto è legittimo attendersi da un operatore economico diligente- della loro illiceità a seguito dell'intervento delle autorità competenti. In quel caso, viene sanzionata la sua eventuale inerzia. Cfr., CGUE, sentenza 12 luglio 2011, causa C- 324/09. Tuttavia, in dottrina è stato rilevato come il legislatore non si sia preoccupato di specificare il grado di “conoscenza” colpevole, decretando un vuoto di disciplina nel nostro ordinamento rimesso alla valutazione dell'interprete. In tal senso, R. Panetta, *La responsabilità civile degli internet service provider e la tutela del diritto d'autore*, in *Il diritto industriale*, Fasc. 1, 2017, pp. 165 ss.

può considerarsi responsabile per i contenuti illeciti ai quali accedono gli utenti tramite il *server* che questi mette a loro disposizione<sup>15</sup>.

Come si suol dire, ciò che era uscito dalla porta, sembra rientrare dalla finestra. Invero, il legislatore europeo, restringe al massimo le ipotesi in cui al *provider* possa addebitarsi un illecito *online* ed esonera il c.d. “*provider* passivo” da ogni imputabilità nel momento in cui non eserciti alcun controllo (non abbia, cioè, gli strumenti per farlo) sui contenuti inseriti dagli utenti, in quanto considerato “terzo estraneo ai fatti”.

Il quadro normativo appena delineato ben si sposava con la realtà telematica di quegli anni in cui i problemi legati alle operazioni *online* e alla responsabilità del prestatore di servizi informatici si trovavano ancora in uno stato “embrionale”. È chiaro, quindi, come la dir. 2000/31/CE fosse sufficiente a ricomprendere la disciplina degli illeciti e delle relative misure sanzionatorie.

La rapida evoluzione telematica dell’ultimo decennio, che ha dato spazio ad un nuovo modo di vivere la realtà multimediale, consente di avviare nuove riflessioni sul tema. Analizzando la portata delle norme sulla responsabilità dell’*ISP*, in particolare l’art. 14 della direttiva, si osserva come la disciplina dalla stessa predisposta non riesca ad offrire adeguato sostegno normativo alle nuove esigenze della realtà di *internet*. Invero, non può prescindere dal fatto che il *provider* c.d. passivo, che svolge una mera attività di memorizzazione dei dati acquisiti dagli utenti della rete, è in ogni caso un soggetto che dispone di un potere di gestione e controllo sempre più ampio, tale che è quasi impossibile non ricondurre al medesimo anche altri tipi di attività che automaticamente svolge, attese le sue funzioni nell’ambito della gestione e amministrazione di un *server*.

In tale prospettiva, dunque, ci si è chiesti se ad oggi possa ancora riconoscersi un’assoluta neutralità del *provider* in ordine agli illeciti che si verificano *online* a causa dell’attività posta in essere dagli utenti della rete.

La questione presta il fianco ad un’ulteriore riflessione.

---

<sup>15</sup> In tal senso, cfr. M. Astone, *La responsabilità del prestatore di servizi della società di informazione nella direttiva 2000/31/CE*, cit., pp. 437 ss.

Se si condivide l'idea che in capo al *provider* sorga una responsabilità per gli illeciti commessi dagli utenti della rete, si pone il quesito sulla sussistenza di un obbligo di sorveglianza in capo all'intermediario, atteso che la responsabilità è comunque di natura colposa e che, tra l'altro, la Corte di Giustizia nella decisione in esame fa riferimento ad un "dovere di controllo" del *provider* sui contenuti caricati dagli utenti.

A ben vedere, sembra che non sia solo l'istituto della responsabilità civile dell'intermediario ad essere messo in discussione, ma anche e soprattutto la figura dello stesso *provider*, il quale si pone in una nuova dimensione. Se prima poteva intendersi quale mero "trasportatore" di informazioni in rete fornite dagli utenti, alla luce della giurisprudenza europea, sembra ergersi a "giudice della rete"<sup>16</sup>, atteso che ad esso spetta attivarsi per la tutela dei diritti della persona in *Internet*<sup>17</sup>.

È possibile affermare, quindi, come la responsabilità del *provider* assuma una nuova fisionomia nella più ampia prospettiva di un nuovo modo di intendere il ruolo del provider in seno alle vicende di carattere illecito del *web*.

### 3. Il caso

Il caso esaminato dalla CGUE ha ad oggetto una controversia instaurata tra la *Stitching Brein*, fondazione di diritto olandese per la tutela dei diritti d'autore e due società, la *Ziggo* e la *XS4ALL*, fornitori di accesso a internet. Nella specie, una parte considerevole degli utenti della *Ziggo* e della *XS4ALL*, utilizzava la piattaforma di condivisione online «*The Pirate Bay*». Tale piattaforma consente agli utenti di condividere e di scaricare, in frammenti («*torrents*»), opere che si trovano sui propri *computer*. Tali *file* spesso sono opere protette dal diritto d'autore che vengono utilizzate senza che i titolari del diritto abbiano autorizzato gli amministratori e gli utenti di tale piattaforma ad effettuare atti di condivisione.

---

<sup>16</sup> R. Bocchini, *La responsabilità di facebook per la mancata rimozione di contenuti illeciti*, in *Giur.it.*, fasc. 3, 2017, p. 632.

<sup>17</sup> Il tema della tutela dei diritti della persona in internet ha assunto nuovi risvolti con particolare riferimento al diritto all'oblio. Sul punto, cfr. G.M. Riccio, *Diritto all'oblio e responsabilità dei motori di ricerca* in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, fasc. 4-5, 2014, pp. 753-773.

La *Stichting Brein*, citava in giudizio davanti al giudice olandese le due società, lamentando la violazione della normativa sulla tutela del diritto d'autore (Direttiva 2001/29/CE) e chiedeva di ingiungere alla *Ziggo* e alla *X\$4ALL* di bloccare i nomi di dominio e gli indirizzi IP di «*The Pirate Bay*».

La Corte Suprema dei Paesi Bassi adiva la Corte di Giustizia per la risoluzione di alcune questioni pregiudiziali alla definizione della controversia in esame.

#### **4. La violazione del diritto d'autore online**

La sentenza in esame si inserisce nel filone delle pronunce della CGUE sulla responsabilità dei prestatori di servizi di rete per le vicende inerenti alla diffusione di contenuti illeciti e la violazione del diritto d'autore *online*<sup>18</sup>.

Il tema è particolarmente delicato atteso che, se *Internet* ha consentito la più ampia affermazione della libertà di espressione e di informazione attraverso la circolazione di opere protette dal diritto d'autore, non può negarsi come, allo stesso tempo, costituisca una “trappola per la proprietà intellettuale”<sup>19</sup> poiché la circolazione delle opere avviene, sempre più frequentemente, senza alcun controllo e, soprattutto, senza l'autorizzazione dei titolari del diritto d'autore delle opere medesime<sup>20</sup>.

Pertanto, è fondamentale operare un bilanciamento tra l'interesse all'indipendenza della rete *internet*, i diritti alla libertà di espressione e all'informazione e la tutela del diritto d'autore<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> Per un'esauritiva ricostruzione del quadro giuridico europeo in tema di diritto d'autore, cfr. M. Bertani, *Diritto d'autore europeo*, Torino, 2011.

<sup>19</sup> R. Panetta, *La responsabilità civile degli internet service provider e la tutela del diritto d'autore*, cit., p. 66.

<sup>20</sup> A. Maietta, *Il diritto della multimedialità*, Torino, 2018, p. 124, osserva, in merito, come il diritto d'autore «<<pensato soprattutto per opere immateriali, ancorate però a un supporto meccanico si è trovato a dover fronteggiare una realtà nuova, caratterizzata da un flusso continuo e dinamico dei dati, di impossibile costrizione in un unico elemento materiale>>».

<sup>21</sup> Al riguardo, cfr. R. Panetta, *La responsabilità civile degli internet service provider e la tutela del diritto d'autore*, cit., p. 68, osserva come «<<la necessità di operare un bilanciamento si inserisce in un'ottica più ampia di previsione di politiche di prevenzione dirette a responsabilizzare non solo i fornitori ma anche i destinatari

La sentenza in esame riveste una significativa importanza in tal senso, poiché riconosce la prevalenza della tutela del diritto d'autore su quella degli altri diritti e interessi che si contrappongono ad esso<sup>22</sup>.

Il diritto d'autore, già da diverso tempo, ha assunto il rango di diritto fondamentale sia per l'ordinamento internazionale che per quello dell'Unione europea, con inevitabili ricadute anche sul piano nazionale<sup>23</sup>.

Com'è noto, la tutela del diritto d'autore è contenuta nella direttiva 2001/29/CE<sup>24</sup>, attuata in Italia con il d.lgs. n.68/2003<sup>25</sup>. Nell'ambito di tale normativa, e precisamente all'art. 8, il legislatore europeo impone agli Stati membri di assicurare che i titolari dei diritti possano chiedere un provvedimento inibitorio nei confronti degli intermediari i cui servizi siano utilizzati da terzi per violare un diritto d'autore o diritti connessi. Anche la direttiva 2004/48/CE sul rispetto della proprietà intellettuale, cd. "direttiva *enforcement*", attribuisce agli stati membri il compito di stabilire le misure, le procedure e i mezzi di ricorso necessari ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale in modo che siano leali ed equi.

È stato rilevato in dottrina come la violazione *online* del diritto d'autore non sempre è avvertita dall'autore del fatto illecito<sup>26</sup>. Questo sicuramente

---

dei servizi, al fine di minimizzare i costi sociali e operare una redistribuzione dei rischi riscontrabili in un'operazione di sviluppo dei nuovi presidi e delle opportunità offerte dalla tecnologia e da internet>>. In tal senso, v. anche M. Gambini, *La responsabilità civile dell'internet service provider*, cit., pp. 230 ss.

<sup>22</sup> In tal senso, cfr. CGUE, sentenza 27 marzo 2014, causa C- 314/12.

<sup>23</sup> In tal senso, cfr. in dottrina, R. Mastroianni, *La tutela internazionale e comunitaria del diritto d'autore come diritto fondamentale dell'uomo*, cit., pp. 13 ss.

<sup>24</sup> Direttiva 2001/29/Ce del Parlamento Europeo e del Consiglio del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, in *G.U.C.E.* del 22 giugno 2001, L. 167/10.

<sup>25</sup> D.lgs. 9 aprile 2003, n. 68, "Attuazione della direttiva 2001/29/CE sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione", in *G.U.U.E.* del 14 aprile 2003, n. 87.

<sup>26</sup> A. Maietta, *Il diritto della multimedialità*, cit., p.126. L'Autore osserva come guardare un film in *streaming* o scaricare una puntata di una serie tv non sia considerato reato, ma come uso legittimo del mondo cibernetico. Al riguardo, spiega come <<tale incoscienza sia connessa con la natura della rete, dal momento che, trattandosi di cose immateriali e mancando, quindi, un corpo di reato, non si riesce a comprendere la delittuosità dell'azione>>.

rappresenta un grande problema nell'ambito della tutela delle opere. Inoltre, anche in quest'ambito, valgono le considerazioni svolte con riguardo alla normativa sul commercio elettronico. La direttiva sulla tutela del diritto d'autore non può fare da "scudo" ad una serie di problematiche sorte con il progresso tecnologico e telematico, come, per esempio, i fenomeni di pirateria diffusa delle opere o l'accesso libero e gratuito ai contenuti.

In merito a quest'ultimo aspetto, occorre svolgere alcune riflessioni, atteso che rappresenta l'oggetto della controversa questione sottoposta alla CGUE nella decisione in commento.

Il problema, sostanzialmente, consiste nel verificare se, la condivisione *online* di opere protette, costituisca una violazione del diritto d'autore, allorché il caricamento online consenta l'accesso libero ad altri utenti, senza che il titolare dell'opera abbia autorizzato tale comunicazione.

La CGUE, con una motivazione per *relationem*, riprende un proprio orientamento secondo il quale la violazione del diritto d'autore online si configura quando la c.d. comunicazione al pubblico di cui all'art. 3, paragrafo 1, dir. 2001/29/CE, realizza la diffusione dell'opera protetta dal diritto d'autore con modalità diverse da quelle utilizzate sino a quel momento per la circolazione dell'opera medesima e, altresì, quando ne viene consentito l'accesso ad un "pubblico nuovo", vale a dire un pubblico che non sia stato preso in considerazione dai titolari del diritto d'autore nel momento in cui hanno autorizzato la comunicazione iniziale della loro opera al pubblico<sup>27</sup>.

Nel caso in esame, la Corte ha riconosciuto la presenza di tutti i presupposti affinché si configuri una comunicazione al pubblico non autorizzata ai sensi dell'art. 3, par. 1, dir. 2001/29/CE e, pertanto, accerta la violazione del diritto

---

<sup>27</sup> Secondo il costante orientamento della CGUE, affinché si verifichi una comunicazione al pubblico è necessaria la presenza di due elementi cumulativi: un "atto di comunicazione" di un'opera, che comprende qualsiasi trasmissione o ritrasmissione di un'opera al pubblico non presente nel luogo in cui la comunicazione ha origine, su filo o senza filo, inclusa la radiodiffusione; la "comunicazione" di quest'ultima a un pubblico, ovvero che le opere protette siano effettivamente comunicate ad un pubblico (cfr. CGE, c-527/15, 26.04.2017). Cfr. sent. in commento, punto 28. In dottrina si veda, al riguardo, S. Vigliar, *Pirate Bay: evoluzione del concetto di comunicazione al pubblico o nuova frontiera della responsabilità delle piattaforme telematiche?*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, Vol.1, Anno XXXIX, pp. 108-122.

d'autore sulla scorta del fatto che la comunicazione telematica dell'opera sia avvenuta senza l'autorizzazione da parte del titolare del diritto.

Invero, è indiscutibile che la messa a disposizione e gestione *online* di una piattaforma di condivisione, qual è la *TPB (The Pirate Bay)* consenta agli utenti, mediante l'indicizzazione di metadati *torrent* e la fornitura di una barra di ricerca, di localizzare le opere protette dal diritto d'autore e di condividerle con "nuovi" utenti tramite una rete *peer-to-peer* e, quindi, con un "pubblico nuovo".

In tal senso, la fornitura di collegamenti ad opere illecite e la gestione di una piattaforma di condivisione e di accesso a tali contenuti, rientrano pienamente nell'alveo degli atti di comunicazione al pubblico non autorizzati ai sensi della direttiva.

## **5. La funzione sociale della responsabilità del provider alla luce della giurisprudenza della CGE**

La pronuncia in commento rappresenta un significativo intervento in tema di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali in rete, atteso che riscrive il ruolo che gli intermediari *web* assumono nella diffusione di opere protette dal diritto d'autore da parte di terzi, sui siti *web* ai quali i medesimi offrono l'accesso.

Le questioni intorno alla responsabilità dei *providers*, sono nate in relazione alla peculiare attività dei c.d. "aggregatori" di contenuti caricati in rete da terzi<sup>28</sup>, ovvero dagli *User generation content*, (come per esempio *youtube*), i *social network* (per esempio *facebbok*). In dottrina, è stato osservato come tali figure siano assimilabili ai *providers*, in quanto si limitano ad "ospitare" contenuti forniti da terzi in maniera passiva ed automatica<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> P. Sammarco, *Le clausole contrattuali di esonero e trasferimento della responsabilità inserite nei termini d'uso dei servizi del web2.0.*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, p. 643; G. Colangelo, *L'enforcement del diritto d'autore nei servizi cloud*, in *Il diritto d'autore*, 2012, pp. 174 ss.; A. Zincone, *Hosting attivo e violazione del copyright: cosa cambia nella responsabilità dell'internet service provider*, in *Il diritto d'autore*, 2012, pp. 149 ss.

<sup>29</sup> G.M. Riccio, *Alla ricerca della responsabilità dei motori di ricerca in Danno e resp.*, Vol. 7, pp. 753-764. ID, v. *Social network e responsabilità civile*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, Vol. 6, pp. 859-871.

L'argomento presenta una notevole rilevanza sotto il profilo pratico, in quanto *Internet* contiene innumerevoli opere pubblicate senza l'autorizzazione del titolare del diritto d'autore<sup>30</sup>.

Al riguardo, sorge spontaneo chiedersi se il soggetto che amministra il *server* sul quale vengono condivise tali opere, ovvero il *provider*, può considerarsi coinvolto nella diffusione non autorizzata di opere protette. Occorre, in tal senso, verificare se l'intermediario, in quanto amministratore del *server* può essere "oggettivamente" a conoscenza dei contenuti caricati dagli utenti, o se, rispetto ad essi e in alcune circostanze, debba considerarsi neutrale. In altri termini, si è posta la questione sulla sussistenza di una concreta e reale difficoltà da parte del *provider* nell'effettuare una verifica sull'attività dei siti *web* ai quali fornisce l'accesso da parte degli utenti.

In tal senso, pienamente condivisibile appare l'*opinio juris* condotto dalla Corte nella decisione in esame, la quale nega espressamente la neutralità del *provider* in ordine alle vicende di diffusione in rete di contenuti illeciti e di opere protette dal diritto d'autore da parte degli utenti del *server*.

Invero, ancorché le opere coperte dal diritto d'autore siano state diffuse *online* dagli utenti, il *provider* è responsabile della messa a disposizione delle opere medesime, poiché questi svolge un'attività di amministrazione e di gestione della piattaforma/*server* per la quale non può conservare una posizione neutrale, ammesso e non concesso che l'abbia mai rivestita, rispetto alla condivisione di contenuti illeciti.

A tal proposito, è agevole rilevare come non può accadere che gli aggregatori come gli *User generation content* o i *social network* svolgano un ruolo passivo, accettando automaticamente i contenuti immessi dagli utenti<sup>31</sup>. Così come gli stessi motori di ricerca (per esempio *Google*), assimilati alla figura del *provider*, svolgono ulteriori attività, non meramente automatiche e passive, come, per esempio, l'indicizzazione dei contenuti, la selezione ed orga-

---

<sup>30</sup> M. Borghi, *Hyperlink: La Corte Europea riscrive il diritto di comunicazione al pubblico*, in *Giur. it.*, 2017.

<sup>31</sup> Per una compiuta analisi sul ruolo dei Social network vedi S. Vigliar, *Pirate Bay: evoluzione del concetto di comunicazione al pubblico o nuova frontiera della responsabilità delle piattaforme telematiche?*, cit., pp. 108-122.

nizzazione dei contenuti, il filtraggio dei contenuti, la raccolta pubblicitaria finanche la gestione delle richieste di oscuramento (c.d. diritto all'oblio).

Invero, nel momento in cui viene inserito un contenuto dal carattere illecito sul *web*, il fatto che l'utente sia l'autore materiale del caricamento, non esonera il *provider* da responsabilità, poiché questi ha il dovere di esercitare un controllo su tutti i contenuti che vengono caricati dagli utenti. Il rapido sviluppo della tecnologia, infatti, consente agli intermediari di avere a disposizione strumenti all'avanguardia con i quali i controlli sui contenuti possono essere svolti ad ampio raggio.

Il controllo sui contenuti caricati sul *web* assume, quindi, centrale rilevanza nella definizione dei contorni della responsabilità del *provider* e sembra atteggiarsi quale vero e proprio "obbligo", atteso che l'inosservanza dello stesso comporta automaticamente la responsabilità del *provider*, in caso si riscontri un illecito *online*<sup>32</sup>.

Sulla scorta delle proposte argomentazioni, non v'è chi non veda come la figura del c.d. "*provider* passivo" non possa più trovare spazio nella mutata realtà dell'*internet* e, pertanto, è ragionevole ritenere che la normativa europea, che sancisce l'impossibilità da parte dell'intermediario di esercitare un controllo sui contenuti inseriti da terzi sui siti *web*<sup>33</sup>, vada ripensata in chiave moderna sulla base delle riflessioni svolte.

Il concetto di responsabilità del *provider*, così come rivisitato e reinterpretato dalla CGUE, acquista indubbiamente una nuova fisionomia sulla scorta della quale emerge una nuova concezione dello stesso *provider* il quale deve abdicare alla sua funzione passiva e esercitare un ruolo attivo nel controllo del rispetto dei diritti nel *web* e, in particolare, dei diritti d'autore.

---

<sup>32</sup> In tale contesto, la CGUE menziona l'indicizzazione dei *file torrent* da parte degli amministratori della piattaforma, affinché le opere a cui tali file torrent rinviano possano essere facilmente localizzate e scaricate dagli utenti. Inoltre «*The Pirate Bay*» propone, in aggiunta a un motore di ricerca, una suddivisione in categorie, a seconda della natura delle opere, del loro genere o della loro popolarità. Gli amministratori provvedono peraltro ad eliminare i *file torrent* obsoleti o errati e a filtrare in maniera attiva determinati contenuti.

<sup>33</sup> Come evidenziato dalla giurisprudenza della CGUE in questi casi si configura la fattispecie di hosting attivo, figura non inquadrabile nel limite dell'intermediario hosting enucleato dal D.lgs. n. 70/2003. Al riguardo, cfr. CGE, 23 marzo 2010, caso *Google* contro *Lois Vuitton*.

La decisione in commento si pone, quindi, nel solco di un orientamento giurisprudenziale europeo già avviato qualche anno fa e, nel tempo, ripreso e rafforzato dalla necessità sempre più avvertita nel *web*, di tutelare il diritto d'autore (ma più in generale i diritti della persona) nell'ambito degli illeciti *online* e di non sottrarre il *provider* dagli obblighi che questi assume automaticamente nel momento in cui svolge attività di amministrazione e gestione di un *server*. Conclusivamente, si può affermare *de iure condendo* che se si fa riferimento all'attività del *provider*, che ad oggi non sembra più ammettere la classificazione operata dalla direttiva, il dovere di controllo è in *re ipsa*.

Invero, è bene precisare, però, che non sussiste, attualmente, un obbligo di sorveglianza in capo al *provider*, poichè la direttiva 2000/31/CE stabilisce, all'art. 15, che il prestatore di servizi *internet* “non è assoggettato ad un obbligo generale di sorveglianza delle informazioni che trasmette o memorizza, né ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite”. In dottrina è stato rilevato sul punto, come tale disposizione non imponga un divieto assoluto<sup>34</sup>. Infatti, la direttiva specifica che tale previsione non riguarda gli obblighi di sorveglianza in casi specifici<sup>35</sup>. Sorge spontaneo chiedersi se un “caso specifico” possa essere considerato quello contemplato nell'art. 156 della LdA che prevede la possibilità di disporre un provvedimento inibitorio a tutela dei diritti d'autore anche nei confronti dell'intermediario<sup>36</sup>.

La giurisprudenza interna, ha, per certi versi, riconosciuto un obbligo di sorveglianza in capo al *provider*, tenuto conto delle reali capacità dell'intermediario e avuto riguardo al grado di diligenza che è ragionevole attendersi da un operatore professionale della rete in un determinato momento storico<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> M. Simoni, *La responsabilità degli hosting provider quali prestatori “automatici, tecnici e passivi” della società dell'informazione*, in *Il diritto industriale*, fasc. 5, 2017, p. 463.

<sup>35</sup> Considerando n. 47 della direttiva 2000/31/CE.

<sup>36</sup> M. Simoni, *La responsabilità degli hosting provider quali prestatori “automatici, tecnici e passivi” della società dell'informazione*, cit., p. 463.

<sup>37</sup> In dottrina non mancano voci discordanti sul punto. In particolare, si è rilevato come l'attribuzione di obblighi di sorveglianza e controllo in capo agli ISP li trasformerebbe da semplici prestatori di servizi a organi di censura. Sul punto, cfr. S.

È chiaro che l'orientamento della giurisprudenza interna ed europea affermatasi negli ultimi anni, sembra convergere verso il riconoscimento di veri e propri obblighi di sorveglianza e di trasparenza degli intermediari nei confronti dei titolari dei diritti d'autore. Sicchè, sarebbe opportuno che anche a livello legislativo si prendesse in considerazione l'idea di introdurre l'obbligo di controllo per il *provider*.

A ben vedere, il “nuovo ruolo” del *provider* è perfettamente in linea con quello che, sostanzialmente, l'intermediario *web* rappresenta ad oggi nella realtà dell'*internet*. I poteri di controllo e gestione di cui questi dispone gli consente, indubbiamente, di essere a conoscenza sui contenuti che circolano online, ancorché caricati da terzi. Per tale ragione, non trova riscontro l'esimente, contemplata nell'art. 14 della direttiva, della mancata conoscenza di un contenuto illecito.

A riprova di ciò basti pensare ai “blocchi” che vengono posti, ad esempio, dai *social network* come *Facebook*, *Twitter* ed altri, allorché i contenuti pubblicati “eccedono” la libertà di manifestazione de pensiero, *apertis verbis*, se tale controllo può essere esercitato per le “degenerazioni” evidenti, non v'è motivo di ritenere non praticabile un controllo più esteso e preventivo, senza cadere, ovviamente, nel solco della censura o compressione dei diritti di espressione, mantenendo un corretto bilanciamento tra tutela da un lato e libertà dall'altro.

Questi sono stati i presupposti sulla scorta dei quali la giurisprudenza ha allargato le maglie della responsabilità sino a ricomprendere tutte le ipotesi in cui si verifica l'illecito *online*, senza prevedere esoneri o esclusioni di sorta, mirando alla tutela di tutti i soggetti pregiudicati dalla violazione del diritto d'autore online, sino ad ora posta in secondo piano rispetto alla tutela del *provider*.

È chiaro che la Corte, sposando il principio del *favor victimae* abbia inteso qualificare la funzione della responsabilità del *provider* come una funzione non meramente repressiva ma sociale.

---

Rodotà, *Libertà, opportunità, democrazia, informazione*, Relazione introduttiva del Convegno *Internet e privacy: quali regole?*, 8 maggio 1998.

# **DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA**

Numeri Speciali

2016      **LO STATO ETICO GIURIDICO DEI CAMPIONI BIOLOGICI UMANI**  
a cura di Dario Farace

La rivista “Diritto Mercato Tecnologia” intende fornire un costante supporto di aggiornamento agli studiosi e agli operatori professionali nel nuovo scenario socio-economico originato dall’interrelazione tra diritto, mercato e tecnologia, in prospettiva interdisciplinare e comparatistica. A tal fine approfondisce, attraverso studi nei settori privatistici e comparatistici, tematiche afferenti in particolare alla proprietà intellettuale, al diritto antitrust e della concorrenza, alle pratiche commerciali e alla tutela dei consumatori, al biodiritto e alle biotecnologie, al diritto delle comunicazioni elettroniche, ai diritti della persona e alle responsabilità in rete.

