

**RESPONSABILITÀ CIVILE DEGLI HOSTING PROVIDER E
INIBITORIA GIUDIZIALE DEI CONTENUTI DIGITALI ILLECITI
EQUIVALENTI TRA ASSENZA DELL'OBBLIGO DI SORVEGLIANZA
EX ANTE E AMMISSIBILITÀ EX POST**

EMILIO TOSI

*Professore associato abilitato di diritto privato
nell'Università di Milano-Bicocca¹*

SOMMARIO: 1. La tutela dei contenuti digitali nelle reti di comunicazione elettronica. – 2. Responsabilità civile dei prestatori di servizi della società dell'informazione e assenza dell'obbligo di sorveglianza *ex ante*: disciplina applicabile. – 3. L'elaborazione giurisprudenziale della figura soggettiva dell'*hosting provider* attivo alla luce di Corte di Cassazione n. 7708 del 19 marzo 2019. – 4. Ammissibilità dell'inibitoria giudiziale *de futuro* e dell'obbligo di sorveglianza *ex post* in capo all'*hosting provider* in relazione a contenuti digitali illeciti identici o equivalenti a quelli oggetto di inibitoria.

1. – La tutela dei contenuti digitali – audiovisivi, opere musicali, programmi per elaboratore, *app* e così via – *rectius* dei diritti di proprietà intellettuale e industriale associati a tali beni immateriali, nelle reti di comunicazioni elettroniche è messo a dura prova dal fenomeno illecito della *pirateria digitale* e costituisce tema di rilevante attualità giuridica².

¹ Direttore del Centro Studi Diritto Nuove Tecnologie - Studi Giuridici per l'Innovazione.

² Mi sia consentito rinviare sul punto a E. TOSI, *La tutela della proprietà intellettuale nelle comunicazioni elettroniche: pirateria digitale degli audiovisivi e responsabilità degli Internet Service Provider*, in E. Tosi - F. Bassan (a cura di), *Diritto degli Audiovisivi. Commento al nuovo Testo Unico dei Servizi di Media Audiovisivi e Radiofonici come modificato dal .lgs. 15 marzo 2010, n.44*, Milano, 2012, 69 ss; e da ultimo ID. *La disciplina applicabile all'hosting provider per la pubblicazione di contenuti digitali protetti dal diritto d'autore, tra speciale irresponsabilità dell'ISP passivo e comune responsabilità dell'ISP attivo, alla luce di Cassazione 7708/2019 e 7709/2019*, *Riv. Dir. Ind.*, 2019, 226 ss. Sulle interferenze tra responsabilità degli *hosting provider* per pubblicazione di contenuti illeciti in violazione della proprietà intellettuale-industriale e responsabilità per trattamento illecito dei dati personali in violazione del GDPR si veda il recente studio monografico: E. TOSI, *Responsabilità civile per illecito trattamento dei dati personali e danno non patrimoniale. Oggettivazione del rischio e riemersione del danno morale con funzione deterrente-sanzionatoria alla luce dell'art. 82 GDPR*, Milano, 2019, 147 ss.; cui adde E. TOSI (a cura di), *Privacy Digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, Milano, 2019.

Il contrasto a tale fenomeno è strettamente correlato non solo ai profili sanzionatori ma anche al regime di responsabilità civile applicabile in relazione alle diverse figure soggettive operanti negli spazi virtuali delle reti di comunicazione elettronica.

Con il presente studio s'intende proprio approfondire il tema della responsabilità civile degli intermediari della società dell'informazione - c.d. *internet service provider*, di seguito, per brevità, ISP - differenziata *ratione subiecti* e precisamente:

- fornitori di accesso alle reti di comunicazioni elettroniche: *access provider* o *gatekeeper*;

- 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*;

- motori di ricerca, *social network* e aggregatori di contenuti di terzi, 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 nella pubblicazione dei contenuti digitali ravvisabile nell'elaborazione giurisprudenziale più recente - sebbene, corra l'obbligo di rilevare, non ancora consolidata - in fattori concorrenti quali: indicizzazione tematica, presentazione finale e promozione commerciale del contenuto digitale diffuso *online*;

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

Il tema in parola viene, in sintesi, correntemente declinato, da un lato, ritenendosi scontata la responsabilità dei fornitori di *contenuti digitali* e, dall'altro, escludendosi la responsabilità dei meri fornitori di accesso alle reti di comunicazione elettronica.

Tuttavia, con riferimento alla responsabilità di questi ultimi si è ravvisata la necessità - in considerazione dell'evoluzione dei servizi in concreto forniti dagli ISP e dell'affermazione economica delle figure dei motori di ricerca, *social network* e aggregatori di contenuti - di andare oltre la rigida tipizzazione normativa per approdare a una rilettura attenta ed evolutiva del fatto illecito dei prestatori di servizi della società dell'informazione - riclassificati dalla giurisprudenza e dottrina più attenta in ISP attivi e passivi ⁽³⁾ - con

³ Sul tema della responsabilità civile degli ISP si vedano: E. TOSI, *Diritto Privato dell'informatica e di Internet, I beni - I contratti - Le responsabilità*, Milano, 2006, spec. 430

conseguenze diametralmente opposte in termini di responsabilità dei primi e irresponsabilità dei secondi.

Nella nuova società dell'informazione e dei contenuti digitali gli *intermediari di servizi elettronici* rivestono, corre l'obbligo di sottolineare nuovamente, un ruolo centrale: i mercati digitali esistono e si sviluppano incessantemente in quanto gli *intermediari* ne supportano le necessarie tecnologie informatiche-telematiche su cui si fondano e, occorrendo, coperano con il titolare dei diritti di proprietà intellettuale e industriale per assicurare piena protezione ai contenuti digitali nei limiti previsti dalla normativa comunitaria e interna.

Gli *intermediari* – definiti dalla normativa comunitaria *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. 70/2003 – svolgono, dal punto di vista tecnologico ed economico, una funzione centrale nello sviluppo dei mercati virtuali 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 *Internet Service Provider* (di seguito, per brevità, ISP) di cui si dirà *infra* – a svolgere un ruolo strategico.

Da una corretta qualificazione del servizio prestato discende, quindi, il corretto regime giuridico applicabile.

ss.; cui adde *ex multis*: R. BOCCHINI, *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico*, Napoli, 2003; F. DI CIOMMO, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, Napoli, 2003; A. MANTELERO, *La responsabilità online: il contratto nella prospettiva dell'impresa*, in *Dir. informaz. e informatica*, 2010, 405 ss.; G.M. RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, Torino, 2002; RICCIO, *Social Networks e responsabilità civile*, in *Dir. informaz. e informatica*, 2010, 859 ss.; T. PASQUINO, *Servizi telematici e criteri di responsabilità*, Milano, 2003; S. 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 V. FRANCESCHELLI, *Convergenza*, Milano, 2009, 145 ss.; V. FRANCESCHELLI, *Sul controllo preventivo del contenuto dei video immessi in rete e i provider. A proposito del caso Google/Vividown*, in *Riv. Dir. Ind.*, 2010, 347 ss. Sul tema della tutela dei diritti di proprietà industriale e intellettuale in Internet si vedano: E. 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.; E. 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.; E. TOSI, *Contraffazione di marchio e concorrenza sleale in Internet: dal classico "domain grabbing" all'innovativo "key-word" marketing confusorio*, in *Riv. Dir. Ind.*, 2009, 387 ss.; da ultimo, 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*, in *Riv. Dir. Ind.*, 2012, 44 ss.

Inquadrato correttamente il regime di responsabilità civile applicabile alla figura soggettiva corrispondente in concreto, si tratterà, infine, di lumeggiare – a mente dell’assenza dell’obbligo di sorveglianza *ex ante* statuito dall’art. 15 della Direttiva CE 31/2000 e dall’art.17 del D.lgs. 70/2003 - i limiti applicativi agli obblighi di monitoraggio *ex post* - in capo ai prestatori di servizi della società dell’informazione - dei contenuti digitali illeciti pubblicati online.

2. – Si ritiene opportuno preliminarmente inquadrare i termini della questione problematica nel contesto generale della disciplina della responsabilità dei *prestatori di servizi della società dell’informazione*, meglio noti come ISP, delineata dalla Direttiva CE 31/2000.

Occorre ricostruire, innanzitutto, il quadro regolatorio delineato dagli artt. 14, 15, 16 e 17 del D.lgs. 70/2003⁴.

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.lg. 70/2003 devono considerarsi tassativamente predeterminati dalla legge e soggetti ad interpretazione di stretto diritto.

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

⁴ Sul tema della responsabilità dei prestatori di servizi della società dell’informazione si vedano: E. TOSI, *Diritto Privato dell’informatica, I beni - I contratti - Le responsabilità*, Milano, 2006, e sp. 430 ss.; R. BOCCHINI, *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico*, Napoli, 2003; F. Di CIOMMO, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, Napoli, 2003; G.M. RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, Torino, 2002; A.M. GAMBINO - A. STAZI, *Diritto dell’informatica e della comunicazione*, Torino, 2009; R. SICA, *Le responsabilità civili*, in E. TOSI (ed.), *Commercio elettronico e servizi della società dell’informazione*, Milano, 2003, 267 ss.; V. FRANCESCHELLI, *Sul controllo preventivo del contenuto dei video immessi in rete e i provider. A proposito del caso Google/Vividown*, in *Riv. dir. ind.*, 2010, 347 ss.

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 tra- sporto “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.lg. cit.).

La memorizzazione temporanea automatica dei dati – c.d. *“caching”*, disciplinata dall’art. 15, d.lg. 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 della memorizzazione automatica, intermedia e temporanea, di tali informazioni effettuata al solo scopo di rendere più efficace il successivo inoltramento 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, d.lg. 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.lg. 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.lg. 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 trasporto 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.

In merito alla responsabilità del *cacher* delineata dall'art. 15 del D. Lgs. 70/2003 - disciplina meno problematica e controversa rispetto a quella dell'*hosting provider* - corre l'obbligo di fare cenno alla nota recente sentenza della Cassazione 7709/2019⁵.

La predetta decisione rileva che il Tribunale di Milano con sentenza del 25 settembre 2014, n.11295 ha correttamente affermato che il *cacher* non risponde, perché il prestatore non ha varcato i limiti della sua responsabilità ed ha assolto all'obbligo *ex* art. 17, comma 2, d.lgs. n. 70/ 2003 di trasmettere la diffida del titolare del diritto d'autore alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, competente per le ipotesi di reato connesse all'abusiva riproduzione e diffusione di materiali oggetto di diritto d'autore aggiungendo, *ad abundantiam*, che la notizia contenuta in tale diffida era generica, in quanto priva delle specifiche indicazioni dei singoli filmati contestati e del loro posizionamento tramite i rispettivi *uniform resource locator* c.d. "url".

Alla stregua del sistema normativo come sopra ricostruito, al prestatore del servizio che fornisca una mera attività neutrale di *caching* la legge non richiede - a differenza del regime di responsabilità del soggetto *hosting provider* - che spontaneamente li rimuova solamente perché reso edotto di specifici contenuti illeciti con una diffida extragiudiziale o destinatario di una domanda giudiziale al riguardo.

Secondo Cassazione 7709/2019 il secondo comma dell'art. 15 attiene all'ordine dell'autorità, rivolto direttamente al prestatore, con il quale gli

⁵ Su cui si veda E. TOSI, *La disciplina applicabile all'hosting provider per la pubblicazione di contenuti digitali protetti dal diritto d'autore, tra speciale irresponsabilità dell'ISP passivo e comune responsabilità dell'ISP attivo, alla luce di Cassazione 7708/2019 e 7709/2019*, cit. 2019, 226 ss.

venga imposto di impedire o far cessare le violazioni commesse: *“L'autorità giudiziaria o quella amministrativa aventi funzioni di vigilanza può esigere anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività di cui al comma 1, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse”*.

Al riguardo, giova ricordare il considerando 42 della Direttiva CE 31/2000, secondo cui le deroghe alla responsabilità stabilita dalla stessa riguardano proprio l'ipotesi 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»*.

Emerge, in buona sostanza, la netta distinzione tra i profili di responsabilità del soggetto *hosting provider*, più stringente, da un lato, e rispetto al soggetto prestatore di servizi di *caching*, dall'altro lato.

Il regime di favore, delineato all'art. 15 del D.lgs. 70/2003, conduce, quindi, correttamente, a una minore responsabilità della figura del *cacher* rispetto alla figura del prestatore di servizi di *hosting provider*.

3. – Il criterio distintivo tra *hosting provider*, più in generale ISP, passivi e attivi – di recente emersione giurisprudenziale ⁽⁶⁾ confermato dalla recente

⁶ Sulla ricostruzione della figura soggettiva dell'ISP attivo si segnalano in giurisprudenza: Trib. Catania 29 giugno 2004, sent., in *Dir. inf.*, 2004, 466; Trib. Milano 2 marzo 2009, ord., caso RTI c. RCS, in *Dir. inf.*, 2009, 521 ss.; Trib. Roma 15 dicembre 2009, ord., caso RTI c. You Tube, in *Dir. inf.*, 2009, 521 ss.; Trib. Roma 11 febbraio 2010, ord., reclamo caso RTI c. You Tube, in *Dir. inf.*, 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 *Dir. inf.*, 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. inf.*, 2011, 660 ss.; 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 *Riv. dir. ind.*, 2012, con nota di E. TOSI, *La responsabilità civile per fatto illecito degli Internet Service Provider e dei motori di ricerca a margine dei recenti casi “Google Suggest” per errata programmazione del software di ricerca e “Yahoo! Italia” per “link” illecito in violazione dei diritti di proprietà intellettuale*, in *Riv. dir. ind.*, 2012, 44 ss.; RTI Mediaset c. IOL (Trib. Milano, Sez. Spec. Prop. Ind. e Intellettuale, 7 giugno 2011, in *Dir. inf.*, 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 P. Saraceno, *Note in tema di violazione del diritto d'autore tramite Internet: la responsabilità degli Internet Service Provider*; Trib. Roma 27 aprile 2016, sent., Pres. Rel. Marvasi, RTI c. Break Media; Trib. Roma 5 maggio 2016, sent., Pres. Marvasi, Est. Catallozzi, ined. caso RTI c. Digital France; da ultimo, vedile tutte in *AIDA*, 2018, App. Roma, Sez. specializzata in materia di imprese, 29 aprile 2017, Pres. Bochicchio, Est. Costa, TMFT Enterprise LLC, Break Media c. RTI - Reti Televisive Italiane S.p.a.; Trib. Firenze, Sez. Specializzata in materia di impresa, 26 febbraio 2018, Pres. Calvani, est. Scionti - Andrea Benelli c. Itunes s. a r.l., Horizon Software Information Technology s.a.s. di Salerno Pasquale e App. Roma 19 febbraio 2018, Pres. Zannella, Est. Fanti, Cesare Previti c. Wikimedia Foundation

fondamentale arresto della Corte di Cassazione 7708/2019 — è particolarmente utile per inquadrare il corretto regime di responsabilità civile applicabile alle nuove figure soggettive protagoniste di Internet tra diritto comune e normativa speciale: *motori di ricerca, social network e aggregatori di contenuti di terzi*.

Ricostruzione ermeneutica, da effettuarsi con le dovute cautele e precisazioni, in attesa di una riforma complessiva della normativa comunitaria, ormai vetusta e inadeguata a disciplinare le nuove attività di servizi Internet, oltre i confini normativi dell'irresponsabilità prevista dalla Direttiva CE 31/2000 a tutela del mero ruolo intermediario tecnico dell'ISP passivo⁷.

Il dibattito è stato aperto nella giurisprudenza italiana dal noto caso RTI c. Yahoo deciso dal Tribunale di Milano, Sez. Spec. Prop. Ind. e Intellettuale, 9 settembre 2011, Pres. Tavassi — Est. Marangoni⁽⁸⁾, ad avviso dello scrivente correttamente per le ragioni che verranno illustrate nella presente nota, nel senso del riconoscimento dell'emersione della nuova figura soggettiva, il prestatore di servizi di *hosting attivo*, non tipizzato dalla normativa vigente: figura soggettiva nuova frutto dell'evoluzione tecnologica occorsa negli anni

Inc. Si vedano in dottrina: P. SAMMARCO, *Le clausole contrattuali di esonero e trasferimento della responsabilità inserite nei termini d'uso dei servizi del web 2.0*, in *Dir. inf.*, 2010, 643; A. ZINCONI, *Hosting "attivo" e violazione del copyright: cosa cambia nella responsabilità dell'Internet Service Provider*, in *DA*, 2012, 149 ss.; A. RONTALDO-R. PELUSO, *La tutela del diritto d'autore nel settore audiovisivo e la responsabilità degli ISP*, in *Dir. Autore*, 2015, 144 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.; 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*, cit. 2017, 75 ss.; da ultimo Cassazione 7708/2019 e 7709/2019 con nota di E. TOSI, *La disciplina applicabile all'hosting provider per la pubblicazione di contenuti digitali protetti dal diritto d'autore, tra speciale irresponsabilità dell'ISP passivo e comune responsabilità dell'ISP attivo, alla luce di Cassazione 7708/2019 e 7709/2019*, cit., 2019, 226 ss. *Contra*, si segnala la posizione minoritaria di F. BRAVO, *La responsabilità civile degli Internet Service Providers*, cit., 745, che ritiene fuorviante ed erronea la qualificazione di ISP attivo in quanto non coerente con la *ratio* della Dir. CE 2000/31. In senso critico si veda anche il recente *decisum* di App. Milano, Sez. Spec. Impresa, 7 gennaio 2015, sent., case RTI vs. Yahoo!

⁷ Sulla centralità del ruolo delle piattaforme online e sulle prospettive di riforma del regime di responsabilità degli ISP si vedano da ultimo: Commission Recommendation of 1.3.2018 on measures to effectively tackle illegal content online (C(2018) 1177 final; Proposta di Regolamento UE del 26 aprile 2018 COM(2018) 238 final *On promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services*.

⁸ Pubblicata in *Riv. Dir. Ind.*, 2012, 364 ss., RTI C. Yahoo! Trib. Milano, Sez. Spec. Prop. Ind. e Intellettuale, 9 settembre 2011, Pres. Tavassi — Est. Marangoni, con nota di P. SARACENO, *Note in tema di violazione del diritto d'autore tramite Internet: la responsabilità degli Internet Service Provider*.

trascorsi, un'era geologica nel mondo ad obsolescenza accelerata delle nuove tecnologie digitali, dall'entrata in vigore dell'ormai risalente - e per certi aspetti obsoleta - Direttiva CE 31/2000,

Successivamente con la sentenza della Corte di Appello di Milano, Sez. Impresa, 7 gennaio 2015 – Pres. Patrone – Rel. Fiecconi ⁽⁹⁾, viene riformata la citata decisione del Tribunale di Milano con una pronuncia, non condivisibile, di segno contrario.

La sentenza ambrosiana di prime cure, vero e proprio *leading case* in materia, ha avuto il pregio di avviare il dibattito giurisprudenziale e dottrinale sul tema della peculiare responsabilità dei prestatori di servizi della società dell'informazione segnando l'emersione di una nuova figura soggettiva atipica: quella dell'ISP attivo ⁽¹⁰⁾.

La decisione della Corte di Appello di Milano pare, invece, segnare una battuta di arresto di tale filone interpretativo – ma è solo suggestione di breve durata giusto *l'espace d'un matin*, in quanto tale orientamento è in via di consolidamento, presso altri Fori, come dimostra la conforme recente sentenza, che qui si pubblica, del Tribunale di Roma, 27 aprile 2016, Sez. Impresa, Pres. Est. Marvasi, caso RTI c. Break Media ⁽¹¹⁾.

⁹ Pubblicata in *Riv. Dir. Ind.*, 2016, 166 ss., Yahoo! c. RTI Corte Appello Milano, Sez. Impresa, 7 gennaio 2015, Pres. Patrone - Rel. Est. Fiecconi, con nota di A. IASELLI, *Caso Yahoo! Video: la Corte di Appello di Milano non vede responsabilità nell'operato dell'Internet Provider*. In senso conforme si cita il precedente del Tribunale di Torino, Sez. Spec. Impresa.

¹⁰ Sul punto si rinvia a: E. TOSI, *L'evoluzione della responsabilità civile dell'Internet Service Provider passivo e attivo*, in questa Rivista, 2019, ____ ss.; E. TOSI, *La disciplina applicabile all'hosting provider per la pubblicazione di contenuti digitali protetti dal diritto d'autore, tra speciale irresponsabilità dell'ISP passivo e comune responsabilità dell'ISP attivo*, alla luce di Cassazione 7708/2019 e 7709/2019, in *Riv. Dir. Ind.*, 2019, 226 ss.

¹¹ Si veda sul punto 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*. (*Riv. Dir. Ind.* 2017, 75 ss.)

In senso conforme alla decisione romana pubblicata – oltre che in linea con la giurisprudenza comunitaria C. Giust. UE, 12 luglio 2011, sent. caso *L'Oreal c. eBay*; C. Giust. UE, 23 marzo 2010, sent. caso *Google c. Louis Vuitton*; e da ultimo C. Giust. UE, 11 settembre 2014, sent. *Papasavvas c. Fileleftheros* – anche la successiva sentenza Tribunale di Roma, 5 maggio 2016, Sez. Impresa, Pres. Est. Marvasi, caso RTI c. KIT DIGITAL FRANCE, inedit. In particolare, in materia di responsabilità degli ISP stabilisce che: “La Corte di Giustizia ha precisato che, affinché il prestatore di un servizio su Internet possa rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 14 della Direttiva CE 2000/31 trasfuso nell'art. 16 del D.lgs. 70/2003 è necessario che egli sia un “prestatore intermediario” ossia un prestatore del servizio che si limiti ad una fornitura neutra di quest'ultimo, mediante un trattamento puramente tecnico, automatico e passivo dei dati forniti dai suoi clienti, senza svolgere un ruolo attivo atto a conferirgli una conoscenza o un controllo di tali dati”. Stabilisce, inoltre, che nel valutare l'obbligo di rimozione dei contenuti l'effettiva conoscenza richiesta dalla legge oltre che l'emersione di un ruolo attivo dell'ISP debba essere

Le ragioni a sostegno di tale opzione interpretativa favorevole all'emersione dottrinale e giurisprudenziale di tale nuova figura soggettiva sono quelle che avremo modo di illustrare *infra* nel corso della presente nota.

La sentenza della Corte di Cassazione del 19 marzo 2019, n. 7708 — Pres. Est. Genovese — Est. Nazzicone — riforma, con una decisione apprezzabile, la sentenza della Corte di Appello di Milano del 7 gennaio 2015 confermando la bontà della lettura del giudice di prime cure Tribunale di Milano 9 settembre 2011 e statuendo il seguente principio di diritto:

“L'hosting provider attivo è il prestatore dei servizi della società dell'informazione il quale svolge un'attività che esula da un servizio di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, e pone, invece, in essere una condotta attiva, concorrendo con altri nella commissione dell'illecito, onde resta sottratto al regime generale di esenzione di cui all'art. 16 d.lgs. n. 70 del 2003, dovendo la sua responsabilità civile atteggiarsi secondo le regole comuni”.

E ancora: “Nell'ambito dei servizi della società dell'informazione, la responsabilità dell'hosting provider, prevista dall'art. 16 d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, sussiste in capo al prestatore dei servizi che non abbia provveduto all'immediata rimozione dei contenuti illeciti, nonché se abbia continuato a pubblicarli, pur quando ricorrano congiuntamente le seguenti condizioni:

a) sia a conoscenza legale dell'illecito perpetrato dal destinatario del servizio, per averne avuto notizia dal titolare del diritto leso oppure *aliunde*;

b) l'illiceità dell'altrui condotta sia ragionevolmente constatabile, onde egli sia in colpa grave per non averla positivamente riscontata, alla stregua del grado di diligenza che è ragionevole attendersi da un operatore professionale della rete in un determinato momento storico;

c) abbia la possibilità di attivarsi utilmente, in quanto reso edotto in modo sufficientemente specifico dei contenuti illecitamente immessi da rimuovere”.

Resta, infine, “affidato al giudice del merito l'accertamento in fatto se, sotto il profilo tecnico-informatico, l'identificazione di video, diffusi in violazione dell'altrui diritto, sia possibile mediante l'indicazione del solo nome o titolo della trasmissione da cui sono tratti, od, invece, sia indispensabile, a tal fine, la comunicazione dell'indirizzo “uri”, alla stregua delle condizioni esistenti all'epoca dei fatti».

La recente decisione della Suprema Corte riconosce, dunque, l'emersione della figura atipica dell'ISP *sub specie* dell'hosting provider attivo già rilevata dalla giurisprudenza di merito più attenta.

Il Tribunale di Milano 9 settembre 2011 aveva individuato i seguenti indici di interferenza misconosciuti, invece, dalla Corte di Appello di Milano 7 gennaio 2015 che: (i) l'associazione di messaggi pubblicitari ai contenuti

rinvenuto nella possibilità tecnica di procedere a verifica preventiva del materiale immesso quotidianamente dagli utenti.

immessi in rete dagli utenti (i cui proventi concorrono a finanziare l'attività del prestatore di servizi); (ii) la regolamentazione contrattuale con cui il prestatore medesimo si riserva determinati diritti sui materiali caricati sulla propria piattaforma; (iii) il servizio di segnalazione dell'eventuale illiceità del contenuto immesso (visibile come link sotto ogni video pubblicato in rete); (iv) la predisposizione di un servizio di visualizzazione (non ricercata dal visitatore, ma offerta in via automatica) di altri video correlati a quello specificamente prescelto dall'utente¹².

L'attenta sentenza della Corte di Cassazione tiene conto, correttamente, degli orientamenti espressi dalla Corte di Giustizia in sede comunitaria oltre che di un'aggiornata lettura del fenomeno socio-economico dimostrandosi incline a registrare, si ribadisce, senza pregiudizi concettuali, la mutagenesi ontologica degli ISP *attivi*, in particolare *sub specie hosting provider*.

Non pare, infatti, si possa fondatamente sostenere che il motore di ricerca, il social network e più in generale l'aggregatore di contenuti di terzi sia, sempre e comunque, ascrivibile alla categoria dell'ISP passivo beneficiario dello speciale regime di responsabilità: occorrerà, invece, accertare, caso per

¹² Pubblicata in *Riv. Dir. Ind.*, 2012, 364 ss. *Contra* Tribunale Torino- Sezione specializzata in materia di imprese - 24 gennaio 2018 - Pres. Vitro' - Est. Orlando - Dailymotio S.A. c. Delta TV Programs s.r.l. (in AIDA 2018, 1865 ss.) secondo cui "Il giudice italiano è competente quando sul territorio nazionale si verifica l'evento dannoso costituito dalla messa a disposizione in rete di materiali protetti dal diritto d'autore, nei limiti del danno cagionato su questo territorio. La legge italiana è applicabile quando in Italia si verifica l'evento lesivo lamentato, costituito dalla visibilità di materiali caricati in lingua italiana su una piattaforma accessibile via internet sul territorio nazionale. Il titolare di una piattaforma telematica è responsabile dell'immissione in rete di contenuti in violazione del diritto d'autore quando sia informato (anche ab origine) dell'illiceità del contenuto dei video caricati e non abbia rimosso i files segnalati dal legittimo titolare del diritto d'autore violato; e perciò non adempia un obbligo specifico di vigilanza a posteriori, sorto a seguito di apposita segnalazione o diffida. Il titolare di una piattaforma telematica beneficia delle deroghe di responsabilità degli artt. 16 e 17 d.lgs 70/2003 quand'anche ponga in essere operazioni volte alla migliore fruibilità dei contenuti, ad esempio attraverso l'indicizzazione, suggerimenti di ricerca individualizzati, l'abbinamento di pubblicità affine ai contenuti, senza manipolare o trasformare i contenuti trasmessi. Il sorgere degli obblighi degli ISP di rimuovere a posteriori contenuti illeciti presuppone una diffida specifica contenente gli indirizzi compendati in singoli URL, che permettano di identificare in modo univoco un video presente sulla piattaforma; mentre una generica diffida, contenente i soli titoli commerciali dei prodotti audiovisivi, è inidonea a far venire meno la neutralità del gestore e quindi ad attivare la sua responsabilità. Il titolare della piattaforma ha l'obbligo di impedire nuovi caricamenti di video in violazione dei diritti d'autore già oggetto di segnalazione mediante URL e rimossi, utilizzando tutte le proprie conoscenze e utilità informatiche, nonché tutte le proprie risorse umane e materiali. Quando i nuovi caricamenti di video in violazione del diritto d'autore, già oggetto di segnalazione mediante URL e rimossi, avvengano da parte dello stesso titolare dei diritti, al fine di controllare il funzionamento e la reazione da parte del titolare della piattaforma telematica, il medesimo titolare non può sostenere l'illiceità né pretendere il pagamento delle relative penali".

caso, in concreto — per le ragioni di cui si dirà *amplius infra* — se il motore di ricerca — e più in generale il social network o anche l'aggregatore di contenuti — svolga effettivamente un'attività meramente tecnica, automatica e passiva o piuttosto interferisca attivamente con la pubblicazione del contenuto in concorso con il soggetto responsabile del caricamento *online* del contenuto digitale illecito.

La Corte di Cassazione — in linea con la giurisprudenza comunitaria che dimostra di ben conoscere — registra, come si è rilevato, l'emersione della figura *hosting provider* attivo, figura atipica, eccentrica rispetto alla normativa speciale vigente in materia di responsabilità degli ISP, e per tale ragione sottratta a tale regime speciale e riconducibile a quello ordinario¹³.

Recentemente, la Corte di Giustizia UE (sent. 14 giugno 2017, C-610/15, *Stichting Brein*), ha statuito che la fornitura e la gestione di una piattaforma di condivisione *online*, come quella considerata dalla decisione della Cassazione che qui si pubblica e commenta, è atto di comunicazione, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29/CE.

Anche nella Comunicazione della Commissione europea COM (2017) 555 del 28 settembre 2017, intitolata «*Lotta ai contenuti illeciti online. Verso una maggiore responsabilizzazione delle piattaforme online*», si dà atto dell'orientamento della Corte di giustizia, secondo cui la deroga alla responsabilità di cui all'art. 14 della direttiva è disponibile solo per i prestatori di servizi di *hosting* «*che non rivestono un ruolo attivo*»¹⁴.

Detta nozione può ormai ritenersi, dunque, un approdo acquisito in ambito comunitario.

Tale evoluzione soggettiva emerge, pur senza che sia evocato espressamente *un ruolo attivo*, anche nei considerando 64 e 65 della Direttiva (UE) 2019/790 in materia di diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale¹⁵ che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE.

¹³ Si vedano Corte di Giustizia UE 7 agosto 2018, *Coöperatieve Vereniging SNB-REACT U.A. c. Deepak Mehta*, C-521/17, punti 47 e 48, relativa alla responsabilità di un privato, prestatore di servizi di locazione e registrazione di indirizzi IP che consentivano di utilizzare anonimamente nomi di dominio e siti *internet*; Corte di Giustizia UE 11 settembre 2014, C-291/13, *Sotiris Papasavoas*, spec. p. 44; Corte di giustizia UE 12 luglio 2011, C-324/09, *L'Oréal c. eBay*, cit., punti 112, 113, 116, 123, con riguardo al gestore di un mercato *online*, il quale svolge un "ruolo attivo" allorché presta un'assistenza che consiste nell'ottimizzare la presentazione delle offerte in vendita o nel promuoverle; Corte di giustizia UE 23 marzo 2010, da C-236/08 a C-238/08, *Google c. Luis Vuitton*, punti 112, 113, 114 e 120.

¹⁴ Commissione europea COM (2017) 555 del 28 settembre 2017, intitolata «*Lotta ai contenuti illeciti online. Verso una maggiore responsabilizzazione delle piattaforme online*», spec. 11.

¹⁵ Pubblicata in GUCE 17/5/2019 la Direttiva UE 790/2019 entra in vigore il ventesimo giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea e dovrà essere recepita dagli Stati membri entro il 7 giugno 2021.

Così pure di tale orientamento risente anche l'art. 17 della Direttiva 790/2019 sul diritto d'autore e diritti connessi nel mercato unico digitale che statuisce, in relazione all'utilizzo di contenuti protetti da parte di prestatori di servizi di condivisione di contenuti online, quanto segue:

- "Gli Stati membri dispongono che il prestatore di servizi di condivisione di contenuti online effettua un atto di comunicazione al pubblico o un atto di messa a disposizione del pubblico ai fini della presente direttiva quando concede l'accesso al pubblico a opere protette dal diritto d'autore o altri materiali protetti caricati dai suoi utenti. Un prestatore di servizi di condivisione di contenuti online deve pertanto ottenere un'autorizzazione dai titolari dei diritti di cui all'articolo 3, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2001/29/CE, ad esempio mediante la conclusione di un accordo di licenza, al fine di comunicare al pubblico o rendere disponibili al pubblico opere o altri materiali" (comma 1);

- "Quando il prestatore di servizi di condivisione di contenuti online effettui un atto di comunicazione al pubblico o un atto di messa a disposizione del pubblico alle condizioni stabilite dalla presente direttiva, la limitazione di responsabilità di cui all'articolo 14, paragrafo 1, della direttiva 2000/31/CE non si applica alle fattispecie contemplate dal presente articolo. Il primo comma del presente paragrafo non pregiudica la possibile applicazione dell'articolo 14, paragrafo 1, della direttiva 2000/31/CE a tali prestatori di servizi per finalità che non rientrano nell'ambito di applicazione della presente direttiva." (comma 3); e

- "Qualora non sia concessa alcuna autorizzazione, i prestatori di servizi di condivisione di contenuti online sono responsabili per atti non autorizzati di comunicazione al pubblico, compresa la messa a disposizione del pubblico, di opere e altri materiali protetti dal diritto d'autore, a meno che non dimostrino di: a) aver compiuto i massimi sforzi per ottenere un'autorizzazione, e b) aver compiuto, secondo elevati standard di diligenza professionale di settore, i massimi sforzi per assicurare che non siano disponibili opere e altri materiali specifici per i quali abbiano ricevuto le informazioni pertinenti e necessarie dai titolari dei diritti; e in ogni caso, c) aver agito tempestivamente, dopo aver ricevuto una segnalazione sufficientemente motivata dai titolari dei diritti, per disabilitare l'accesso o rimuovere dai loro siti web le opere o altri materiali oggetto di segnalazione e aver compiuto i massimi sforzi per impedirne il caricamento in futuro conformemente alla lettera b)" (comma 4)¹⁶.

¹⁶ Ai sensi dell'art. 17 della Direttiva di riforma del *copyright digitale* in corso di pubblicazione in G.U.C.E. si precisa inoltre che "Per stabilire se il prestatore di servizi si è conformato agli obblighi di cui al paragrafo 4 e alla luce del principio di

Gli elementi idonei - c.d. "indici di interferenza" secondo la citata sentenza della Cassazione - a delineare la figura *hosting provider* attivo, da accertarsi in concreto ad opera del giudice del merito, sono - a titolo esemplificativo, non necessariamente tutte compresenti, le attività di:

- filtro, selezione, indicizzazione;
- organizzazione, catalogazione, aggregazione, valutazione, uso, modifica, estrazione o
- promozione dei contenuti operate mediante una gestione imprenditoriale del servizio;
- valutazione comportamentale degli utenti per aumentarne la fidelizzazione.

Condotte che abbiano, in buona sostanza, l'effetto di completare ed arricchire, personalizzare, in modo non meramente automatico e passivo la fruizione dei contenuti da parte di utenti indeterminati.

Ove il giudice di merito - in concreto - ravvisi, quindi, uno o più elementi suindicati ritenuti necessari e sufficienti a deviare l'attività del prestatore di servizi dal modello astratto tipizzato dalla legge ben può conseguentemente riclassificare l'attività dell'ISP da automatica e *passiva* a personalizzata e *attiva* con conseguente perdita del beneficio dell'irresponsabilità nei termini delineati dal D.lgs. 70/2003 e applicazione delle regole ordinarie in materia di responsabilità civile.

4. - Il tema dei limiti agli obblighi di sorveglianza dei contenuti digitali illeciti pubblicati online e della responsabilità civile degli *Internet Service Provider* (ISP) - in relazione alla tutela della proprietà intellettuale e industriale - è particolarmente rilevante e controverso ⁽¹⁷⁾.

proporzionalità, sono presi in considerazione, tra gli altri, gli elementi seguenti: a) la tipologia, il pubblico e la dimensione del servizio e la tipologia di opere o altri materiali caricati dagli utenti del servizio; e b) la disponibilità di strumenti adeguati ed efficaci e il relativo costo per i prestatori di servizi" comma 5; e che "Gli Stati membri dispongono che, con riferimento ai nuovi prestatori di servizi di condivisione di contenuti online i cui servizi sono disponibili al pubblico nell'Unione da meno di tre anni e che hanno un fatturato annuo inferiore a 10 milioni di EUR calcolati in conformità della raccomandazione 2003/361/CE della Commissione, le condizioni in virtù del regime di responsabilità di cui al paragrafo 4 siano limitate alla conformità alla lettera a) del paragrafo 4 e alla circostanza di aver agito tempestivamente, in seguito alla ricezione di una segnalazione sufficientemente motivata, per disabilitare l'accesso alle opere o ad altri materiali notificati o rimuovere dai loro siti web tali opere o altri materiali. Se il numero medio di visitatori unici mensili di tali prestatori di servizi supera i 5 milioni, calcolati sulla base del precedente anno civile, essi devono dimostrare altresì di aver compiuto i massimi sforzi per impedire l'ulteriore caricamento di opere o di altri materiali oggetto della segnalazione per i quali i titolari dei diritti abbiano fornito informazioni pertinenti e necessarie" (comma 6).

¹⁷ Mi sia consentito di rinviare in tema di responsabilità civile degli ISP e obblighi di monitoraggio compatibili con la normativa comunitaria e interna vigente a: E. TOSI,

Il beneficio dell'assenza dell'obbligo generale di sorveglianza *ex ante* statuito dall'art. 15 della Direttiva CE 31/2000 e dall'art.17 del D.lgs. 70/2003, ossia prima della notifica di rimozione da parte dell'interessato titolare dei diritti è, ovviamente, riservato esclusivamente agli *ISP passivi*.

Si segnala in argomento la recente interessante decisione della Corte di Giustizia UE del 3 ottobre 2019, caso Glawischnig-Piesczek e la Facebook Ireland, che verte proprio sull'interpretazione dell'articolo 15, paragrafo 1, della Direttiva 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»).

La Corte ritiene pacifico – correttamente – che il *social network* Facebook debba essere qualificato quale fornitore di servizi di hosting ai sensi dell'articolo 14 della direttiva 2000/31 e osserva che: “*Secondo la direttiva citata, un prestatore di servizi di hosting, quale Facebook, non è responsabile delle informazioni memorizzate qualora non sia a conoscenza della loro illiceità o qualora agisca immediatamente per rimuoverle o per disabilitare l'accesso alle medesime non appena ne venga a conoscenza. Tale esonero da responsabilità non pregiudica tuttavia la possibilità di ingiungere al prestatore di servizi di hosting di porre fine ad una violazione o di impedire una violazione, in particolare cancellando le informazioni illecite o disabilitando l'accesso alle medesime. Per contro, la direttiva vieta di imporre a un prestatore di servizi di hosting di sorvegliare, in via generale, le informazioni da esso memorizzate o di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite*”.

Con sentenza in commento, la Corte di Giustizia UE risponde all'Oberster Gerichtshof austriaco che la direttiva sul commercio elettronico, la quale mira a stabilire un equilibrio tra i vari interessi in gioco, statuendo che nulla preclude a un giudice di uno Stato membro di ordinare a un prestatore di servizi di hosting la rimozione delle informazioni:

L'evoluzione della responsabilità civile dell'Internet Service Provider passivo e attivo, Il Diritto Industriale, 2019, 590 ss.; 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 *Riv. Dir. Ind.*, 2017, 75 ss.; E. TOSI, *La responsabilità civile per fatto illecito degli Internet Service Provider, motori di ricerca, social network e aggregatori di contenuti di terzi*, *Digesto*, Sez. Civile, Torino, 2016, 688 ss.; E. TOSI, *High Tech Law: The Digital Legal Frame in Italy, An Overview of Contracts, Digital Content Protection and ISP Liabilities Emerging Issues*, Milano, 2015, *passim*; E. TOSI, *La tutela degli audiovisivi e dei contenuti digitali nelle reti di comunicazione elettronica tra diritto d'autore online e responsabilità civile degli internet service provider*, in *Diritto dell'informatica*, a cura di G. Finocchiaro - F. Delfini, Torino, 2014, 963 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*, in *Riv. Dir. Ind.*, 2012, 44 ss.

- da esso memorizzate e il cui contenuto sia identico a quello di un'informazione precedentemente dichiarata illecita o di bloccare l'accesso alle medesime, qualunque sia l'autore della richiesta di memorizzazione di siffatte informazioni;

- da esso memorizzate e il cui contenuto sia equivalente a quello di un'informazione precedentemente dichiarata illecita o di bloccare l'accesso alle medesime, purché la sorveglianza e la ricerca delle informazioni oggetto di tale ingiunzione siano limitate a informazioni che veicolano un messaggio il cui contenuto rimane sostanzialmente invariato rispetto a quello che ha dato luogo alla dichiarazione d'illiceità e che contengono gli elementi specificati nell'ingiunzione e purché le differenze nella formulazione di tale contenuto equivalente rispetto a quella che caratterizza l'informazione precedentemente dichiarata illecita non siano tali da costringere il prestatore di servizi di hosting ad effettuare una valutazione autonoma di tale contenuto;

- oggetto dell'ingiunzione o di bloccare l'accesso alle medesime a livello mondiale, nell'ambito del diritto internazionale pertinente, di cui spetta agli Stati membri tener conto.

Tali considerazioni traggono spunto da un caso di diffamazione ma sono applicabili ben oltre tale ambito essendo valide anche per la tutela dei *contenuti digitali* nei casi di violazione della proprietà intellettuale e industriale online che richiedano monitoraggio *ex post* da parte degli ISP a seguito di un primo accertamento giudiziario dell'illiceità dei contenuti digitali.

Secondo la Corte di Giustizia da ultimo citata *“affinché un'ingiunzione volta a fare cessare un atto illecito e ad impedire il suo reiterarsi nonché ogni ulteriore danno agli interessi in causa possa effettivamente realizzare siffatti obiettivi, detta ingiunzione deve potersi estendere alle informazioni il cui contenuto, pur veicolando sostanzialmente lo stesso messaggio, sia formulato in modo leggermente diverso, a causa delle parole utilizzate o della loro combinazione, rispetto all'informazione il cui contenuto sia stato dichiarato illecito. Diversamente infatti, e come sottolineato dal giudice del rinvio, gli effetti inerenti a un'ingiunzione del genere potrebbero facilmente essere elusi tramite la memorizzazione di messaggi appena diversi da quelli dichiarati illeciti in precedenza, il che potrebbe condurre l'interessato a dover moltiplicare le procedure al fine di ottenere la cessazione dei comportamenti illeciti di cui è vittima.*

Tuttavia, in tale contesto va anche ricordato che, come discende dall'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2000/31 e come ricordato al punto 34 della presente sentenza, un giudice di uno Stato membro, da un lato, non può emettere un'ingiunzione nei confronti di un prestatore di servizi di hosting per ordinarli di sorvegliare, in via generale, le informazioni da esso memorizzate né, d'altro lato, costringerlo a ricercare attivamente fatti o circostanze sottese al contenuto illecito.

A tale riguardo, va segnatamente rilevato che, come si evince dal considerando 41 della direttiva 2000/31, il legislatore dell'Unione, adottando quest'ultima, ha inteso stabilire un equilibrio tra i vari interessi in gioco.

Pertanto, l'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2000/31 implica che l'obiettivo perseguito da un'ingiunzione, come quella menzionata all'articolo 18, paragrafo 1, della stessa direttiva, letto alla luce del suo considerando 41, consistente in particolare nel tutelare efficacemente la reputazione e l'onore di una persona, non può essere perseguito mediante un obbligo eccessivo imposto al prestatore di servizi di hosting.

Tenuto conto di quanto precede, occorre che le informazioni equivalenti cui fa riferimento il punto 41 della presente sentenza contengano elementi specifici debitamente individuati dall'autore dell'ingiunzione, quali il nome della persona interessata dalla violazione precedentemente accertata, le circostanze in cui è stata accertata tale violazione nonché un contenuto equivalente a quello dichiarato illecito. Differenze nella formulazione di tale contenuto equivalente rispetto al contenuto dichiarato illecito non devono, ad ogni modo, essere tali da costringere il prestatore di servizi di hosting interessato ad effettuare una valutazione autonoma di tale contenuto.

Ciò posto, un obbligo come quello descritto ai punti 41 e 45 della presente sentenza, da un lato, nella misura in cui si estende anche alle informazioni di contenuto equivalente, risulta sufficientemente efficace per garantire la tutela della persona oggetto di dichiarazioni diffamatorie. Dall'altro, tale tutela non viene garantita tramite un obbligo eccessivo imposto al prestatore di servizi di hosting, in quanto la sorveglianza e la ricerca che richiede sono limitate alle informazioni contenenti gli elementi specificati nell'ingiunzione e il loro contenuto diffamatorio di natura equivalente non obbliga il prestatore di servizi di hosting ad effettuare una valutazione autonoma, e quest'ultimo può quindi ricorrere a tecniche e mezzi di ricerca automatizzati.

Pertanto, una siffatta ingiunzione non è, in particolare, tale da imporre al prestatore di servizi di hosting un obbligo di sorvegliare, in via generale, le informazioni da esso memorizzato, né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite, ai sensi dell'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2000/31"¹⁸.

Anche la Corte di Cassazione 7708/2019 ha ammesso l'inibitoria *pro futuro* relativamente a specifici programmi pubblicati in violazione del diritto d'autore accogliendo il motivo di impugnazione dell'erronea decisione Corte di Appello di Milano del 7 gennaio 2015 – che invece negava tale possibilità al titolare dei diritti di proprietà intellettuale e industriale – relativo alla violazione e falsa applicazione degli artt. 41 Cost., 78-ter, 79, 156 e 163 l. aut., 4 e 5 d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, considerando 40, 45 e 48 direttiva 2000/31/CE,

¹⁸ Così Corte di Giustizia UE 3 ottobre 2019 § 40-47.

art. 8 e *considerando* 9 direttiva 2000/29/CE, artt. 9 e 11 e *considerando* 9, 23, 24 e 32 45 e 48 direttiva 2004/48/CE, delle direttive 95/46/CE e 2002/58/CE, art. 1, par. 1 Cedu e artt. 11, 16, 17, par. 2 e 52, par. 1, Carta dei diritti UE.

E ancora la recente decisione della Corte di Giustizia pare ulteriormente consolidare l'orientamento già espresso in passato con riguardo alla protezione del diritto d'autore e ai limiti del monitoraggio dei contenuti digitali richiesto dal titolare dei diritti al prestatore di servizi della società dell'informazione.

Si veda, innanzitutto, Corte di Giustizia UE 12 luglio 2011 che in applicazione dell'art. 11 della Direttiva 2004/48/CE, ai sensi della quale gli Stati membri devono far sì «*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*» ha statuito che «*la competenza attribuita, conformemente all'art. 11, terza frase, della stessa direttiva, agli organi giurisdizionali nazionali deve consentire a questi ultimi di ingiungere al prestatore di un servizio online (...) di adottare provvedimenti che contribuiscano in modo effettivo, non solo a porre fine alle violazioni condotte attraverso tale mercato, ma anche a prevenire nuove violazioni*»¹⁹.

Si segnala in senso favorevole all'obbligo di filtraggio *ex post* oltre al citato caso del Tribunale di Milano anche il provvedimento d'urgenza del Tribunale di Torino – Sezione Specializzata in materia di Impresa, 3 giugno 2015, ord. Est. Scotti, caso Delta Tv c. Dailymotion, che ha ammesso i seguenti ordini cautelari²⁰:

– di inibitoria *de futuro* e di rimozione di contenuti digitali corrispondenti in tutto o in parte a quelli oggetto di diffida, ritendo il giudicante che l'ordine, circostanziato, all'intermediario di inibire il caricamento di nuovi contenuti già rimossi non debba considerarsi assimilabile all'obbligo generale e preventivo escluso dal D.lgs. 70/2003, trattandosi pur sempre di esecuzione di ordine successivo e mirato;

– di comunicazione, ai sensi del comb. disp. artt. 156 e 156 *bis* LDA, dei dati in possesso dell'*hosting provider* Dailymotion utili per identificare gli utenti responsabili del caricamento del contenuto digitale in violazione della Legge sul Diritto d'Autore.

Ogni nuovo caricamento del contenuto digitale illecito su URL diverso, successivo alla diffida di rimozione o all'inibitoria giudiziale, non rappresenta, invero, un nuovo contenuto diverso da quello precedentemente rimosso perché l'URL costituisce semplicemente l'indirizzo telematico della

¹⁹ Corte di giustizia UE 12 luglio 2011, c- 324/09, *L'Oréal*, cit., punti 127, 131.

²⁰ Pubblicati in *Rivista di Dir. Ind.*, 2017, 3 ss. con nota di 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*, loc. cit., 75 ss.;

risorsa digitale suscettibile di infinite variazioni per sottrarsi all'inibitoria, fermo restando l'identità del contenuto digitale tutelato²¹.

Tale attività di rintraccio telematico del contenuto digitale tutelato può essere tecnicamente effettuata utilizzando specifici programmi software – nel caso di specie *Content ID* utilizzato da Yahoo! – che basati sull'utilizzo di "impronte digitali" (c.d. *fingerprint*) abbinate univocamente al contenuto digitale tutelato non richiedono irragionevole impiego di risorse preposte allo scopo.

In merito all'obbligo di filtraggio si esprime anche il *leading case* Corte di Giustizia UE 24 novembre 2011 – nel ben noto caso SCARLET c. SABAM – ritenendo inammissibile l'imposizione in capo all'ISP di sistemi di filtraggio generalizzati e preventivi dei contenuti digitali a tutela dei diritti di proprietà intellettuale non escludendo, invece, l'ammissibilità di obblighi di filtraggio specifici e successivi a partecipazione di conoscenza del contenuto digitale illecito mediante diffida (22).

²¹ Si veda sul punto anche Tribunale Milano – Sezione specializzata in materia di impresa – ordinanza 12 aprile 2018 – Giud. GIANI – Arnoldo Mondadori Editore s.p.a. c. Fastweb s.p.a., telecom Italia s.p.a., Tiscali Italia s.p.a., Vodafone Italia s.p.a., Wind Tre s.p.a. (in AIDA 2018, 1874 ss.) secondo cui "La mancanza in giudizio degli autori degli illeciti (nella specie: i titolari dei siti web ospitanti i contenuti protetti dal diritto d'autore) non esclude l'ammissibilità della domanda cautelare nei confronti dei terzi intermediari, quali sono i fornitori di servizi di connessione ad internet, in quanto tra gli uni e gli altri non è ravvisabile un litisconsorzio necessario. Indipendentemente dalla loro responsabilità nelle violazioni l'autorità giudiziaria può disporre contro gli intermediari di servizi di connessione ad internet i provvedimenti cautelari idonei a vietare la prosecuzione degli illeciti e prevenirne la ripetizione.

È compatibile con il divieto di gravare gli ISP di oneri generali di sorveglianza irrogare ad un prestatore di servizi di connessione ad internet l'ordine di adottare le più opportune misure tecniche per disabilitare l'accesso ai medesimi contenuti già accertati come illeciti – a prescindere dal nome di dominio del sito web, in continua mutazione per deliberata e palese volontà dell'autore della violazione – subordinando l'efficacia del comando cautelare all'invio formale (per PEC o raccomandata con avviso di ricevimento) dal ricorrente al resistente di una specifica segnalazione delle nuove violazioni. Qualora il prestatore di servizi di connessione alla rete sia destinatario dell'ordine di disabilitare l'accesso degli utenti ai siti cd. "alias" (in quanto ospitanti i medesimi contenuti già qualificati come illeciti in via cautelare dall'autorità giudiziaria) che gli siano specificamente segnalati dal ricorrente dopo l'irrogazione del comando cautelare l'assenza di responsabilità dell'ISP nelle correlative violazioni dei diritti d'autore giustifica l'attribuzione a suo beneficio resistente del diritto di richiedere al predetto ricorrente il rimborso delle spese tecniche, strettamente necessarie ed inerenti, sopportate per ottemperare alla misura giudiziale.

Nel caso di irrogazione di penalità di mora a tutela dei diritti di proprietà intellettuale l'art. 614 bis c.p.c. affida alla responsabilità del creditore l'allegazione e la prova del concreto realizzarsi delle condotte inibite dall'ordinanza cautelare, per sua natura immediatamente esecutiva; mentre al debitore è assicurata la possibilità di contestare queste allegazioni circa l'intervenuta violazione dell'inibitoria in sede di incidente di esecuzione".

²² Tiene conto del principio dell'inammissibilità di obblighi di filtraggio in capo all'ISP anche la decisione Trib. Roma, 13 dicembre 2011 – *Sez. specializzata in proprietà*

In senso favorevole all'obbligo di filtraggio circostanziato *ex post* – quindi successivo a diffida di rimozione relativa a contenuti digitali illeciti – pare esprimersi anche la sentenza della Corte di Giustizia UE 27 marzo 2014, caso UPC c. Telekabel ⁽²³⁾.

La richiesta cautelare – ai sensi del comb. disp. di cui agli artt. 156 e 156 bis LDA – all'*hosting provider*, da parte del titolare dei diritti di proprietà intellettuale, di comunicazione – immediata e diretta – dei dati identificativi degli utenti a cui risulta ascrivibile il caricamento dei contenuti illeciti deve considerarsi inammissibile nei confronti dell'*hosting provider* in quanto lesivo del principio di proporzionalità tra tutela dei diritti di proprietà intellettuale e i contrapposti diritti alla riservatezza e alla libertà di espressione ⁽²⁴⁾.

Secondo la recente sentenza della Cassazione n. 7708/2019 “la comunicazione al prestatore del servizio deve essere idonea a consentire al destinatario la comprensione e l'identificazione dei contenuti illeciti: a tal fine, deve allora aversi riguardo ai profili tecnico-informatici per valutare se, nell'ipotesi di trasmissione di prodotti video in violazione dell'altrui diritto di

industriale ed intellettuale, ord., pubblicata pure in Appendice a F. BASSAN-E.TOSI (a cura di), *Diritto degli Audiovisivi*, cit. e *Dir. informaz. e informatica*, 2012, 462, con nota di F. MERLA, *Attività di “filtraggio” dei contenuti online, diritti di privativa e libertà di impresa*.

²³ Corte di Giustizia UE, 27 marzo 2014, caso UPC c. Telekabel, rileva che: “11. La Constantin Film e la Wega, due società di produzione cinematografica, avendo constatato che un sito Internet offriva senza il loro accordo la possibilità di scaricare o quella di guardare in « streaming » taluni film da esse prodotti, adivano il giudice del procedimento sommario al fine di ottenere, sulla base dell'articolo 81, paragrafo 1a, dell'UrHG, la pronuncia di un'ordinanza con cui si ingiungesse all'UPC Telekabel, un fornitore di accesso ad Internet, di bloccare l'accesso dei suoi abbonati al sito Internet in parola, dal momento che tale sito pone a disposizione del pubblico, senza il loro consenso, opere cinematografiche sulle quali esse dispongono di un diritto connesso al diritto d'autore. 12. Con ordinanza del 13 maggio 2011, lo Handelsgericht Wien (Austria) vietava all'UPC Telekabel di fornire ai suoi abbonati l'accesso al sito Internet contestato, indicando che tale divieto avrebbe dovuto essere attuato in particolare mediante il blocco del nome del dominio e dell'indirizzo IP (« Internet Protocol ») attuale nonché di ogni altro indirizzo futuro di cui tale società possa venire a conoscenza. (omissis) Infatti, la direttiva 2001/29 dispone che le misure che gli Stati membri sono tenuti ad adottare per conformarsi alla medesima abbiano l'obiettivo non solo di far cessare le violazioni inferte al diritto d'autore o ai diritti connessi, ma altresì di prevenirle (v., in tal senso, sentenze del 24 novembre 2011, Scarlet Extended, C-70/10, Racc. pag. I-11959, punto 31, e del 16 febbraio 2012, SABAM, C-360/10, punto 29). (omissis) 50. Orbene, un'ingiunzione, quale quella di cui al procedimento principale, fa pesare in capo al suo destinatario un obbligo che limita il libero utilizzo delle risorse a sua disposizione, in quanto lo obbliga ad adottare misure che possono rappresentare un costo notevole per lo stesso, avere un impatto considerabile sull'organizzazione delle sue attività o richiedere soluzioni tecniche difficili e complesse”.

²⁴ Così Tribunale di Torino, 19 ottobre 2015, ord. – Pres. Est. Contini, caso Dailymotion c. Delta TV, in ordine al rigetto in sede di reclamo di entrambi gli ordini cautelari disposti dal citato Tribunale di Torino del 3 giugno 2015: (i) l'inibitoria relativa a contenuti digitali illeciti già caricati prima della diffida ma ivi non richiamati; (ii) l'ordine di comunicazione dei dati degli utenti responsabili del caricamento del contenuto digitale illecito. Si veda E. MAGGIO, *Il diritto di impresa non può prevalere sulla privacy e sulla tutela dei diritti della persona*, in *Riv. Dir. Ind.*, 2011, 2, p. 75; D. MULA, *La responsabilità e gli obblighi degli Internet Provider per violazione del diritto d'autore*, in *Riv. Dir. Ind.*, 2010, 3, p. 252.

autore, questi siano identificabili mediante la mera indicazione del nome della trasmissione da cui sono tratti e simili elementi descrittivi, oppure occorra anche la precisa indicazione del cd. indirizzo "url" (*uniform resource locator*), quale sequenza di caratteri identificativa dell'indirizzo cercato; ciò, trattandosi di responsabilità aquiliana sorta al momento della condotta omissiva, alla stregua dello sviluppo tecnologico dell'epoca dei fatti".

Al fine di poter ottenere dal prestatore di servizi di hosting la cessazione di qualsiasi ulteriore danno agli interessi in causa, è legittimo che il giudice competente possa esigere da tale prestatore di servizi di hosting di bloccare l'accesso alle informazioni memorizzate, il cui contenuto sia identico a quello precedentemente dichiarato illecito, o di rimuovere tali informazioni, qualunque sia l'autore della richiesta di memorizzazione delle medesime.

Di tal guisa che il giudice competente potrà altresì ordinare – anche a *livello globale* nei limiti del diritto internazionale privato – a un *prestatore di servizi di hosting* di rimuovere le informazioni da esso memorizzate e il cui contenuto sia identico o equivalente a quello di un contenuto digitale precedentemente dichiarato illecito.

Per quanto riguarda il *principio di equivalenza delle informazioni illecite* la Corte di Giustizia UE chiarisce che "l'illiceità del contenuto di un'informazione non è di per sé il risultato dell'uso di alcuni termini, combinati in un certo modo, ma del fatto che il messaggio veicolato da tale contenuto è qualificato come illecito, trattandosi, come nel caso di specie, di dichiarazioni diffamatorie aventi ad oggetto una determinata persona".

Conseguentemente, i fornitori di servizi di *hosting* possono essere destinatari di ordini inibitori giudiziali che non siano limitati alla rimozione di una data informazione illecita ma che abbia l'effetto di obbligare l'operatore a ricercare e rimuovere non solo tutti i contenuti identici a quello qualificato illecito ma anche tutti i contenuti equivalenti, che riproducano nella sostanza il contenuto qualificato illecito, qualunque sia l'autore della richiesta di memorizzazione delle medesime.

Occorre quindi, si ribadisce, che lo statuito, condivisibile, *principio dell'ammissibilità del monitoraggio ex post del contenuto digitale equivalente a quello originariamente censurato in quanto illecito* – per usare le parole della sentenza della Corte di Giustizia in commento – per potersi considerare compatibile con il quadro normativo comunitario vigente soddisfi i seguenti requisiti essenziali:

- *specificità degli elementi illeciti* debitamente individuati nell'ingiunzione originaria;
- *contenuto identico o equivalente* a quello dichiarato illecito.

Intendendosi per equivalente il contenuto che presenti differenziazioni minime rispetto al contenuto dichiarato illecito che non richiedano autonoma valutazione da parte dell'hosting provider destinatario dell'obbligo di

monitoraggio *ex post*: “*differenze nella formulazione di tale contenuto equivalente rispetto al contenuto dichiarato illecito non devono, ad ogni modo, essere tali da costringere il prestatore di servizi di hosting interessato ad effettuare una valutazione autonoma di tale contenuto*”.

Di tal guisa che il prestatore di servizi di *hosting* possa, quindi, agevolmente ricorrere a tecniche e mezzi di ricerca automatizzati dei contenuti digitali illeciti identici o equivalenti nei termini illustrati.

Così pure statuisce l'art. 17, paragrafo 4, in particolare *sub* lettera c) della Direttiva UE 790/2019 che impone ai prestatori di servizi di condivisione di contenuti l'obbligo di dimostrare per beneficiare dell'esonero di responsabilità aver agito tempestivamente, dopo aver ricevuto una segnalazione sufficientemente motivata dai titolari dei diritti, per disabilitare l'accesso o rimuovere dai loro siti web le opere o altri materiali oggetto di segnalazione e *aver compiuto i massimi sforzi per impedirne il caricamento in futuro*.

Qualora non sia concessa alcuna autorizzazione - così recita il citato art. 17.4 della Direttiva 790/2019 - i prestatori di servizi di condivisione di contenuti online sono responsabili per atti non autorizzati di comunicazione al pubblico, compresa la messa a disposizione del pubblico, di opere e altri materiali protetti dal diritto d'autore, a meno che non dimostrino di:

- a) aver compiuto i massimi sforzi per ottenere un'autorizzazione, e
- b) aver compiuto, secondo elevati standard di diligenza professionale di settore, i massimi sforzi per assicurare che non siano disponibili opere e altri materiali specifici per i quali abbiano ricevuto le informazioni pertinenti e necessarie dai titolari dei diritti; e in ogni caso,
- c) aver agito tempestivamente, dopo aver ricevuto una segnalazione sufficientemente motivata dai titolari dei diritti, per disabilitare l'accesso o rimuovere dai loro siti web le opere o altri materiali oggetto di segnalazione e aver compiuto i massimi sforzi per impedirne il caricamento in futuro conformemente alla lettera b).

La decisione favorevole all'obbligo di filtraggio *ex post* della citata sentenza della Corte di Giustizia UE pare, dunque, corretta e in linea con l'ordinamento comunitario oltre che funzionale all'efficiente protezione dei legittimi diritti del titolare di diritti di proprietà intellettuale e industriale in relazione ai contenuti digitali pubblicati *online*.

Non si tratta, infatti, di imporre giudizialmente un obbligo generale *ex ante* - vietato, come si è rilevato *supra*, dall'art. 17 del D.lgs. 70/2003 - quanto, invece, di un obbligo particolare - circostanziato - di prevenzione o rimozione di nuove violazioni, ormai prevedibili, relativamente allo *stesso contenuto digitale illecito* già in precedenza comunicato formalmente all'ISP o a *contenuti digitali equivalenti* che presentino minime differenze rispetto al contenuto oggetto di inibitoria, tali da non richiedere autonoma valutazione da parte del

prestatore di servizi della società dell'informazione.

Richiedere tale condotta attiva al prestatore di servizi successivamente all'individuazione di contenuti digitali illeciti da parte del titolare dei diritti di proprietà intellettuale e industriale – *rectius ex post* – al fine di prevenire la reiterazione della condotta illecita in relazione allo *stesso contenuto digitale illecito* – o a *contenuti digitali equivalenti* – pare senza dubbio compatibile, anche a mente del generale principio di bilanciamento dei diritti contrapposti, con la tutela costituzionale della libertà di impresa e più in generale del diritto comunitario.

Abstract

HOSTING PROVIDER CIVIL LIABILITY AND JUDICIAL REMOVAL OF EQUIVALENT ILLICIT DIGITAL: EX ANTE MONITORING OBLIGATION ABSENCE AND EX POST ADMISSIBILITY

Lo studio approfondisce il problema della tutela dei contenuti digitali in relazione all'esenzione di responsabilità civile applicabile agli Internet Service Provider *passivi*. In particolare si dimostra l'inapplicabilità di tale esenzione alla responsabilità civile dei motori di ricerca, aggregatori di contenuti e social network – Internet Service Provider *attivi* – soggetti alla responsabilità civile comune. Si considera, infine, l'obbligo generale di sorveglianza applicabile agli *hosting provider*: escluso dalla legge *ex ante* (art. 15, Direttiva CE 31/2000 e art. 17, D.Lgs. 70/2003) ed ammesso invece *ex post* limitatamente ai contenuti digitali illeciti identici o equivalenti a quelli oggetto di inibitoria giudiziale.

The paper deals with the problem of digital content protection in connection with exemption of civil liability applicable to passive Internet Service Provider. In particular is analyzed exemption inapplicability to the civil liability of passive Internet Service Provider: that is the case of reaserch engines, contents aggregator and social networks which undergo common civil liability rule. Last but not least are highlighted issues relating with hosting provider monitoring general obligation of illicit digital contents: excluded by law ex ante (art. 15, EC Directive 31/2000 and art. 17, Legislative Decree 70/2003) and admitted indeed ex post only with reference to digital contents identical or equivalent to those object of judicial order.
