

# **WHITE PAPER CLUSIT 2013**

## **TUTELA DEI CONTENUTI DIGITALI IN INTERNET E RESPONSABILITA' CIVILI DEGLI INTERNET SERVICE PROVIDER**

**Milano, 28 aprile 2013**

**di Emilio Tosi**

**Professore Aggregato di Diritto Privato nell'Università di Milano Bicocca**

**Avvocato in Milano - Managing Partner**

**TOSI & PARTNERS HIGH TECH LEGAL**

**[info@tosilex.it](mailto:info@tosilex.it)**

## ***1. La fruizione illecita di beni immateriali in Internet: il fenomeno della pirateria digitale***

La dematerializzazione e la possibilità tecnica di condivisione illimitata dei contenuti digitali agevola le condotte illecite (c.d. *pirateria digitale*) e rende strenua la battaglia dei titolari dei diritti d'autore e dei diritti connessi nei confronti degli utilizzatori di Internet.

Con il termine *pirateria digitale* s'intende fare riferimento alle seguenti attività in Internet e precisamente:

—fruizione mediante differita registrazione illecita di audio, video e audiovisivi sul proprio computer — c.d. *downloading*;

—fruizione in tempo reale dei dati predetti, senza registrazione permanente degli stessi — c.d. *streaming* — mediante accesso a siti web o più in generale tramite Internet.

Preliminarmente all'analisi giuridica delle problematiche correlate alla tutela del diritto d'autore e dei diritti connessi in relazione ai contenuti digitali diffusi online — in particolare, audiovisivi — corre l'obbligo di far breve cenno ai macrodati economici correlati al fenomeno.

Nell'interessante Documento AGCom del 12 febbraio 2010 "*Il diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica: indagine conoscitiva*" si osserva che, per valutare le dimensioni del fenomeno, spesso si considerano il *file sharing* e il *peer-to-peer* (P2P) rispetto ai quali, tuttavia, è necessario sottolineare che i dati di traffico P2P comprendono sia quello legale che illegale e che i dati sul traffico degli utenti sono in possesso, quasi esclusivamente, degli operatori fornitori dell'accesso ad Internet.

L'AGCom osserva, inoltre, che la diffusione della banda larga può fungere da propulsore allo sviluppo del mercato legale dei contenuti digitali audiovisivi e,

favorendo l'accessibilità di contenuti anche *premium*, agire da deterrente nei confronti della pirateria il cui tasso decresce nei Paesi dove la larga banda è più sviluppata<sup>(1)</sup>.

Nello stesso senso si esprime l'*Agenda Digitale Europea* (COM/2010/245) che si propone, infatti, ``di tracciare la strada per sfruttare al meglio il potenziale sociale ed economico delle TLC, in particolare di internet, che costituisce il supporto essenziale delle attività socioeconomiche, che si tratti di creare relazioni d'affari, lavorare, giocare, comunicare o esprimersi liberamente''.

La pirateria *online* di contenuti video è da considerarsi, quindi, un fenomeno emergente, rispetto alla pirateria di contenuti audio, probabilmente con prospettive limitate d'incremento, considerata la diffusione dello *streaming* come modalità di utilizzo preferenziale e l'interattività sempre maggiore offerta da contenuti video diffusi mediante reti di comunicazione elettronica.

Modalità tecniche di fruizione che presuppongono un collegamento *server-client*, meno ``permeabile'' a tecniche di pirateria.

Tra gli studi condotti dall'industria dei contenuti, citati nell'indagine conoscitiva AGCom in parola, l'IFPI (*International Federation of the Phonographic Industry*) registra che il fatturato della musica digitale delle case discografiche a livello internazionale nel 2008 è cresciuto del 25% arrivando a 3,7 miliardi di dollari e che le piattaforme digitali rappresentano oggi il 20% del mercato, rispetto al 15% del 2007.

---

<sup>1</sup> Si veda sul punto Delibera AGCom del 6 luglio 2011, n.398/CONS, 28, secondo cui: ``Non si può non considerare, peraltro, il rilevante contributo che potrebbe essere offerto al riguardo dalla diffusione della banda larga in Italia. Come sottolineato di recente in occasione della Relazione annuale dell'Autorità presentata al Parlamento il 14 giugno 2011, il nostro Paese, oltre ad essere ai primi posti a livello mondiale per la pirateria, occupa anche gli ultimi posti del ranking dei Paesi europei sul fronte dell'accesso ad internet. Secondo i dati del *Digital Agenda Scoreboard* 2011 (il report sui progressi fatti dai paesi membri nel raggiungimento degli obiettivi dell'Agenda Digitale), la Commissione Europea rileva che l'Italia ha investito bene sul mercato della banda larga mobile, con una crescita che si attesta al 10,2% a fronte di un 7,3% europeo, essendo tra i primi paesi per la penetrazione delle reti ultra-veloci, ma resta indietro per la diffusione della banda larga fissa. Nel nostro Paese, solo il 59% delle famiglie ha una connessione a internet, l'83% di queste è a banda larga, mentre la percentuale degli utenti italiani che usa regolarmente internet, è tra le più basse in Europa, con il 48%. (...) Nei Paesi dove la banda larga è più sviluppata, come l'Olanda, la Germania e il Regno Unito, e il tasso di alfabetizzazione digitale esteso, l'uso consapevole di internet e una maggiore presenza di offerta legale influiscono in maniera sostanziale sul decremento della pirateria *on line*. Secondo uno studio effettuato sul traffico mondiale, di cui è data evidenza nell'indagine conoscitiva dell'Autorità del febbraio 2010, anche il fenomeno del *peer-to-peer* appare in diminuzione (dal 40% al 19% dell'intero traffico dal 2007 al 2009), al crescere del numero di abbonamenti a banda larga''.

La continua crescita delle vendite digitali pare, quindi, aver limitato i danni del declino del mercato della musica registrata<sup>(2)</sup>.

Emblematico il caso di iTunes, che in meno di 4 anni ha venduto online più di 5 miliardi di canzoni.

In base alle stime della *Federazione contro la Pirateria Musicale* (FPM) il 23% degli utilizzatori della rete fruisce musica illegalmente con il P2P e, in media, i brani musicali oggetto di *download* via Internet sarebbero circa 1300 per ogni pc dotato di software P2P, per un totale di mancato fatturato per il settore di 300 milioni di euro all'anno.

Relativamente all'industria cinematografica, secondo gli studi condotti dalla *Federazione Anti Pirateria Audiovisiva* (FAPAV), più dell'80% dei film è disponibile in rete su siti già dal secondo giorno di programmazione cinematografica. Dal punto di vista del mercato illecito, l'Italia inciderebbe, in questo senso, per il 13% sul totale mondiale dei *download*; l'incidenza sul mercato legale è, invece, solamente del 5%.

Una maggior tutela dei diritti di proprietà intellettuale potrà essere tanto più efficace quanto più forte sarà l'offerta legale veicolata tramite Internet: verosimilmente, nonostante una scarsa propensione al pagamento da parte dell'utenza media, lo scambio di contenuti digitali autorizzati potrà essere incentivato da una rete efficiente, diffusa capillarmente sul territorio e a banda larga. Tale fattore tecnologico, si ribadisce, dovrebbe — stando alle prudenti valutazioni di AGCom — disincentivare il *file sharing* e il P2P a vantaggio di una fruizione legale dei contenuti digitali in *streaming*.

---

<sup>2</sup> "Il download dei singoli file" — prosegue l'AGCom nell'indagine conoscitiva citata del 12 febbraio 2010 — "è cresciuto del 24% nel 2008 arrivando a 1,4 miliardi di unità continuando a guidare il mercato online, mentre gli album digitali sono cresciuti anch'essi del 37%. Nonostante questi risultati la Federazione afferma che la pirateria musicale online ammonta al 95% del totale del mercato musicale mondiale. In Italia l'offerta digitale prosegue con dinamiche di crescita che si vanno sempre consolidando nell'area della distribuzione di contenuti musicali via Internet, anche se ancora non in grado di compensare il calo del mercato tradizionale. Quest'ultimo, infatti, diminuisce del 21% nel 2008 (il fatturato è passato da 156,2 milioni di euro nel 2007 a 197,6 nel 2008), mentre le vendite sul canale digitale (mobile e Internet) sono salite del 4%, passando da un fatturato di 15,2 milioni di euro a 15,7 milioni di euro. Sul digitale ha contribuito soprattutto la forte crescita dei download da Internet, aumentato del 37%, mentre la musica su telefonia mobile ha proseguito il trend discendente perdendo il 35% rispetto al 2007".

## **2. Il ruolo degli “intermediari” della società dell’informazione**

Nella nuova società dell’informazione e dei contenuti si delinea il ruolo centrale degli «intermediari» nel mercato virtuale: i mercati virtuali esistono in quanto gli «intermediari» ne supportano le necessarie tecnologie.

Gli «intermediari» - i *prestatori di servizi della società dell’informazione*, per usare la definizione utilizzata dalla Direttiva CE 31/2000, mutuata dalla Direttiva CE Direttiva 98/34/CE come modificata Direttiva 98/48/CE, e ripresa, in sede di recepimento interno, dal D.lgs. 70/200 – svolgono, dal punto di vista tecnologico ed economico, una funzione centrale nello sviluppo del mercato virtuale e del commercio elettronico.

Nella prospettiva della tutela dei nuovi beni immateriali veicolati tramite Internet – i contenuti digitali – i soggetti intermediari di servizi della società dell’informazione sono chiamati – secondo un’articolata normativa in materia di responsabilità degli ISP – a svolgere un ruolo strategico.

La tutela del diritto d'autore nelle comunicazioni elettroniche è, infatti, tema strettamente correlato a quello della responsabilità civile in Internet in relazione alle diverse figure soggettive ivi operanti:

- fornitori di accesso alle reti di comunicazioni elettroniche: *access provider*;
- prestatori di servizi che si limitano a svolgere una funzione di diffusione passiva dei contenuti, ossia meri “intermediari” di servizi tecnici di *mere conduit, caching e hosting*: *ISP passivi*;
- prestatori di servizi che *non* si limitano a svolgere una funzione di diffusione passiva dei contenuti ma interferiscono attivamente nell’elaborazione e/o presentazione finale degli stessi: *ISP attivi*;
- aggregatori di contenuti di terzi, motori di ricerca e *social network*, la cui qualificazione astratta risulta di difficile formulazione, in assenza di referenti

normativi inequivoci, oscillando tra le opposte figure soggettive, in termini di attribuzione della responsabilità civile, degli *ISP attivi* e degli *ISP passivi* in funzione dell'effettiva condotta svolta – in concreto – e al grado di interferenza ravvisabile nell'elaborazione giurisprudenziale più recente - sebbene, corra l'obbligo di rilevare, non ancora consolidata - nell'indicizzazione, presentazione finale e promozione del contenuto digitale diffuso *online*;

— fornitori di contenuti digitali, in particolare musicali e audiovisivi: *content provider*.

Il tema in parola — particolarmente complesso e attuale — viene correntemente declinato, essendo, da un lato, scontata la responsabilità del fornitore di contenuti digitali e, dall'altro, l'esclusione di responsabilità del fornitore di accesso alle reti di comunicazione elettronica, con particolare attenzione al fatto illecito degli *ISP* - passivi e attivi<sup>3</sup>) - con conseguenze diametralmente opposte descrivibili in termini di irresponsabilità dei primi e responsabilità dei secondi.

---

<sup>3</sup> Sul tema della responsabilità civile degli ISP si vedano: TOSI, *Diritto Privato dell'informatica, I beni - I contratti - Le responsabilità*, Milano, 2006, spec. 430 ss.; cui adde ex multis: DE CATA, *La responsabilità civile dell'internet service provider*, Milano, 2010; BOCCHINI, *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico*, Napoli, 2003; DI CIOMMO, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, Napoli, 2003; MANTELERO, *La responsabilità degli intermediari di rete nella giurisprudenza italiana alla luce del modello statunitense e di quello comunitario*, in *Contratto e impresa Europa*, 2010, 529 ss.; ID., *La responsabilità online: il contratto nella prospettiva dell'impresa*, in *Dir. Informaz. e informatica*, 2010, 405 ss.; MARZANO, *Diritto d'autore e digital technologies*, Milano, 2005; RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, Torino, 2002; RICCIO, *Social Networks e responsabilità civile*, in *Dir. Inf. e informatica*, 2010, 859 ss.; PASQUINO, *Servizi telematici e criteri di responsabilità*, Milano, 2003; SICA, *Le responsabilità civili*, in E. TOSI (a cura di), *Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione*, Milano, 2003, 267 ss.; e last but not least FRANCESCHELLI V., *Convergenza*, Milano, 2009, 145 ss.; FRANCESCHELLI V., *Sul controllo preventivo del contenuto dei video immessi in rete e i provider. A proposito del caso Google/Vividown*, in *Riv. Dir. Ind.*, 2010, 347ss. Sul tema della tutela dei diritti di proprietà industriale e intellettuale in Internet si vedano: TOSI, *Nomi di dominio e tutela dei segni distintivi in Internet tra "domain grabbing", "linking", "framing" e "Meta-tag"*, in *Riv. dir. ind.*, 2, 2000, 162 ss.; TOSI, *"Domain grabbing", "linking", "framing" e utilizzo illecito di "meta-tag" nella giurisprudenza italiana: pratiche confusorie online "vecchie" e nuove tra contraffazione di marchio e concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, 3, 2002, 371 ss.; TOSI, *Contraffazione di marchio e concorrenza sleale in Internet: dal classico "domain grabbing" all'innovativo "key-word" marketing confusorio*, in *Riv. dir. ind.*, 2009, 387ss.; da ultimo, TOSI, *La responsabilità civile per fatto illecito degli Internet Service Provider e dei motori di ricerca a margine di recenti casi "Google Suggest" per errata programmazione dei Software di ricerca e "Yahoo Italia!" per link illecito in violazione dei diritti di proprietà intellettuale*, in *Riv. Dir. Ind.*, 2012, 44 ss.

Criterio distintivo — di recente emersione giurisprudenziale<sup>4</sup> — particolarmente utile per inquadrare, con le dovute cautele e precisazioni che illustreremo *infra*, la responsabilità civile dei *motori di ricerca*, dei *social network* e degli aggregatori di contenuti di terzi in generale, nell'ambito di quella applicabile agli ISP attivi.

Il tema della responsabilità civile degli ISP deve essere considerato alla luce delle nuove regole delineate dagli artt. 14, 15, 16 e 17 del D.Lgs. 70/2003.

La normativa in commento — oltre a statuire il fondamentale principio dell'*assenza dell'obbligo generale di sorveglianza* (art. 17) — disciplina la responsabilità del prestatore di servizi per:

—*semplice trasporto di informazioni*, c.d. "mere conduit" (art. 14);

—*memorizzazione temporanea ed automatica di informazioni*, c.d. "caching" (art. 15);

—*memorizzazione di informazioni fornite dal destinatario del servizio*, c.d. "hosting" (art. 16).

La scelta dell'esonero di responsabilità del prestatore di servizi, *mero intermediario*, della società dell'informazione deve considerarsi eccezionale rispetto al generale sistema di responsabilità "civile" d'impresa: conseguentemente i casi di esonero delineati dal D.Lgs. 70/2003 devono considerarsi tassativamente predeterminati dalla legge e soggetti ad interpretazione di stretto diritto.

---

<sup>4</sup> Si vedano, per tutti, in tal senso i recenti casi PFA Films c. YAHOO! (Trib. Roma Sez. Spec. Prop. Ind. e Int. 20 marzo 2011, ord. *contra* reclamo Trib. Roma Sez. Spec. Prop. Ind. e Int. 11 luglio 2011, ord. in corso di pubblicazione su Riv. Dir. Ind. con nota di E. TOSI); RTI Mediaset c. IOL (Trib. Milano Sez. Spec. Prop. Ind. e Intellettuale 7 giugno 2011, Dir. Informaz. e informatica, 2011. 660); RTI C. Yahoo! (Trib. Milano Sez. Spec. Prop. Ind. e Intellettuale 9 settembre 2011, in Riv. Dir. Ind., 2012, 364 ss. con nota di SARACENO.

Detti casi di esonero — a prescindere dalla diversa tipologia — convergono verso una sola condizione d'esonero: la totale estraneità del prestatore al *contenuto* della trasmissione o in altre parole la totale *passività* dell'operatore rispetto ai contenuti immessi da terzi in Internet.

Presupposto essenziale su cui si basa, come vedremo, la distinzione soggettiva giurisprudenziale tra:

—ISP passivi, beneficiari dell'esonero di responsabilità qui analizzato; e

—ISP attivi esclusi, invece, da tale beneficio.

L'art. 14 della normativa in commento — rubricato *Semplice trasporto "mere conduit"* — con riferimento alla prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio o nel fornire un accesso alla rete di comunicazione — stabilisce che il prestatore *non è responsabile* delle informazioni trasmesse a condizione che:

a) non dia origine alla trasmissione;

b) non selezioni il destinatario della trasmissione;

c) non selezioni né modifichi le informazioni trasmesse.

Le predette attività di trasmissione e fornitura di accesso includono la memorizzazione automatica, intermedia e transitoria delle informazioni trasmesse, a condizione che questa serva solo alla trasmissione sulla rete di comunicazione e che la sua durata non ecceda il tempo ragionevolmente necessario a tale scopo (art. 14.2, D.Lgs. cit.).

La memorizzazione temporanea automatica dei dati — c.d. "*caching*", disciplinata dall'art. 15, del D.Lgs. 70/2003 — stabilisce, sempre con riferimento alla prestazione



di un servizio della società dell'informazione consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio, che il prestatore non è responsabile delle memorizzazione automatica, intermedia e temporanea, di tali informazioni effettuata al solo scopo di rendere più efficace il successivo inoltra ad altri destinatari a loro richiesta, a condizione che il prestatore di servizi:

a) non modifichi le informazioni;

b) si conformi alle condizioni di accesso alle informazioni;

c) si conformi alle norme di aggiornamento delle informazioni indicate in un modo ampiamente riconosciuto e utilizzato dalle imprese del settore;

d) non interferisca con l'uso lecito di tecnologia ampiamente riconosciuta e utilizzata nel settore per ottenere dati sull'impiego delle informazioni (c.d. *log di sistema*), e

e) agisca prontamente per rimuovere le informazioni che ha memorizzato o per disabilitare l'accesso non appena venga effettivamente a conoscenza del fatto che le informazioni sono state rimosse dal luogo dove si trovavano inizialmente sulla rete o che l'accesso alle informazioni è stato disabilitato oppure che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa ne ha disposto la rimozione o la disabilitazione dell'accesso.

Per quanto riguarda, infine, la responsabilità per memorizzazione di informazioni richieste dal destinatario del servizio, l'art. 16 del D.Lgs. 70/2003 disciplina il c.d. *"hosting"*, ossia il contratto atipico in base al quale un soggetto — il prestatore di servizi — si obbliga nei confronti di un altro a locare uno spazio di memoria sul proprio server e a fornire servizi ad esso collegati di varia natura e durata (assistenza tecnica, sviluppo software ecc.).

Precisamente stabilisce — sempre con riferimento alla prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio — che il prestatore di servizi non è responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta del destinatario del servizio, a condizione che il medesimo (ISP):

a) non sia *effettivamente a conoscenza* del fatto che l'attività o l'informazione è illecita (nel caso dell'illecito penale);

b) per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o circostanze che rendono *manifesta l'illegalità* dell'attività o dell'informazione (nel caso dell'illecito civile): la manifesta illegalità non richiede particolari conoscenze giuridiche;

c) non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle Autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso.

L'esclusione della responsabilità del prestatore di servizi per *hosting* non si applica se il destinatario del servizio agisce sotto l'autorità o il controllo del prestatore (art. 16.2, D.Lgs. 70/2003 che evoca la responsabilità del datore di lavoro per i fatti del lavoratore dipendente).

La natura antielusiva della norma in commento è di tutta evidenza.

In buona sostanza, le cause di esclusione della responsabilità non possono essere pretestuosamente invocate da chi controlla — in via di fatto o di diritto — il destinatario del servizio, destinatario privo di autonomia che agisce *eseguendo* le indicazioni del prestatore del servizio.

Con riferimento alle ipotesi di responsabilità appena descritte:

—art. 14.3: semplice trasporto di informazioni (c.d. *mere conduit*)

—art. 15.2: memorizzazione temporanea ed automatica (c.d. *caching*),

—art. 16.3: memorizzazione a richiesta del destinatario del servizio (c.d. *hosting*), D.Lgs. cit.

l'autorità giudiziaria — o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza — può esigere anche in via d'urgenza, che il mero intermediario, nell'esercizio delle attività di servizi della società dell'informazione, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse.

Il nuovo quadro normativo delineato in materia di responsabilità degli ISP non può dirsi completo senza richiamare il fondamentale art. 17 della normativa in commento che definisce i termini dell'assenza dell'obbligo generale di sorveglianza ad opera dei prestatori di servizi della società dell'informazione.

Detta norma stabilisce, infatti, che nella prestazione di servizi di mero trasposto di informazioni (*mere conduit*, art. 14), memorizzazione temporanea automatica (*caching*, art. 15) e memorizzazione a richiesta del destinatario dei servizi (*hosting*, art. 16), il prestatore di servizi non è assoggettato ad un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite.

Il prestatore di servizi — fatti salvi gli articoli citati disciplinanti il semplice trasporto, la memorizzazione temporanea e la memorizzazione a richiesta del destinatario — è tenuto:

a) ad informare senza indugio l'autorità giudiziaria o quella amministrativa con funzioni di vigilanza, di presunte attività o informazioni illecite — di cui sia a conoscenza — riguardanti un suo destinatario del servizio della società dell'informazione;

b) a comunicare senza indugio alle autorità competenti, a loro richiesta, al fine di individuare e prevenire attività illecite, informazioni che consentano l'identificazione

del destinatario dei servizi con cui ha accordi di memorizzazione dei dati (c.d. *data log di navigazione*).

### ***3. L'emersione giurisprudenziale della figura soggettiva atipica degli Internet Service Provider attivi: peculiarità e criticità della responsabilità civile per fatto illecito degli aggregatori di contenuti, dei motori di ricerca e dei social network***

Come si è avuto modo di osservare *supra* la responsabilità degli *Internet Hosting Provider* — ossia di quei prestatori di servizi della società dell'informazione che "ospitano" contenuti forniti da terzi — risulta assoggettata al beneficio dell'esonero da responsabilità a condizione che il prestatore di servizi — mero "intermediario" di servizi — non sia *effettivamente a conoscenza* del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e che, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia *al corrente* di fatti o circostanze che rendono *manifesta l'illegalità* dell'attività o dell'informazione.

In entrambi i casi, non appena al corrente di tali fatti, l'ISP deve agire immediatamente — su richiesta dell'AG o dell'AGCom — per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso.

Il legislatore interno — sulla scorta di quello comunitario — ha tipizzato, come si è già fatto cenno nel corso del presente commento, la figura soggettiva dell'ISP passivo quale beneficiario dell'esclusione di responsabilità.

Si tenga presente, in proposito, l'importante precisazione effettuata nel considerando 42 della Direttiva CE 31/2000 secondo cui:

*“Le deroghe alla responsabilità stabilita nella presente direttiva riguardano esclusivamente il caso in cui l'attività di prestatore di servizi della società dell'informazione si limiti al processo tecnico di attivare e fornire accesso ad una rete di comunicazione sulla quale sono trasmesse o temporaneamente memorizzate le*

*informazioni messe a disposizione da terzi al solo scopo di rendere più efficiente la trasmissione. Siffatta attività è di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, il che implica che il prestatore di servizi della società dell'informazione non conosce né controlla le informazioni trasmesse o memorizzate"* (n.d.r., **sottolineatura** dello scrivente).

Tuttavia, nell'elaborazione giurisprudenziale più recente è emersa la necessità — in relazione, soprattutto, alla tutela dei diritti di proprietà intellettuale, con particolare riferimento agli audiovisivi — di individuare una figura soggettiva atipica — l'ISP attivo — al fine di poter escludere l'applicabilità del beneficio di irresponsabilità di cui al D.Lgs. 70/03 e conseguentemente censurare le condotte tecniche agevolative — si ribadisce, non meramente automatiche e passive — dell'ISP attivo, in regime di corresponsabilità, per il fatto illecito del soggetto autore del contenuto *contra ius*<sup>5</sup>).

L'esigenza definitoria soggettiva è maturata - in concreto - con riferimento alla peculiare attività dei seguenti fondamentali attori dei mercati virtuali e precisamente:

- aggregatori di contenuti "caricati" da terzi, ossia gli *User Generated Content* (come a titolo esemplificativo, *You Tube*),
- i motori di ricerca (come a titolo esemplificativo, *Google*) e

---

<sup>5</sup> Sulla ricostruzione della figura soggettiva dell'ISP attivo si segnalano in giurisprudenza: Trib. Catania 29 giugno 2004, sent. in *Dir. Informaz. e informatica*, 2004, 466; Trib. Milano 2 marzo 2009, ord., caso RTI c. RCS, in *Dir. Informaz. e informatica*, 2009, 521 ss.; Trib. Roma 15 dicembre 2009, ord., caso RTI c. You Tube, in *Riv. Dir. Informaz. e informatica*, 2009, 521 ss.; Trib. Roma 11 febbraio 2010, ord., reclamo caso RTI c. You Tube, in *Riv. Dir. Informaz. e informatica*, 2010, 275 ss.; Trib. Milano 24 febbraio 2010, n.1972, caso *Vividown c. Google*, in *Riv. dir. ind.*, 2010, 328 ss.; Cass. 23 dicembre 2009, n.49474, caso "Pirate Bay", in *Riv. Dir. Informaz. e informatica*, 2010, 437, con nota di MERLA; Trib. Milano Sez. Spec. Prop. Ind. e Intellettuale 7 giugno 2011, n..7680, caso RTI c. Italia Online (IOL), in *Dir. Informaz. e informatica*, 2011, 660 ss.; e da ultimo Trib. Milano Sez. Spec. Prop. Ind. e Intellettuale, caso RTI c. Yahoo!, in *Riv. Dir. Ind.*, 2011, 375, con nota di SARACENO, *Note in tema di violazione del diritto d'autore tramite Internet: la responsabilità degli Internet Service Provider*. Si veda in dottrina: SAMMARCO, *Le clausole contrattuali di esonero e trasferimento della responsabilità inserite nei termini d'uso dei servizi del web 2.0*, in *Riv. Dir. Informaz. e informatica*, 2010, 643; COLANGELO, *L'enforcement del diritto d'autore nei servizi cloud*, in *Dir. Autore*, 2012, 174 ss.; ZINCONE, *Hosting "attivo" e violazione del copyright: cosa cambia nella responsabilità dell'Internet Service Provider*, in *Dir. Autore*, 2012, 149 ss. e TOSI, *La responsabilità civile per fatto illecito degli Internet Service Provider e dei motori di ricerca a margine di recenti casi "Google Suggest" per errata programmazione dei Software di ricerca e "Yahoo Italia!" per link illecito in violazione dei diritti di proprietà intellettuale*, cit., 44 ss.

- i *social network* (come a titolo esemplificativo, *Facebook*).

Aggregatori di contenuti, motori di ricerca e *social network* possono essere, in linea di massima, assimilabili alla figura soggettiva dell'ISP — *sub specie dell'hosting provider* — nei limiti in cui tali attività siano svolte in modo esclusivamente automatico e passivo, in quanto certamente "ospitano" o rinviando tramite *link a* contenuti forniti da terzi. Tuttavia, sarebbe riduttiva tale equiparazione, senza alcune doverose precisazioni.

Occorre, infatti, verificare in concreto che il motore di ricerca, l'aggregatore di contenuti forniti da terzi o il *social network*, non si limitino a svolgere servizio di *hosting passivo* ma svolgano ulteriori attività, non meramente automatiche, interferenti con il regime legale di irresponsabilità — da accertarsi in concreto — quali:

—indicizzazione dei contenuti

—selezione e organizzazione dei contenuti

—filtraggio dei contenuti

—raccolta pubblicitaria.

La sussistenza di tali ulteriori servizi — nel caso in cui sia accertato anche un pur minimo grado di consapevolezza dell'operatore e non siano, quindi, meramente automatizzati — integrano, infatti, gli estremi di *hosting attivo* che non si ritiene — in linea con la più recente giurisprudenza fra cui, da ultimo, quella che qui si commenta — compatibile con il ben noto regime di irresponsabilità del *safe harbour*, previsto per i meri intermediari, di cui al D.Lgs. 70/2003.

In altre parole, un motore di ricerca, aggregatore di contenuti o *social network*, pare corretto debba perdere il beneficio dell'irresponsabilità di cui al D.Lgs. 70/2003 nel

caso in cui, in concreto, svolga un'attività di consapevole indicizzazione e organizzazione dei contenuti digitali diffusi *online* per conseguire utili d'impresa.

Oltretutto, come si è già accennato, l'attività di indicizzazione, selezione, organizzazione e promozione dei contenuti — secondo livelli crescenti di intensità non ascrivibile esclusivamente ad effetti automatici — è piuttosto assimilabile, per analogia, in luogo del riferimento ai meri servizi “intermediari” di cui agli artt.14,15 e 16 del D.Lgs. 70/2003, ad una responsabilità editoriale in senso lato.

Per quanto riguarda, in particolare, la responsabilità dell'intermediario di servizi della società dell'informazione per i fatti illeciti commessi dai destinatari dei servizi, si è detto che l'art. 15 della Direttiva CE 31/2000 esclude espressamente che l'ISP sia tenuto al controllo sui contenuti immessi in rete in conseguenza della mera fornitura di servizi di accesso.

Il principio elaborato a livello comunitario è del tutto condivisibile tenuto conto dell'impossibilità materiale da parte del *provider* di controllare il contenuto di dati trasmessi a livello globale.

Con le decisioni della Corte di Giustizia UE del 23 marzo 2010 nel caso *Google c. Louis Vuitton* e Corte di Giustizia UE del 12 luglio 2011 nel caso *L'Oreal c. eBay*, si è fornito un autorevole contributo nel delineare il ruolo attivo dell'ISP — sottratto dal beneficio dell'irresponsabilità prevista dalla Direttiva CE 31/2000 — configurabile soltanto nel caso in cui l'ISP presti un'assistenza consistente, in particolare:

—nell'ottimizzare la presentazione di offerte o contenuti digitali;

—nel promuovere offerte o contenuti digitali.

L'esperienza statunitense del DMCA, che ha influenzato gli estensori della Direttiva CE 31/2000, insegna che la responsabilità del *provider* è applicabile solo nel caso in cui questi abbia dato un pur minimo contributo all'*editing* del materiale sulla rete

lesivo di interessi tutelati dall'ordinamento giuridico o comunque ne abbia consentito la pubblicazione originaria in rete mediante predisposizione di idoneo sito e non sia semplicemente un mero intermediario, "vettore" di informazioni: non quindi qualsiasi *provider* può essere chiamato in responsabilità per la diffusione di materiale illecito ma solo il *content provider*, ossia quel provider che assuma funzioni latamente editoriali, consentendo la pubblicazione elettronica per la prima volta in rete, o di direzione in senso ampio, fornendo un pur minimo contributo alla realizzazione del sito o all'*editing* del materiale illecito immesso in rete (c.d. *Safe Harbour*).

Tuttavia, tra il *content provider* e l'ISP passivo è emersa in Internet, come si è osservato *supra*, la nuova figura soggettiva dell'ISP attivo, dell'aggregatore di contenuti forniti da terzi, del motore di ricerca e del *social network*. Il problema di non agevole soluzione, a patto di non svuotare progressivamente la disciplina dell'irresponsabilità degli ISP prevista dal D.Lgs. 70/2003, richiede particolare prudenza nel valutare l'esclusione delle esimenti e l'applicazione del regime di responsabilità per fatto illecito<sup>(6)</sup>.

La tendenza giurisprudenziale in atto è quella di ritenere la diffida stragiudiziale idonea ai sensi dell'art. 16 del D.Lgs. 70/2003 a far acquisire all'ISP attivo quella piena consapevolezza del fatto illecito presupposto di esclusione dell'esonero di responsabilità.

Sotto questo profilo, pur ritenendo apprezzabile lo sforzo dell'elaborazione giurisprudenziale nel far fronte alla continua evoluzione soggettiva degli operatori Internet e delle correlate responsabilità con particolare attenzione alla tutela dei diritti di proprietà intellettuale, non si può non registrare una certa forzatura interpretativa

---

<sup>6</sup> Perplexità in tal senso sono espresse in dottrina da MUSSO, *La proprietà intellettuale nel futuro della responsabilità sulla rete: un regime speciale?*, in *Dir. Informaz. e informatica*, 2010, 795 ss.; in giurisprudenza da Corte Giustizia UE 23 marzo 2010, sent., caso *Google Ad Words*, in *Dir. Informaz. e informatica*, 2010, 707 ss. con nota di SPEDICATO, che, tuttavia, "pilatescamente" rinvia al giudice nazionale il delicato profilo dell'accertamento dell'effettiva attività svolta da Google.



sul piano testuale del requisito della conoscenza dell'illecito: l'art. 16 lett. *b*) del D.Lgs. 70/2003 richiede, infatti, la *comunicazione* delle autorità competenti necessaria per procedere alla rimozione delle informazioni o per disabilitarne l'accesso.

Problema, quello sopra enunciato, che può forse trovare composizione proprio nell'atipicità dell'ISP attivo a cui il D.Lgs. 70/2003 risulta inapplicabile. Se, infatti, la normativa citata è stata emanata per disciplinare l'attività degli ISP passivi — cui è stato riservato il beneficio dell'ordine giudiziale a copertura della rimozione del contenuto illecito — all'ISP attivo tale beneficio non risulterebbe applicabile proprio in forza della sua atipicità essendo, invece, sufficiente allo scopo una mera diffida stragiudiziale.

Tuttavia, se non si vuole correre il rischio di svuotare di significato la normativa vigente che richiede espressamente una comunicazione dell'autorità giudiziaria o amministrativa per soddisfare il requisito della conoscenza effettiva dell'ISP passivo, occorre particolare rigore da parte della giurisprudenza nel qualificare correttamente il prestatore di servizi coinvolto nel caso concreto: in buona sostanza, per degradare il requisito conoscitivo dalla comunicazione dell'autorità giudiziaria o amministrativa alla mera diffida di parte ed escludere *ratione subiecti* l'applicabilità del beneficio dell'irresponsabilità prevista dal D.Lgs. 70/2003, occorre poter preliminarmente qualificare come ISP attivo, il motore di ricerca, l'aggregatore di contenuti e il *social network*.

Oltre a questo delicato profilo soggettivo, si può solo accennare a quello correlato della responsabilità dell'ISP che abbia rimosso il contenuto sulla base di una diffida stragiudiziale rivelatasi successivamente infondata.

Infine, a livello di giurisprudenza comunitaria<sup>(7)</sup>, corre l'obbligo di segnalare alcune recenti decisioni di particolare interesse per il tema di cui trattasi e precisamente in relazione:

—alla definizione della figura dell'ISP attivo sottratto al beneficio dell'irresponsabilità per i contenuti di terzi di cui alla Direttiva CE 31/2000;

—agli obblighi di filtraggio telematico dei contenuti digitali in capo all'ISP, non ritenuti ammissibili, a tutela della proprietà intellettuale sui contenuti digitali.

Quanto al primo profilo — in linea con l'orientamento già espresso con la decisione della Corte di Giustizia UE del 23 marzo 2010 nel caso *Google c. Louis Vuitton* — la recente decisione della Corte di Giustizia UE del 12 luglio 2011 — caso *L'Oreal c. eBay* — ha inequivocabilmente stabilito che:

*“l'art. 14, n.1, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 8 giugno 2000, 2000/31/CE, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno (“direttiva sul commercio elettronico”), deve essere interpretato nel senso che esso si applica al gestore di un mercato online qualora non abbia svolto un ruolo attivo che gli permette di avere conoscenza o controllo circa i dati memorizzati.*

*Detto gestore svolge un ruolo attivo siffatto allorché presta un'assistenza che consiste in particolare nell'ottimizzare la presentazione delle offerte in vendita di cui trattasi o nel promuoverle.*

---

<sup>7</sup> Le seguenti decisioni sono pubblicate integralmente in Appendice al volume BASSAN – TOSI (a cura di), *Diritto degli Audiovisivi*, Milano, 2012: Corte di Giustizia UE 23 marzo 2010, *sent. caso Google c. Louis Vuitton*; Corte di Giustizia UE 12 luglio 2011, *sent. caso L'Oreal c. eBay*; Corte di Giustizia UE 24 novembre 2011, *sent. caso Scarlet c. Sabam*, vedila anche – unitamente a Corte di Giustizia UE 16 febbraio 2012, *sent. caso Scarlet c. Netlog*, Corte di Giustizia UE 19 aprile 2012, *sent. caso Bonnier Audio c. e-phone* - in *Dir. Inf. e informatica*, 2012, 260 ss. con nota di SAMMARCO, *Alla ricerca del giusto equilibrio da parte della Corte di Giustizia UE nel confronto tra diritti fondamentali nei casi di impiego di sistemi tecnici di filtraggio*. Sul tema del “filtraggio” delle informazioni illecite vedi anche DI CIOMMO, *Programmi filtro e criteri di imputazione/esonero della responsabilità online. A proposito della sentenza Google/Vivi Down*, in *Dir. Inf. e informatica*, 2010, 829 ss.

*Quando non ha svolto un ruolo attivo nel senso indicato al comma precedente e dunque la sua prestazione di servizio rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 14, n.1, della direttiva 2000/31, il gestore di un mercato online, in una causa che può comportare una condanna al pagamento di un risarcimento dei danni, non può tuttavia avvalersi dell'esonero dalla responsabilità previsto nella suddetta disposizione qualora sia stato al corrente di fatti o circostanze in base ai quali un operatore diligente avrebbe dovuto constatare l'illiceità delle offerte in vendita di cui trattasi e, nell'ipotesi in cui ne sia stato al corrente, non abbia prontamente agito conformemente al n.1, lett. b), del suddetto art. 14".*

Quanto al secondo profilo, non certo per importanza, la Corte di Giustizia UE 24 novembre 2011 — caso SCARLET c. SABAM — ha ritenuto inammissibile l'imposizione in capo all'ISP passivo – in quanto incompatibili con la vigente normativa comunitaria - di sistemi di filtraggio dei contenuti digitali a tutela dei diritti di proprietà intellettuale:

*— di tutte le comunicazioni elettroniche che transitano per i suoi servizi, in particolare mediante programmi `peer-to-peer`;*

*— di tutta la sua clientela indistintamente;*

*—a titolo preventivo;*

*—a sue spese esclusive, e*

*—senza limiti nel tempo, idoneo ad identificare nella rete di tale fornitore la circolazione di file contenenti un'opera musicale, cinematografica o audiovisiva rispetto alla quale il richiedente affermi di vantare diritti di proprietà intellettuale, onde bloccare il trasferimento di file il cui scambio pregiudichi il diritto d'autore<sup>(8)</sup>.*

---

<sup>8</sup> Nello stesso senso si veda anche la recente decisione inedita del Tribunale di Roma, *Sez. Spec. Proprietà industriale e Intellettuale*, 13 dicembre 2011, ord. pubblicata in Appendice al volume BASSAN – TOSI (a cura di), *Diritto degli Audiovisivi*, cit..

Gli spunti critici di riflessione offerti in questa sede certamente richiederanno ulteriore approfondimento giurisprudenziale e dottrinale prima di poter giungere a conclusioni pacifiche.

Conclusioni utili — ad avviso dello scrivente — anche *de iure condendo* in prospettiva di riscrittura della formulazione — in più tratti ambigua come si è avuto modo di rilevare in queste pagine — degli artt. 14, 15, 16 e 17 del D.Lgs. 70/2003 e in prospettiva di revisione integrale, in sede comunitaria, della complessa e controversa normativa sulla responsabilità degli ISP — a dodici anni dalla Direttiva CE 31/2000 (*Electronic Commerce Directive*, di seguito, per brevità, “ECD”) — al fine di individuare e disciplinare in modo inequivoco — con rango di norma primaria — i seguenti profili controversi:

—la conoscenza effettiva del contenuto illecito da parte dell'ISP passivo;

—la procedura di rimozione selettiva dei contenuti digitali sulla falsariga di quanto previsto dalla procedura di *notice and take down* nel DMCA;

—l'esonero di responsabilità dell'ISP passivo in caso di ordine di rimozione successivamente rivelatosi privo di fondamento;

—l'aggiornamento della classificazione dei soggetti ascrivibili all'eterogenea categoria degli ISP;

—la definizione di criteri normativi univoci di identificazione degli ISP *attivi* esclusi dai benefici, in termini di irresponsabilità del D.Lgs. 70/2003.

L'obsolescenza dell'ECD è testimoniata dall'avvio di due consultazioni pubbliche promosse dalla Commissione UE – succedutesi tra il 2010 e il 2012 – proprio al fine di sondare le criticità registrate da parte degli *stakeholder* del settore nella prospettiva di revisione della stessa.

Si tratta, innanzitutto, della “*Public consultation on the future of electronic commerce in the internal market and the implementation of the Directive on electronic commerce (2000/31/EC)*” che ha avuto luogo tra agosto e novembre 2010 e più recentemente della “*Public consultation on procedures for notifying and acting on illegal content hosted by online intermediaries*” avviata dalla Commissione UE tra giugno e novembre 2012 sul tema specifico delle procedure di rimozione di contenuti illeciti (c.d. *notice and action procedure*).

Consultazioni pubbliche preliminari a una revisione della ECD oltre che a una specifica iniziativa, ormai matura e necessaria, di armonizzazione orizzontale – a livello comunitario – delle procedure di *notice and action* per la rimozione dei contenuti digitali illeciti da parte degli “intermediari” della società dell’informazione<sup>9</sup>: tema controverso e, tuttavia, fondamentale per la tutela del diritto d’autore sulle reti di comunicazione elettroniche e conseguentemente dello sviluppo dell’Agenda Digitale comunitaria

---

<sup>9</sup> COM/2011/942, *cit*, p.15.