

Salvatore Vigliar

***PIRATE BAY: EVOLUZIONE
DEL CONCETTO DI
COMUNICAZIONE AL PUBBLICO
O NUOVA FRONTIERA DELLA
RESPONSABILITÀ DELLE
PIATTAFORME TELEMATICHE?***

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

CORTE DI GIUSTIZIA UE
SECONDA SEZIONE
14 GIUGNO 2017
CAUSA C-610/15
PRESIDENTE: ILEŠIČ

AVV. GENERALE: SZPUNAR

PARTI: STICHTING BREIN,

ZIGGO BV,

XS4ALL INTERNET BV

Rinvio pregiudiziale • Proprietà intellettuale e industriale • Direttiva 2001/29/CE • Armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi • Articolo 3, paragrafo 1 • Comunicazione al pubblico • Nozione • Piattaforma di condivisione online • Condivisione di file protetti, senza l'autorizzazione del titolare

La nozione di « comunicazione al pubblico », ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della 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, deve essere interpretata nel senso che comprende, in circostanze come quelle di cui al procedimento principale, 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 (peer-to-peer).

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione, da un lato, dell'articolo 3, paragrafo 1, e dell'articolo 8, paragrafo 3, della 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 (GU 2001, L 167, pag. 10), e, dall'altro, dell'articolo 11 della direttiva 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale (GU 2004, L 157, pag. 45, e rettifica GU 2004, L 195, pag. 16).

2. Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la Stichting Brein, una fondazione che protegge gli interessi dei titolari del diritto d'autore, e la Ziggo BV nonché la XS4ALL Internet BV (in prosieguo: la « XS4ALL »), fornitori di accesso a Internet, relativamente ad alcune domande presentate dalla Stichting Brein e dirette a far ingiungere alle due società di bloccare i nomi di dominio e gli indirizzi IP della piattaforma di condivisione online « The Pirate Bay » (in prosieguo: la « piattaforma di condivisione online TPB »).

Contesto normativo

3. I considerando 9, 10, 23 e 27 della direttiva 2001/29 sono così formulati:

« (9) Ogni armonizzazione del diritto d'autore e dei diritti connessi dovrebbe prendere le mosse da un alto livello di protezione, dal momento che tali diritti sono essenziali per la creazione intellettuale. La loro protezione contribuisce alla salvaguardia e allo sviluppo della creatività nell'interesse di autori, interpreti o esecutori, produttori e consumatori, nonché della cultura, dell'industria e del pubblico in generale. Si è

pertanto riconosciuto che la proprietà intellettuale costituisce parte integrante del diritto di proprietà.

(10) Per continuare la loro attività creativa e artistica, gli autori e gli interpreti o esecutori debbono ricevere un adeguato compenso per l'utilizzo delle loro opere, come pure i produttori per poter finanziare tale creazione. Gli investimenti necessari a fabbricare prodotti quali riproduzioni fonografiche, pellicole o prodotti multimediali e servizi quali i servizi su richiesta ("on-demand") sono considerevoli. È necessaria un'adeguata protezione giuridica dei diritti di proprietà intellettuale per garantire la disponibilità di tale compenso e consentire un soddisfacente rendimento degli investimenti.

(...)

(23) La presente direttiva dovrebbe armonizzare ulteriormente il diritto d'autore applicabile alla comunicazione di opere al pubblico. Tale diritto deve essere inteso in senso lato in quanto concernente tutte le comunicazioni al pubblico non presente nel luogo in cui esse hanno origine. Detto diritto dovrebbe comprendere qualsiasi trasmissione o ritrasmissione di un'opera al pubblico, su filo o senza filo, inclusa la radiodiffusione, e non altri atti.

(...)

(27) La mera fornitura di attrezzature fisiche atte a rendere possibile o ad effettuare una comunicazione non costituisce un atto di comunicazione ai sensi della presente direttiva ».

4. L'articolo 3 di tale direttiva, intitolato « Diritto di comunicazione di opere al pubblico, compreso il diritto di mettere a disposizione del pubblico altri materiali protetti », al suo paragrafo 1 così dispone:

« Gli Stati membri riconoscono agli autori il diritto esclusivo di autorizzare o vietare qualsiasi comunicazione al pubblico, su filo o senza filo, delle loro opere, compresa la messa a disposizione del pubblico delle loro opere in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente ».

5. L'articolo 8 della stessa direttiva, intitolato « Sanzioni e mezzi di ricorso », al paragrafo 3 prevede quanto segue:

« Gli Stati membri si assicurano 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 ».

6. Il considerando 23 della direttiva 2004/48 è così formulato:

« Fatti salvi eventuali altre misure, procedure e mezzi di ricorso disponibili, i titolari dei diritti dovrebbero avere la possibilità di richiedere un provvedimento inibitorio contro un intermediario i cui servizi sono utilizzati da terzi per violare il diritto di proprietà industriale del titolare. Le condizioni e modalità relative a tale provvedimento inibitorio dovrebbero essere stabilite dal diritto nazionale degli Stati membri. Per quanto riguarda le violazioni del diritto d'autore e dei diritti connessi, la direttiva 2001/29/CE prevede già un ampio livello di armonizzazione.

Pertanto l'articolo 8, paragrafo 3, della direttiva 2001/29/CE non dovrebbe essere pregiudicato dalla presente direttiva ».

7. Ai sensi dell'articolo 11 della direttiva 2004/48, intitolato « Ingiunzioni »:

« Gli Stati membri assicurano che, in presenza di una decisione giudiziaria che ha accertato una violazione di un diritto di proprietà intellettuale, le autorità giudiziarie possano emettere nei confronti dell'autore della violazione un'ingiunzione diretta a vietare il proseguimento della violazione. Se previsto dalla legislazione nazionale, il mancato rispetto di un'ingiunzione è oggetto, ove opportuno, del pagamento di una penale suscettibile di essere reiterata, al fine di assicurarne l'esecuzione. Gli Stati membri assicurano che i titolari possano chiedere un provvedimento ingiuntivo nei confronti di intermediari i cui servizi sono utilizzati da terzi per violare un diritto di proprietà intellettuale, senza pregiudizio dell'articolo 8, paragrafo 3, della direttiva 2001/29/CE ».

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

8. La Stichting Brein è una fondazione dei Paesi Bassi che protegge gli interessi dei titolari del diritto d'autore.

9. La Ziggo e la XS4ALL sono fornitori di accesso ad Internet. Una parte rilevante dei loro abbonati utilizza la piattaforma di condivisione online TPB, un indice BitTorrent. BitTorrent è un protocollo con il quale gli utenti (denominati « peers ») possono condividere file. La caratteristica essenziale di BitTorrent consiste nel fatto che i file da condividere sono divisi in piccole parti, per cui non è necessario disporre di un server centrale per la memorizzazione dei medesimi, circostanza che alleggerisce l'onere dei server individuali durante il processo di condivisione. Per poter condividere i file, gli utenti devono prima scaricare un software specifico, denominato « client-BitTorrent », che non viene fornito dalla piattaforma di condivisione online TPB. Tale « client-BitTorrent » è un software che consente di creare file torrent.

10. Gli utenti (denominati « seeders ») che intendono mettere un file presente sul loro computer a disposizione di altri utenti (denominati « leechers ») devono creare un file torrent con l'ausilio del loro client-BitTorrent. I file torrent rinviano a un server centrale (denominato « tracker ») che identifica gli utenti disponibili a condividere un determinato file torrent nonché il relativo file multimediale. Tali file torrent sono caricati (mediante upload) dai seeders su una piattaforma di condivisione online, quale TPB, che provvede quindi a indicizzarli, affinché possano essere reperiti dagli utenti della piattaforma di condivisione online e affinché le opere cui tali file torrent rinviano possano essere scaricate (mediante download) in diversi frammenti sui computer degli utenti, con l'ausilio del loro client-BitTorrent.

11. Invece dei file torrent spesso si utilizzano « magnet links ». Tali

link identificano il contenuto di un file torrent utilizzando un'impronta digitale.

12. I file torrent proposti sulla piattaforma di condivisione online TPB rinviando, in gran parte, ad opere protette dal diritto d'autore, senza che i titolari del diritto abbiano dato la loro autorizzazione agli amministratori e agli utenti di tale piattaforma ad effettuare gli atti di condivisione di cui trattasi.

13. Nell'ambito del procedimento principale, la Stichting Brein chiede anzitutto che venga ingiunto alla Ziggo e alla XS4ALL di bloccare i nomi di dominio e gli indirizzi IP della piattaforma di condivisione online TPB, al fine di evitare che i servizi di tali fornitori di accesso a Internet possano essere utilizzati per violare il diritto d'autore e i diritti connessi dei titolari dei diritti di cui la Stichting Brein protegge gli interessi.

14. Il giudice di primo grado ha accolto le domande della Stichting Brein. Tuttavia, esse sono state respinte in appello.

15. Lo Hoge Raad der Nederlanden (Corte suprema dei Paesi Bassi) rileva che, nella presente causa, è accertato che, mediante la piattaforma di condivisione online TPB, opere protette sono messe a disposizione del pubblico senza l'autorizzazione dei titolari dei diritti. È parimenti accertato che, mediante tale piattaforma, gli abbonati della Ziggo e della XS4ALL rendono accessibili, senza l'autorizzazione dei titolari dei diritti, opere protette, violando così il diritto d'autore e i diritti connessi di tali titolari.

16. Lo Hoge Raad der Nederlanden (Corte suprema dei Paesi Bassi) rileva tuttavia che la giurisprudenza della Corte non consente di rispondere con certezza alla questione di stabilire se la piattaforma di condivisione online TPB configuri anche una comunicazione al pubblico delle opere ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29, in particolare:

- creando e mantenendo operativo un sistema nel quale gli utenti di Internet si collegano tra loro per poter condividere, per frammenti, opere che si trovano sui loro computer;
- gestendo un sito Internet sul quale gli utenti possono mettere online file torrent che rinviando a frammenti di siffatte opere; e
- indicizzando e categorizzando su detto sito Internet i file torrent caricati, cosicché i frammenti delle relative opere possono essere localizzati e gli utenti possono scaricare (interamente) tali opere sui loro computer.

17. In tali circostanze, lo Hoge Raad der Nederlanden (Corte suprema dei Paesi Bassi) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

« 1) Se si configuri una comunicazione al pubblico, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva [2001/29], ad opera del gestore di un sito

Internet ove sul sito in parola non si trovano opere protette, ma esiste un sistema (...) con il quale vengono indicizzati e categorizzati per gli utenti metadati relativi ad opere protette disponibili sui loro computer, consentendo loro in tal modo di reperire e caricare e scaricare le opere protette.

2) Qualora la prima questione debba essere risolta negativamente:

se gli articoli 8, paragrafo 3, della direttiva [2001/29] e 11 della direttiva [2004/48] consentano di emettere un'ingiunzione nei confronti di un intermediario ai sensi di tali disposizioni, ove siffatto intermediario faciliti attività illecite di terzi, come indicato nella prima questione ».

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla prima questione

18. Con la sua prima questione il giudice del rinvio chiede sostanzialmente se la nozione di « comunicazione al pubblico », ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29, debba essere interpretata nel senso che comprende, in circostanze come quelle di cui al procedimento principale, 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 (peer-to-peer).

19. Dall'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29 risulta che gli Stati membri sono tenuti a provvedere affinché gli autori godano del diritto esclusivo di autorizzare o vietare qualsiasi comunicazione al pubblico, su filo o senza filo, delle loro opere, compresa la messa a disposizione del pubblico delle loro opere in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente.

20. In forza di tale disposizione, gli autori dispongono pertanto di un diritto di natura precauzionale che consente loro di frapporsi tra eventuali utenti della loro opera e la comunicazione al pubblico che detti utenti potrebbero voler effettuare, e ciò al fine di vietare quest'ultima (sentenza del 26 aprile 2017, *Stichting Brein*, C-527/15, EU:C:2017:300, punto 25 e giurisprudenza ivi citata).

21. Poiché l'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29 non precisa la nozione di « comunicazione al pubblico », occorre determinare il senso e la portata di tale disposizione in considerazione degli obiettivi perseguiti dalla direttiva stessa ed in considerazione del contesto in cui la disposizione interpretata si colloca (sentenza del 26 aprile 2017, *Stichting Brein*, C-527/15, EU:C:2017:300, punto 26 e giurisprudenza ivi citata).

22. In proposito, si deve rammentare che dai considerando 9 e 10 della direttiva 2001/29 risulta che quest'ultima persegue quale obiettivo principale la realizzazione di un livello elevato di protezione a favore degli autori, consentendo ai medesimi di ottenere un adeguato compenso per

l'utilizzazione delle loro opere, in particolare in occasione di una comunicazione al pubblico. Ne consegue che la nozione di « comunicazione al pubblico » dev'essere intesa in senso ampio, come espressamente enunciato dal considerando 23 di tale direttiva (sentenza del 26 aprile 2017, *Stichting Brein*, C-527/15, EU:C:2017:300, punto 27 e giurisprudenza ivi citata).

23. La Corte ha inoltre sottolineato, per quanto riguarda la nozione di « comunicazione al pubblico », ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29, che essa comporta una valutazione individualizzata (sentenza del 26 aprile 2017, *Stichting Brein*, C-527/15, EU:C:2017:300, punto 28 e giurisprudenza ivi citata).

24. Dall'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29 si evince che la nozione di comunicazione al pubblico consta di due elementi cumulativi, vale a dire un « atto di comunicazione » di un'opera e la comunicazione di quest'ultima a un « pubblico » (sentenza del 26 aprile 2017, *Stichting Brein*, C-527/15, EU:C:2017:300, punto 29 e giurisprudenza ivi citata).

25. Per valutare se un utente effettui un atto di « comunicazione al pubblico », ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29, occorre tener conto di svariati criteri complementari, di natura non autonoma e interdipendenti fra loro. Occorre pertanto applicarli tanto individualmente quanto nella loro reciproca interazione, considerando che, nelle diverse situazioni concrete, possono essere presenti con intensità molto variabile (sentenza del 26 aprile 2017, *Stichting Brein*, C-527/15, EU:C:2017:300, punto 30 e giurisprudenza ivi citata).

26. Tra tali criteri la Corte ha messo in evidenza, in primo luogo, il ruolo imprescindibile dell'utente e il carattere intenzionale del suo intervento. Tale utilizzatore realizza infatti un atto di comunicazione quando interviene, con piena cognizione delle conseguenze del suo comportamento, per dare ai suoi clienti accesso a un'opera protetta, in particolare quando, in mancanza di questo intervento, tali clienti non potrebbero, o potrebbero solo con difficoltà, fruire dell'opera diffusa (v., in tal senso, sentenza del 26 aprile 2017, *Stichting Brein*, C-527/15, EU:C:2017:300, punto 31 e giurisprudenza ivi citata).

27. Essa ha poi precisato che la nozione di « pubblico » riguarda un numero indeterminato di destinatari potenziali e comprende, peraltro, un numero di persone piuttosto considerevole (sentenza del 26 aprile 2017, *Stichting Brein*, C-527/15, EU:C:2017:300, punto 32 e giurisprudenza ivi citata).

28. La Corte ha altresì ricordato che, secondo una giurisprudenza costante, un'opera protetta, per essere qualificata come « comunicazione al pubblico », deve essere comunicata secondo modalità tecniche specifiche, diverse da quelle fino ad allora utilizzate o, in mancanza, deve essere

rivolta ad un « pubblico nuovo », vale a dire a un pubblico che non sia già stato preso in considerazione dai titolari del diritto d'autore nel momento in cui hanno autorizzato la comunicazione iniziale della loro opera al pubblico (sentenza del 26 aprile 2017, *Stichting Brein*, C-527/15, EU:C:2017:300, punto 33 e giurisprudenza ivi citata).

29. Infine, la Corte ha più volte evidenziato che il carattere lucrativo di una comunicazione, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29, non è privo di rilevanza (sentenza del 26 aprile 2017, *Stichting Brein*, C-527/15, EU:C:2017:300, punto 34 e giurisprudenza ivi citata).

30. Per quanto riguarda, in primo luogo, la questione se la messa a disposizione e la gestione di una piattaforma di condivisione online, come quella di cui al procedimento principale, configurino un « atto di comunicazione », ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29, occorre rilevare, come emerge dal considerando 23 della direttiva 2001/29, che il diritto d'autore di comunicazione al pubblico, di cui all'articolo 3, paragrafo 1, 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.

31. Inoltre, come risulta dall'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29, perché vi sia un « atto di comunicazione » è sufficiente, in particolare, che l'opera sia messa a disposizione del pubblico in modo che coloro che compongono tale pubblico possano avervi accesso, dal luogo e nel momento da loro scelti individualmente, senza che sia determinante che utilizzino o meno tale possibilità (v., in tal senso, sentenza del 26 aprile 2017, *Stichting Brein*, C-527/15, EU:C:2017:300, punto 36 e giurisprudenza ivi citata).

32. La Corte ha già dichiarato, a detto proposito, che il fatto di mettere a disposizione su un sito Internet collegamenti cliccabili verso opere protette, pubblicate senza alcun limite di accesso su un altro sito, offre agli utilizzatori del primo sito un accesso diretto a tali opere (sentenza del 13 febbraio 2014, *Svensson e a.*, C-466/12, EU:C:2014:76, punto 18; v. anche, in tal senso, ordinanza del 21 ottobre 2014, *BestWater International*, C-348/13, EU:C:2014:2315, punto 15, e sentenza dell'8 settembre 2016, *GS Media*, C-160/15, EU:C:2016:644, punto 43).

33. La Corte ha altresì statuito che ciò avviene anche nel caso della vendita di un lettore multimediale nel quale sono state preinstallate estensioni, disponibili su Internet, contenenti collegamenti ipertestuali a siti web liberamente accessibili al pubblico sui quali sono state messe a disposizione del pubblico opere tutelate dal diritto d'autore senza l'autorizzazione dei titolari di tale diritto (v., in tal senso, sentenza del 26 aprile 2017, *Stichting Brein*, C-527/15, EU:C:2017:300, punti 38 e 53).

34. Da tale giurisprudenza si può pertanto evincere che, in linea di principio, ogni atto con cui un utente dà, con piena cognizione di causa,

accesso ai suoi clienti ad opere protette può costituire un « atto di comunicazione », ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29.

35. Nel caso di specie occorre constatare anzitutto, come sostanzialmente rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 45 delle conclusioni, che è pacifico che opere protette dal diritto d'autore sono messe, mediante la piattaforma di condivisione online TPB, a disposizione degli utenti di tale piattaforma, di modo che questi possono accedervi dal luogo e nel momento che scelgono individualmente.

36. Inoltre è vero che, come sottolineato dal giudice del rinvio, le opere così messe a disposizione degli utenti della piattaforma di condivisione online TPB sono state messe online su tale piattaforma non dagli amministratori di quest'ultima, bensì dai suoi utenti. Tuttavia detti amministratori, mediante la messa a disposizione e la gestione di una piattaforma di condivisione online, come quella di cui al procedimento principale, intervengono con piena cognizione delle conseguenze del proprio comportamento, al fine di dare accesso alle opere protette, indicizzando ed elencando su tale piattaforma i file torrent che consentono agli utenti della medesima di localizzare tali opere e di condividerle nell'ambito di una rete tra utenti (peer-to-peer). A tale riguardo, come sostanzialmente indicato dall'avvocato generale al paragrafo 50 delle conclusioni, senza la messa a disposizione e la gestione da parte dei suddetti amministratori di una siffatta piattaforma, le opere in questione non potrebbero essere condivise dagli utenti o, quantomeno, la loro condivisione su Internet sarebbe più complessa.

37. Occorre pertanto considerare che, con la messa a disposizione e la gestione della piattaforma di condivisione online TPB, gli amministratori di quest'ultima offrono ai loro utenti un accesso alle opere di cui trattasi. Si può quindi ritenere che essi svolgano un ruolo imprescindibile nella messa a disposizione delle opere in questione.

38. Non si può infine ritenere che gli amministratori della piattaforma di condivisione online TPB realizzino una « mera fornitura » di attrezzature fisiche atte a rendere possibile o ad effettuare una comunicazione, ai sensi del considerando 27 della direttiva 2001/29. Risulta infatti dalla decisione di rinvio che tale piattaforma provvede a indicizzare i file torrent, di modo che le opere a cui tali file torrent rinviano possono essere facilmente localizzate e scaricate dagli utenti della suddetta piattaforma di condivisione. Inoltre, dalle osservazioni presentate alla Corte emerge che la piattaforma di condivisione online TPB propone, in aggiunta a un motore di ricerca, un indice che classifica le opere in diverse categorie, a seconda della natura delle opere, del loro genere o della loro popolarità, e che gli amministratori di tale piattaforma verificano che un'opera sia inserita nella categoria adatta. Inoltre detti amministratori provvedono ad eliminare i file torrent obsoleti o errati e filtrano in maniera attiva determinati contenuti.

39. Alla luce delle suesposte considerazioni, la fornitura e la gestione di una piattaforma di condivisione online, come quella di cui al procedimento principale, devono essere considerate un atto di comunicazione, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29.

40. In secondo luogo, per rientrare nella nozione di « comunicazione al pubblico » ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29, è necessario inoltre che le opere protette siano effettivamente comunicate ad un pubblico (sentenza del 26 aprile 2017, *Stichting Brein*, C-527/15, EU:C:2017:300, punto 43 e giurisprudenza ivi citata).

41. A tale riguardo, la Corte ha precisato, da un lato, che la nozione di « pubblico » comporta una certa soglia de minimis, il che esclude da detta nozione una comunità di interessati troppo esigua, se non addirittura insignificante. Dall'altro, occorre tener conto degli effetti cumulativi che derivano dalla messa a disposizione di opere protette presso destinatari potenziali. Pertanto, è opportuno non soltanto sapere quante persone abbiano accesso contemporaneamente alla medesima opera, ma altresì quante tra di esse abbiano accesso alla stessa in successione (v., in tal senso, sentenza del 26 aprile 2017, *Stichting Brein*, C-527/15, EU:C:2017:300, punto 44 e giurisprudenza ivi citata).

42. Nella fattispecie, dalla decisione di rinvio risulta che una parte rilevante degli abbonati della Ziggo e della XS4ALL ha scaricato file multimediali mediante la piattaforma di condivisione online TPB. Dalle osservazioni presentate alla Corte risulta anche che tale piattaforma sarebbe utilizzata da un numero considerevole di persone, dal momento che gli amministratori della TPB hanno indicato, sulla loro piattaforma di condivisione online, diverse decine di milioni di « peers ». A tale riguardo, la comunicazione di cui al procedimento principale riguarda, quantomeno, l'insieme degli utenti della piattaforma in questione. Detti utenti possono accedere, in ogni momento e contemporaneamente, alle opere protette condivise mediante la suddetta piattaforma. Pertanto, tale comunicazione riguarda un numero indeterminato di destinatari potenziali e comprende un numero di persone considerevole (v., in tal senso, sentenza del 26 aprile 2017, *Stichting Brein*, C-527/15, EU:C:2017:300 punto 45 e giurisprudenza ivi citata).

43. Ne consegue che, mediante una comunicazione come quella di cui al procedimento principale, alcune opere protette sono effettivamente comunicate a un « pubblico » ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29.

44. Inoltre, per quanto riguarda la questione se tali opere siano state comunicate a un pubblico « nuovo » ai sensi della giurisprudenza citata al punto 28 della presente sentenza, si deve rilevare che la Corte, nella sua sentenza del 13 febbraio 2014, *Svensson e a.* (C-466/12, EU:C:2014:76, punti 24 e 31), nonché nella sua ordinanza del 21 ottobre 2014, *BestWater International* (C-348/13, EU:C:2014:2315, punto 14), ha statuito che un

siffatto pubblico è un pubblico che non è stato preso in considerazione dai titolari del diritto d'autore al momento in cui hanno autorizzato la comunicazione iniziale.

45. Nel caso di specie, dalle osservazioni presentate alla Corte risulta, da un lato, che gli amministratori della piattaforma di condivisione online TPB sono stati informati del fatto che tale piattaforma, che essi mettono a disposizione degli utenti e che gestiscono, dà accesso ad opere pubblicate senza l'autorizzazione dei titolari di diritti e, dall'altro, che gli stessi amministratori manifestano espressamente, sui blog e sui forum disponibili su detta piattaforma, il loro obiettivo di mettere a disposizione degli utenti opere protette, incitando questi ultimi a realizzare copie di tali opere. In ogni caso, dalla decisione di rinvio risulta che gli amministratori della piattaforma di condivisione online TPB non potevano ignorare che tale piattaforma dà accesso ad opere pubblicate senza l'autorizzazione dei titolari di diritti, dato il fatto, espressamente sottolineato dal giudice del rinvio, che gran parte dei file torrent che compaiono sulla piattaforma di condivisione online TPB rinvia ad opere pubblicate senza l'autorizzazione dei titolari di diritti. In simili condizioni, si deve ritenere che sussista comunicazione a un « pubblico nuovo » (v., in tal senso, sentenza del 26 aprile 2017, *Stichting Brein*, C-527/15, EU:C:2017:300, punto 50).

46. Peraltro non si può contestare che la messa a disposizione e la gestione di una piattaforma di condivisione online, come quella di cui al procedimento principale, sono realizzate allo scopo di trarne profitto, dal momento che tale piattaforma genera, come risulta dalle osservazioni presentate alla Corte, considerevoli introiti pubblicitari.

47. Pertanto, occorre ritenere che la messa a disposizione e la gestione di una piattaforma di condivisione online, come quella di cui al procedimento principale, configurino una « comunicazione al pubblico » ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29.

48. Alla luce dell'insieme delle suesposte considerazioni, occorre rispondere alla prima questione dichiarando che la nozione di « comunicazione al pubblico », ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29, deve essere interpretata nel senso che comprende, in circostanze come quelle di cui al procedimento principale, 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 (peer-to-peer).

Sulla seconda questione

49. Alla luce della risposta fornita alla prima questione, non è necessario rispondere alla seconda questione.

Sulle spese

50. Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

P.Q.M. — la Corte (Seconda Sezione) dichiara:

La nozione di « comunicazione al pubblico », ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della 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, deve essere interpretata nel senso che comprende, in circostanze come quelle di cui al procedimento principale, 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 (peer-to-peer).

PIRATE BAY: EVOLUZIONE DEL CONCETTO DI COMUNICAZIONE AL PUBBLICO O NUOVA FRONTIERA DELLA RESPONSABILITÀ DELLE PIATTAFORME TELEMATICHE?

1. INTRODUZIONE.

Con la sentenza in epigrafe¹ la Corte di Giustizia torna nuovamente ad occuparsi dei confini della nozione di comunicazione al pubblico di cui alla Direttiva *InfoSoc* sul diritto d'autore² e sulla sua applicabilità all'ipotesi di condivisione di file tra utenti di una piattaforma di *peer-to-peer*.

Sebbene sia stata letta dalla stampa e da alcuni osservatori come profondamente innovativa, la decisione si pone in realtà, per i mo-

tivi che si andranno a breve ad esporre, in una linea di continuità con i precedenti della giurisprudenza comunitaria.

La pronuncia in commento appare altresì interessante in quanto, nonostante si occupi principalmente del funzionamento di una piattaforma di condivisione di file informatici tra utenti e della liceità di tale forma di condivisione, non risulta indirizzata al gestore della piattaforma³.

¹ Corte di Giustizia UE, Sentenza 14 giugno 2017, causa C-610/15, "*Stichting Brein c. Ziggo BV, XS4ALL Internet BV*".

² Direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 mag-

gio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione.

³ Si ricorda che la piattaforma *The Pirate Bay* era stata oggetto di accerta-

Anche tale aspetto, tutt'altro che marginale, sarà oggetto di specifico approfondimento, ma sembra opportuno precisare sin d'ora che parti convenute risultano essere esclusivamente i fornitori di accesso alla rete Internet, ossia i soggetti che permettono agli utenti della rete di collegarsi con la piattaforma.

2. IL CASO.

Il giudizio è stato introdotto dalla Stichting Brein, una fondazione olandese che si occupa di tutelare i diritti d'autore; le controparti sono due ISP (*Internet Service Provider*) che consentono l'accesso alla rete internet ⁴.

In particolare, detti ISP permettono agli utenti di collegarsi con una piattaforma (*The Pirate Bay* - TPB) gestita da un soggetto terzo, estraneo al processo, attraverso la quale gli stessi utenti possono condividere porzioni di file, senza che tali file siano caricati sul server del gestore della piattaforma ⁵. Come il nome della piattaforma suggerisce (la "baia pirata"), molti dei file caricati dagli utenti sono protetti dal diritto d'autore

mento anche da parte della giustizia italiana; cfr. Cass., 29 settembre 2009, n. 49437, in questa *Rivista*, 2010, 437 ss., con nota di MERLA, *Diffusione abusiva di opere in Internet e sequestro preventivo del sito web: il caso "the Pirate Bay"*.

⁴ Sulla distinzione tra *access provider* (fornitori di accesso), *host provider* (fornitori di spazio telematico), *service provider* (fornitori di servizio) e *content provider* (fornitori di contenuto) si rinvia a F. DI CIOIMMO, *Internet (responsabilità civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg., 2002, Roma, 2002, 1 ss.; T. PASQUINO, *Servizi telematici e criteri di responsabilità*, Milano, 2003, 12 ss.; M. DE CATA, *La responsabilità civile dell'internet service provider*, Milano, 2010, 15 ss.; nonché B. MARUCCI, *La responsabilità civile in rete: necessità di introdurre nuove regole*, in *Comp. dir. civ.*, 2016, 1 s., la quale introduce una distinzione tra *provider* istituzionali (ad esempio quelli che forniscono accesso ad enti pubblici), *provider* amatoriali "che, senza alcun fine di lucro, allestiscono strutture tecniche in grado di consentire il collegamento e la diffusione di materiali in rete" e *provider* professionisti "ovvero soggetti che svolgono l'attività per fini di lucro e, come tali, in possesso di un'adeguata organizzazione". Tale ripartizione, tuttavia, non sembra possa incidere sul regime giuridico applicabile, atteso che la disciplina di cui al d. lgs. 70/2003 non opera alcuna differenziazione basata sul carattere amatoriale o professionale ovvero sulla natura gratuita o a pagamento dei servizi offerti. Per un più approfondito inquadramento giuridico della figura dell-

'Internet Service Provider e della differente natura della responsabilità in base alla condotta (attiva o omissiva) tenuta e all'apporto causale fornito rispetto all'illecito posto in essere dagli utenti di un servizio, si rimanda a E. TOSI, *Contrasti giurisprudenziali in materia di responsabilità civile degli hosting provider — passivi e attivi — tra tipizzazione normativa e interpretazione evolutiva applicata alle nuove figure soggettive dei motori di ricerca, social network e aggregatori di contenuti*, in *Rivista di Diritto Industriale*, n. 1 parte II, Milano, 2017, 3 ss. Infine, per una più ampia indagine in merito alla classificazione delle differenti tipologie di *social networks* e alla difficoltà di applicazione dei tradizionali paradigmi giuridici ai rapporti tra *providers* e utenti della rete v. C. PERLINGIERI, *Social Networks and Private Law*, Napoli, 2017, 11 ss.

⁵ Il funzionamento della piattaforma è analiticamente descritto in sentenza, ai parr. 10 e 11: "*BitTorrent è un protocollo con il quale gli utenti (denominati « peers ») possono condividere file. La caratteristica essenziale di BitTorrent consiste nel fatto che i file da condividere sono divisi in piccole parti, per cui non è necessario disporre di un server centrale per la memorizzazione dei medesimi, circostanza che alleggerisce l'onere dei server individuali durante il processo di condivisione. Per poter condividere i file, gli utenti devono prima scaricare un software specifico, denominato « client-BitTorrent », che non viene fornito dalla piattaforma di condivisione online TPB. Tale « client-BitTorrent » è un software che consente di creare file torrent. Gli utenti*

e condivisi con altri soggetti in assenza di un'autorizzazione o di una licenza dei relativi titolari dei diritti.

La *Stichting Brein* chiedeva, quindi, che i giudici imponessero agli ISP un ordine di inibizione finalizzato a impedire l'accesso alla piattaforma, per mezzo del blocco dei nomi di dominio e degli indirizzi IP associati alla piattaforma stessa.

In primo grado, la domanda della fondazione era accolta.

In appello, però, la *Hoge Raad der Nederlanden*, sebbene avesse statuito che “mediante la piattaforma di condivisione online TPB, opere protette sono messe a disposizione del pubblico senza l'autorizzazione dei titolari dei diritti” e che “mediante tale piattaforma, gli abbonati della Ziggo e della XS4ALL rendono accessibili, senza l'autorizzazione dei titolari dei diritti, opere protette, violando così il diritto d'autore e i diritti connessi di tali titolari”, osservava che non risultava chiaro se TPB realizzasse una comunicazione al pubblico, ai sensi dell'art. 3, par. 1 della Dir. 2001/29, “creando e mantenendo operativo un sistema nel quale gli utenti di Internet si collegano tra loro per poter condividere, per frammenti, opere che si trovano sui loro computer; gestendo un sito Internet sul quale gli utenti possono mettere online file torrent che rinviano a frammenti di siffatte opere; e indicizzando e categorizzando su detto sito Internet i file torrent caricati, cosicché i frammenti delle relative opere possono essere localizzati e gli utenti possono scaricare (interamente) tali opere sui loro computer”⁶.

Prima di esaminare la risposta fornita dalla Corte di Giustizia, pare opportuno, seppur brevemente, passare in rassegna i precedenti in cui i giudici del Lussemburgo si sono occupati della definizione di comunicazione al pubblico, con specifico riguardo a tale concetto in relazione all'utilizzo di collegamenti ipertestuali.

3. LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA SU *LINKING* E COMUNICAZIONE AL PUBBLICO.

Il concetto di comunicazione al pubblico non è definito dalla direttiva 2001/29 (c.d. Direttiva *InfoSoc*), né, tantomeno, dalla legislazione interna, che si è limitata ad un recepimento acritico del testo comunitario⁷.

(denominati « seeders ») che intendono mettere un file presente sul loro computer a disposizione di altri utenti (denominati « leechers ») devono creare un file torrent con l'ausilio del loro client-BitTorrent. I file torrent rinviano a un server centrale (denominato « tracker ») che identifica gli utenti disponibili a condividere un determinato file torrent nonché il relativo file multimediale. Tali file torrent sono caricati (mediante upload) dai seeders su una piattaforma di condivisione online, quale TPB, che provvede quindi a indicizzarli, affinché possano essere reperiti dagli utenti della piattaforma di condivisione online e affinché le opere cui tali file torrent rinviano

possano essere scaricate (mediante download) in diversi frammenti sui computer degli utenti, con l'ausilio del loro client-BitTorrent”.

⁶ Rispettivamente par. 15 e 16 della decisione.

⁷ Per un primo commento alla nozione in parola, si rinvia, per tutti, a M. RICOLEI, *Comunicazione al pubblico e distribuzione*, in AIDA, 2002, 48 ss. Più recentemente, con riferimento alla ricostruzione della giurisprudenza comunitaria in merito al criterio del “nuovo pubblico”, v. F. BANTERLE, *Linking a contenuti protetti da diritto d'autore nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. Atto terzo. GS Media*, in *Rivista di*

I confini di tale concetto, quindi, sono stati interpretati da una copiosa giurisprudenza della Corte di Giustizia. In occasione delle ultime sentenze, tuttavia, si registra una progressiva caratterizzazione “soggettiva” della nozione di comunicazione al pubblico, fondata sull’elemento della “conoscenza”, che rimanda, inevitabilmente, al disposto di cui all’art. 14 della direttiva sul commercio elettronico (dir. 31/2000). Su tale ultimo aspetto si ritornerà nel prosieguo della presente indagine, avvertendo sin d’ora che la questione — probabilmente a causa del mancato riferimento all’art. 14 della dir. 31/2000 nella domanda pregiudiziale — non è affrontata nella decisione in commento.

La prima sentenza della Corte di Giustizia che si è occupata del rapporto tra collegamenti ipertestuali e comunicazione al pubblico è quella relativa al caso *Svensson*, del 2014.

In tale ambito, si discuteva se rispondesse alla qualificazione normativa di comunicazione al pubblico (così come descritta dall’art. 3 della citata direttiva) la messa a disposizione di un contenuto tutelato dal diritto d’autore e già pubblicato liberamente (ossia senza restrizioni di accesso) in un altro sito internet.

Sul punto, la Corte ha stabilito che la nozione in questione si compone di due elementi: una comunicazione di un’opera e un pubblico.

Non v’è dubbio che nel caso *Svensson* vi fosse la comunicazione di un’opera protetta: tale condotta si realizza — a giudizio della giurisprudenza comunitaria — nel momento in cui un soggetto rende accessibile ai propri utenti un’opera, “*in particolare quando, in mancanza di questo intervento, i suddetti clienti non potrebbero, in via di principio, fruire dell’opera diffusa*”⁸.

Il concetto di pubblico, invece, viene definito dalla sentenza facendo riferimento ad un numero indeterminato di potenziali fruitori dell’opera stessa.

Con un’interpretazione che ha dato luogo a talune perplessità, la sentenza *Svensson* ha stabilito che il “pubblico” non risulterebbe “determinato” (essendo composto, appunto, da indeterminati potenziali destinatari), venendo così a coincidere con tutti gli utenti della rete. Pertanto, l’atto di fornire un *link* ad un’opera lecitamente e liberamente accessibile in un sito Internet gestito da terzi non rientrerebbe nella nozione di cui all’art. 3 della dir. InfoSoc, considerato che non vi sarebbe un pubblico nuovo ossia un pubblico non preso in considerazione dai titolari del diritto d’autore nel momento in cui hanno autorizzato la comunicazione iniziale della loro opera⁹.

Sempre in merito alla nozione di comunicazione al pubblico, dovrebbe ritenersi che, rendendo accessibile l’opera liberamente, il titolare del diritto abbia implicitamente accettato che l’opera stessa possa essere fruita da chiunque fosse collegato alla rete.

Diritto Industriale, parte II, Milano, 2016, 458 ss.

⁸ *Filmspeler*, par. 31.

⁹ Così la Corte in *Svensson e a.* (C-466/12, EU:C:2014:76, punti 24 e 31). La questione, prima della sentenza, era stata presa già in esame da L.C. UBERTAZZI, *Spunti sulla comunicazione al pubblico dei fonogrammi*,

in *Studi in onore di G. Schricker*, Milano, 2005, 295; più recentemente, v. G. COLANGELO, *La proprietà delle idee*, Il Mulino, Bologna, 2015, 74 ss.; A. STAZI, *La tutela del diritto d’autore in rete: bilanciamento degli interessi, opzioni regolatorie europee e “modello italiano”*, in questa *Rivista*, 2015, 89 ss.

Le determinazioni del caso *Svensson* sono state confermate da una sentenza di poco successiva (*BestWater*)¹⁰ in cui, parimenti, si è ritenuto che il link a un contenuto, accessibile senza restrizioni in un sito gestito da terzi, non rientrerebbe nella nozione di comunicazione al pubblico.

Tali conclusioni, naturalmente, abbracciano esclusivamente la fattispecie in cui l'opera sia accessibile liberamente, a prescindere dal consenso fornito dal titolare dei relativi diritti a una seconda ripubblicazione, e non anche il caso in cui il contenuto sia reso disponibile solo a determinati soggetti. La fattispecie di cui si discorre è stata affrontata dalla Corte di Giustizia nel successivo caso *GS Media*¹¹, in cui, a differenza dei due precedenti menzionati, il contenuto tutelato dal diritto d'autore (un'opera fotografica) non era messo a disposizione di un pubblico indeterminato, ma esclusivamente a determinati soggetti.

Un'ulteriore differenza rispetto ai citati due precedenti è rappresentata dalla circostanza, emergente dagli atti del procedimento, che il titolare del sito all'interno del quale erano state ripubblicate le immagini fotografiche risultava informato della violazione commessa e, ciononostante, si era rifiutato di rimuovere i contenuti illeciti. La Corte, in *GS Media*, sembra inoltre tracciare una differenza a seconda che il collegamento ipertestuale sia finalizzato o meno ad assicurare un vantaggio patrimoniale al gestore del sito Internet che riprende il contenuto da altri pubblicato¹².

A parere di chi scrive, dunque, non si è determinato uno scollamento tra le decisioni *Svensson* e *BestWater*, da un lato, e *GS Media*, dall'altro, rappresentando quest'ultima una naturale evoluzione dei principi esposti nei precedenti della Corte.

Resta, però, da chiarire il senso da assegnare al vantaggio patrimoniale che ne riceverebbero i soggetti che consentono tale ulteriore comunicazione del contenuto protetto (nel caso di specie i gestori della piattaforma TPB). Parte della dottrina analizza le precedenti pronunce della Corte di Giustizia (in particolare, *SGAE*, *FAPL*, *Reha Training*), osservando che il beneficio economico ottenuto discenderebbe dal fornire ai propri clienti opere per loro interessanti, migliorando l'ambiente (hotel¹³, casa di cura e così via discorrendo), ovvero, come nel caso *Filmspeler*, vendendo un'apparecchiatura in grado di consentire agli utenti di fruire di tali opere¹⁴.

Si ritiene, tuttavia, che il caso risulti differente per le piattaforme di condivisione di opere o di *link* ipertestuali: difatti, in tali fattispecie, gli

¹⁰ Corte di Giustizia UE, Sentenza 21 ottobre 2014, causa C-348/13, *BestWater International GmbH c. Michael Mebes, Stefan Potsch*.

¹¹ Corte di Giustizia UE, Sentenza 8 settembre 2016, causa C-160/15, *GS Media BV vs Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt Geertruida Dekker*.

¹² Sull'interferenza tra regole tecnologiche e regole di responsabilità, si rinvia alle pertinenti osservazioni di F. DI CIOMMO, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, Napoli, 2003, 239 ss.

¹³ Su questa peculiare connotazione del diritto di comunicazione al pubblico, v. A.E. COGO, *La comunicazione al pubblico negli alberghi*, in *AIDA*, 2008, 503 ss.; sul punto v. anche N. BOTTERO, *Le nuove prerogative d'autore nell'era di Internet*, in RICOLFI (a cura di), *Il diritto d'autore nell'era digitale*, in *Giur. it.* 2011, 21 ss., 30 s.

¹⁴ Cfr. E. ROSATI, *The CJEU Pirate Bay judgment and its impact on the liability of online platforms*, in *Eur. Intell. Prop. Rev.*, 2017, 5.

utenti possono condividere sia opere tutelate dal diritto d'autore sia contenuti che non sono coperti da alcun diritto di esclusiva. La violazione del diritto d'autore, come si preciserà meglio in seguito (e come già affermato da autorevole dottrina), deriva, invece, da altre circostanze e, specificatamente, dall'elemento soggettivo, di natura dolosa, del gestore della piattaforma ¹⁵.

Nella sentenza in commento, infatti, si rileva che le opere sono caricate dagli utenti e non dagli amministratori della piattaforma, ma che “*detti amministratori, mediante la messa a disposizione e la gestione di una piattaforma di condivisione online, come quella di cui al procedimento principale, intervengono con piena cognizione delle conseguenze del proprio comportamento, al fine di dare accesso alle opere protette, indicizzando ed elencando su tale piattaforma i file torrent che consentono agli utenti della medesima di localizzare tali opere e di condividerle nell'ambito di una rete tra utenti (peer-to-peer)*” ¹⁶.

In altri termini, la valutazione della Corte è orientata non già sull'elemento oggettivo (ossia sulla specifica tecnologia adoperata e sulle sue connotazioni peculiari), ma sulla partecipazione (anche in termini di consapevolezza della commissione dell'illecito) del gestore della piattaforma.

4. UNA NUOVA LETTURA DELLA NOZIONE DI COMUNICAZIONE AL PUBBLICO?

La Corte di Giustizia accoglie, dunque, le censure della fondazione Stichting Brein e ammette che la nozione di comunicazione al pubblico

¹⁵ Sull'elemento soggettivo, nell'ambito della responsabilità degli ISP e dei gestori delle piattaforme informatiche, v. V. ZENO ZENCOVICH, *Profili attivi e passivi della responsabilità dell'utente in Internet*, in AA.Vv., *La tutela del navigatore in Internet*, a cura di Palazzo-Ruffolo, Milano, 2002, 195 ss., nonché G. PONZANELLI, *Verso un diritto uniforme per la responsabilità degli internet service providers*, in *Danno e resp.*, 2002, 7 ss., e, specificatamente sui profili dolosi nella condotta degli ISP, si rinvia a R. BOCCHINI, *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico. Contributo allo studio dell'illecito plurisoggettivo permanente*, Napoli, 2003, 13. Più recentemente, in riferimento alla natura dolosa della condotta tenuta dal gestore delle piattaforme e alle criticità dell'azione risarcitoria quale deterrente per le violazioni dei diritti di proprietà intellettuale v. M.L. GAMBINI, *Diritti di proprietà intellettuale in rete: criticità e prospettive degli strumenti di tutela nei confronti dei prestatori di servizi internet*, in *Rassegna di diritto civile*, 1/2016, 135 ss.

¹⁶ La capacità del gestore della piattaforma di indicizzare e aggregare i contenuti trasmessi sulla piattaforma pregiudica l'ap-

plicazione del d. lgs. 70/2003, che non include tra le attività oggetto dell'esonero di responsabilità quella dei motori di ricerca e, in generale, dei soggetti che compiono attività che oltrepassano la nozione di neutralità tecnica; sul punto, v. M.L. GAMBINI, *La responsabilità civile dell'Internet service provider*, Napoli, 2006, 271 ss.; R. MARTUSCELLI, *Internet e la tutela del diritto di autore: l'inibizione prevista dal d.lg. n. 70/2003*, in *Le Corti Salernitane*, 2/2013; ma v. anche le osservazioni di F. DI CIOMMO, *Programmi-filtro e criteri di imputazione/esonero della responsabilità on-line. A proposito della sentenza Google/Vivi Down*, in questa *Rivista*, 2010, 829, il quale si sofferma specificatamente sui limiti e sui presupposti per l'applicazione della *lex specialis* di cui agli artt. 14-17 del d. lgs. 70/2003; v. altresì A. PIERUCCI, *Tecnologie e diritto privato: La responsabilità del provider per i contenuti illeciti della Rete*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 143 ss. Infine, sui limiti dell'esenzione da responsabilità degli intermediari tecnici della rete, v. R. PETRUSO, *Responsabilità degli intermediari di internet e nuovi obblighi di conformazione: robottakedown, policy of termination, notice and take steps*, in *Europa e Diritto Privato*, 2/2017, 451 ss.

abbracci anche “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 (*peer-to-peer*)”.

Non sembrano sussistere dubbi, invero, in ordine al fatto che la messa a disposizione di un’opera in una rete di P2P integri una comunicazione al pubblico, ai sensi della direttiva InfoSoc. In sede istruttoria, infatti, si è accertato che gli utenti della piattaforma erano alcuni milioni, il che induce a ritenere che si ricada al di fuori della soglia c.d. *de minimis*, che è presupposto idoneo ad escludere che si versi nell’ipotesi di cui all’art. 3, par. 1 dir. 29/2001 laddove il numero degli utenti risulti esiguo¹⁷.

Allo stesso modo, sempre in via di accertamento del fatto, è stato appurato che i titolari dei diritti non hanno consentito un’ulteriore diffusione delle proprie opere rispetto a quella originaria, non potendosi così invocare l’esimente del medesimo “pubblico”, versandosi in un’ipotesi assimilabile a quella decisa dalla Corte di Giustizia nel caso *GS Media*, in cui, come già detto, i *copyright owners* avevano ristretto l’accesso alle proprie opere.

Il punto che resta da approfondire — e trattasi nuovamente di un punto pacifico e non oggetto di contestazione — riguarda la responsabilità ascritta ai gestori della piattaforma TPB per una violazione che è stata commessa da terzi, ossia dagli utenti della piattaforma: i gestori, infatti, si limiterebbero a facilitare la commissione dell’illecito, ma non risulterebbero quali autori materiali della violazione¹⁸.

La decisione in commento, tuttavia, non approfondisce questo tema che, naturalmente, comporta l’esame della possibile ricostruzione di un’ipotesi di responsabilità vicaria, discendente dal fatto del terzo. La disciplina specifica sul diritto d’autore si fonde, inevitabilmente, con i principi sulla responsabilità degli operatori intermediari, fissati nella direttiva sul commercio elettronico.

Come si è già osservato, non si tratta di una dimenticanza dei giudici comunitari, ma di un limite dell’ordinanza di rimessione, che ha richiesto esclusivamente l’interpretazione di una norma ricadente nel diritto d’autore. Sarebbe risultato comunque legittimo attendersi una maggiore completezza sistematica, che avesse chiarito l’interpretazione da fornire alla nozione di comunicazione al pubblico alla luce delle esenzioni di responsabilità sancite dagli artt. 12-15 della direttiva 2000/31 e, segnatamente, le circostanze che determinano il *venir meno* dell’applicazione di tali disposizioni al gestore della piattaforma¹⁹.

¹⁷ Cfr. Corte di Giustizia UE, Sentenza 26 aprile 2017, *Stichting Brein*, C-527/15, punto 44.

¹⁸ Sulle difficoltà di individuare l’utente-autore dell’illecito, v. G. GIANNONE CODIGLIONE, *Opere dell’ingegno e modelli di tutela. Regole proprietarie e soluzioni convenzionali*, Torino, 2017, 263 ss.

¹⁹ Sorprende, a tal riguardo, che la decisione non abbia seguito l’interpreta-

zione dell’Avvocato Generale Spuznar, nella *opinion* dell’8 febbraio 2017, con la quale aveva fatto rientrare nell’*hosting* l’attività svolta dalla piattaforma TPB (cfr. par. 67), e che, in merito al requisito della conoscenza effettiva da parte dell’ISP, ha espressamente affermato quanto segue: “Tengo a precisare che tale cognizione di causa dell’operatore del sito deve essere effettiva. Ciò avviene, segnatamente, nel caso in cui

Apertis verbis, in quali casi si può ritenere che un operatore non svolga un ruolo di mera intermediazione tecnica, ma partecipi attivamente alla commissione dell'illecito? Quali sono i presupposti che comportano l'applicazione delle regole ordinarie sulla responsabilità aquiliana in luogo di quelle che governano gli ISP?

Ancora una volta, non può dimenticarsi che i gestori della piattaforma TPB non erano parti processuali e, quindi, non hanno potuto difendersi in giudizio. In tale contesto, risulta difficile elevare il caso in commento a *leading case* sulla responsabilità delle piattaforme.

Un profilo fondamentale ai fini della determinazione della responsabilità del gestore della piattaforma è assegnato, dalla decisione in esame, alla circostanza che il gestore stesso invitasse i propri potenziali utenti a violare i diritti di esclusiva di terzi.

Messaggi inequivocabili, che, da un punto di vista soggettivo e di imputazione dell'illecito, determinano la sussistenza di un dolo in capo a tale soggetto e che, ancor prima, rappresentano una chiara dimostrazione che il gestore stesso non poteva non essere a conoscenza della illiceità dei contenuti condivisi dai propri utenti²⁰.

In tale prospettiva, si evince una linea di continuità con il caso *GS Media*, nel quale la condanna del proprietario del sito era stata determinata, essenzialmente, dal fatto che fosse stato comunicato, da parte del titolare del diritto d'autore, l'utilizzo non autorizzato dell'opera e che il gestore stesso si fosse rifiutato di rimuovere il contenuto segnalato. Inoltre, sempre in quest'ultimo caso, il *discrimen* era stato segnato dalla circostanza che i contenuti (le immagini fotografiche) non erano liberamente accessibili al pubblico in altri siti, con una differenza rispetto alle fattispecie dei precedenti casi *Svensson* e *BestWater* in cui, come sopra evidenziato, si era al cospetto di contenuti liberamente accessibili in internet.

tale operatore sia stato espressamente informato dal titolare dei diritti del carattere illecito delle informazioni offerte nel sito. Non sarebbe pertanto appropriato applicare a un sito siffatto la presunzione di cognizione di causa analoga a quella constatata dalla Corte nella sentenza GS Media con riferimento ai soggetti che hanno collocato un collegamento ipertestuale a fini lucrativi. Infatti, una siffatta presunzione determinerebbe l'imposizione di un obbligo generale di sorveglianza dei contenuti indicizzati a carico degli operatori dei siti di indicizzazione delle reti peer-to-peer che normalmente operano a fini lucrativi".

²⁰ Cfr. Il par. 45 della decisione: "Nel caso di specie, dalle osservazioni presentate alla Corte risulta, da un lato, che gli amministratori della piattaforma di condivisione online TPB sono stati informati del fatto che tale piattaforma, che essi mettono a disposizione degli utenti e che gestiscono, dà accesso ad opere pubblicate senza l'au-

torizzazione dei titolari di diritti e, dall'altro, che gli stessi amministratori manifestano espressamente, sui blog e sui forum disponibili su detta piattaforma, il loro obiettivo di mettere a disposizione degli utenti opere protette, incitando questi ultimi a realizzare copie di tali opere. In ogni caso, dalla decisione di rinvio risulta che gli amministratori della piattaforma di condivisione online TPB non potevano ignorare che tale piattaforma dà accesso ad opere pubblicate senza l'autorizzazione dei titolari di diritti, dato il fatto, espressamente sottolineato dal giudice del rinvio, che gran parte dei file torrent che compaiono sulla piattaforma di condivisione online TPB rinvia ad opere pubblicate senza l'autorizzazione dei titolari di diritti. In simili condizioni, si deve ritenere che sussista comunicazione a un « pubblico nuovo » (v., in tal senso, sentenza del 26 aprile 2017, *Stichting Brein*, C-527/15, EU:C:2017:300, punto 50)".

5. RAPPORTI TRA COMUNICAZIONE AL PUBBLICO E REGOLE DI RESPONSABILITÀ.

La perimetrazione della nozione di comunicazione al pubblico, quindi, è realizzata, dalla decisione in commento, per mezzo del collegamento al requisito soggettivo della conoscenza da parte del gestore della piattaforma.

Intuitivo appare, sul punto, il nesso con il disposto di cui all'art. 14 della Direttiva sul commercio elettronico, recepita dall'ordinamento italiano dall'art. 16 del D. Lgs. 70/2003, che dispone un'esenzione di responsabilità per il prestatore intermediario nel caso in cui lo stesso "*non sia effettivamente a conoscenza 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'illiceità dell'attività o dell'informazione*".

La disposizione in esame ha dato luogo a non trascurabili perplessità interpretative ed è stata adottata diversamente dalla giurisprudenza.

In primo luogo, si è osservato che il concetto di "effettiva conoscenza" sia estraneo all'ordinamento nazionale²¹, giacché mutuato dall'elaborazione pretoria statunitense²², dove, in taluni casi, è stato declinato quale *constructive knowledge*, non richiedendosi meramente la conoscenza del fatto, ma, al contrario, la commissione di un'attività finalizzata a violare diritti di esclusiva altrui, o ad agevolarne la violazione²³.

In secondo luogo, la legge italiana, così come la citata direttiva (ma a differenza della legislazione statunitense sul *copyright* nelle reti telematiche), non prevede una *notification*, ossia un atto (e, in particolare, i suoi contenuti) idoneo a far sorgere tale livello di conoscenza e a trasferire l'imputazione della responsabilità in capo al gestore della piattaforma²⁴.

²¹ V. G.M. RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, Torino, 2002, 208: "Il concetto di conoscenza effettiva rimanda, indubbiamente, al requisito dell'*actual knowledge*, analizzato nei casi di *copyright infringement* e recepito nel *Digital Millennium Copyright Act*. La trasposizione, però, non sembra felice, perché l'espressione utilizzata dal legislatore statunitense, calata nell'esperienza della *copyright law*, ha un significato preciso, che potrebbe anche sfuggire all'interprete comunitario. È possibile però superare l'impasse esegetica notando che il legislatore discorre di conoscenza (utilizzando l'espressione omologa « essere al corrente di ») e non di mera conoscibilità, intesa, secondo l'autorevole insegnamento dottrinale, quale « possibilità di conoscenza, una possibilità alla quale segue, ma non necessariamente, una conoscenza effettiva ». Questa interpretazione conduce a distinguere l'ipotesi in cui il prestatore abbia una conoscenza effettiva del carattere illecito dell'informazione, da quella in cui abbia una conoscenza, per dir così, circostanziata di questa illiceità", sul punto, v. anche S. SICA, *Internet e commercio elettronico: la respon-*

sabilità civile, in V. D'ANTONIO - S. VIGLIAR, *Studi di diritto della comunicazione. Persone, società e tecnologie dell'informazione*, Padova, 2009, 121 ss., nonché, tra gli altri, F. BRAVO, *La responsabilità civile degli Internet Service Providers*, in G. ALPA - G. CONTE (a cura di), *La responsabilità d'impresa*, Milano, 2015, 688; A. PIAZZA, *La responsabilità dell'Internet Provider*, in *Contr. e impresa*, 2004, 130 ss.; R. PETRUSO, *La responsabilità civile degli e-providers nella prospettiva comparatistica*, in *Europa e diritto privato*, 2011, 1107 ss., ma, per profili più generali, v. anche D. VALENTINO, *Manuale di diritto dell'informatica*, Napoli, 2016, *passim*.

²² Il concetto di *actual knowledge* fu utilizzato a partire dalla metà degli anni sessanta, con il caso *Aro Manufacturing Co. v. Convertible Top Replacement Co.*, 377 U.S. 476 (1964).

²³ *A Records Inc. v. All-Fast Systems Inc.*, 594 F. Supp. 335 (S.D.N.Y. 1984). Cfr. anche *Singer v. Citibank, N.A.*, No. 91 Civ. 4453, 1993 WL 177801 (S.D.N.Y. May 21, 1993).

²⁴ Su tale aspetto, v. i rilievi critici di L. NIVARRA, *Responsabilità del provider*, in

Il citato art. 16 del D. Lgs. 70/2003 deve poi essere coniugato con il successivo art. 17, che fissa il principio secondo cui il prestatore intermediario “non è assoggettato ad un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza, né ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite”.

A tale riguardo, merita di essere ricordato che la Corte di Giustizia, nel caso *Scarlet* (poi confermato dal caso *Netlog*)²⁵, ha espressamente statuito che non possa essere imposto agli ISP un obbligo di installare sistemi di filtraggio, giacché ciò costituirebbe “una grave violazione della libertà di impresa [del soggetto intermediario], poiché l’obbligherebbe a predisporre un sistema informatico complesso, costoso, permanente e unicamente a suo carico, il che risulterebbe peraltro contrario alle condizioni stabilite dall’art. 3, n. 1, della direttiva 2004/48, il quale richiede che le misure adottate per assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale non siano inutilmente complesse o costose”²⁶.

Sebbene tale punto sia chiaro, non richiedendosi quindi una condotta degli ISP finalizzata al monitoraggio delle informazioni trasmesse, nel silenzio del testo legislativo è stato (ed è tuttora) oggetto di dibattito il momento in cui sorgerebbe la conoscenza in capo al prestatore e, in particolare, quali siano le informazioni che il titolare del diritto d’autore debba comunicare affinché sorga tale “conoscenza effettiva”.

L’orientamento maggioritario in giurisprudenza richiede che il soggetto contestante una violazione debba segnalare analiticamente il “posizionamento” dell’opera protetta (ossia l’URL), in modo da consentire all’ISP di localizzarla agevolmente²⁷. Pertanto, secondo tale lettura, non risulterebbe sufficiente una diffida generica, nella quale si lamenta esclusiva-

Digesto Disc. priv., sez. civ., Agg. II, tomo 2, 2003, 1195 ss., nonché, sulla disciplina contenuta nel *Digital Millennium Copyright Act* statunitense, v. C. BEAMS, *The Copyright Dilemma Involving Online Service Providers: Problem Solved... for Now*, in *Federal Communications L.J.* 823-847 (2003).

²⁵ Corte di Giustizia UE, cause C-70/10 del 24 novembre 2011, *Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)* e C-360/10 del 12 marzo 2012, *Belgische Vereniging van auteurs, componisten en uitgevers CVBA (SABAM) c. Netlog NV*. G. GIANNONE CODIGLIONE, *Corte di Giustizia e diritto d’autore*, in *Comparazione e dir. civ.*, 2012, 1 ss.

²⁶ Inoltre, riprendendo ancora il testo della sentenza, una tale misura “rischierebbe di ledere la libertà di informazione, poiché tale sistema potrebbe non essere in grado di distinguere adeguatamente tra un contenuto lecito ed un contenuto illecito, sicché il suo impiego potrebbe produrre il risultato di bloccare comunicazioni aventi un contenuto lecito”. Anche la giurisprudenza nazionale si è uniformata all’indirizzo dei giudici comunitari; cfr. Trib. Torino, 7 aprile 2017, n. 1928, dove si è affer-

mato che “l’opzione normativa scelta e avalata dal legislatore nazionale ed europeo è conforme e conseguente alla natura del mezzo di comunicazione di cui trattasi: ove infatti si volesse imporre un sistema di controllo e filtraggio preventivo nei servizi di hosting provider ne verrebbe pregiudicata la diffusività e la capillarità della relativa comunicazione la quale si basa sull’adozione di sistemi automatici di caricamento, i quali, evidentemente, non potrebbero operare nelle modalità attuali nel caso in cui si dovesse dare attuazione a un sistema preventivo di controllo”, ma v. altresì App. Milano, 7 gennaio 2015, in *Corriere Giur.*, 2016, 811, nota Bassoli, e Trib. Milano, 14 luglio 2014, n. 9281.

²⁷ “È bene puntualizzare che, per quanto riguarda il dovere dell’intermediario di rimuovere contenuti lesivi di diritti altrui, questo Collegio condivide pienamente l’ordinanza reclamata nella parte in cui afferma che tale obbligo sorge solo a fronte di “una diffida specifica (contenente cioè gli indirizzi specifici compendati in singoli URL), dovendosi escludere che una generica diffida, contenente i soli titoli commerciali dei prodotti audiovisivi, sia idonea

mente la presenza, sui *server* gestiti dal soggetto destinatario della comunicazione, di opere di propria titolarità.

Di contrario avviso è altra parte della giurisprudenza, secondo cui tale obbligo di comunicazione degli URL non solo non troverebbe fonte in alcun testo normativo, ma non risulterebbe essere un requisito tecnico univoco per l'individuazione delle opere ²⁸.

La prima interpretazione, a parere di chi scrive, è l'unica in grado di contemplare gli interessi dei titolari di diritti con quelli dei gestori delle piattaforme.

Diversamente, si rischierebbe di ricadere nel paradosso per cui questi ultimi, privi degli strumenti per valutare la titolarità delle opere — opere che ben potrebbero essere oggetto di accordi di licenza o di cessione, ignoti agli ISP — si troverebbero a dover ricercare attivamente gli illeciti.

Allo stesso modo, la prospettiva di bilanciare le posizioni delle diverse parti coinvolte determina la necessità di valutare gli standard di diligenza adottati sia dai soggetti che sviluppano piattaforme informatiche, sia dai *copyright holder* ²⁹.

In primo luogo, l'interpretazione dei diversi ruoli, in chiave giuseconomica (e finanche "giusnaturalistica", come affermato da recente e

a far venire meno la neutralità del gestore, e quindi ad attivare la sua responsabilità" (cfr. Trib. Torino, Sez. Spec. imprese, 6 maggio 2014; Trib. Torino, 7 aprile 2017, n. 1928), analogamente, v. App. Milano, 7 gennaio 2015: "La Corte, in merito [al contenuto della diffida inviata da RTI], ritiene che una mera generica ricerca per nome o titolo commerciale dell'opera considerata illecita non sia sufficiente a determinare l'insorgere dell'obbligo di rimozione in capo al FAI, nel senso che una diffida siffatta non avrebbe mai potuto far venire meno la presunta neutralità del gestore, e quindi attivare la sua responsabilità a posteriori".

²⁸ Giova riportare quanto statuito nel caso *Break Media*, App. Roma, 29 aprile 2017, in *Quotidiano Giuridico*, 2017: "Per le ragioni già espresse, deve disattendersi l'ulteriore censura della necessità dell'URL per poter intervenire in modo da rimuovere o impedire in futuro il caricamento dei contenuti lesivi contestati da RTI, posto che come già ampiamente precisato dal Tribunale (a cui per sinteticità va fatto integrale richiamo) tale dato tecnico non coincide con i singoli contenuti lesivi presenti nella piattaforma digitale, né tale dato tecnico costituisce presupposto indispensabile per provvedere all'individuazione dei medesimi contenuti, ma sopra tutto, e ciò che è più rilevante, nessuna base giuridico-normativa può ricollegarsi a siffatta pretesa collaborativa di *Break Media*, posto che l'unico dato di fatto decisivo in ordine all'insorgenza della responsabilità del pro-

vider (in caso di segnalazione degli illeciti) è quello dell'effettiva conoscenza, condizione assolutamente soddisfatta nel caso di specie in relazione alla due distinte diffide inviate alla stessa società da RTI, con i titoli identificati dei programmi diffusi arbitrariamente, peraltro facilmente individuabili proprio in virtù dell'intimo collegamento del marchio collegato a tali prodotti audio visivi, tali cioè da non lasciare alcun margine di incertezza sulla loro individuazione, senza necessità di altri dati tecnici che, come detto, non trovano necessità di essere forniti dal titolare del diritto leso né in alcuna normativa del settore, tanto meno nelle numerose decisioni giurisprudenziali ampiamente richiamate dalla stessa appellante". In termini simili anche Trib. Roma, 27 aprile 2016, in *Dir. ind.*, 2016, 460, nota Cassano: "Richiedere al soggetto danneggiato la necessità di fornire gli URL significa disapplicare la normativa e la consolidata giurisprudenza europea sul diritto d'autore e vanificarne la tutela, non conseguendosi così l'obiettivo volto a garantire un alto livello di protezione dei diritti d'autore".

²⁹ Sul tema del ruolo della diligenza quale parametro per l'imputazione della responsabilità si rinvia a M. BUSSANI, *La colpa soggettiva. Modelli di valutazione della condotta nella responsabilità extracontrattuale*, in *Le monografie di Contratto e Impresa*, serie diretta da F. Galgano, Padova, 1991, 1 ss.; P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ. dir. da R. Sacco*, Torino, 1998, 76 s.

autorevole dottrina³⁰), sembra sconsigliare di adottare una soluzione che comporterebbe, in capo ai primi, l'obbligo di sopportare i costi transattivi associati alla predisposizione di misure tecnologiche per l'individuazione delle opere distribuite illegittimamente da terzi³¹. Al contrario, preminente appare l'interesse dei titolari dei diritti ad impedire la prosecuzione dell'illecito e dello sfruttamento abusivo delle proprie opere e, quindi, risulta accettabile che ricadano su tali soggetti i costi relativi all'individuazione esatta dei contenuti (per mezzo della indicazione dell'URL) da comunicare ai gestori delle piattaforme informatiche.

Anche a voler prescindere da tale riflessione, ammettere che l'onere in capo ai titolari dei diritti possa esaurirsi nell'indirizzare ai prestatori di servizi internet una diffida generica, equivale, a ben vedere, a semplificare, per via pretoria, i requisiti richiesti dal legislatore per considerare valida ed efficace l'istanza formulata nelle procedure amministrative per la tutela del diritto d'autore.

Il riferimento, quanto al diritto interno, è al Regolamento varato dall'AGCom³² che richiede espressamente, a pena di irricevibilità dell'istanza (art. 6, comma 4 del Regolamento), che siano indicate non solo le informazioni necessarie all'identificazione dell'opera (ad esempio, anno di pubblicazione, titolo, e così via enumerando), ma altresì la pagina internet in cui l'opera è illecitamente diffusa.

Un ulteriore profilo merita di essere preso in considerazione.

La decisione della Corte di Giustizia, seppur riferita ai confini incerti della comunicazione al pubblico, conferma che possa essere emanato un ordine di inibizione — così come previsto sia dalla direttiva sul commercio elettronico sia dalla direttiva *enforcement* — nei confronti dei prestatori intermediari (gli *access provider*, nel caso che interessa in questa sede)³³. Una conclusione che era già stata accolta nel caso *Telekabel*, prevedendo l'obbligo per i fornitori di accesso di inibire lo stesso ad alcuni siti *web* che consentivano agli utenti di “scaricare” opere cinematografiche protette dal diritto d'autore³⁴, così come in alcune leggi speciali, che prevedono la

³⁰ Sui profili fenomenologici del diritto d'autore in rete, con particolare riferimento ai rapporti patrimoniali tra creatore e utilizzatore economico delle opere e alla standardizzazione (ad opera della prassi) di contratti atipici che disciplinano i cd. *creative commons*, v. C. GALLI, *Il diritto d'autore e la tutela della proprietà industriale sulla rete Internet*, in AA.VV., *Internet e diritto civile*, a cura di L. Ruggeri e C. Perlingieri, Napoli, 2015, 171 ss.

³¹ Cfr. A. BERTONI - M.L. MONTAGNANI, *Il ruolo degli intermediari internet tra tutela del diritto d'autore e valorizzazione della creatività in rete*, in *Giur. Comm.*, 2013, I, 568 ss.

³² Delibera AGCom n. 680/13/CONS. Per un commento al Regolamento, anche in chiave talora critica, v. M. BASSINI, *Enfor-*

cement del Diritto d'autore Online e tutela dei diritti “degli altri”. Profili costituzionali del regolamento AGCOM, in *Federalismi*, 2014, n. 2; A. STAZI, *La tutela del diritto d'autore in rete: bilanciamento degli interessi, opzioni regolatorie e “modello italiano”*, in *Dir. inf.*, 2015, 89 ss.; per alcuni rilievi comparatistici con l'esperienza inglese e quella francese si rinvia a G. GIANNONE CODIGLIONE, *Opere dell'ingegno e modelli di tutela*, cit., 332 ss.

³³ Sul rapporto tra comunicazione al pubblico e tutela dei diritti fondamentali, si rinvia a F. GIOVANNELLA, “*Enforcement*” del diritto d'autore nell'ambito di Internet vs. protezione dei dati personali: un bilanciamento tra diritti fondamentali e contesto culturale, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, 637.

³⁴ Corte di Giustizia UE, Sentenza 27 marzo 2014, causa C-314/12, *Telekabel Wien*.

possibilità di imporre ai gestori l'inibizione ai propri utenti, per mezzo di speciali filtri, del collegamento a determinati siti internet ³⁵.

In definitiva, alla luce delle osservazioni formulate, sembra potersi ridimensionare in via ermeneutica la portata innovatrice della recente pronuncia oggetto di commento.

Da un lato, infatti, in linea con i suoi precedenti, la stessa conferma che può essere ricondotta nella definizione di cui all'art. 3, par. 1 della Direttiva *InfoSoc*, anche l'ipotesi in cui il gestore di una piattaforma permetta consapevolmente ai propri utenti di violare, per mezzo della piattaforma stessa, i diritti dei terzi, sebbene non sia direttamente l'autore materiale della comunicazione al pubblico. Un'evoluzione quasi naturale, come evidenziato in precedenza, del percorso che la Corte ha intrapreso nel tentativo di colmare la lacuna definitoria della Direttiva 29/2001.

Dall'altro lato, seppur come riflesso di quanto appena affermato, i giudici comunitari ribadiscono che, alla luce del complesso scenario normativo europeo, risulta possibile impartire agli ISP (fornitori di accesso, nel caso di specie) ordini di inibizione finalizzati ad impedire l'accesso ai contenuti dei siti e delle piattaforme che diffondono opere tutelate dal diritto d'autore.

La problematica, tuttavia, si sposta, inevitabilmente, dalle regole sul diritto d'autore a quelle sull'illecito aquiliano applicabili agli ISP.

In primo luogo, deve notarsi che il quadro normativo delineato dalla direttiva sul commercio elettronico — e dal relativo, e non sempre uniforme, recepimento da parte degli Stati membri — sta progressivamente diminuendo la propria portata applicativa. Difatti, l'inapplicabilità delle disposizioni di cui agli artt. 12-15 della Direttiva si registra in tutti i casi in cui gli operatori svolgano un ruolo attivo nel processo di comunicazione, a prescindere dal se tale coinvolgimento riguardi esclusivamente profili tecnici (ad esempio, l'indicizzazione dei contenuti) oppure includa la scelta e la selezione delle informazioni da trasmettere: una distinzione che ha indotto parte di dottrina e giurisprudenza a trattare la discutibile bipartizione tra *hosting* attivo e *hosting* passivo ³⁶.

Appare evidente, però, che rafforzare ulteriormente gli standard di diligenza dei *provider* equivale, come da tempo osservato dalla dottrina, a determinare uno spostamento progressivo da un criterio di imputazione della responsabilità di carattere colposo (che era alla base delle scelte del legislatore comunitario) ad un criterio antitetico, di natura oggettiva ³⁷.

In altri termini, l'imposizione di misure tecnologiche — pur con i limiti evidenziati nella decisione *Svensson* — potrebbe comportare un innalza-

³⁵ Un esempio è rappresentato dai decreti di "inibizione dei siti di gioco non autorizzati", che, in attuazione dell'art. 1 della Legge Finanziaria 2006, impongono agli *access provider* di oscurare l'accesso ad alcuni siti non autorizzati a svolgere attività di giochi e scommesse sul territorio nazionale.

³⁶ Corte di giustizia UE, 23 marzo 2010, C-236/08, C-237/08, C-238-08, *Google France SARL e Google Inc. c. Louis Vuitton Malletier SA*, su cui si rinvia alle osserva-

zioni di G. SPEDICATO, *Motori di ricerca, link sponsorizzati e diritto dei marchi: il caso Google di fronte alla Corte di giustizia e ancora*, in *Dir. inf.*, 2010, 707 ss.

³⁷ Cfr. F. DI CIOMMO, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, cit., 112 ss.; R. BOCCHINI, *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico*, cit., 50 ss.; M.L. GAMBINI, *La responsabilità civile dell'Internet service provider*, cit., 203 ss.

mento della diligenza imposta agli ISP e, di fatto, prescindere da una condotta meramente colposa degli stessi ³⁸.

È solo il caso di ricordare, infatti, che l'idea di fondo del legislatore comunitario in fase di approvazione della direttiva n. 31/2000 sul commercio elettronico fu quella di optare per un regime di responsabilità fondato sulla colpa e di evitare, al contrario, una responsabilità di natura oggettiva, che avrebbe potuto arginare lo sviluppo dei gestori dei servizi informatici ³⁹ e, dunque, della "rete".

In tal modo, come notò la dottrina più attenta, gli ISP, soggetti dotati di cognizioni meramente tecnico-informatiche, si sarebbero trovati a rivestire un ruolo da "censori istituzionali" ⁴⁰, escludendo la pubblicazione di contenuti ritenuti anche solo potenzialmente lesivi dei diritti altrui e operando, di conseguenza, una selezione (arbitraria) delle informazioni da veicolare al fine di massimizzare la riduzione dei rischi connessi alla propria attività ⁴¹.

Nonostante il contesto economico e tecnologico, nel quindicennio che separa dall'emanazione della citata direttiva sul commercio elettronico, risultati radicalmente mutati ⁴², appare tuttavia ancora rischioso assegnare ai *provider* un ruolo preordinato nella selezione dei contenuti che possono circolare nel c.d. *marketplace of information* ⁴³. Non si può prescindere, infatti, a parere di chi scrive, dalle peculiarità del settore in esame, nel quale si misura un difficile bilanciamento tra differenti valori costituzionalmente garantiti ⁴⁴, che non può essere circoscritto ad una mera valutazione economica, limitando l'indagine al soggetto che si trova nella posizione ottimale per risarcire l'eventuale danno cagionato ⁴⁵.

È noto, per altro verso, che l'ampliamento dei doveri di diligenza, nell'ambito della responsabilità aquiliana, può determinare un offuscamento dei confini tra responsabilità con o senza colpa ⁴⁶, portando, come

³⁸ Sul punto, ancora F. DI CIOMMO, *Programmi-filtro e criteri di imputazione/esonero della responsabilità on-line*, cit., 831.

³⁹ Cfr., per tutti, T. VERBIEST - G. SPINDLER - G.M. RICCIO - A. VAN DER PERRE, *Study on the Liability of Internet Intermediaries*, Markt 2006/09/E, DG Internal Market, Bruxelles, November 2007, 15 ss. e 106 ss.

⁴⁰ L'espressione è di S. RODOTÀ, *Libertà, opportunità, democrazia e informazione, in Internet e privacy: quali regole?*, Atti del Convegno di Roma, 8-9 maggio 1998, Cittadini e Società dell'informazione, Supplemento n. 1 al Bollettino n. 5 del Garante, 1998, 15.

⁴¹ Sul punto, sia consentito il rinvio a S. VIGLIAR, *Consenso, consapevolezza e responsabilità nei Social Network Sites. Profili civilistici*, Padova, 2012, 47 ss.

⁴² Sicché alcuni operatori di internet risultano oramai dotati di capacità patrimoniali significative e di tecnologie potenzialmente in grado di individuare i possibili

illeciti connessi ai contenuti inseriti dagli utenti.

⁴³ Cfr. G.M. RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, cit., 53. In tal senso, dovrebbe costituire un parametro di riferimento l'esperienza statunitense, nella quale la giurisprudenza — il riferimento è ai celebri casi *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 279-80 (1964) e *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323 (1974) — ha affermato la necessità, all'interno di un regime democraticamente organizzato, di una partecipazione ampia per lo sviluppo di un *robust social discourse*.

⁴⁴ Per un quadro analitico, si rinvia a O. POLLICINO, *Protection of Fundamental Rights in Internet and Judicial Interaction. A Constitutional Comparative Perspective*, Hart Publishing, 2017, *passim*.

⁴⁵ Sul punto, v. G. PONZANELLI, *Verso un diritto uniforme per la responsabilità degli internet service providers*, cit., 368.

⁴⁶ A tale riguardo, tra i tanti, v. M. BUSSANI, *La colpa soggettiva. Modelli di valutazione della condotta nella responsabi-*

già affermato, ad una progressiva oggettivazione del criterio di imputazione dell'illecito.

In definitiva, appare azzardato — e frutto forse di un'interpretazione capziosa — il tentativo di individuare nella pronuncia in esame nuovi obblighi sui *provider* e sui gestori delle piattaforme e ribaltare, surrettiziamente e per via giurisprudenziale, regole fissate, in maniera chiara, a livello legislativo ⁴⁷.

SALVATORE VIGLIAR

lità extracontrattuale, in *Le monografie di Contratto e Impresa*, serie diretta da F. Galgano, Padova, 1991, 1 ss.; P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. di dir. civ. dir. da R. Sacco*, Torino, 1998, 37 ss.

⁴⁷ Sulla necessità di un'interpretazione assiologica delle norme giuridiche il rinvio è, per tutti, a P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3^a ed., Napoli, 2006, 433 ss.