

La responsabilità dell'Internet Hosting provider nella diffusione e pubblicazione di contenuti autoriali

Napoli, 12 dicembre 2023

Le questioni che si pongono nelle controversie in materia di responsabilità dei fornitori di servizi nella società della comunicazione sono numerose e di varia natura e la riflessione su di esse necessita di continui aggiornamenti, evoluzioni ed adattamenti in ambito normativo e giurisprudenziale, in ragione del fatto che si tratta di materia nella quale la tecnologia progredisce in maniera rapida ed incessante e che tale progresso impone un continuo ripensamento delle soluzioni da adottare, allo scopo di pervenire all'individuazione di un adeguato ed equilibrato contemperamento degli interessi che si confrontano.

E' poi materia inevitabilmente 'giovane', che non può giovare quindi di quella lenta e ponderata maturazione degli orientamenti che, invece, caratterizza in genere lo studio delle questioni complesse.

Obiettivo della relazione è dare conto, in sintesi, dell'evoluzione della normativa, muovendo dalle disposizioni della direttiva 2000/31/CE, recepita in Italia con il decreto legislativo 70/2003 e dell'evoluzione della giurisprudenza formatasi nella vigenza di tale disciplina e di sviluppare poi alcune riflessioni sulla normativa di recente introduzione in Italia, con il decreto legislativo 177/2021 dell'8 novembre 2021, di recepimento della Direttiva dell'Unione europea sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale (n. 790 del 2019).

Muovendo dalla disamina della normativa, è evidente che l'obiettivo che si è posto, nel tempo, il legislatore comunitario è stato quello di individuare un equo bilanciamento tra l'esigenza di tutela dei diritti dei soggetti coinvolti dalla diffusione di contenuti protetti dal diritto d'autore in rete e quella di non mortificare le enormi opportunità di sviluppo offerte dalle nuove tecnologie, essendo indubbio che la condivisione dei contenuti protetti online costituisce una fonte di accesso alle opere culturali e creative

di straordinaria potenzialità e che può, quindi, consentire grandi opportunità di sviluppo al settore culturale.

Tali considerazioni preliminari sono state rese esplicite, da ultimo, anche nei considerando della direttiva europea del 2019 (n. 61).

In tale prospettiva di contemperamento, deve fin d'ora rilevarsi, in via generale, che le soluzioni individuate, in una prima fase, dal legislatore comunitario del 2000 sono state - secondo valutazione che è stata compiuta in modo diffuso in dottrina - piuttosto sbilanciata a favore dei fornitori di servizi, sancendo sostanzialmente che essi, ove svolgessero una delle attività espressamente contemplate nel testo normativo, non fossero responsabili dei contenuti diffusi in rete, se non nella ricorrenza di determinati presupposti; mentre la nuova normativa, nell'operazione di bilanciamento degli interessi, tende decisamente a responsabilizzare maggiormente le piattaforme.

Per l'inquadramento generale del tema occorre muovere proprio dalla definizione di Internet Service Provider: quest'ultimo letteralmente è un "fornitore di servizi in rete": nella relazione illustrativa che accompagna il decreto legislativo 70 del 2003 si legge, in particolare, che l'Internet service provider, è *"il soggetto che esercita un'attività imprenditoriale di prestatore di servizi della società dell'informazione offrendo servizi di connessione, trasmissione ed immagazzinamento dei dati, ovvero ospitando un sito sulle proprie apparecchiature"*.

La disciplina del regime di responsabilità apprestata dal legislatore comunitario nel 2000, e poi trasfusa negli artt. 14-16 del decreto Lgs. n. 70/2003, non ridefinisce compiutamente il regime di responsabilità in tale ambito: restano ferme, infatti, le regole comuni in materia di responsabilità civile, salva la previsione, nella ricorrenza di determinate condizioni, di esenzioni di responsabilità, per gli internet provider che svolgano specifiche attività.

La normativa distingue, quindi: 1) i soggetti che svolgono attività di semplice trasporto (mere conduit) di contenuti; 2) i soggetti che svolgono attività di memorizzazione intermedia e temporanea di informazioni effettuata allo scopo di rendere più efficace il

successivo inoltre ad altri destinatari che ne hanno fatto richiesta (c.d. caching); 3) i soggetti che svolgono attività di memorizzazione di informazioni fornite dal destinatario del servizio, come la messa a disposizione di uno spazio server per siti o pagine web (hosting).

In particolare, gli artt. 14 e 15 del decreto legislativo 70/2003 prevedono che i provider che svolgano attività di semplice trasporto o attività di caching beneficino dell'esenzione di responsabilità se non sono in alcun modo coinvolti nell'informazione trasmessa, se non la modificano, fatte salve le manipolazioni di carattere tecnico effettuate nel corso della trasmissione che non alterino l'integrità dell'informazione contenuta nella trasmissione e salvo il caso che il prestatore non collabori deliberatamente con un destinatario del suo servizio al fine di commettere atti illeciti.

L'art. 16 d. lgs. 70/2003 disciplina, invece, la responsabilità dei soggetti che operino attività di memorizzazione di informazioni (hosting), prevedendo che siano responsabili delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore: a) non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione; oppure b) non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso.

Infine, l'art. 17 del decreto legislativo (che recepisce l'art. 15 della Direttiva) stabilisce che i provider non siano tenuti ad un obbligo generale di sorveglianza sui contenuti ospitati.

E' comunque sancito il dovere di collaborazione di tali soggetti con l'autorità in ordine alla segnalazione di presunte attività o informazioni illecite dei destinatari dei loro servizi e di comunicazione alle autorità, a loro richiesta, di informazioni che consentano l'identificazione dei destinatari dei loro servizi con cui hanno accordi di memorizzazione dei dati.

Sul piano applicativo, l'individuazione dell'attività specificamente svolta dai 'prestatori' è il primo aspetto sul quale è necessario quindi che il Giudice si soffermi nella decisione di controversie in materia essendo appunto tale inquadramento funzionale all'individuazione del regime di responsabilità. E l'individuazione dell'attività effettivamente svolta dal prestatore di servizi non è talvolta agevole: in primo luogo in fatto, tanto che l'accertamento generalmente richiede il conferimento di un incarico di consulenza tecnica: il Tribunale demanda quindi ad un esperto informatico di descrivere nel dettaglio il servizio o i servizi resi dal prestatore i servizi, che talvolta sono connotati da alta specificità tecnica e che comunque possono non essere immediatamente riconducibili ad alcuna delle categorie tipizzate dal legislatore; in secondo luogo in diritto, poiché, accertata l'attività effettivamente svolta dal prestatore si pone il problema della riconducibilità o meno di essa nel novero di quelle per le quali il legislatore comunitario ha apprestato la richiamata disciplina.

Sul piano teorico si è posta, poi, all'interprete questione in ordine al fatto che la disposizione dell'art. 14 della direttiva, riguardante la responsabilità del soggetto esercente attività di hosting provider dovesse o meno essere letta alla luce del considerando (42) contenuto nel preambolo della direttiva stessa, che prevede che le deroghe alla responsabilità riguardino esclusivamente il caso in cui l'attività di prestatore di servizi della società dell'informazione sia di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, il che implica che il prestatore non conosca né controlli le informazioni trasmesse o memorizzate.

Sul punto, si sono registrati nel tempo orientamenti diversi nelle pronunce dei giudici di merito e si è poi pronunciata la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 7708/2019 ed anche, in diverse pronunce, la Corte di Giustizia, da ultimo, anche con la recente pronuncia del 22 giugno 2021 sui casi C-682/18 e C-683/18.

La Corte di Cassazione si è espressa nel senso che le disposizioni della direttiva, e segnatamente l'art. 14, dovessero essere interpretate non soltanto in considerazione del loro tenore letterale, ma alla luce del contesto e degli scopi complessivamente

perseguiti dal legislatore ed ha quindi concluso nel senso che fosse desumibile dalla direttiva sul commercio elettronico, l'intenzione di differenziare la disciplina della responsabilità dei soggetti che svolgessero attività di c.d. «hosting provider attivo», ovvero svolgessero un ruolo esorbitante i limiti di un'attività meramente tecnica e passiva, da quella degli operatori che svolgessero attività di hosting c.d. passivo; e, sul punto, nello stesso senso si è pronunciata la Corte di Giustizia.

Ma tanto premesso sul piano teorico, resta, comunque, non agevole e controverso individuare i casi in cui l'attività di un soggetto possa essere qualificata come di hosting attivo o passivo; cioè individuare in quali casi possa ritenersi che il ruolo dell'intermediario, rispetto ai contenuti diffusi, sia 'neutro', per usare l'espressione utilizzata dalla Corte di Giustizia, con conseguente mancanza di conoscenza o di controllo dei contenuti memorizzati, o se, al contrario, detto gestore svolga un ruolo attivo "idoneo a conferirgli una conoscenza o un controllo dei suddetti contenuti".

Secondo la Corte di Cassazione, il Giudice, nel compiere tale accertamento, deve avere riguardo ad elementi che ha definito quali "indici di interferenza" dell'intermediario con i contenuti: tali indici sono stati individuati nel compimento da parte dell'intermediario di talune attività elencate nella sentenza - a titolo esemplificativo e non necessariamente tutte compresenti – di filtro, selezione, indicizzazione, organizzazione, catalogazione, aggregazione, valutazione, uso, modifica, estrazione o promozione dei contenuti, operate mediante una gestione imprenditoriale del servizio, come pure l'adozione di una tecnica di valutazione comportamentale degli utenti per aumentarne la fidelizzazione, condotte che abbiano, in sostanza, l'effetto di completare ed arricchire in modo non passivo la fruizione dei contenuti da parte di utenti indeterminati.

Su questo tema, e su altre importanti questioni, si è successivamente pronunciata, però, la Corte di Giustizia dell'Unione europea, in data 22 giugno 2021.

Alla Corte erano pervenute domande di pronuncia pregiudiziale da parte della Corte federale di Germania, in ordine all'interpretazione della direttiva 2000/31/CE, ed anche

della direttiva 2001/29/CE (sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione), nonché di talune disposizioni della direttiva 2004/48/CE (sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale).

Il rinvio alla Corte di Giustizia era maturato nel contesto di due diversi giudizi pendenti presso la Corte federale e le questioni pregiudiziali sollevate negli stessi in gran parte coincidevano.

Si trattava di due azioni promosse nei confronti di società gestori di piattaforme online – Youtube (di proprietà di Google) e Uploaded (di proprietà di Cyando AG) - rispettivamente, da parte di un produttore musicale nel primo, e di un editore nel secondo, che lamentavano la diffusione sulle piattaforme, senza la loro autorizzazione, di contenuti sui quali vantavano la titolarità dei diritti di sfruttamento economico.

La Corte federale tedesca ha sollevato questioni pregiudiziali, ai sensi dell'art. 267 TFUE, al fine di sentire pronunciare la Corte sull'interpretazione degli artt. 3 e 8, della direttiva 29/2001 sulla tutela del diritto d'autore, dell'articolo 14 della direttiva 31/2000 ed anche degli artt. 11 e 13 della direttiva 48/2004.

Mi soffermo, in particolare, sulle parti della decisione che attengono alle questioni interpretative alle quali ho fatto cenno.

Il Giudice tedesco ha chiesto alla Corte, tra l'altro, l'interpretazione della normativa europea, al fine di stabilire: se i gestori delle piattaforme di condivisione di video sulle quali erano stati immessi contenuti protetti senza il consenso degli aventi diritto compissero un atto di comunicazione al pubblico di tali contenuti, in violazione dell'art. 3 della direttiva sul diritto d'autore, nell'ipotesi in cui il caricamento del contenuto fosse avvenuto automaticamente e senza visualizzazione o controllo preventivi da parte del gestore, il gestore avesse indicato nei termini di servizio che non fosse possibile pubblicare contenuti lesivi del diritto d'autore, esso percepisse introiti derivanti dalla gestione del servizio, la piattaforma fosse utilizzata per usi leciti, ma il gestore fosse al corrente del fatto che fosse disponibile in essa anche un numero considerevole di contenuti lesivi del diritto d'autore; se la valutazione dovesse cambiare

nel caso in cui venissero offerti, attraverso la piattaforma di hosting e di condivisione di file, contenuti lesivi del diritto d'autore in una misura compresa tra il 90 e il 96% dell'uso totale; ed anche se l'attività svolta dai gestori delle piattaforme, nei casi in questione, fosse riconducibile al novero di quella disciplinata dall'art. 14 della direttiva (riguardante l'attività di hosting).

In estrema sintesi, la Corte di Giustizia, sulla base della normativa vigente, ha escluso, in via generale, che il gestore di una piattaforma sulla quale utenti possano immettere illecitamente a disposizione del pubblico contenuti protetti, effettui essa stessa una «comunicazione al pubblico» del contenuto secondo la nozione di essa delineata nella direttiva sul diritto d'autore, essendo l'attività di comunicazione ascrivibile all'utente che immette il contenuto; segnatamente, la Corte ha osservato che, se è vero che il ruolo della piattaforma è imprescindibile affinché la comunicazione dell'opera al pubblico da parte del soggetto che ha immesso il contenuto si realizzi, è pur vero che ciò non è sufficiente, dovendosi avere riguardo al profilo intenzionale, nel senso che è necessario accertare che la piattaforma abbia consentito la comunicazione, con piena cognizione delle conseguenze del suo comportamento, per dare agli altri internauti accesso a siffatti contenuti protetti senza autorizzazione del titolare; e ciò si verifica, quando il gestore sia concretamente al corrente della messa a disposizione illecita di un contenuto protetto; ha altresì affermato che possa pervenirsi a conclusioni positive sul carattere intenzionale dell'intervento nella comunicazione illecita di detti contenuti, tenendo conto di tutti gli elementi che caratterizzano la situazione per cui è causa; che, in particolare, costituiscono elementi pertinenti, in particolare, il fatto che il suddetto gestore, anche se sa o dovrebbe sapere che, in generale, contenuti protetti sono illecitamente messi a disposizione del pubblico tramite la propria piattaforma da utenti di quest'ultima, si astenga dal mettere in atto le opportune misure tecniche che ci si può attendere da un operatore normalmente diligente nella sua situazione per contrastare in modo credibile ed efficace violazioni del diritto d'autore su tale piattaforma.

D'altro canto, ha anche affermato che la mera circostanza che il gestore sia al corrente, in via generale, della disponibilità illecita di contenuti protetti sulla sua piattaforma non

sia sufficiente per ritenere che esso intervenga allo scopo di dare agli internauti l'accesso a tali contenuti. Mentre la situazione è diversa nel caso in cui tale gestore, seppure informato dal titolare dei diritti del fatto che un contenuto protetto sia illecitamente comunicato al pubblico tramite la propria piattaforma, si astenga dall'adottare immediatamente le misure necessarie per rendere inaccessibile tale contenuto; o ancora, nel caso in cui esso partecipi alla selezione di contenuti protetti comunicati illecitamente al pubblico, fornisca sulla propria piattaforma strumenti specificamente destinati alla condivisione illecita di siffatti contenuti o promuova scientemente condivisioni del genere, il che può essere attestato dalla circostanza che il gestore abbia adottato un modello economico che incoraggi gli utenti della sua piattaforma a procedere illecitamente alla comunicazione al pubblico di contenuti protetti sulla medesima.

Quanto al carattere lucrativo dell'attività del gestore della piattaforma, la Corte, pur affermando che esso non è privo di rilevanza, ha sostenuto che il semplice fatto che il gestore di una piattaforma di condivisione di video o di una piattaforma di hosting e di condivisione di file persegua un fine di lucro non consenta né di constatare il carattere intenzionale del suo intervento nella comunicazione illecita di contenuti protetti, effettuata da taluni suoi utenti, né di presumere un carattere siffatto, poiché il fatto di fornire servizi della società dell'informazione a scopo di lucro non significa affatto che il fornitore di siffatti servizi acconsenta a che questi ultimi siano utilizzati da terzi per violare il diritto d'autore.

E' evidente, però, che il tenore della pronuncia risolve solo in parte i problemi interpretativi, giacché l'utilizzo di espressioni quali "*abbia adottato opportune misure tecniche efficaci e credibili*" apre comunque un ampio spazio valutativo nel merito.

Alla luce dei principi affermati, la Corte ha poi analizzato nello specifico la posizione delle due parti convenute nei procedimenti nei quali la questione era stata sollevata, pervenendo alla conclusione che YouTube non intervenisse nella creazione o nella selezione dei contenuti caricati sulla sua piattaforma dagli utenti di quest'ultima, e che

essa non procedesse né alla visualizzazione né al controllo di tali contenuti prima del loro caricamento, effettuandosi quest'ultimo secondo un processo automatizzato.

Ha poi valorizzato il fatto che dal provvedimento di rinvio risultava che YouTube informasse chiaramente i suoi utenti, nei suoi termini generali di servizio e in occasione di ogni caricamento, del divieto di collocare contenuti protetti su tale piattaforma in violazione del diritto d'autore e che nelle «Linee guida della community» invitasse i suoi utenti a rispettare il diritto d'autore; che, inoltre, fosse previsto dal gestore della piattaforma il blocco dell'account dell'utente che avesse effettuato il caricamento del contenuto illecito, dopo la rimozione di esso a seguito di segnalazione del titolare del diritto leso, in caso di recidiva.

Ancora la Corte ha valorizzato il fatto che YouTube avesse predisposto vari dispositivi tecnici al fine di prevenire e far cessare le violazioni del diritto d'autore sulla sua piattaforma, quali, in particolare, un pulsante di notifica e un procedimento speciale per segnalare e far rimuovere contenuti illeciti nonché un programma di verifica dei contenuti e software di riconoscimento di contenuto atti ad agevolare l'identificazione e la designazione di siffatti contenuti.

Risultava quindi che tale gestore avesse messo in atto misure tecniche volte a contrastare in modo credibile ed efficace le violazioni del diritto d'autore sulla sua piattaforma.

Ha ancora rilevato la Corte che, secondo il giudice del rinvio, anche se YouTube procedesse a organizzare i risultati della ricerca sulla sua piattaforma sotto forma di rassegne e categorie di contenuti e mostrasse agli utenti registrati un'anteprima dei video consigliati in funzione dei video già visualizzati da tali utenti, dette rassegne, categorie e anteprime di video consigliati non fossero dirette a facilitare la condivisione illecita di contenuti protetti né a incentivare simili condivisioni. Ed ancora che, benché YouTube ottenesse introiti pubblicitari dalla sua piattaforma e consentisse agli utenti di partecipare a detti introiti, non risultasse tuttavia che il modello economico di tale piattaforma fosse basato sulla presenza di contenuti illeciti o che detto modello mirasse

a incoraggiare gli utenti a caricare contenuti del genere, né che lo scopo (o l'uso principale di YouTube) consistesse nella condivisione illecita di contenuti protetti.

Con riferimento alla parte convenuta nel procedimento riunito (causa C-683/18), Cyando, la Corte ha poi rilevato che si trattasse di un gestore una piattaforma di hosting e di condivisione di file Uploaded e che non fosse dato ritenere neppure che esso procedesse alla creazione, alla selezione, alla visualizzazione e al controllo dei contenuti caricati sulla sua piattaforma. Ha poi anche in questo caso valorizzato il fatto che Cyando informasse i suoi utenti del divieto di violare il diritto d'autore tramite la piattaforma. Ha poi evidenziato che, in quel caso, il caricamento di contenuti protetti sulla piattaforma Uploaded ad opera di utenti non consentisse ai medesimi di mettere gli stessi direttamente a disposizione del pubblico, essendo possibile accedere ai contenuti caricati unicamente attraverso link per il download comunicati soltanto all'utente che aveva effettuato il caricamento; che fosse altresì pacifico che tale piattaforma non consentisse essa stessa di condividere il suddetto link, e quindi il contenuto caricato, con altri internauti; concludendo, pertanto, nel senso che non solo la Cyando non fornisse strumenti specificamente destinati a facilitare la condivisione illecita, sulla sua piattaforma, di contenuti protetti o a promuovere simili condivisioni, ma, più in generale, tale piattaforma non presentasse alcuno strumento che consentisse agli altri internauti di conoscere i contenuti ivi memorizzati e di accedervi. Oltre a ciò, ha rilevato che la Cyando non partecipasse all'eventuale inserimento dei link per il download su fonti terze, quali blog, forum o «raccolte di link» e che la piattaforma offrisse, comunque, ai suoi utenti diverse possibilità di uso lecite. Quanto al fatto, allegato da parte attrice nel corso del giudizio pendente presso la Corte tedesca, che i file contenenti contenuti illeciti rappresentassero tra il 90 e il 96% dei file consultabili su Uploaded – circostanza contestata dalla Cyando, che invece dava conto di un dato del tutto diverso (1,1%) - la Corte ha sostenuto che, qualora fosse risultato che l'utilizzo principale o preponderante della piattaforma gestita dalla Cyando consistesse nella messa a disposizione del pubblico, in modo illecito, di contenuti protetti, tale circostanza avrebbe dovuto considerarsi tra gli elementi pertinenti al fine di

determinare il carattere intenzionale dell'intervento del gestore; e che la pertinenza di una circostanza siffatta dovesse ritenersi ancora maggiore in quanto il gestore si fosse astenuto dal mettere in atto le opportune misure tecniche che ci si potesse attendere da un operatore normalmente diligente nella sua situazione per contrastare in modo credibile ed efficace violazioni del diritto d'autore sulla sua piattaforma.

In ultimo la Corte ha affermato che, indipendentemente dal numero di contenuti protetti presenti sulla piattaforma, il carattere intenzionale dell'intervento del gestore avrebbe potuto desumersi dalla circostanza - che spettasse al giudice del rinvio verificare - che il modello economico adottato da detto gestore si basasse sulla disponibilità di tali contenuti illeciti e mirasse a incoraggiare i suoi utenti alla condivisione di essi tramite la medesima.

La Corte ha quindi concluso nel senso che l'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva sul diritto d'autore deve essere interpretato nel senso che il gestore di una piattaforma di condivisione di video o di una piattaforma di hosting e di condivisione di file, sulla quale utenti possono mettere illecitamente a disposizione del pubblico contenuti protetti, non effettua una «comunicazione al pubblico» di detti contenuti, ai sensi di tale disposizione, salvo che esso contribuisca, al di là della semplice messa a disposizione della piattaforma, a dare al pubblico accesso a siffatti contenuti in violazione del diritto d'autore e che ciò si verifichi, in particolare, qualora tale gestore sia concretamente al corrente della messa a disposizione illecita di un contenuto protetto sulla sua piattaforma e si astenga dal rimuoverlo o dal bloccare immediatamente l'accesso ad esso, o nel caso in cui detto gestore, anche se sa o dovrebbe sapere che, in generale, contenuti protetti sono illecitamente messi a disposizione del pubblico tramite la sua piattaforma da utenti di quest'ultima, si astenga dal mettere in atto le opportune misure tecniche che ci si può attendere da un operatore normalmente diligente nella sua situazione per contrastare in modo credibile ed efficace violazioni del diritto d'autore su tale piattaforma, o ancora, nel caso in cui esso partecipi alla selezione di contenuti protetti comunicati illecitamente al pubblico, fornisca sulla propria piattaforma strumenti specificamente destinati alla condivisione

illecita di siffatti contenuti o promuova scientemente condivisioni del genere, il che può essere attestato dalla circostanza che il gestore abbia adottato un modello economico che incoraggia gli utenti della sua piattaforma a procedere illecitamente alla comunicazione al pubblico di contenuti protetti sulla medesima.

Con specifico riferimento ai limiti di operatività dell'esenzione di responsabilità degli internet provider, prevista dall'art. 14 della direttiva (recepito nell'art. 16 del D. Lgs. 70/2003), la Corte, pur avendo ribadito che la disposizione debba essere interpretata alla luce del disposto del considerando 42 e, quindi, che occorra anche valutare se il ruolo svolto da tale gestore sia neutro - vale a dire se il suo comportamento sia meramente tecnico, automatico e passivo, nella gestione dei contenuti - ha però affermato che, nell'ipotesi in cui il giudice constati la ricorrenza dei presupposti per ritenere che al gestore sia ascrivibile la responsabilità diretta per la comunicazione al pubblico dei contenuti, il gestore stesso non possa avvalersi dell'esonero dalla responsabilità previsto dall'articolo 14, giacché l'attività svolta non soddisferebbe le condizioni di applicabilità di tale disposizione.

E' interessante notare come, nella pronuncia, la Corte si sia espressa anche sulla questione della qualificazione dell'attività svolta dall'hosting come attiva o passiva, affermando che la circostanza che il gestore di una piattaforma di condivisione di contenuti online proceda ad un'indicizzazione automatizzata dei contenuti caricati su tale piattaforma, che detta piattaforma contenga una funzione di ricerca e che essa consigli video in funzione del profilo o delle preferenze degli utenti non può essere sufficiente per considerare che detto gestore sia «concretamente» al corrente di attività illecite realizzate sulla medesima piattaforma o di informazioni illecite ivi memorizzate; ed anche che neppure può essere considerato rilevante, al fine di far qualificare l'attività del prestatore come di hosting attivo, il fatto che il gestore metta in atto misure tecniche volte a individuare contenuti che possano violare il diritto d'autore, giacché ciò non implica che detto gestore svolga un ruolo attivo che gli conferisca la conoscenza o il controllo del contenuto di tali video e ciò a pena di escludere dal regime di esonero dalla responsabilità, previsto dall'articolo 14 della

direttiva, proprio i prestatori che adottino misure finalizzate a contrastare siffatte violazioni.

Va, quindi, rilevato che alcune delle ipotesi considerate dalla Corte di Giustizia come irrilevanti di per sé ai fini della qualificazione dei gestori di piattaforma come attivi, coincidono con quelle che erano state invece considerate dalla Corte di Cassazione, a titolo esemplificativo, come indici di interferenza del gestore della piattaforma con i contenuti.

D'altro lato, mi sembra però importante sottolineare come la Corte abbia comunque affermato che debba aversi riguardo al modello di business della piattaforma e che la mancata adozione da parte dei gestori delle misure tecniche idonee proprie di un operatore normalmente diligente nella sua situazione per contrastare in modo credibile ed efficace violazioni del diritto d'autore su tale piattaforma, determini la sua responsabilità diretta per la comunicazione di detti contenuti.

Tornando alla sentenza della Corte di Cassazione n. 7708/2019, in essa erano state esaminate numerose altre questioni interessanti: per esempio, per cenni, la Corte si è pronunciata sulla natura della comunicazione che debba essere operata al gestore della piattaforma da parte del soggetto titolare dei diritti, ovvero se debba rivestire la natura di vera e propria diffida, escludendo la circostanza; ed anche sul contenuto minimo di essa, al fine di rendere individuabili da parte del gestore i contenuti da rimuovere.

Sul punto, mi limito a dire che, a mio avviso correttamente, la Corte si è espressa nel senso che l'idoneità della segnalazione debba essere apprezzata nel merito, in funzione dell'effettiva possibilità per il prestatore di servizi di individuare i contenuti oggetto della segnalazione, indipendentemente dall'indicazione specifica del c.d. URL ('Uniform Resource Locator': localizzatore unico della risorsa informatica) identificativo dei contenuti, considerando la natura dei soggetti cui la comunicazione è rivolta ed anche il progredire continuo della tecnologia che mette a loro disposizione strumenti sempre più sofisticati.

Ulteriore tema di interesse affrontato nella sentenza della Corte di Cassazione riguarda la portata dell'obbligo del prestatore di astenersi dal pubblicare contenuti illeciti dello stesso tipo di quelli già riscontrati come violativi dell'altrui diritto nel futuro ove, in virtù della pregressa segnalazione, tali contenuti siano sufficientemente identificabili e, di conseguenza, l'ammissibilità di una pronuncia inibitoria in tal senso: sul punto la Cassazione si è pronunciata nel senso che tale obbligo non sia per nulla parificabile a quello di vigilanza generale e preventiva sui contenuti immessi dagli utenti: posto che la situazione di ignoranza di quei contenuti (legittima e tutelata dall'art. 15 della direttiva – 17 del decreto legislativo 70/03) è per definizione venuta meno, una volta reso edotto il prestatore dalla comunicazione proveniente dal soggetto leso.

Al riguardo, può essere utile richiamare anche l'orientamento della Corte di Giustizia che, anche nella pronuncia che ho citato, ha affermato che discende dalla normativa comunitaria il principio, secondo cui gli Stati membri debbano prevedere l'adozione di misure che abbiano la funzione «non solo di far cessare le violazioni inferte al diritto d'autore o ai diritti connessi, ma altresì di prevenirle» e che nulla osta ad imporre ai provider un ordine inibitorio che possa avere per lo stesso un «costo notevole», imponendo di bloccare non solo l'accesso all'indirizzo su cui i contenuti illeciti risultano allo stato pubblicati, ma anche ad «ogni altro indirizzo futuro di cui tale società possa venire a conoscenza»

Ultimo cenno merita il tema della quantificazione del danno risarcibile nei confronti del titolare dei diritti, allorché sia accertata la responsabilità dell'hosting provider in relazione all'illiceità dei contenuti immessi, problema che si è posto come particolarmente delicato nei procedimenti venuti all'esame della Sezione specializzata di Roma, nei quali la controversia riguardava sempre l'intervenuta pubblicazione sulle piattaforme di contenuti audiovisivi costituiti da brani per lo più di trasmissioni televisive o di film e le azioni erano state promosse dalla società titolare dei diritti. Per la quantificazione del danno subito da parte dei medesimi, la norma di riferimento è ovviamente l'art. 158 l.d.A., il quale impone di avere riguardo agli utili realizzati dal responsabile dell'illecito in violazione del diritto e sancisce che il giudice possa, altresì,

liquidare il danno in via forfettaria sulla base quanto meno dell'importo dei diritti che avrebbero dovuto essere riconosciuti, qualora l'autore della violazione avesse chiesto al titolare l'autorizzazione per l'utilizzazione del diritto (il cd. prezzo del consenso); oltre al danno non patrimoniale.

La difficoltà che si è per lo più incontrata è stata quella di individuare parametri adeguati ai fini della stima di tale valore: con l'aiuto dei Consulenti tecnici e sulla base delle produzioni documentali delle parti, si è potuto avere contezza dei valori di mercato relativi alla cessione dei diritti di utilizzazione dei prodotti audiovisivi che erano stati oggetto di pubblicazione illecita, per lo più nei rapporti tra emittenti televisive o comunque nei rapporti tra editori, che però è innegabilmente un mercato del tutto diverso da quello delle piattaforme on line; su tale base si è quindi proceduto alla quantificazione del danno sulla base di un valore minutario e quindi proporzionale al tempo della diffusione del contenuto. Si è però così pervenuti a stime del danno che sono apparse esorbitanti e tale esorbitanza è risultata tanto più evidente confrontando i valori ottenuti con l'entità del danno che si sarebbe liquidato in favore del danneggiato in applicazione del diverso criterio della c.d. "revenue sharing" (condivisione del guadagno), che risulta essere quello generalmente applicato nei rapporti contrattuali tra titolari di diritti e piattaforme.

Il confronto ha mostrato un divario incredibile: nell'un caso, tenendo conto del valore stimato per ogni minuto di diffusione, si è pervenuti a liquidazioni milionarie; mentre applicando il diverso criterio della c.d. "revenue sharing" i Consulenti incaricati hanno stimato il ristoro del pregiudizio nell'ordine di poche centinaia di euro.

All'evidenza, né l'uno né l'altro criterio sono apparsi soddisfacenti, poiché nessuno dei due è parso adeguato ai fini della liquidazione congrua del danno nei confronti del titolare dei diritti.

Neppure il criterio della *revenue sharing* soddisfa, infatti, l'esigenza di individuare l'effettivo pregiudizio subito dal titolare dei diritti, a fronte della legittima obiezione da parte di quest'ultimo che non avrebbe avuto alcun interesse alla cessione di essi per

la loro diffusione su piattaforme, quanto meno in una prima fase di diffusione del contenuto protetto, proprio per il fatto che quest'ultima è così poco redditizia.

Sul tema della quantificazione del danno c'è quindi ragionevolmente da compiere una riflessione più approfondita.

Ora però, a breve, dovremo occuparci delle nuove questioni interpretative poste dal recepimento della direttiva 790/2019, che contiene disposizioni sul tema all'art. 17; a tale questione si riferiscono poi i considerando 61 e seguenti, contenuti nel preambolo.

La nuova normativa delimita la sua applicabilità al prestatore di servizi che cumulativamente: a) ha come scopo principale di memorizzare e dare accesso al pubblico a grandi quantità di contenuti protetti dal diritto d'autore; b) che consenta il caricamento dei contenuti ai propri utenti; c) i contenuti protetti siano organizzati e promossi allo scopo di trarne profitto direttamente o indirettamente.

È previsto nella nuova normativa che i prestatori, quando concedono l'accesso al pubblico a contenuti protetti, compiono un atto di comunicazione al pubblico e devono ottenere un'autorizzazione dai titolari dei diritti, anche mediante la conclusione di un accordo di licenza e che tale autorizzazione includa gli atti compiuti dagli utenti che caricano sulla piattaforma i contenuti del prestatore di servizi che non agisca per scopi commerciali o la cui attività non generi ricavi significativi.

È espressamente previsto che la limitazione di responsabilità di cui all'articolo 14 della direttiva 31/2000, nei casi contemplati dalla direttiva copyright, non si applichi e che, in mancanza dell'autorizzazione, i prestatori siano responsabili per gli atti non autorizzati di comunicazione al pubblico di contenuti protetti, salvo che dimostrino di avere soddisfatto cumulativamente le seguenti condizioni: a) aver compiuto i massimi sforzi per ottenere un'autorizzazione secondo elevati standard di diligenza professionale di settore; b) aver compiuto, secondo elevati standard di diligenza professionale di settore, i massimi sforzi per assicurarsi che non siano resi disponibili contenuti per i quali abbiano ricevuto le informazioni pertinenti e necessarie dai titolari dei diritti; c) avere, dopo la ricezione di una segnalazione sufficientemente

circostanziata da parte dei titolari dei diritti, tempestivamente disabilitato l'accesso o rimosso dai propri siti web le opere o gli altri materiali oggetto di segnalazione e aver compiuto, sempre secondo elevati standard di diligenza, i massimi sforzi per impedirne il caricamento in futuro.

Infine, è previsto che, per stabilire se il prestatore di servizi sia esente da responsabilità, secondo il principio di proporzionalità, siano presi in considerazione, con valutazione caso per caso: la tipologia, il pubblico e la dimensione del servizio e la tipologia di opere o di altri materiali caricati dagli utenti del servizio, nonché la disponibilità di strumenti adeguati ed efficaci e i costi da sostenere da parte dei prestatori di servizi.

In ogni caso, non è esente da responsabilità il prestatore di servizi di condivisione di contenuti online che pratica o facilita la pirateria in materia di diritto d'autore.

È favorita la conclusione di accordi tra prestatori e titolari dei diritti.

È ribadita l'assenza di un obbligo generale di sorveglianza.

Infine, sono indicati criteri differenziati per la valutazione dell'operato dei nuovi prestatori di servizi, che operino nel mercato dell'Unione europea da meno di tre anni e abbiano un fatturato o inferiore a 10 milioni di euro.

Il mutamento di prospettiva è evidente: anche in relazione alla nuova normativa, si profilano, però, problemi interpretativi, dato il ricorso a talune clausole generali che dovranno essere riempite di significato: penso al riferimento al concetto di “massimi sforzi” che per espressa indicazione della direttiva (considerando 66) dovrà essere valutato secondo i più elevati standard di diligenza professionale, da individuare in relazione alle dimensioni del servizio, all'evoluzione dello stato dell'arte e ai potenziali sviluppi futuri per evitare la disponibilità dei diversi tipi di contenuti e il costo di tali mezzi per i servizi.

Sono peraltro questioni che si presenteranno in modo mutevole nel tempo, essendo - come più volte ribadito - in un ambito in cui la tecnologia costringe ogni valutazione a continui aggiornamenti.