

Internet e un nuovo orizzonte giuridico.

Providers nell'occhio del ciclone del Copyright e necessità di reinventare il diritto d'autore.

Sommario: 1. Il diritto di accesso alla Rete come diritto costituzionale. Il diritto di libertà informatica. – 2. Dalla res sostanziale alla res digitale, dalla proprietà alla licenza. – 3. La tutela del *Copyright* e la responsabilità degli intermediari di servizi internet, *ISP* e *Social Network*. – 4. Il quadro normativo di riferimento. – 5. Quale responsabilità per l'*ISP*? Si vuole delegare all'intermediario la responsabilità economica e giuridica della lotta alla pirateria *online*? - 5.1. I tre tipi di *ISP*. – 5.2. Profili di responsabilità. L'effettiva conoscenza o *actual knowledge*. – 5.3. La colpa omissiva. - 5.4. Analisi economica. - 6. *Filtering*. Le recenti sentenze della Corte Europea di Giustizia Causa C-70/10 e C-360/10. - 7. Il ruolo dell'AGCOM in Italia. - 8. Uno sguardo agli strumenti alternativi di protezione dei diritti d'autore. Brevi considerazioni. - 9. Il fallimento dei tentativi di ampliare la responsabilità indiretta dei Providers e il "*Measuring IPR Infringements in the Internal Market*". – 10. Le due sentenze per esteso: C-70/10 e 360/10

1. Il diritto di accesso alla Rete come diritto costituzionale. Il diritto di libertà informatica

Non vi è un settore del diritto che non sia stato coinvolto dall'avvento e la diffusione planetaria di internet. Dal diritto civile dei contratti e delle transazioni concluse sul web al diritto penale dei reati informatici, dal diritto amministrativo dell'*e-governance* e dell'amministrazione digitale al diritto processuale (processo telematico).

Sono emersi "Nuovi diritti fondamentali" o, meglio, adattamenti di diritti fondamentali già esistenti. Tali diritti se non sempre riconosciuti da specifiche norme, assumono in realtà un "rango costituzionale", proprio in quanto ermeneuticamente derivabili da norme costituzionali.

Ai fenomeni della tecnologia informatica si applicano in via d'interpretazione i tradizionali principi delle libertà costituzionali¹.

Il progresso tecnologico accresce e aiuta lo sviluppo delle libertà. Si tratta dunque di nuove forme di diritti, di libertà che, laddove non codificate, possono essere incardinate e riconosciute nell'alveo delle tradizionali libertà costituzionali.

Le questioni giuridiche poste dalle nuove tecnologie informatiche sovrastano la dimensione statale, data la caratteristica vocazione di internet alla "extraterritorialità", superando le barriere doganali e le differenze tra i popoli. Chi controlla internet? Un mondo

¹ Si veda T. E. Frosini, *Il diritto costituzionale di accesso a internet*, AIC n.1/2011, pubblicato il 15 dicembre 2010. Così a pag.2: "rileggere la libertà di informazione, come diritto a essere informati oltreché a informare, la libertà di comunicazione, la libertà di associazione, la libertà di riunione, la libertà di iniziativa economica privata, e le libertà politiche, alla luce degli sviluppi della tecnologia informatica, al fine così di individuare le forme di tutela delle nuove situazioni giuridiche soggettive".

senza confini²? Da qui la rilevanza delle decisioni prese a livello transnazionale (Corti Internazionali) e delle normative che mirano a trovare un giusto equilibrio tra i vari interessi contrapposti, alla luce dell'interesse primario che è il bene pubblico, (normativa USA e normativa UE, Trattati internazionali).

Le decisioni prese, relativamente a quale forma di governo dare alla *rete*, condizionano e condizioneranno il futuro della rete stessa e la sua gestione liberale o meno.

La libertà di manifestazione del pensiero (art.21 Cost) e il diritto all'identità personale, nella loro evoluzione all'interno del mondo virtuale, assumono nuova veste, e si manifestano in quello che possiamo definire "diritto di libertà informatica"³. La libertà di custodire la propria riservatezza informatica (legislazione sulla privacy) è in correlazione con la libertà di espressione della propria personalità attraverso la dimensione virtuale.

L'espressione attraverso internet è un "fatto sociale in continua espansione, un bisogno radicale, (nuovissimo), che può avere effetti dirompenti sull'essenza stessa della comunicazione"⁴.

Diventa pertanto fondamentale garantire ad ogni cittadino il diritto di partecipazione e di accesso alla rete, che è diventato un mezzo fondamentale per poter esprimere al meglio la propria personalità. Chiunque può rendere pubbliche e scambiare le proprie idee e pensieri. Internet è, secondo le parole dell'*American Civil Liberties Union*, "la forma di comunicazione di massa più partecipativa che sia stata finora realizzata"⁵. Come logica conseguenza, l'accesso ad internet diventa un diritto sociale o meglio una pretesa soggettiva che deve essere garantita dalle Istituzioni pubbliche⁶. La stessa Corte Costituzionale ha, nel 2004, ritenuto corrispondente a finalità d'interesse generale l'intervento dello Stato volto a favorire il diritto all'istruzione e allo sviluppo culturale attraverso lo strumento informatico⁷.

Il Parlamento europeo, con risoluzione del 10 aprile 2008, chiede agli Stati membri di attivarsi per riconoscere che "internet è una vasta piattaforma di espressione culturale e di partecipazione democratica alla creatività europea che crea ponti tra le generazioni". Esorta quindi gli Stati membri ad "evitare qualsiasi misura contraria ai diritti dell'uomo, ai diritti civili e ai principi di proporzionalità efficacia e dissuasione, come quella dell'interruzione dell'accesso ad internet". Con raccomandazione del marzo del 2010, ribadisce, ancora una

² Si veda T. W. Goldsmith, *Who Controls the internet? Illusions of a Borderless World*, Oxford University Press, New York, 2006.

³ Cfr. T. E Frosini, cit. pag.4.

⁴ Cfr. Agnes Haller, sul web.

⁵ La definizione è di T. W. Goldsmith, *Who Controls the Internet? Illusion of a Borderless World*, Oxford University Press, New York, 2006, 179.

⁶ E' stato infatti approvato il Codice dell'Amministrazione Digitale (CAD), con D. Lgs 82/2005 che individua una sorta di statuto del cittadino digitale.

⁷ Corte Cost. sen. n. 307 del 2004.

volta, come internet dia “pieno significato alla libertà di espressione” degli individui, sancita dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea⁸.

La Legge italiana n.4 del 2004 (c.d. *Legge Stanca*), all’art.1, ricollega il diritto di accesso ad internet per ogni individuo al principio di eguaglianza sancito dall’art. 3 della Costituzione Italiana. Negare, dunque, l’accesso ad internet, o porvi comunque dei filtri, significa ledere i diritti umani fondamentali. Il diritto di accesso ad internet diventa diritto fondamentale in quanto il suo esercizio è strumentale all’esercizio dei diritti fondamentali e delle libertà costituzionali, quali: il diritto di manifestazione del pensiero (art 21 Cost); il diritto al pieno sviluppo della persona umana e all’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica economica e sociale del Paese (art.3 Cost); la libertà d’impresa (art.41 Cost). Oggi non avere accesso ad internet significa vedersi precluso l’esercizio di gran parte dei diritti di cittadinanza⁹. E la violazione di questi diritti avviene in quei Paesi che per paura di questa libertà globale, intervengono con barriere, filtri, violazione della privacy e altre azioni non tollerabili in un mondo democratico.

Per ultimo si vuole ricordare come la Corte Suprema degli Stati Uniti nel 1997, nel pronunciarsi su un caso di cui era stata investita, ha svolto una serie di importanti osservazioni, ritenendo prevalente l’interesse a stimolare la libertà di espressione rispetto a qualunque preteso e non dimostrato beneficio di censura. Ha estrapolato dal Primo Emendamento della Costituzione Americana le forme di tutela e garanzia della libera espressione del pensiero su internet, anche laddove questa confligga con altri diritti sempre garantiti dalla Costituzione Americana, quale quello della riservatezza e segretezza della comunicazione (XIV Emendamento)¹⁰. Ha quindi reinterpretedo, alla luce del ventesimo secolo, un articolo della Costituzione americana, dichiarando la forza e l’importanza del diritto alla libertà di pensiero, di parola elettronica, di stampa elettronica, in poche parole il diritto alla libertà informatica.

Anche il *Conseil Constitutionnel* francese, nel 2009, richiamandosi all’art. 11 della “Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino” del 1789, riconosce una sorta di diritto fondamentale all’accesso ad internet come strumentale all’esercizio di altri diritti fondamentali. Salvo poi il dover rispondere dell’abuso di questa libertà nei casi contemplati dalla legge¹¹.

⁸ Sul tema in generale si veda F. Badocco, *Riflessioni sul diritto d’accesso a internet nell’ambito del diritto dell’Unione europea*, in *Informatica e diritto*, n.1, 2009, 153 ss. e J. Rifkin, *L’era dell’accesso*, Mondadori, Milano, 2000, e T. E. Frosini, *Tecnologie e libertà costituzionali*, in *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, n.3, 2003, 496 ss.

⁹ Si veda il caso Finlandia, dove nel 2010, è entrata in vigore una legge che riconosce l’accesso ad internet come diritto legale per tutti i cittadini del Paese.

¹⁰ La sentenza della Corte Suprema U.S. è reperibile all’indirizzo web: www.aclu.org.

¹¹ Si veda su *Dir. Inf.* n.3 del 2009, 524 e ss (con nota di G. Votano, *Internet tra diritto d’autore e libertà di comunicazione: il modello francese*) e altresì su *Foro Italiano* 2009, IV, 473 ss. con commento di P. Passaglia *L’accesso ad internet è un diritto (Il Conseil Constitutionnel francese dichiara l’incostituzionalità di parte della c.d. “Legge anti file-sharing)*. Anche la Corte Suprema della Costa Rica (Sala Constitucional) di pari passo ha nel 2010 dichiarato che la Costituzione impone ai pubblici poteri di garantire e promuovere in forma universale l’accesso alle nuove tecnologie.

In entrambi i casi indicati, Usa e Francia, le Corti Costituzionali hanno dunque riletto due antiche norme, risalenti a due secoli prima, in chiave moderna, riconoscendo un nucleo costituzionale al diritto di accesso ad internet, quale presupposto per il libero esplicarsi di diritti costituzionalmente riconosciuti.

Il riconoscimento, dunque, di un diritto costituzionale di libero accesso alla Rete è necessario per rendere fruibile il diritto alla conoscenza, cui la stessa Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo dà risalto: "ogni individuo ha il diritto di prendere parte liberamente alla vita culturale della comunità, di godere delle arti e di partecipare al progresso scientifico ed ai suoi benefici" (art.27); di "cercare, ricevere, diffondere con qualunque mezzo di espressione, senza considerazione di frontiere, le informazioni e le idee" (art.19, Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo dell'Onu).

La disegualianza nell'accesso, la censura e le limitazioni potrebbero minare lo sviluppo e la coesione sociale¹².

Siamo di fronte al problema della gestione della conoscenza, delle tecnologie e della cultura.

Naturalmente, se è di primaria importanza lo sviluppo dell'individuo, la sua libertà di manifestazione del pensiero, la possibilità di poter accedere allo scibile e al conoscibile senza disagi, la possibilità di comunicare con il mondo ed evolversi attraverso questo, non vanno dimenticati altri diritti fondamentali, quali il diritto alla privacy¹³, il diritto d'impresa, il diritto all'immagine e il diritto di proprietà intellettuale (anche noto come "*copyright*"), che sono altresì tutelati da norme, che richiedono anch'esse un adeguamento alla nuova realtà virtuale.

Il delicato contemperamento tra i vari diritti che possono, in alcuni casi, venire a confliggere, è frutto di ampio dibattito sia a livello dottrinale, che giurisprudenziale. Dibattito che è teso a indirizzare i legislatori verso una normativa equilibrata e verso un'armonizzazione di quella esistente, alla luce delle molteplici e spesso nuovissime esigenze e bisogni.¹⁴

Spesso tale equilibrio va ricercato tra l'interesse pubblico alla diffusione dell'informazione, al progresso delle scienze e delle arti, al garantire il libero accesso alla

¹² Si vedano tra i tanti, V. Zeno Zencovich, *Perché occorre rifondare il significato della libertà di manifestazione del pensiero*, in *Percorsi Costituzionali*, n.1, 2010, T. E. Frosini, *Tecnologie e libertà costituzionali*, in *Dir. Inf. e Informatica*, n.3, 2003; G. Della Cananea, *Al di là dei confini statuali. Principi di diritto pubblico globale*, Il Mulino, Bologna, 2009; M. Manetti, *La libertà di manifestazione del pensiero*, in *I diritti costituzionali*, a cura di Nania e Ridola, vol. II, Giappichelli, 2006; Di parere contrario ad una libera e sostanzialmente gratuita possibilità di accesso ad internet, V. Mafè, *Il Modello economico delle attività sulla rete*, relazione del 13 ottobre 2003 al Convegno "*La libertà su Internet*", per il quale, un modello economico di questo tipo, (libero e gratuito accesso ad internet) è perdente, caratterizzato da irresponsabilità e extra-legalità e si traduce in un sistema senza barriere all'ingresso lato offerta, e sostanziale opportunismo lato domanda e dominato da tendenze di tipo oligopolistico. "L'assenza di barriere promuove la cultura negativa dell'irresponsabilità".

¹³ Cfr. A. Baldassarre, *Il diritto alla privacy e la comunicazione elettronica*, in *Percorsi costituzionali*, n.1, 2010, 49 ss.

¹⁴ Si veda, *ex multis*, il "*Digital Dilemma Intellectual Property in the Information Age*", 2000, anche citato come "*Digital Dilemma*", il cui testo integrale è disponibile sul sito internet: http://www.nap.edu/openbook.php?record_id=9601&page=R1, oppure su <http://www.oscars.org/science-technology/council/projects/digitaldilemma/>.

Si tratta di una transizione che tuttavia non è esente da problemi, ben evidenziati in atti istituzionali statunitensi e in dottrina, cfr. *Il Dilemma digitale*, di Pamela Samuelson e Randal Davis, in, *I diritti nell'era digitale, Libertà di espressione e proprietà intellettuale*.

conoscenza e quindi a tutte le opere dell'ingegno, e l'interesse privato che, nell'ipotesi del *copyright*, si traduce in un interesse ad un ritorno economico dalla propria attività creatrice, o dal punto di vista dell'intermediario di servizi internet, nell'interesse privato ad un ritorno economico dall'esercizio dell'attività d'impresa¹⁵.

Su tale delicato equilibrio e sui soggetti coinvolti tratteremo più avanti, ora un breve ma necessario inciso sugli ulteriori fondamentali mutamenti che ha portato l'era digitale.

2. Dalla res sostanziale alla res digitale, dalla proprietà alla licenza

In pochi anni abbiamo assistito ad una vera e propria "rivoluzione digitale" che ha modificato tutti gli strumenti di comunicazione e gli oggetti stessi della disciplina giuridica, imponendo a quest'ultima un forte impegno di adeguamento¹⁶. Possiamo riconoscere che la caratteristica precipua e principale di questo nuovo sistema, è la "dematerializzazione"¹⁷.

Le sequenze di bit diventano gli elementi costitutivi dei beni o dei rapporti oggetto di disciplina giuridica (software, brani musicali, *ebook*, video digitali, etc).

La dematerializzazione investe i documenti, gli strumenti finanziari, le opere d'arte, la moneta, la sottoscrizione e i requisiti di forma degli atti di trasferimento, si assiste ad una vera trasformazione ed erosione del diritto di proprietà sulla *res*, all'utilizzo di altri strumenti e modelli giuridici in luogo dei classici modelli di riferimento validi per la proprietà sulle cose "fisiche". Al confronto tra il mondo "fisico" e il mondo "digitale". La *res* e la *res* digitale.¹⁸

Nascono spazi sociali virtuali in cui si pone addirittura il problema delle regole giuridiche di acquisto delle cose o del trasferimento della proprietà su di esse. Il riferimento può apparire stravagante ed eccessivo ma basti pensare al caso "Second Life", dove di fatto e di diritto si scambiano oggetti e la proprietà sugli stessi, e dove la stessa moneta virtuale proviene da moneta reale e può tornare ad essere moneta reale. Solo questo è sufficiente a porre l'attenzione su quanto accade nella nuova realtà e sulla necessità di prevedere e se necessario disciplinare questo tipo di fenomeno¹⁹.

Il modello tradizionalmente usato per l'acquisto di beni viene meno. Il diritto di proprietà sui beni "fisici" quali CD, DVD, libri, è per forza di cose costretto a modificarsi,

¹⁵ Si veda M. Bellia, G. A. M. Bellomo, M. Mazzoncini, *La responsabilità civile dell'Internet Service Provider per violazioni del diritto d'autore*, in *Dir. ind.*, n.4, 2012, 352.

¹⁶ Tre sono gli aspetti che hanno condotto a mutamenti radicali nell'economia dell'informazione: l'informazione nella forma digitale ha cambiato l'economia della *riproduzione*; le reti di computer hanno mutato l'economia della *distribuzione*; il WEB ha cambiato l'economia della *pubblicazione*. Cfr. *Il Dilemma digitale*, Samuelson e Davis, cit.

¹⁷ Giovanni Pascuzzi, *Il diritto nell'era digitale*, Il Mulino, 2006, 201.

¹⁸ Si tratta di una transizione non esente da problemi i quali sono stati ben evidenziati in atti istituzionali statunitensi e in dottrina, cfr. il c.d. "*Digital Dilemma*", P. Samuelson e R. Davis, cit.

¹⁹ Si veda W. Erlank, *Acquisition of Ownership inside Virtual Worlds*, relazione presentata alla *International Property Law Conference 2010*, tenutasi presso l'University of South Africa il 27-29 ottobre 2010; dello stesso autore "*Lecture: introduction to virtual property*", 2009 SSRN; Fairfield, "*Virtual Property*", 2005, 85 BUL, Rev 1047; Lastowka & Hunter, "*The laws of the virtual worlds*", 2004, 92, CLR 1-74; Eriksson & Grill, *Who owns my avatar? Rights in virtual property*, 2005, relazione alla DiGRA 2005 Conference; E. Bassoli, *La disciplina della seconda vita in Internet: l'esperienza Second Life*, in *Inf. Dir.*, 1, 2009, 165 ss.

dato il diverso formato “digitale” di tali beni: *mp3*, *Dvix*, *ebook* e altri ancora. L’interesse per l’appropriazione materiale è meno sentito, a fronte di un interesse ad avere accesso alla disponibilità del bene via internet.

L’acquisto non concerne un supporto materiale dunque, ma una copia dell’opera. Si passa dal diritto di proprietà su una cosa al diritto di utilizzo, al diritto di licenza d’uso, a volte assolutamente personale e non trasferibile, governata dal diritto d’autore e fruibile in formato esclusivamente elettronico, di solito associata ad un account personale.

La vendita di una copia “fisica” di un’opera, ad esempio un libro, rende l’acquirente libero di prestarla, affittarla, rivenderla o metterla a disposizione del pubblico, come nel caso delle Biblioteche, che sono libere dal controllo dei titolari del diritto di sfruttamento economico dell’opera. Una volta venduta quella singola copia fisica, il titolare del diritto d’autore perde i diritti su quella copia²⁰.

Nel mondo digitale le cose cambiano, laddove non abbiamo più in mano un CD, da cui potremmo importare la musica nel computer o farne le copie desiderate per riprodurla in qualsiasi “*device*”, e ci troviamo invece davanti ad un file *mp3* acquistato connettendosi, ad esempio, al servizio *iTunes* di Apple. Non avremo su questo file le stesse prerogative e diritti che si acquisiscono nei modi di acquisto tradizionale. Il file *mp3*, non potrà essere copiato, ma solo scaricato su prodotti “Apple”, del medesimo “*account*” che ha provveduto all’acquisto e per un massimo di 6 volte. Così può accadere per l’accesso a documenti o banche dati, i cui dati possono essere visualizzati, fruiti, ma non stampati o salvati per copie personali.

Ciò rende chiara l’idea delle differenze di questo nuovo tipo di acquisto. Ci si trova ora davanti ad una licenza personale. Il brano musicale, nella specie, seppur acquistato, non ci darà un vero diritto di proprietà su di esso inteso, in senso tradizionale, ma un “permesso, concessione di utilizzo”.²¹

La tipologia e la natura del diritto sull’opera, unitamente al sistema di circolazione, sono sostanzialmente mutati, ma quel che preoccupa è che il consumatore, data la rapidità del cambiamento apportato dall’era digitale, non ha ancora ben chiara la differenza tra i due diversi sistemi di trasferimento e c’è il rischio che pensi di godere, nei confronti della *res* digitale, dei medesimi diritti di proprietà che si hanno sui beni fisici. Emblematico è il caso occorso all’attore americano Bruce Willis, al quale, dove aver acquistato milioni di canzoni

²⁰ La legge sul *copyright* prevede la regola della prima vendita, c.d.” *First sale rule*”, in 17 U.S.C. sec.109, laddove si specifica che il diritto di controllo sulle copie della propria opera, attribuito al detentore del diritto di sfruttamento economico dell’opera dell’ingegno, viene meno, si “*estingue*”, all’atto della prima vendita della copia ad un individuo o biblioteca, salvo le limitazione di cui alla sec. 109 (programmi informatici e registrazioni sonore).

²¹ “*Si assiste ad un passaggio dallo schema della vendita o del trasferimento di res (rectius, dei diritti di proprietà sulla res) allo schema della fornitura di un servizio, basato spesso sulla gestione dei diritti su opere digitali (es.: dalla vendita di brani su CD, secondo lo schema della vendita del diritto di proprietà sul CD, si è passati allo schema della fornitura di un servizio di consultazione di banche dati musicali, consultabili e, in generale fruibili, mediante licenza)*”; da *Diritto e Proprietà, Alcuni percorsi di riflessione*.

tramite il canale distributivo *iTunes* della *Apple*, è stata negata la possibilità di trasferirli in eredità alle proprie figlie.²²

3. La tutela del *copyright* e la responsabilità degli intermediari di servizi internet, *ISP* e *Social Network*

Come si è accennato, anche il diritto d'autore, e dunque il diritto sulla proprietà intellettuale, ha dovuto adeguarsi alla c.d. "*Era Digitale*", ma la molteplicità di attori coinvolti, le cui motivazioni, strategie e forme di proventi spesso non coincidono, ha portato a trovarci di fronte ad un panorama non chiaro e definito. Gli interventi legislativi sono molteplici, a livello internazionale, comunitario, americano e italiano. Anche la giurisprudenza è spesso in contraddizione o comunque non ha fornito linee guida d'interpretazione tali da non generare dubbi e, anche in ambito dottrinale, si moltiplicano dibattiti, congressi e interventi che manifestano una visione non concorde sul fenomeno giuridico della realtà virtuale²³.

Ci sono in gioco interessi pubblici e privati confliggenti.

Se da un lato abbiamo l'interesse pubblico a garantire un accesso non discriminato a tutto lo scibile e pertanto alla conoscenza, a garantire la libera manifestazione del pensiero e l'esplicitarsi della personalità dei singoli individui attraverso i nuovi strumenti digitali, a garantire e promuovere la libera iniziativa d'impresa, è tuttavia interesse pubblico anche creare le basi affinché gli autori di opere dell'ingegno siano stimolati a produrre opere e a divulgarle. La legislazione sul *Copyright* mira proprio ad assicurare agli autori di opere dell'ingegno una tutela che preveda un ritorno economico dalla pubblicazione e divulgazione delle proprie opere e una serie di diritti di privativa che servono a garantire gli interessi morali e materiali degli autori, ma d'altro canto riconosce una durata limitata di tali diritti, alla cui scadenza le opere dell'ingegno diventano di pubblico accesso e a disposizione di tutti.

Dall'altro lato troviamo l'interesse privato a manifestare il proprio pensiero, alla conoscenza, alla privacy, alla libera iniziativa economica ma anche allo sfruttamento economico dei diritti di privativa intellettuale.

Entrano in campo dunque diverse normative che, oltre ad essere in via di adeguamento costante al progresso della tecnica, tentano di disciplinare i vari interessi e diritti di cui si narra, spesso con esito non armonico.

²² Sono apparsi diversi articoli su internet, in cui si ipotizza che l'attore americano Bruce Willis abbia intenzione di intentare una causa nei confronti della Apple, al fine di ottenere il diritto di trasferire alle proprie figlie tutto il bagaglio musicale che ha acquistato su internet attraverso il canale distributivo *iTunes* del colosso Apple. Si vedano ad esempio: L. Longhitano http://gadget.wired.it/news/mondo_computer/2012/09/04/bruce-willis-vs-apple-battaglia-o-bufala-183456.html e Neil Sears, <http://www.dailymail.co.uk/news/article-2197248/Bruce-Willis-fights-leave-iPod-tunes-family-Actor-considering-legal-action-Apple-battleowns-songs-downloaded-iTunes.html?ito=feeds-newsxml>, presenti sul web a settembre 2012.

²³ Per una rassegna sulla proprietà intellettuale, le tendenze evolutive e normative sulla proprietà intellettuale si veda S. Lavagnini, *La proprietà intellettuale in Internet*, in *AIDA* 2010, 472 ss.

Entra in campo inoltre una nuova figura, l'*ISP*²⁴, l'*internet Service Provider* e il *Social Network*. L'impresa che offre su internet l'accesso al web, l'utilizzo dei più vari servizi o la piattaforma sociale per lo scambio di dati personali, c.d. *Social Network*.

Un servizio di rete sociale, o servizio di *social network*, consiste in una struttura informatica che gestisce nel Web le reti basate su relazioni sociali. La struttura è identificata dal sito web di riferimento della rete sociale.²⁵ Secondo la definizione data dagli studiosi Boyd e Ellison si possono definire siti di reti sociali (*social network sites*) i servizi web che permettono: la creazione di un profilo pubblico o semi-pubblico all'interno di un sistema vincolato, l'articolazione di una lista di contatti, la possibilità di scorrere la lista degli amici dei propri contatti, nonché la condivisione di informazioni, pensieri, documenti, *files*.

Questa nuova figura giuridica di intermediario è chiamata in causa ogniqualevolta si discute della tutela del diritto d'autore su internet, così come del diritto alla *privacy* e del diritto alla conoscenza. Senza un *ISP*, infatti, non vi è accesso al *World Wide Web*.

Sulla responsabilità da attribuire all'*ISP* o ad un *Social Network* in caso di violazione dei diritti menzionati e sugli eventuali obblighi a suo carico, derivanti dall'esercizio di impresa, si sono scritti fiumi di parole e la giurisprudenza, sia a livello nazionale che internazionale, non è del tutto conforme.

Vediamo innanzitutto il panorama normativo di riferimento per poi addentrarci nell'esame della delicata questione attinente alla responsabilità dell'*Internet Service Provider*, quale intermediario.

4. Il quadro normativo di riferimento

A livello comunitario rilevano la Direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico²⁶, recepita in Italia dal D.Lgs. n.70/2003, le Direttive 95/46/CE e 97/66/CE sulla tutela delle persone fisiche, il trattamento dei dati e la libera circolazione e la Direttiva 2002/58/CE sul trattamento dei dati personali e la vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche. La Direttiva 01/29/CE per l'armonizzazione di aspetti del diritto d'autore, la Direttiva 04/48/CE, c.d. direttiva "*Enforcement*", sempre in materia di proprietà intellettuale e la Direttiva Quadro 02/21/CE.

²⁴ Si veda la definizione data nel *DMCA, Digital Millenium Copyright Act*, 17 Section 512 k) Definitions. (1) Service provider.

(A) As used in subsection (a), the term "service provider" means an entity offering the transmission, routing, or providing of connections for digital online communications, between or among points specified by a user, of material of the user's choosing, without modification to the content of the material as sent or received.

(B) As used in this section, other than subsection (a), the term "service provider" means a provider of online services or network access, or the operator of facilities therefore, and includes an entity described in subparagraph (A).

²⁵ Fra i tanti, *Facebook, NetLog, LinkedIn*, etc

²⁶ Direttiva n.2000/31/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2000, G.U.C.E., 17 luglio 2000, L.178/01.

La Carta Fondamentale dei Diritti dell'Unione Europea, nella specie soprattutto gli articoli 8 e 11 a tutela dei dati personali e della libertà di ricevere e comunicare dati, l'art.16 sulla tutela della libertà d'impresa, l'art. 17 sulla tutela dei diritti di proprietà intellettuale.

A livello nazionale troviamo: lato commercio elettronico, il D.Lgs. n.70/2003 che ha recepito la Direttiva CE 2000/31; lato tutela della *Privacy* e dati personali, dapprima, la L.675/96 e, successivamente, il D.Lgs. 30 giugno 2003 n.196, c.d. "Codice in materia di protezione dei dati personali"; lato diritto d'autore, la Legge 633 del 22 aprile 1941 e successive leggi che hanno introdotto o novellato articoli della Legge sul Diritto d'autore quali: la L.249/1997 che istituisce l'Autorità Garante delle Comunicazioni (AGCOM); la L.18 agosto 2000 n.248 che ha conferito il potere di vigilanza all'AGCOM, in coordinamento con la SIAE, in materia di diritti d'autore; il D.Lgs.140/2006 che attua la Direttiva 2004/48; il D.Lgs. n.44/2010 (c.d. Decreto Romani)²⁷ ancora sulla protezione del diritto d'autore.

Sul versante statunitense, da cui trae ispirazione il Legislatore europeo, ricordiamo tra tutti il DMCA, il *Digital Millenium Copyright Act* del 1998.

Sul versante nazionale europeo, in materia di diritto d'autore, citiamo per la Gran Bretagna il DEA, *Digital Economy Act*, dell'aprile 2010, per la Francia, il *Code del la propriété intellectuelle*, CPI, e le successive Leggi *Hadopi* 1 e 2, del 2009, per la Spagna la *Ley Sinde* (la *Disposición final cuadragéna tercera* del testo definitivo della *Ley de Economía Sostenible*) del marzo 2011.

5. Quale responsabilità per l'ISP? Si vuole delegare all'intermediario la responsabilità economica e giuridica della lotta alla pirateria online?

Come si è anticipato, la tutela dei diritti d'autore deve fare oggi i conti con il progresso tecnologico e la nuova realtà digitale, con i nuovi strumenti di diffusione e pubblicazione delle opere dell'ingegno e adattare anche i sistemi di controllo e tutela (*enforcement*). Assume dunque un ruolo fondamentale la figura dell'Intermediario dei servizi internet, tramite il quale vengono scambiate le opere protette o meno dal diritto di autore.

Il *Service Internet Provider (ISP)* è un intermediario tecnico, che, come abbiamo visto, consente la diffusione di contenuti immessi in internet dagli utenti tramite il proprio sito web, permettendo la connessione alla rete in modo continuativo e fornendo altresì, alle volte, servizi aggiuntivi, quali il servizio di posta elettronica, il collegamento a motori di ricerca, a *link* o a banche dati.²⁸ La prestazione del *provider* consiste in un obbligo di fare e deriva

²⁷ Si veda sul rapporto tra Codice delle Comunicazioni Elettroniche e il Testo Unico dei servizi di media audiovisivi, il contributo dottrinale di A. Genovese, *Diffusione di video pirata in rete e responsabilità dell'hosting internet service provider. I rapporti fra Codice delle Comunicazioni Elettroniche e Testo Unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici*, in *AIDA* 2010, 364 ss.

²⁸ Si veda M. Franzoni, *La responsabilità del provider*, in *AIDA*, 1997, 248 e ss.

sostanzialmente da un contratto di appalto di servizi.²⁹ Anche i *Social Network* quale *Facebook* o *Netlog* o *Linkedin*, forniscono un servizio e si qualificano come intermediari tecnici.

Si tratta di comprendere se e quanto si possa pretendere dall'intermediario di servizi internet, per mezzo del quale circolano i contenuti in rete, contenuti protetti o liberi. Quali siano le ragioni per cui gli interessi economici e la libertà d'impresa dei soggetti che forniscono servizi di connessione "internet" debbano essere condizionati in favore dei contrapposti interessi di chi sfrutta economicamente i diritti di privativa intellettuale.

Se tali soggetti debbano essere gravati da oneri di controllo sembra essere una delle questioni fondamentali sottostanti il complesso dibattito nazionale ed internazionale sul ruolo dell'ISP.

Altra questione è se debba prevalere una stringente tutela del diritto d'autore a scapito della libera circolazione delle informazioni in internet, intesa come strumento di espressione della personalità.

L'intermediario si trova dunque nell'"occhio del ciclone del *Copyright*³⁰".

Si tratta di comprendere se si intende delegare all'Intermediario la responsabilità giuridica ed economica della lotta alla pirateria *on-line*. E, in ogni caso, quale tipo di responsabilità possa essergli riconosciuta.

E' una questione assai delicata vista la mole di dati che circolano sui siti internet.

Se pur si possono comprendere le ragioni che spingono a combattere la pirateria *on-line*, che è la causa della forte riduzione di proventi economici per i titolari di privativa intellettuale³¹, e che viene perpetrata utilizzando i servizi forniti dai *Provider*, ogni ragionamento si infrange contro il dato informatico: su *Google/YouTube*, per fare un esempio, vengono caricate ventiquattro ore di contenuti multimediali al minuto³².

Imporre un obbligo di controllo di una tale mole di dati, a fronte di una responsabilità nel caso di omissione, vorrebbe dire attribuire, *de facto*, una responsabilità oggettiva ai *Provider*, che non sono che semplici vettori, nella maggior parte dei casi, delle informazioni scambiate. C'è il rischio inoltre che, in molti casi, porterebbe a far cessare l'interesse a fornire il servizio o a snaturarlo e, di sicuro, allontanerebbe dal mercato tutti quegli intermediari che non possono permettersi i costi esosi di un tale controllo. Si verrebbe in questo caso a minare anche la sana concorrenza nel mercato dei fornitori di servizi internet. Gravando i terzi

²⁹ La riconducibilità all'appalto di servizi deriva dalla considerazione che il *service provider* organizza da sé il servizio svolto e lo gestisce a proprio rischio, cfr., in tal senso, Tribunale di Prato, 15 ottobre 2001, in *Giur. Merito*, 2002, 354.

³⁰ Werkers, *Intermediaries in the eye of the copyright storm: A comparative analysis of the three strike approach within the European Union*, ICRI Working Paper 2011, 4.

³¹ Secondo il "Rapporto 2010 Economia della Musica in Italia", Fondazione Università IULM, nel 2009 vi è stato un calo del 25% delle vendite dei supporti fisici, mentre la vendita digitale avrebbe avuto un aumento del 13%, non sufficiente a recuperare le perdite.

³² Il dato è riportato da C. Tamburrino, *YouTube, due miliardi di questi video*, 17 maggio 2010, in <http://punto-informatico.it>.

intermediari della responsabilità e dei costi di una violazione che si può presumere non sia la loro ragione d'impresa.

La normativa americana prima, comunitaria e nazionale poi,³³ consapevole dei rischi sopra evidenziati, si premura quindi di stabilire il principio di “neutralità” dell'intermediario in via di presunzione e di decretare che non esiste a suo carico un obbligo generale di controllo preventivo sui dati immessi e scambiati attraverso il servizio da questi prestato, così come non esiste un obbligo di ricerca attiva di contenuti illeciti³⁴.

Riconoscono invece una responsabilità che possiamo ritenere “speciale”³⁵, rispetto alla responsabilità diretta dell'impresa. Tale responsabilità viene in ogni caso meno se gli *Internet Provider* si attengono ai comportamenti indicati dalle norme.

Tale responsabilità e i doveri distinguono in materia di condotte tassativamente e legalmente identificate, sono graduate a seconda dell'attività svolta dagli intermediari Internet.

5.1. I tre tipi di ISP

Le norme distinguono tre diverse tipologie di *ISP* in ragione dell'attività esercitata. A queste tre diverse categorie si collegano proporzionalmente obblighi di comportamento via via più pregnanti, la cui osservanza fa scattare l'esimente.

Abbiamo chi esercita l'attività di mero trasporto di informazioni, c.d. “*mere conduit*”³⁶, il quale non è ritenuto responsabile delle informazioni trasmesse suo tramite, a condizione che non dia origine alla trasmissione, non ne selezioni il destinatario, non ne selezioni o modifichi le informazioni trasmesse.³⁷ L'attività di “*caching*”, che si distingue dalla precedente per la memorizzazione “automatica, intermedia e temporanea” delle informazioni trasmesse da un utente all'altro per il tramite di un sistema automatizzato.³⁸ Tale memorizzazione avviene al solo scopo di rendere più efficiente il servizio.

³³ *DMCA* per gli USA, Direttiva europea 2000/31/CE e Legge italiana. n.70/2003.

³⁴ Direttiva 2000/31, art.15, L.n.70/2003, art. 17, *DMCA* americano, Section 512.

³⁵ E. Tosi afferma che il D.Lgs 70/2003, che applica la Direttiva europea 2000/31, prevedendo le ipotesi di esenzione della responsabilità del provider, ha introdotto un'ipotesi di deroga al principio generale della responsabilità di impresa, sul presupposto dell'estraneità del prestatore di servizi rispetto al contenuto dell'informazione, e da ciò ne desume la natura speciale rispetto al normale ambito della responsabilità civile, per tale ragione non suscettibile di applicazione analogica. In *Riv. dir. ind.* 2012, 1, 48.

³⁶ Art.12 Direttiva 00/31/CE; art.14 L.70/2003; si veda anche *DMCA* Section 512 (a), “transitory communications”.

³⁷ Le attività delineate dall'articolo in questione appaiono quelle del semplice “*access provider*”, (cioè il soggetto che consente agli utenti interessati di accedere alla rete internet) e del fornitore di servizi di messaggia privata (provider di posta elettronica).

³⁸ Si ritiene che in questi casi il legislatore abbia inteso riferirsi ai c.d. *proxy server*, (sostanzialmente computer di rete che fanno da intermediari tra il *cybernauta* e altri server su cui sono allocate le informazioni che interessano. Le richieste dei dati non vengono inviate direttamente dall'utente al server remoto, ma sono indirizzate al *proxy server*, il quale contatta il server remoto e recupera i file richiesti dall'utente, con ciò svolgendo sia una funzione di sicurezza che rendendo più veloce il download di dati che si trovano su server fisicamente molto lontani dal luogo dove si trova l'utente). E all'altra attività, svolta di prassi dai motori di ricerca, di fornire collegamenti ipertestuali ad informazioni presenti su altri siti (*link*) e di creare copie *cache* delle pagine web visitate dall'utente, *cache* residenti su una porzione di memoria del server dell'ISP, disponibile per un periodo di tempo limitato, a cui l'utente può accedere senza necessità di caricare nuovamente il dato dal sito remoto.

Anche in questo caso viene riconosciuta un'esenzione di responsabilità all'*ISP*, a fronte del fatto che non modifichi le informazioni, si conformi alle condizioni di accesso e alle regole di *refresh* in uso dalle imprese del settore, non interferisca con l'uso lecito della tecnologia riconosciuta, agisca per rimuovere le informazioni memorizzate o disabiliti l'accesso non appena venga a conoscenza del fatto che le informazioni sono state rimosse dal sito in cui si trovavano o un organo giudiziale o un'autorità amministrativa ne abbia disposto la rimozione o disabilitazione³⁹.

E, infine, la terza figura di *Provider*, che svolge l'attività di "*hosting*",⁴⁰ memorizzando in modo duraturo le informazioni trasmesse attraverso il proprio servizio. Ai fini dell'operatività dell'esenzione di responsabilità per l'*hosting* si richiede, oltre a quanto già previsto per la *mere conduit* e il *caching*, che l'*ISP* non sia a conoscenza (*actual knowledge*) della violazione e che, appena ne abbia notizia, si adoperi per rimuovere il materiale illecito dal suo sito o comunque ne inibisca l'accesso.

Sia la norma comunitaria che quella americana, lasciano supporre che l'intermediario debba agire immediatamente, non appena abbia una conoscenza effettiva dell'illecito (*notice and takedown procedure*), e pertanto anche quando questa notizia gli arrivi direttamente dal titolare del diritto d'autore, laddove invece il legislatore italiano ha previsto che il provider si attivi solo a seguito di un ordine da parte dell'autorità giudiziaria o amministrativa competente.⁴¹

Nel sistema statunitense è peraltro contenuta una disposizione molto importante, in relazione al suddetto meccanismo di responsabilità del *Provider*, la quale non è stata però replicata né dal legislatore comunitario né da quello italiano. Si prevede, infatti, che, qualora il *Provider*, su segnalazione del soggetto che si presume danneggiato, provveda a rimuovere dalla rete il contenuto immesso *on-line* da un proprio cliente, e successivamente la *notification* risulti infondata, sarà il soggetto che l'ha effettuata (cioè chi ha inviato la diffida) a dover risarcire il cliente per il pregiudizio subito e non già il *Provider*.⁴² Non va di certo dimenticato che il Provider ha degli obblighi nei confronti dei propri utenti e, qualora blocchi l'accesso o rimuova dei dati, può rendersi inadempiente ai propri doveri, e quindi suscettibile di esser chiamato in giudizio per danni.

³⁹ Art.13 Direttiva 00/31/CE; art.15 L.n.70/2003, vedi anche DMCA Section 512 (b), "*caching*".

⁴⁰ Art.14 Direttiva 00/31/CE; art.16 L. n.70/2003, vedi anche DMCA Section 512(c)(d), "*storage and information location tool*".

⁴¹ La legge italiana restringe quindi l'obbligo di attivazione in capo al *service provider*, limitandolo al caso in cui la comunicazione provenga dall'autorità giudiziaria o amministrativa e non dal singolo soggetto che denuncia la violazione dei propri diritti. Secondo O. Troiano, L'impresa di *content, host* ed *access providing*, in *AIDA* 2007, 355 e ss, vi è una discrasia tra la norma nazionale e la norma comunitaria, e il giudice italiano dovrebbe disapplicare direttamente la parte non conforme.

⁴² Sul punto si vedano le considerazioni di Comandé e Sica, *Il commercio elettronico, profili giuridici*, Torino 2001.

Per la legislazione americana è altresì rilevante, ai fini dell'esenzione o meno di responsabilità, l'assenza di un vantaggio finanziario da parte dell'ISP derivante dallo scambio illecito.⁴³

5.2 Profili di responsabilità. L'effettiva conoscenza o *actual knowledge*.

Vi è certamente una forte tensione sia in ambito dottrinale che giurisprudenziale, verso la definizione della responsabilità dei soggetti operanti nella "rete", poiché nella triangolazione tra i titolari dei diritti, gli utenti e gli ISP, questi ultimi sono evidentemente i soggetti cui preferibilmente indirizzare le attività di "enforcement". La mancanza di una giurisprudenza consolidata, a fronte dell'assenza di una disciplina uniforme, diretta conseguenza della difficoltà di contemperare i diversi interessi in conflitto, rende incerto il terreno su cui ci si muove.

Come anticipato, la normativa, che prende in esame il fenomeno qui analizzato, è conforme nello stabilire che non esiste a carico dei *Provider* un generale obbligo di sorveglianza dei dati trasmessi sulle proprie reti, poiché tale obbligo renderebbe impossibile fornire il servizio, data la mole di dati che giornalmente passano nei siti internet, date anche le barriere linguistiche e contestuali, data la difficoltà, in sostanza, di riconoscere l'offensività di ogni dato.⁴⁴ L'art.16 del D.Lgs. 70/2003 sancisce infatti che il prestatore "non è responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio" salvo che non sia a conoscenza o nelle condizioni di avvedersi dell'illiceità" o, avendone avuto conoscenza, non provveda ad informarne l'autorità giudiziaria o non abbia rimosso prontamente o resi inaccessibili tali contenuti su segnalazione dell'autorità,...."⁴⁵. Torniamo quindi al concetto

⁴³ Cfr. *Metro-Goldwyn-Mayer v. Grokster*, 545, U.S. 913, 2005, ove si ravvisa il concorso del distributore di un *software* per la creazione di reti peer-to-peer (*contributory copyright infringement*) nell'illecito compiuto dagli autori dello scambio di materiale coperto da *copyright*. Nello specifico, benché il *software* fosse astrattamente idoneo per lo scambio di contenuti di qualsiasi genere, anche legali, è stata esclusa l'applicabilità della *doctrine Sony Corp. Of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464, U. S., 417, 1984, in traduzione italiana in *Foro it.*, 1984, IV, 351 ss., secondo cui "the sale of copying equipment, like the sale of other articles of commerce, does not constitute contributory infringement if the product is widely used for legitimate, unobjectionable purposes. Indeed, it needs merely be capable of substantial non-infringing uses". A tal fine i giudici della Suprema Corte hanno dato una lettura restrittiva di tale principio, attribuendo rilievo determinante alla sussistenza di un "intent to promote infringement" provato, tra l'altro, proprio dal fatto che "respondents make money by selling advertising space, then by directing ads to the screens of computers employing their software", cui si aggiungevano però ulteriori elementi quali la conoscenza dell'illecito commesso dai terzi a mezzo del servizio ed addirittura la volontà di sollecitare un simile comportamento e di inserirsi in tale "mercato". Cfr. recentemente, nello stesso senso, *Arista Records LLC et al v. Lime Group et al*, U.S., District Court, Southern District of New York, No. 06-05936 dell'11 maggio 2010.

⁴⁴ Conforme al dettato di legge l'ordinanza del Trib. Roma, 11 luglio 2011, *PFA c. Google Italy s.r.l., Microsoft s.r.l., e Yahoo Italia s.r.l.*, ordinanza che stabilisce che "... è escluso un dovere di controllo preventivo del provider rispetto ai contenuti immessi in rete, ... conseguentemente la preventiva individuazione dei contenuti web di carattere illecito costituisce un'attività che non può certamente essere rimessa al provider, essendo viceversa in capo al titolare del diritto che si afferma leso". Criticata da A. Di Majo, *La responsabilità del provider tra prevenzione e rimozione*, in *Corriere Giuridico*, 4, 2012, il quale ritiene esistere in capo al provider uno specifico obbligo di protezione.

⁴⁵ Sul fatto che la responsabilità dell'intermediario, ancorché fortemente limitata, non venga comunque meno in relazione ad alcune ipotesi residuali definite dalla norma stessa, cfr. in dottrina, V. Zeno Zencovich, *Profili attivi e passivi della responsabilità dell'utente in internet*, in *La tutela del navigatore in internet*, a cura di A. Palazzo e U. Ruffolo, Milano, 2002, 139 e ss e S. Sica, *Le responsabilità civili*, in *Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione*, a cura di E. Tosi, Milano, 2003, 301.

già espresso di “effettiva conoscenza” o “*actual knowledge*”, che è richiesta per poter pretendere una determinata condotta da parte del *Provider*. Tale “effettiva conoscenza” non si può ritenere esistente nel momento in cui un soggetto, che assume di essere titolare di un diritto d’autore, comunica una generica presenza di contenuti illecitamente trasmessi sulla rete del *Provider*.

E’ assolutamente necessario che l’informazione sia ben circostanziata. Diversamente si farebbe entrare dalla finestra quello che non si è fatto entrare dalla porta. S’imporrebbe pertanto all’intermediario un gravoso onere di controllo *ex post* su tutto il materiale da esso memorizzato, facendo venir meno l’esonero della ricerca attiva di contenuti illeciti di cui all’art.17 del D.Lgs. 70/2003, comportando anche il rischio di rimozione di materiali legittimamente immessi sul web⁴⁶.

5.3. La colpa omissiva

L’intermediario è pertanto ritenuto responsabile laddove, avutone effettiva conoscenza, nei termini chiariti nel paragrafo precedente, non si attivi nei modi stabiliti dalla legge: secondo la legislazione italiana, informandone l’autorità giudiziaria o amministrativa competente⁴⁷, secondo la legislazione comunitaria e statunitense, agendo immediatamente senza attendere l’ordine del giudice o dell’autorità amministrativa, e quindi direttamente su diffida del presunto avente diritto di privativa intellettuale.⁴⁸

Se questi quindi non si attiva sarà ritenuto responsabile in concorso con il trasgressore e potrà ovviamente rispondere anche dei danni cagionati⁴⁹.

E’ avviso della prevalente Dottrina⁵⁰, a cui chi scrive si sente di aderire, che si tratti di una forma di responsabilità “speciale”, che rientra in ogni caso nell’alveo della responsabilità

⁴⁶ Si veda in tal senso A. Mantelero, *La responsabilità on-line: il controllo nella prospettiva dell’impresa*, in *Dir. Inf.* 2010, 405 ss, relazione al Convegno “*Il futuro della responsabilità sulla rete. Quali regole dopo la sentenza Google/Vividown*”. Organizzato dall’Università Roma Tre e dalla Fondazione Calamandrei e svoltosi il 21 maggio 2010; G. Cassano e I. P. Cimino, *Il nuovo regime di responsabilità dei providers: verso la creazione di un novello “censore telematico”*, in *I Contratti*, n.1/2004, 88 ss; A. Mantelero, *Attività di impresa in Internet e tutela della persona*, Padova, 2004.

⁴⁷ Cfr. conformemente Trib. Roma, 15 aprile 2010, ord. *F.a.p.av. c. Telecom Italia S.p.A.*, in *Riv. Dir. Ind.*, 2010, 3,252, con nota di Mula, che ribadisce che l’obbligo in capo al *Provider* è quello di informare senza indugio l’autorità giudiziaria circa le informazioni ricevute a mezzo della diffida, attendendo poi che l’Autorità ne verifichi l’attendibilità e ordini il comportamento da tenere.

⁴⁸ Vi è comunque giurisprudenza che ha sostenuto esistere un obbligo di attivazione immediata da parte del *Provider*, rimuovendo il materiale che si assume immesso illegittimamente, non appena ricevuta la diffida da parte di chi si assume leso, senza necessità di attendere l’apposito ordine dell’autorità giudiziaria. Cfr. Trib. Roma, 11 febbraio 2010, *YouTube LLC c. Google UK Ltd e R.T.I. S.p.A.*, in *DeJure* 2011, e anche la dibattuta Trib. Roma, 16 dicembre 2009, nella causa *R.T.I. S.p.A c. YouTube LLC*, in *Resp. Civ. prev.* 2010, 7-8, 1568 ss con nota di Bugiolacchi e in *Dir. Inf.* 2010, 4, 268 ss, con nota di Guidobaldi, e ancora Trib. Roma, 20 ottobre 2011, *R.T.I. S.p.A. c. VbbCom.limited e Choopa LLC*, in *DeJure* 2011.

⁴⁹ Per una disamina della responsabilità del *Provider*, in un ottica penalistica, si veda A. Manna, *I soggetti in posizione di garanzia*, *Dir. Inf.* 2010, 779 ss.

⁵⁰ Si veda, ex multis, M. Colangelo, *Diritto d’autore e sistemi di filtraggio delle comunicazioni elettroniche*, in *NGCC* 2012, 580 ss; M. Bellia, G. A. M. Bellomo, M. Mazzoncini, *La responsabilità civile dell’Internet Service Provider per violazioni del diritto d’autore*, cit.; e la decisione del Tribunale di Catania, del 29 giugno 2004, in *AIDA* 2004, 900, secondo la quale il *Provider* non è in grado di operare una verifica di tutti i dati trasmessi e pertanto una sua corresponsabilità per omesso controllo porterebbe ad una “inaccettabile ipotesi di responsabilità

extracontrattuale, ex art.2043⁵¹. Nella specie, attuata con un comportamento colposo, di tipo omissivo⁵². La nozione di colpa omissiva, intesa in senso proprio, indica la mancata osservanza di un comportamento che il soggetto aveva l'obbligo giuridico di tenere nelle circostanze in cui si è verificato l'evento. Ne consegue che l'obbligo di "attivarsi" per evitare il verificarsi del danno deve desumersi da una tassativa previsione normativa⁵³, deve pertanto sussistere una norma primaria che pretenda dal destinatario dell'ordine, un'attività positiva, affinché possa trovare applicazione l'art.2043 c.c. nell'ipotesi di difetto di tale comportamento. In materia di colpa omissiva si perviene, pertanto ad una tipizzazione⁵⁴ dei comportamenti "giuridicamente richiesti"⁵⁵. Tale norma primaria esiste, ed è riconducibile agli artt.12,13,14 della Direttiva sul commercio elettronico e nei pressoché omologhi artt. 14,15,16 della L.70/2003. L'inosservanza della regola di diligenza prescritta comporterà prova della colpa, restando poi da provare il nesso causale.⁵⁶

Non mancano in dottrina però indirizzi contrari, che arrivano a ritenere sussistere una responsabilità di tipo contrattuale. Di Majo⁵⁷, infatti sostiene che il "Provider-motore di

oggettiva", dovendosi invece ricondurre la fattispecie dell'illecito telematico a una responsabilità soggettiva su base colposa, fondata sulla consapevolezza della presenza sul sito di materiale sospetto, unita all'omesso accertamento dell'illiceità e alla mancata successiva rimozione del contenuto; A. Musso, *La proprietà intellettuale nel futuro della responsabilità sulla rete: un regime speciale?*, in *Dir. Inf.* 2010, 795 ss, che evidenzia la necessità di un equilibrato bilanciamento degli interessi in gioco; Rosati e G. Sartor, *Social Networks e Responsabilità del Provider*, *EUI Working Paper Law*, 2012, 5; G. Sartor, *Social networks e responsabilità del provider*, in *Aida* 2011, 39 ss.; M. Riccio, *Social Network e responsabilità civile*, in *Dir. Inf.* 2010, 859 ss.

Di parere contrario, si segnala la posizione dottrinale di Costanzo, *Newsgroup al vaglio dell'Autorità giudiziaria*, in *Dir. inf. e inf.*, 1998, 810 e ss., secondo cui la responsabilità dell'illecito non può essere attribuita ad operatori neutri rispetto ai contenuti, evidenziandone il ruolo tecnico: Lemley, *Rationalising Internet Safe Harbours*, in 6 *J. On Telecomm & High Tech*, L. 101, 2007.

⁵¹ Prima dell'entrata in vigore della normativa sul commercio elettronico, citata, si ravvisava in alcuni casi, in capo ai *Provider*, un onere di vigilanza e pertanto in caso di illecito o reato si riteneva esistere una *culpa in vigilando*, assimilando la figura dell'*ISP* a quella del responsabile editoriale. Significativa la Trib. 22 marzo 1999, in *Dir.inf.*, 2000, 67-83, e in *AIDA*, 999, 634 ss., con nota di M. Fazzini, in cui il *Provider* veniva ritenuto responsabile per il fatto di avere, con coscienza e volontà, diffuso in rete determinate informazioni. In alcuni casi la giurisprudenza si era spinta fino a riconoscere una responsabilità oggettiva del *Provider*, svincolando l'esame della condotta dai parametri rigorosi dell'art.2043: si veda Trib. Napoli 8 agosto 1997, in *Riv. civ. prev.* 1998, 175 ss. sentenza criticata dalla giurisprudenza romana, con la sentenza Trib Roma, 4 luglio 1998, in *Dir. inf. e inf.*, 1998, vol.14, 4/5. In favore di un'oggettivazione della responsabilità dell'*ISP*, si veda in dottrina, C. Rossello, *Riflessioni de jure condendo in materia di responsabilità dei provider*, in *Dir. Inf.*, n.4, 2010, 617 ss.

⁵² In questo senso G. Cassano e I. P. Cimino, *Il nuovo regime di responsabilità dei providers: verso la creazione di un novello "censore telematico"*, cit., 88 ss;

⁵³ Questa norma primaria esiste, tra tutte gli artt. 2,13,14, della Direttiva 2000/31 e i pressoché omologhi artt. 14, 15, 16 del D.Lgs. 70/2003.

⁵⁴ Per un allargamento delle ipotesi di responsabilità al di là delle condotte tipizzate si veda A. Albanese, *Trasferimento di dati e responsabilità del prestatore di servizi telematici: dal "diritto secondo" al "diritto primo"*, in *AIDA* 2010, 354 ss.

⁵⁵ Per chiarire la portata dei criteri d'imputazione di responsabilità agli *ISP* in ambito comunitario, appare utile richiamare, sebbene si tratti di pronunce in tema di marchi, le statuizioni della Grande Sezione della Corte di Giustizia nei casi *Google France c. Luis Vuitton* (Corte di Giustizia CE, 23.2.2010, in *Racc.* 2010, I-02417, cause riunite C-236/08 e C-238/08) e *L'Oreal e a c. eBAY* (Corte di Giustizia UE, 12.7.2011, causa n.324/09), in base alle quali, condizione per l'applicabilità delle esenzioni è che il *Provider* non abbia svolto un ruolo attivo, per cui possa avere avuto conoscenza o controllo circa i dati memorizzati tramite il proprio servizio. Al contempo non si può ritenere esentato qualora, pur non svolgendo un ruolo attivo, sia stato al corrente di fatti o circostanze in base ai quali un operatore diligente avrebbe dovuto constatare l'illiceità delle condotte, e ancora nelle ipotesi in cui pur essendone stato al corrente non abbia prontamente agito per impedirne la reiterazione, rimuovendo i materiali illeciti o disabilitando l'accesso ai soggetti che hanno immesso tali materiali on line.

⁵⁶ Si vedano G. Cassano e I. P. Cimino, *Il nuovo regime di responsabilità dei providers: verso la creazione di un novello "censore telematico"*, cit., che dimostrano egregiamente il ragionamento sulla colpa omissiva.

⁵⁷ Di Majo, *La responsabilità del provider tra prevenzione e rimozione*, cit.

ricerca” risulta gravato da un “preciso obbligo di protezione” rispetto a quanti utilizzano il servizio medesimo. “Gli obblighi di protezione, a differenza degli obblighi che hanno per oggetto concrete prestazioni (di dare o di fare), impongono, infatti, a chi ne è gravato, di garantire l’integrità dell’altrui sfera giuridica”. Tali obblighi nascono non solo in relazione ad un particolare ruolo o veste professionalmente assunta, (ad esempio la responsabilità degli intermediari finanziari anche verso i terzi), ma anche quando, in aggiunta a tale veste o ruolo, si realizza un “contatto sociale” e/o un rapporto tra soggetti, fonte di affidamento dell’uno verso l’altro. Sulla base di questo “contatto”, nascerebbe dunque una vera responsabilità contrattuale”. Secondo l’autore citato, qualora si optasse per esentare il *Provider* da questo tipo di obbligazione, ne risulterebbe una ingiustificata riduzione sostanziale della tutela dei diritti protetti dalle Direttive 29/2001/CE e 2004/48/CE (*enforcement*).⁵⁸

In realtà appare arduo ravvisare, nella legislazione attuale, degli indici atti ad individuare l’esistenza di un legame qualificato di tipo contrattuale, tra *service provider* e terzo ingiustamente pregiudicato dal contenuto messo in rete dall’utente, e si ritiene meno forzato inquadrare la responsabilità dell’*ISP* all’interno della teoria generale del diritto, ravvisandone una violazione di natura extracontrattuale di concorso di colpa.

La responsabilità extracontrattuale dell’*ISP*, ex art.2043 c.c., presenta profili di somiglianza con l’istituto della *secondary liability*⁵⁹, sviluppato dalla giurisprudenza americana⁶⁰ nelle forme della *contributory infringement* e della *vicarious infringement* e divenuto canone di attribuzione della responsabilità ampiamente diffuso nel Regno Unito⁶¹, negli Usa⁶², in Giappone, Svezia, Australia, Canada, Danimarca, Finlandia e Germania⁶³.

⁵⁸ Secondo Di Majo, op. cit., la responsabilità del provider può configurarsi ai sensi dell’art.2051 c.c., per danni cagionati da cose in custodia, nella specie da un non corretto utilizzo dei servizi internet. E, successivamente alla conoscenza dell’attività illecita, il *Provider* non potrà non conformarsi alle norme di buona condotta tecnica e diligenza professionale richiesta dall’art.1176, secondo comma, c.c.. Conformemente, Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006 267 ss e nota 49; e Costanzo, *Libertà di manifestazione del pensiero e “pubblicazione” in internet*, in *Dir. Inf.*, 1998, 372 ss. In giurisprudenza cfr. Trib. Catania, 29 giugno 2004, in *Dir. Inf.*, 2004, 466 ss.

⁵⁹ Definizione da Wikipedia: “Secondary liability, or indirect infringement, arises when a party materially contributes to, facilitates, induces, or is otherwise responsible for directly infringing acts carried out by another party. The US has statutorily codified secondary liability rules for trademarks and patents; however, for matters relating to copyright, this has solely been a product of case law developments. In other words, Courts - rather than Congress - have been the primary developers of theories and policies concerning secondary liability.”

⁶⁰ Si veda Nimmer, *On Copyright*, Albany, 2008, cap. 12.04°2.

⁶¹ UK Patent Act, 1977, section 60(3).

⁶² USA Patent Act, 1957, section 27.

⁶³ A livello dei singoli Stati membri europei il dibattito relativo agli obblighi da porre in capo ai *Provider* e alla responsabilità, è particolarmente acceso. In Francia il *Code de la propriété intellectuelle* (CPI), modificato nel 2009 dalla Loi 669 e successivamente dalla Loi 1311 (c.d. rispettivamente Hadopi 1 e 2), , all’art. 336-3 attribuisce al *Provider* un obbligo di vigilanza e attribuisce ad un’Autorità indipendente, *Haute Autorité pour la diffusion des oeuvres et la protection des droits sur internet* (Hadopi), similmente all’AGCOM italiana, tra le varie competenze, quella di monitorare tramite una commissione, le attività degli utenti a fine di contrastare le condotte illecite commesse online. È prevista la possibilità di inviare fino a due raccomandazione agli utenti ritenuti colpevoli e arrivare ad ordinare la sospensione dell’accesso alla rete per un periodo massimo di un anno, con eventuale pena pecuniaria per il gestore di servizi internet che non si adegui all’ordine dell’Autorità e non proceda con la disconnessione dell’utente dal proprio servizio.

In Gran Bretagna, nel 2010, il *Digital Economy Act* ha inserito nel *Communications Act* del 2003 specifiche disposizioni in tema di *copyright infringement*, tra le quali la previsione a carico dell’*Isp* dell’obbligo di notificare all’utente abbonato la ricezione del *report* con cui il titolare del diritto d’autore ha segnalato la violazione del

Sviluppatosi nell'ambito del contenzioso brevettuale⁶⁴, trova applicazione anche in relazione alla tutela del diritto d'autore⁶⁵.

Si tratta di responsabilità per aver concorso all'illecito, avendo fornito, in modo consapevole, uno strumento senza il quale questo illecito non sarebbe stato realizzabile. Chiaramente non è sufficiente aver fornito lo strumento concorrente nella violazione, ma occorre indagare l'elemento soggettivo e le modalità della condotta.

Similmente il sistema italiano prevede la responsabilità solidale verso terzi di tutti i partecipanti concorrenti nell'illecito, ai sensi dell'art. 2055 c.c.⁶⁶

E' necessario che l'*Internet Service Provider* abbia avuto un ruolo in grado di far desumere con certezza la conoscenza della violazione e la consapevolezza del concorso. Ruolo accertato secondo parametri stabiliti ad oggi dalla giurisprudenza e non sempre, come abbiamo visto, conformi.

La differenza tra le due forme di "*secondary liability*"⁶⁷, *contributory* e *vicarious*, sta nel fatto che, pur trattandosi, in entrambi i casi, di responsabilità indiretta per fatto altrui, la

proprio diritto. Report che deve contenere tutta una serie di informazioni dettagliate, previste normativamente nella Sezione 124 A, tali da non rendere generica la denuncia. Un obbligo anche di fornire, ai titolari dei diritti d'autore richiedenti, una lista anonima delle violazioni, lista che questi potranno utilizzare ricorrendo all'Autorità giudiziaria affinché, dopo un'istruttoria adeguata, richieda l'identificazione degli utenti in questione. In questa lista possono confluire gli abbonati che siano risultati destinatari di tre notifiche in un anno (c.d. *three strikes rule*). La regolamentazione inglese prevede anche che al *Provider* possa essere imposta l'adozione di una serie di misure tecniche nei confronti dei trasgressori "seriali", quali la limitazione della velocità, l'inibizione o la limitazione del servizio in relazione ad alcuni contenuti, fino alla sospensione del servizio stesso. Cfr. sul tema *Werkers, Intermediaries in the eye of the copyright storm: A comparative analysis of the three strike approach within the European Union*, ICRI Working Paper 2011, 4.

In Spagna la *Ley Sinde*, nel testo definitivo del 2011, ritenuta legittima da parte del *Tribunal Supremo* nel luglio 2012, prevede l'obbligo in capo al *Provider* di trasmettere i dati identificativi del responsabile di una presunta violazione, a seguito dell'autorizzazione che il titolare del diritto d'autore ha ottenuto dall'Autorità giudiziaria. E' altresì istituita una Commissione per la proprietà intellettuale che svolge funzioni di mediazione e arbitrato per la risoluzione extragiudiziale delle controversie, Commissione che ha anche il potere di ordinare l'interruzione del servizio internet.

In Germania non sono al momento previste misure sul modello francese, spagnolo o inglese, che prevedano il blocco di accesso ad internet.

In Italia sono stati riconosciuti numerosi poteri in materia di tutela del diritto d'autore all'Autorità Garante delle Comunicazioni (AGCOM), per la cui trattazione si rinvia al capitolo 7.

⁶⁴ A livello normativo internazionale è stata espressamente prevista una fattispecie di *contributory infringement*, nell'art.26 dell'Accordo di Lussemburgo, del 1989, sul brevetto comunitario, valido peraltro solo tra gli Stati aderenti. Si veda anche l'art.8 della Proposta di Regolamento sul brevetto comunitario nella versione dell'8 marzo 2004.

⁶⁵ Per una dettagliata analisi della responsabilità civile dell'ISP per i contenuti immessi in rete dagli utenti, cfr. M. Schruers, *The history and economics of ISP liability for third party content*, in *Virginia Law Reviews*, 2002, 88, 205 ss.; Lichtman e Landes, *Indirect Liability for Copyright Infringement: An Economic Perspective*, in *16 Harv. J. L. and Tech.* 395, 2003.

⁶⁶ Nella giurisprudenza italiana, pur non essendo espressamente riconosciuta la figura del *contributor infringer*, si ravvisano alcuni precedenti che, facendo leva sull'art.2055 c.c., hanno enucleato la *joint liability* del concorrente sulla base della ravvisabilità di un certo grado di consapevolezza dell'aver preso parte all'illecito contraffattivo. Si veda, in proposito, tutte della Sezione Specializzata in Proprietà Industriale e Intellettuale del Tribunale di Milano: l'ordinanza del 9 luglio 2011, giudice Perrotti, *Ingenium Technology S.r.l. v. c. Vodafone Omnitel*; la sentenza del 13 gennaio 2011, estensore Marangoni, *EC&C Technologies Inc. c. Sirtec Nigi S.p.A.*; la sentenza dell'8 maggio 2008, *Italtel SpA e Emme Esse SpA c. Sisvel, BRV, IRT, France Telecom, Telediffusion de France, Koniklijke Philips Electronics NV*.

⁶⁷ L'altra forma di responsabilità extracontrattuale americana è quella diretta, *direct liability*, responsabilità per fatto proprio. Si veda il cap. 504 del *Copyright Act*, 1976. Per un'esposizione generale in materia di responsabilità civile nei paesi di *common law* cfr. Prosser e Keaton, *Law of Torts*, West Publ. Co., 1984; Fleming, *The Law of torts*, Sidney 1987; Markensius and Deakin, *Tort Law*, Oxford 2008; Winfield and Jolowicz, *Tort*, London, 2006.

ragione della *vicarius liability*⁶⁸ risiede nel potere di controllo che un soggetto ha sull'attività dell'autore materiale dell'illecito e sul beneficio economico che ne trae da tale attività (vedi ad esempio il datore di lavoro per il fatto del dipendente subordinato), mentre nell'ipotesi della *contributory liability*⁶⁹ non vi è uno statutario potere di controllo sull'autore dell'illecito e la ragione del riconoscimento di un concorso di colpa in capo all'ISP è ricondotta anche alla semplice fornitura di uno strumento con cui l'illecito viene compiuto, laddove risulti senza ombra di dubbio anche la conoscenza o conoscibilità dell'illecito. Diventa quindi, fondamentale, per stabilire in concreto la sussistenza della responsabilità, l'analisi dell'elemento soggettivo e la dettagliata determinazione di quei comportamenti che sono ritenuti indici di conoscibilità dell'illiceità in ragione del fenomeno "internet" in cui si inserisce tale modello giuridico di responsabilità.⁷⁰

A livello italiano, la giurisprudenza ha riconosciuto una responsabilità a titolo di concorso nel fatto illecito altrui in capo agli ISP partendo dall'assunto che anche nei giudizi civili di responsabilità sia consentito fare riferimento al contenuto precettivo dell'art.41 del codice penale⁷¹, ritenuta norma di carattere generale, che esclude l'efficienza causale delle concause solo ove si accerti che una di queste sia idonea di per sé sola a causare l'illecito, escludendo le altre.

Tra le altre, si menziona la pronuncia della Sezione Specializzata di Milano, su caso *Sky Italia contro Davide Boizza (sito tvgratis.net) e Telecom Italia*⁷², in cui la responsabilità

⁶⁸ Affinché sia riconosciuta una *vicarious liability* occorre che "the defendant has the right and ability to supervise the infringing activity and obtains a direct financial benefit from the infringement", "execises control over a direct infringer when he has both a legal right to stop or limit the directly infringing conduct, as well as the practical ability to do so", non è richiesto l'elemento della conoscenza della violazione (*knowledge*). Cfr. Bartholomew e Tehranian, *The Secret Life of Legal Doctrine: The Divergent Evolution of Secondary Liability in Trademark and Copyright Law*, in *Berkeley Tech*, L.J., 2006, 21, 1363.

⁶⁹ "Contributory copyright infringement finds its roots in the common law tort doctrine of joint liability – that one who knowingly participates in or furthers a tortious act is jointly and severally liable with the primary tortfeasor. To be held liable for contributory copyright infringement, one must have knowledge of the infringing activity and induce, cause or materially contribute to the infringing conduct of another", cfr. M.C. Leu, *Authenticate This: Revamping Secondary Trademark Liability Standards to Address a World Web of Counterfeits*, 26, in *Berkeley Tech*, L.J., 591.

⁷⁰ La prima pronuncia americana relativa che affronta il tema della responsabilità del *Provider*, è quella del caso *Cubby Inc v. Compuserve* del 1991, la posizione giuridica del *Provider* fu ricondotta a quella del *distributor* il quale "sa o avrebbe dovuto sapere" secondo la regola "knew or should have known", in base ad un criterio d'imputazione della responsabilità per colpa; successivamente nel caso *Stratton Oakmont Inc. v. Prodigy Services*, la Corte americana ritenne esistere un'analogia con la figura del *publisher*, poiché, almeno nel caso di specie, l'ISP aveva adottato sistemi di controllo che non consentivano di assimilarlo ad un mero *distributor*. Tale sentenza fu grandemente criticata così come la sentenza sul caso *Playboy v. Frena* del 1993, in cui fu riconosciuta a carico del *Provider* una responsabilità diretta per non aver prontamente rimosso il materiale dal proprio sito, una volta informato della violazione. Tale impostazione che riconduceva la responsabilità del *Provider* nell'alveo della responsabilità diretta fu abbandonata in quanto ritenuta rischiosa e possibile causa di paralisi della rete. Si ricondusse quindi la materia verso la responsabilità indiretta della *common law*. Nel caso *Zeran v. American ON Line (AOL)*, nel 1997, non fu ritenuto responsabile il *Provider* per non aver rimosso dal sito i messaggi di tipo scherzoso e riportanti il numero di telefono del Sig. Zeran, nonostante questi avesse protestato. Nel caso *Playboy Enterprises v. Handerburgh*, del 1997, il *Provider* fu condannato secondo un criterio basato sulla colpa, in quanto aveva favorito la diffusione del materiale illecitamente immesso in rete, attraverso la propria attività promozionale.

⁷¹ Si veda sul punto Cass n.25236/2009 e 11903/2008, in riferimento al carattere generale della norma dettata nell'art.41 del codice penale.

⁷² Trib. Milano, Sez. Spec. in Proprietà Industriale ed Intellettuale, 7 gennaio 2010, *Sky Italia S.r.l. c. Davide Boizza e Telecom Italia S.p.A.* estensore Marangoni.

del gestore del sito, Davide Boizza, è stata individuata nel carattere di agevolazione che le istruzioni in esso immesse offrivano agli utenti per visualizzare sul loro computer le partite di campionato di calcio di cui Sky Italia aveva i diritti di privativa. Venivano infatti non solo forniti i link ai siti cinesi da cui poter vedere le partite, ma anche dettagliate istruzioni su come ottimizzare la visualizzazione e l'audio. Da ciò desumendo quindi una conoscenza del materiale protetto da *Copyright*. Telecom è stata invece ritenuta un *mere conduit* e quindi esentata da qualsiasi responsabilità.

Anche nel caso *R.T.I. contro Yahoo! Italia*⁷³ si è ritenuto che la diffida inviata da RTI a Yahoo fosse idonea a rendere edotto il *Provider* della possibile violazione di diritti a scapito di RTI, commessi tramite la sua piattaforma, e il fatto che Yahoo organizzasse la pubblicità e la associasse al contenuto multimediale e avesse predisposto un regolamento contrattuale con l'utente, per cui si riservava una serie di diritti tra cui quello di utilizzare i contenuti immessi e di rimuoverli laddove ne ravvisasse una violazione, ha fatto ritenere carente il profilo di neutralità che esenta da responsabilità il *Provider*.⁷⁴ Comune alle varie sentenze della Sezione Specializzata di Milano è la rilevanza data all'elemento soggettivo della partecipazione all'illecito da parte dell'*ISP*, desunta da quelle forme di organizzazione effettiva e non automatizzata dei contenuti trasmessi.

5.4. Analisi economica

Interessante appare anche volgere lo sguardo a quella che è l'analisi economica del fenomeno, analisi economica che chiaramente è orientata a criteri di efficienza e che può aiutare a mettere in luce le conseguenze derivanti dalle diverse soluzioni legislative o interpretative in materia. L'analisi economica del diritto ha come obiettivo quello di favorire l'allocazione ottimale delle risorse, sia mediante la predisposizione di regole giuridiche che favoriscano comportamenti efficienti, sia mediante l'utilizzo dei criteri di interpretazione delle norme che valorizzino l'analisi delle conseguenze economiche derivanti dalle diverse possibili interpretazioni⁷⁵.

Nello stabilire, dunque, se e quale tipo di responsabilità si possa attribuire agli *ISP*, analizza gli effetti di *underdeterrence* o *overdeterrence* che le varie interpretazioni possono

⁷³ Trib. Milano, Sez Spec. in Proprietà Industriale, 19 maggio 2011, estensore Marangoni.

⁷⁴ Si veda, altresì, la pronuncia del Trib. Milano, Sez Spec. in Proprietà Industriale, del 7 giugno 2011, *R.T.I. contro Italia OnLine* in cui si ribadisce che il semplice fornire uno spazio virtuale su cui caricare contenuti ad opera di utenti a cui si associano, tramite un sistema automatico, messaggi pubblicitari, non valga a far ravvisare profili di responsabilità, che invece sorge in presenza di una vera e propria organizzazione di contenuti pubblicitari, cui si sia affiancato un contratto standard di licenza con cui l'utente rinuncia ai propri diritti di sfruttamento del contenuto caricato in favore di IOL.

⁷⁵ Tra i contributi che illustrano in via generale questa impostazione, si vedano, *ex multis*, Posner, *Economic analysis of law*, 7th edition, 2007; Polinsky, *An Introduction to Law and Economics*, 4th edition, New York, 2011; Cooter, Mattei, Monateri, Pardolesi, Ulen, *Il mercato delle regole*, Bologna, 2006; Denazza, *Norme efficienti*, Milano, 2002, 10; L. Mengoni, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in Riv. Trim. di dir. E proc. Civile, 1994,1.

causare, sempre nell'ottica del raggiungimento dell'obiettivo della maggiore prevenzione del danno a fronte del minor costo per la società.⁷⁶

Il danno viene quindi allocato sul soggetto che in via preventiva risulti in grado di condurre un'analisi di convenienza tra evitare il danno (esempio sanzione o risarcimento) o sopportare il costo dell'implementazione e del controllo.

La scelta di un sistema di responsabilità non efficiente può portare a non sanzionare un comportamento dannoso ma evitabile attraverso un'attività di costi contenuti (c.d. *underdeterrence* – non deterrente) o al contrario, a dissuadere taluni soggetti dallo svolgimento dell'attività lecite e utili, come quella d'impresa dei *Provider*, (effetto c.d. *overdeterrence*- deterrente).

Si è dunque affermato che la scelta di un criterio di responsabilità poco severo risulterebbe poco efficiente, in quanto i *Provider* non adotterebbero alcuno sforzo di diligenza nel controllo dell'attività degli utenti e non investirebbero in sistemi idonei a prevenire gli illeciti in internet, d'altro canto un sistema eccessivamente severo produrrebbe gravi conseguenze, sia in relazione alla posizione giuridica degli *ISP*, che in relazione alla libertà della persona e al diritto di manifestazione del pensiero degli utenti⁷⁷. Allontanerebbe dunque dal mercato tutti i *Provider* meno solidi da un punto di vista economico e non in grado di sopportare i costi connessi all'adozione di sistemi di prevenzione, con conseguente concentrazione degli operatori del mercato in un sistema oligo o monopolistico, e potrebbe portare ad una censura indiscriminata ed ingiustificata dei contenuti immessi in *rete*⁷⁸.

Il regime di responsabilità del *Provider* influisce dunque sulla struttura del mercato e sull'espletamento delle libertà fondamentali degli utenti e deve essere la risposta ad un'analisi di equo bilanciamento degli interessi coinvolti.

6. Filtering. Le recenti sentenze della Corte Europea di Giustizia Causa C-70/10 e C-360/10⁷⁹

In tale contesto si inseriscono due recenti casi giurisprudenziali che sono di enorme interesse, avendo posto all'attenzione dei giudici comunitari il delicato tema delle violazioni del diritto d'autore in rapporto con il rispetto e la tutela del diritto alla privacy e di altri diritti fondamentali.

⁷⁶ Si veda Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, 34; Calabresi, *Costo degli incidenti, efficienza e distribuzione della ricchezza: sui limiti dell'analisi economica del diritto*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1985, 7; Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006.

⁷⁷ Si veda sul criterio del *cheapest cost avoider*, Barcellona, *Struttura della responsabilità e ingiustizia del danno*, in *Eu e dir. priv.*, 2000, 401; Cfr., per una dettagliata analisi della responsabilità civile del *Provider*, M. Schuers, *The history and economics of ISP liability for third party content*, in *Virginia Law Review*, 2002. Cfr sul tema anche Prosser e Keaton, *Law of Torts*, cit..

⁷⁸ Si veda sul punto Ponsanelli, *Verso un diritto uniforme per la responsabilità degli internet service provider*, in *Stazione-Sica, Commercio elettronico e categorie civilistiche*, Milano, 2002,87.

⁷⁹ Le sentenze per esteso si possono leggere in calce al presente saggio.

Sia nella causa C-360/10 che nella causa precedente C-70/10, la Corte Europea di Giustizia è investita della questione dal Giudice belga.

Entrambi i procedimenti vedono coinvolta, in qualità di attore, la società belga SABAM (*Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs*), come rappresentante di autori, compositori ed editori di opere musicali e soggetto incaricato della gestione dei relativi diritti di privativa intellettuale e con l'esclusivo potere di autorizzare l'utilizzo delle loro opere.

Nella prima vicenda in ordine temporale, la SABAM cita in giudizio il fornitore di accesso ad Internet (*Internet Service Provider*) Scarlet Extended SA al fine di ottenere la predisposizioni di misure volte a prevenire e bloccare le violazioni del diritto d'autore messe in atto dagli utenti del *Provider*, tramite la condivisione di file musicali, senza l'autorizzazione dei titolari dei relativi diritti e grazie all'utilizzo di programmi *peer to peer*. Contro la sentenza di primo grado che accoglie le istanze della SABAM, la *Scarlet Extended* propone appello e la *Cour d'appel de Bruxelles* sospende il procedimento, chiedendo alla Corte di Giustizia Europea di chiarire "se le Direttive 2001/29/CE e 2004/48/CE, (in materia di tutela del diritto d'autore), lette in combinato disposto con le Direttive 95/46/CE (in materia di tutela delle persone fisiche e del trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione dei dati), 2002/58/CE, (relativa al trattamento dei dati e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche) e la Direttiva 2001/31/CE (sul commercio elettronico), nonché alla luce degli artt.8 e 10 della Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, consentano agli Stati membri di autorizzare un giudice nazionale ad ordinare all'ISP l'adozione, *a spese esclusive dello stesso provider e senza limitazioni di tempo, in abstracto e a titolo preventivo, di un sistema di filtraggio nei confronti della sua intera clientela su tutte le comunicazione elettroniche che transitano per i suoi servizi al fine di operare il controllo e il blocco delle violazioni del diritto d'autore*".

In questa ipotesi *Scarlet Extended* è un ISP *mere conduit*. Si tratta dunque di capire se il giudice nazionale abbia il potere, constatata la violazione del diritto d'autore, d'imporre all'ISP di adottare sistemi di filtraggio con le caratteristiche sopra descritte.

La Corte, Causa C-70/10⁸⁰, si pronuncia in senso negativo, affermando che la lettura in combinato disposto delle Direttive menzionate, interpretate tenendo presenti le condizioni derivanti dalla tutela dei diritti fondamentali applicabili, fa desumere che non sia consentito ingiungere ad un fornitore di accesso ad Internet di predisporre un sistema di filtraggio "di tutte le comunicazioni elettroniche che transitano per i suoi servizi, in particolare mediante programmi *peer to peer*, che si applichi indistintamente a tutta la sua clientela, a titolo preventivo, a sue spese esclusive e senza limiti di tempo, che sia idoneo a identificare nella rete di tale fornitore la circolazione di file contenenti un'opera musicale, cinematografica o

⁸⁰ Causa C-70/10, decisa il 24 novembre 2011.

audiovisiva rispetto alla quale il richiedente affermi di vantare diritti di proprietà intellettuale, e al fine di bloccare il trasferimento di file il cui scambio pregiudichi il diritto d'autore.”

Nella seconda vicenda, causa C-360/10, decisa il 12 febbraio 2012, e depositata il 16 marzo 2012, non ancora pubblicata, è il giudice di primo grado ad adire la Corte di Giustizia. A dar origine alla causa è sempre la SABAM, ma stavolta contro il *Social Network* “Netlog”, che riveste il ruolo di *Hosting Provider*. La domanda pregiudiziale è simile alla precedente, ma stavolta con specifico riferimento ai fornitori di servizi di *hosting*.

La decisione adottata dai giudici europei conferma le conclusioni rese nella sentenza Scarlet. “Le direttive: - 2000/31/CE, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno; - 2001/29/CE, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, - 2004/48/CE, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, lette in combinato disposto e interpretate alla luce delle esigenze di tutela dei diritti fondamentali applicabili, devono essere interpretate nel senso che ostano all'ingiunzione, rivolta da un giudice nazionale ad un prestatore di servizi di hosting, di predisporre un sistema di filtraggio: delle informazioni memorizzate sui server di detto prestatore dagli utenti dei suoi servizi; che si applichi indistintamente nei confronti di tutti questi utenti; a titolo preventivo; a spese esclusive del prestatore; e senza limiti nel tempo, idoneo ad identificare il file elettronici contenenti opere musicali, cinematografiche o audiovisive rispetto alle quali il richiedente il provvedimento di ingiunzione affermi di vantare diritti di proprietà intellettuale, onde bloccare la messa a disposizione del pubblico di dette opere, lesiva del diritto d'autore”.

Il ragionamento seguito è il seguente. Sulla premessa che, in questo caso, ci troviamo di fronte ad un gestore di piattaforma di rete sociale in linea, sulla quale ogni iscritto riceve uno spazio personale, denominato “profilo”, che l'utente stesso può riempire e che è accessibile a livello mondiale (*social network*); che questo tipo di gestore memorizza sui propri server le informazioni fornite dagli utenti della piattaforma e relative ai loro profili tra le quali possono esservi opere musicali e audiovisive del repertorio della SABAM; che quindi è un prestatore di servizi di *hosting* ai sensi dell'art.14 della Direttiva 2000/31; che le Direttive 2001/29 e 2004/48, prevedono che i titolari dei diritti d'autore possono chiedere dei provvedimenti inibitori nei confronti dei gestori di piattaforme di reti sociali in linea come *Netlog*, in quanto, intermediari ai sensi delle suddette norme, va considerato che l'art.15, par.1, della Direttiva 2001/31 vieta che le autorità nazionali possano imporre ai prestatori di servizi di *hosting* di procedere ad una *sorveglianza generalizzata* sulle informazioni che essi memorizzano (vedi anche punto 35 della sentenza Scarlet), e che un tale obbligo sarebbe in ogni caso in contrasto con l'art.3 della Direttiva 2004/48, che indica che le misure pretese nei confronti del *Provider* debbano essere *eque, proporzionate e non eccessivamente costose*. Il tipo di filtraggio richiesto dalla SABAM, oltre ad essere prevedibilmente molto costoso,

pretenderebbe da parte del *Provider* che questi identificasse tutti i file memorizzati, li scandagliasse alla ricerca dei file protetti, determinasse poi quali di questi file sono stati messi a disposizione del pubblico in maniera illecita e procedesse quindi con il blocco dell'accesso a questi file, richiedendo dunque un'osservazione attiva⁸¹ dei file continuamente trasmessi sulla sua rete. Tale tipo di sorveglianza pare alla Corte in contrasto con il disposto dell'art.15, par.1 della Direttiva 2000/31.

La Corte riconosce che il diritto di proprietà intellettuale è sancito dalla art.17 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (Carta), ma afferma che *non* può però da questo desumersi che sia *intangibile* e che la sua tutela debba essere garantita in modo assoluto. Tale tutela deve essere, infatti, bilanciata con quella di altri diritti fondamentali⁸².

E' necessario pertanto trovare il *giusto equilibrio* tra la tutela dei *diritti d'autore* e la tutela dei *diritti fondamentali* delle persone su cui incidono tali misure⁸³.

Nel corso del ragionamento, viene altresì presa in considerazione la tutela della *libertà d'impresa*, di cui beneficiano i prestatori di servizi di *hosting*, ex art.16 della Carta.

Il tipo di ingiunzione richiesta dalla SABAM, appare, agli occhi della Corte, *non equa e proporzionata*, in quanto, appunto, la sorveglianza richiesta sarebbe a titolo preventivo e illimitata nel tempo e assolutamente troppo gravosa anche in termini di costi.

Per inciso valga l'ulteriore considerazione che un siffatto sistema di filtri, essendo molto costoso, andrebbe a minare una sana concorrenza all'interno del mercato dei *Provider*, in quanto, solo quelli dotati di forti entrate finanziarie potrebbero permettersene il costo in termine di dotazione di software, continuo aggiornamento dello stesso (*release*) e di personale

⁸¹ Lo stesso Avvocato generale, nel par.66 delle conclusioni, afferma che avallare un siffatto provvedimento nei confronti del *hosting provider*, vorrebbe dire obbligare l'ISP ad una osservazione attiva sulla totalità delle comunicazioni elettroniche realizzate nella sua rete, non consentito dall'art.15 della Direttiva 2000/31 e incompatibile anche con l'art.3 della Direttiva *enforcement* che richiede che le misure siano eque, proporzionate e non eccessivamente costose.

⁸² Vedi sul punto anche la sentenza relativa alla Causa C-275/06, del 29 gennaio 2008, *Promusicae c. Telefónica de Espana*

⁸³ Sulla responsabilità e sui sistemi di filtraggio si segnalano, ex multis, Bertani, *Diritto d'autore europeo*, Giappichelli, 2011, 204 ss.; Bugiolacchi, *(Dis)orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità degli internet service provider ovvero del difficile rapporto tra assenza di obblighi di controllo e la conoscenza dell'illecito*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 1568 ss.; F. Di Ciommo, *Programmi-filtro e criteri di imputazione/esonero della responsabilità on line. A proposito della sentenza Google/Vivi Down*, in *Dir. inf.* 2010, 829; Finocchiaro, *Filtering e responsabilità del provider*, in *AIDA*, 2010, 340 ss.; Mantelero, *La responsabilità del controllo on-line: il controllo nella prospettiva d'impresa*, cit.; P. Sammarco, *La posizione dell'intermediario tra l'estraneità ai contenuti trasmessi e l'effettiva conoscenza dell'illecito: un'analisi comparata Spagna, Francia e regolamentazione comunitaria*, in *Dir. inf.* 2011, 285 ss.; V. Raggi, *Brevi note sull'attività di filtraggio dei contenuti informativi veicolati in rete*, in *Dir. Inf.* 2011, 292 ss.; Strowell, (a cura di), *Peer-to-peer File Sharing and Secondary Liability in Copyright Law*, Elgar, 2009; Van EEcke, *Online service providers and liability: a plea for a balanced approach*, 48, *CMLR*, 1455, 2011; Calanan, Gercke, De Marco, Dries, Ziekenhiener, *Filtrage d'Internet – Equilibrer les réponses à la cybercriminalité dans une société démocratique, report*, 11.5.2010; si segnalano altresì anche gli Atti del Convegno "Facebook et similia (profili specifici dei social network)", tenutosi a Pavia a fine settembre 2011, in *AIDA*, 2011, tra cui in particolare, P. De Miguel Asensio, *Social Networking Sites. An Overview of Applicable Law Issue*, 3 ss.; P. Beltrami, *Le attività del social network come impresa*, 57 ss.; G. Sartor, *Social Networks e responsabilità del provider*, 39 ss.; A. Cogo, *Le regole del contratto tra social network e utente sull'uso della proprietà intellettuale del gestore, dell'utente e degli altri utenti – riflessioni a partire dall'individuazione del fenomeno, dei suoi soggetti e della funzione del contratto*, 305 ss.; A. Ottolia, *Privacy e social networks: profili evolutivi della tutela dei dati personali*, 360 ss..

addetto al controllo. Mentre tutto ciò renderebbe anti-economica l'attività per la maggioranza dei restanti *Provider*, costringendoli ad uscire dal mercato.

Tra gli altri effetti, su cui la Corte riflette, ci sono quelli che un tale sistema di filtraggio avrebbe sui diritti fondamentali degli utenti, andando a ledere il diritto alla *tutela dei dati personali e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni*. Diritti tutelati anch'essi dalla Carta, negli artt.8 e 11.

Tale sistema implicherebbe l'identificazione, l'analisi sistematica e l'elaborazione delle informazioni relative ai *profili* creati sulla rete sociale, facendo tra l'altro sorgere un obbligo di trattamento dei dati⁸⁴ conforme alle disposizioni dell'Unione.

Infine non va nascosto il rischio che il sistema, mal funzionando, porti a bloccare anche comunicazioni lecite, finendo per ledere anche la *libertà d'informazione, la libertà di manifestazione del pensiero e di conoscenza*.

La Corte conclude quindi che non si sia ammissibile poter ingiungere al provider siffatto sistema di filtraggio, in quanto pare *assolutamente squilibrato il bilanciamento tra i vari diritti esaminati e sproporzionato il rapporto tra la violazione dei diritti di proprietà intellettuale e la misura richiesta*. Pur riconoscendo, con l'Avvocato generale Cruz Villalón, che il fenomeno della *pirateria online* è una vera e propria "*piaga mondiale*", "*non si può delegare al prestatore la responsabilità giuridica ed economica della lotta contro la pirateria online*"⁸⁵.

Dall'analisi di queste sentenze emerge chiaramente l'estrema attenzione che deve porsi nel bilanciamento delle tutele in gioco.

Se da un lato, sul versante delle Direttive a tutela delle persone fisiche, con riguardo al trattamento e alla libera circolazione dei dati personali, è previsto che questi diritti possano subire delle restrizioni ai fini della salvaguardia della persona interessata o di diritti e libertà altrui, e ugualmente, sul versante delle Direttive a tutela dei diritti di proprietà intellettuale, anch'essi espressamente riconosciuti dalla Carta, si riconosce che possono essere consentite limitazioni ai diritti altrui, dall'altro lato è pur vero che l'art.52 della Carta stabilisce che tali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà fondamentali devono essere espressamente previste dalla legge, con una normativa sufficientemente chiara, accessibile e prevedibile e rispondere al principio di proporzionalità e a finalità effettivamente di interesse generale.

Le ingiunzioni che pongono quindi delle limitazioni ai diritti confligenti con i diritti di proprietà intellettuale, devono esser *effettive, proporzionate, dissuasive e non devono creare*

⁸⁴ Si veda il contributo di A. Ottolia, *Proprietà intellettuale e trattamento dei dati personali: riflessioni su privacy "per sistema" e "nel sistema"*, in *Aida* 2010, 319 ss.

⁸⁵ Si veda par. 54 delle conclusioni dell'Avvocato generale.

*ostacoli al commercio legittimo*⁸⁶. Non possono consistere in una vigilanza attiva di tutti i dati di ciascun cliente al fine di prevenire ogni futura violazione.

Sul tema si segnala una pronuncia successiva, del 14 aprile 2012, C-461/10, *Bonnier Audio e a. c. Perfect Communication Sweden*, che sottolinea che, se pure è consentito che la normativa nazionale preveda che il giudice nazionale, dinanzi al quale sia stata proposta domanda da parte di un soggetto che assume di vantare un diritto di proprietà intellettuale, possa ingiungere ad un *Provider* di comunicare i dati di carattere personale (nel caso in esame, l'indirizzo *IP*) di un proprio utente, tale provvedimento deve essere ponderato in funzione del caso di specie e tenuto conto del *principio di proporzionalità tra i contrapposti interessi in gioco*.

Appare dunque chiaro il messaggio della Corte di Giustizia Europea, che può riassumersi nel ritenere che la responsabilità di protezione dei diritti di proprietà intellettuale non può trasferirsi *sic et simpliciter* agli intermediari, che una limitazione di diritti fondamentali confligenti con gli altrettanto fondamentali diritti di proprietà intellettuale, può essere ipotizzata, ma va rispettato il principio di proporzionalità e giusto equilibrio e deve derivare da una previsione legislativa chiara, semplice e accessibile⁸⁷.

7. Il ruolo dell'AGCOM in Italia

Si ritiene rilevante porre l'attenzione sul quello che oggi in Italia è il ruolo dell'Autorità Garante delle Comunicazioni⁸⁸ (AGCOM), le cui competenze in materia di diritto d'autore risalgono alla L.18 agosto 2000 n.248, che ha introdotto l'art.182 *bis* nella L. 22 aprile 1941 n.633, Legge sul diritto d'autore, attribuendogli il potere di vigilanza in materia.

Il c.d. Decreto Romani, D.lgs. 15 marzo 2010, n.44, ha integrato a livello generale la competenza dell'AGCOM, riconoscendole un ruolo fondamentale nella protezione dei diritti d'autore.

Accanto all'AGCOM si trova un altro organismo, la Società italiana degli Autori ed Editori, (SIAE), a cui la Legge n.248/2000 ha attribuito medesimo potere di vigilanza da esercitarsi in coordinamento con l'AGCOM, e "nell'ambito delle rispettive competenze previste dalla legge".

⁸⁶ La sentenza *Scarlet*, ai par. 31-36, richiama anche la decisione della Corte C-324/09, *L'Oreal c. eBay*, che ribadisce che, ai sensi dell'art. 11 della Direttiva 2004/48, gli Stati membri sono tenuti a far sì che gli organi giurisdizionali nazionali possano ingiungere al prestatore di servizi *online* di adottare provvedimenti che contribuiscano non solo a far cessare le violazioni dei diritti d'autore, ma anche a prevenirle, ma sottolinea che queste ingiunzioni devono essere effettive, proporzionate, dissuasive e non devono creare ostacoli al commercio legittimo.

⁸⁷ Così anche nelle conclusioni del *Digital Dilemma*, cit. secondo cui la normativa in esame deve avere un alto livello di semplicità, chiarezza, linearità e comprensibilità.

⁸⁸ E' un'Autorità amministrativa indipendente istituita con la L. 31 luglio 1997, n. 249, titolare di funzioni di garanzia, regolamentazione e vigilanza nel settore delle comunicazioni elettroniche e dotata di poteri istruttori, di accertamento e sanzionatori.

Ciò che risulta interessante è che, l'AGCOM, per rendere effettiva la propria funzione, ha adottato una procedura a seguito di consultazione⁸⁹, c.d. "Schema di regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica"⁹⁰, il cui capo III è dedicato alle "Misure a tutela del diritto d'autore". L'art. 6 di questo schema disciplina il "*Procedimento davanti al fornitore di servizi*", che è del tutto simile al Procedimento americano, previsto dal DMCA, del "*notice and takedown*".

Nella pratica è previsto che il soggetto titolare del diritto d'autore segnali direttamente al gestore del sito internet, l'immissione di un contenuto in violazione dei propri diritti, chiedendone la rimozione. Bypassando in questo modo la norma di legge che prevede che l'ISP possa attivarsi solo dietro ordine di un giudice o dell'autorità amministrativa competente. In questo momento l'intermediario è messo a conoscenza dell'esistenza di una violazione.

Il successivo art.7 introduce la disciplina del "*Procedimento dinanzi all'Autorità*", qualora l'ISP non si sia attivato, con termini di decorrenza e procedibilità da rispettare. E' prevista la notifica al gestore del sito internet di un avviso di apertura del procedimento istruttorio. Il gestore può adeguarsi spontaneamente entro i termini o controdedurre laddove ritenga di avere i diritti per trasmettere e scambiare il materiale ritenuto protetto o quando abbia ricevuto apposita giustificazione dall'utente (*uploader*), prontamente avvisato del procedimento.

A seguito dell'istruttoria, se il provider non si è adeguato, l'AGCOM può ordinare la rimozione del materiale immesso sul web e arrivare, in caso di inottemperanza, a sanzionare l'intermediario inadempiente all'ordine.

Per mezzo di questo procedimento, di sicuro più snello di un'eventuale azione giudiziale, è possibile operare la rimozione c.d. "selettiva" di contenuti immessi in rete in violazione dei diritti di privativa intellettuale e diventa quindi uno strumento importante per reprimere e prevenire tali violazioni.

L'AGCOM assume pertanto un ruolo fondamentale nella lotta alla pirateria *online*.

8. Uno sguardo agli strumenti alternativi di protezione dei diritti d'autore. Brevi considerazioni

E' interessante l'analisi degli strumenti e tecniche alternative di protezione proposti da alcuni autori, tra cui Samuelson e Davis⁹¹, nel quadro della ricerca di nuove e differenti strategie di tutela del diritto d'autore, laddove quelle attualmente adottate lasciano in effetti passare molti contenuti illeciti nelle maglie del web.

Accanto al modello commerciale tradizionale della vendita dell'informazione via *web*, potrebbero percorrersi nuove strade quale quella di rinunciare al tentativo di controllo e ai

⁸⁹ Cfr. AGCOM, delibera n. 668/10/CONS del 17 dicembre 2010, Allegato B.

⁹⁰ Cfr. AGCOM, delibera n. 398/11/CONS del 6 luglio 2011.

⁹¹ Il Dilemma digitale, op. cit.

relativi costi e consentire di immettere in rete i contenuti, ponendo l'attenzione su altri prodotti o servizi per i quali la proprietà intellettuale digitale è complementare, come avviene per i software *opensource*⁹², che cedono gratuitamente il software base, vendendo invece personalizzazioni o servizi a supporto dei clienti.

O anche pensare di immettere in rete dei prodotti digitali di qualità inferiore, ad esempio a livello di audio e vendere poi il prodotto di qualità superiore, fornire immagini a bassa risoluzione gratuitamente o quasi, e farsi poi pagare per versioni ad alta risoluzione, “incentivare l'acquisto tramite la riduzione dei prezzi in modo che il prezzo basso e le facilitazioni rendano l'acquisto più attraente della copia.”⁹³.

Altro strumento chiaramente dissuasivo è l'utilizzo da parte dei titolari dei diritti d'autore delle moderne tecniche di protezione delle opere, che vanno dalla crittografia ai c.d. *TPSs*, sistemi di protezione tecnica, che ad esempio consentono di vedere del materiale, ma non ne rendono possibile la condivisione, oppure consentono di riceverlo tramite il “*download*” sul proprio computer, ma non di stamparlo, salvarlo o inviarlo.

Tale ultimo sistema alternativo di protezione solleva in ogni caso preoccupazioni sul fronte del pubblico accesso e sull'interesse al mantenimento di un *corpus* di materiale di dominio pubblico a beneficio della società.

Interessanti sono anche le varie proposte di riforma della normativa sul diritto d'autore alla luce delle mutate esigenze⁹⁴, sposando l'idea di allearsi con il nuovo sistema digitale, piuttosto che combatterlo, rallentando il web e comprimendone le libertà.

Come? Distinguendo chi utilizza il *copyright* altrui per finalità di lucro da chi lo utilizza per scopi non commerciali; consentendo il *remix* delle opere e l'utilizzo a scopo amatoriale dei contenuti, e richiedendo invece delle *royalty* per gli impieghi di uso professionale, più facilmente individuabili; recependo il concetto di matrice americana di uso ragionevole, c.d. “*fair use*”; e ancora, prevedendo l'utilizzo di sistemi di licenze collettive⁹⁵, dove, a fronte di un pagamento a monte di una sorta di abbonamento da parte dell'utente, il *Provider* ne disporrebbe poi una quota a favore dei gestori di diritti di proprietà, come la

⁹² Tipo Linux od altri.

⁹³ Il Dilemma digitale, *ibidem*.

⁹⁴ Si veda ad esempio dal web, A. Greco, Diritti d'autore: proposte di riforma:

http://www.laleggepertutti.it/11630_diritto-dautore-proposte-per-una-riforma, visualizzato l'11 novembre 2012.

⁹⁵ Cfr. A. Greco, cit., “Un esempio chiarirà meglio questo aspetto (licenze collettive). Quando vediamo un film in televisione, per quell'utilizzo che stiamo facendo dell'opera non paghiamo alcun diritto d'autore in modo diretto. Lo facciamo attraverso il canone RAI o, ancora, attraverso i sostegni della pubblicità. Eppure usufruiamo del prodotto originale, regolarmente licenziato dal titolare stesso. Si potrebbe allora prevedere lo stesso meccanismo anche per il web, disponendo l'accantonamento di una quota dell'abbonamento sulla connessione wi-fi in favore delle società di raccolta dei diritti (per es. la SIAE), che a loro volta provvederebbero poi a remunerare gli autori. In questo modo pagheremmo a monte, e in via preventiva, tutte le copie e gli utilizzi di opere altrui per uso non commerciale (penso al *download* di un film o di un album per scopi personali), garantendo un modo semplice e a buon mercato, che non disincentivi l'uso dei media digitali, per retribuire i titolari dei diritti. Questa potrebbe essere la via per decriminalizzare anche il *file sharing*, autorizzando almeno non commerciale attraverso l'imposizione di una tassa che finisca nelle tasche degli artisti le cui opere sono condivise sulle piattaforme *peer to peer*. Attraverso la cessione di una licenza globale gli utenti potrebbero acquistare, a poco prezzo, il diritto di condividere liberamente i file.

SIAE. Riformando, infine, la normativa sul diritto d'autore, nell'ottica di immettere, nel più breve tempo possibile, l'opera nella disponibilità collettiva, ridisegnandola "secondo il sistema dei marchi": ossia garantendo al titolare del *copyright* un primo e breve periodo di tutela automatica (per esempio, dieci anni), ma imponendogli poi di rinnovarlo alla scadenza del termine. Qualora l'autore non lo facesse, chiunque altro potrebbe usare la sua opera gratuitamente o attraverso il pagamento di un'equa royalty⁹⁶.

Con questo sistema si sottrarrebbero alla protezione tutte quelle opere per cui manca un concreto interesse economico⁹⁷. Si eviterebbero i costi di numerosi processi e si potrebbe godere di un enorme campionario di musica e video a disposizione di tutti, utile anche a stimolare nuove idee⁹⁸.

9. Il fallimento dei tentativi di ampliare la responsabilità indiretta dei *Providers* e il "Measuring IPR Infringements in the Internal Market"

Tentativi di ampliamento della responsabilità indiretta dei *Providers* sono stati oggetto di due disegni di legge fortemente discussi nello scenario nordamericano, il PIPA (*Protect IP Act, Preventing Real Online Threats to Economic Creativity and Theft of Intellectual Property Act*) e il SOPA (*Stop Online Piracy Act*), che prevedono oltre alla possibilità per le autorità federali di bloccare gli accessi, anche quella di bloccare la pubblicità e i canali di finanziamento per i siti che vendono o facilitano la vendita illegale di materiale protetto, nonché la possibilità per il Dipartimento di giustizia di controllare i nomi di dominio e disabilitare l'accesso ai siti internet anche stranieri.

Sul fronte internazionale numerose critiche sono state sollevate nei confronti della proposizione dell'*Anti-Counterfeiting Trade Agreement*, ACTA, che prevede la facoltà a favore del titolare di diritti d'autore, di ordinare al fornitore di servizi *online* di comunicare rapidamente le informazioni necessarie ad identificare un utente, purché il titolare del diritto abbia precedentemente presentato una denuncia di violazione del diritto d'autore, di marchio o di diritti simili.

Anche se il testo fa riferimento esplicito alla tutela della concorrenza legittima e dei diritti fondamentali quali la libertà di espressione, l'equo trattamento e la privacy, resta il

⁹⁶ Cfr. A. Greco, cit., "... dunque, le uniche opere che continuerebbero a godere di protezione totale sarebbero solo quelle il cui titolare si fosse attivato concretamente per proteggerle ossia, in definitiva, quelle remunerative. Se infatti per il detentore del *copyright* non vale la pena, dopo dieci anni, compiere qualche sforzo per rinnovare la registrazione della propria creazione, tanto meno conviene allo Stato minacciare costosi procedimenti giudiziari e tenere in vita istituzioni di polizia o autorità di controllo per tutelare una proprietà di cui il titolare stesso ne ha perso ogni interesse". "... Dunque, le uniche opere che continuerebbero a godere di protezione totale sarebbero solo quelle il cui titolare si fosse attivato concretamente per proteggerle ossia, in definitiva, quelle remunerative. Se infatti per il detentore del *copyright* non vale la pena, dopo dieci anni, compiere qualche sforzo per rinnovare la registrazione della propria creazione, tanto meno conviene allo Stato minacciare costosi procedimenti giudiziari e tenere in vita istituzioni di polizia o autorità di controllo per tutelare una proprietà di cui il titolare stesso ne ha perso ogni interesse".

⁹⁷ Cfr. A. Greco, *ibidem*.

⁹⁸ Cfr. A. Greco, *ibidem*.

dubbio che la soluzione prospettata difetti di un giusto equilibrio tra i diversi interessi in gioco. Tale Accordo Internazionale che doveva essere approvato nel giugno del 2012, è stato appunto respinto dal Parlamento europeo⁹⁹, che lo ha ritenuto lesivo di diritti e libertà fondamentali.

E' di questi ultimi giorni, infine, la pubblicazione da parte della Commissione Europea della relazione "*Measuring IPR Infringements in the Internal Market*", uno studio sull'impatto delle violazioni dei diritti di proprietà intellettuale sull'economia europea.

Relazione a cui non si può non accennare. Secondo questo studio, le misurazioni che denunciano la pirateria in rete non hanno una metodologia trasparente e soffrono di limiti metodologici, e inoltre sono finanziate da soggetti interessati al dibattito. Ciò impone una riflessione in termini di forte ridimensionamento di tali resoconti.

Senza delle stime oggettive e affidabili, ammonisce la Commissione europea, appare difficile trattare questi argomenti nel modo più opportuno¹⁰⁰.

Si impone, dunque, l'esigenza, ampiamente sentita, di una revisione globale e uniforme delle norme in materia di diritto di autore¹⁰¹.

Rossella Maria Cannizzo

⁹⁹ Da Wikipedia: *L'Anti-Counterfeiting Trade Agreement* (meglio noto come ACTA) è un accordo commerciale plurilaterale volto a dettare norme più efficaci per contrastare la contraffazione e la pirateria informatica, al fine di tutelare *copyright*, proprietà intellettuali e brevetti su beni, servizi e attività legati alla rete. Altro obiettivo dell'accordo è quello di armonizzare le regole preesistenti con l'*Accordo TRIPs (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights)*, uno dei più importanti strumenti giuridici internazionali in tema di diritto industriale recepito nell'ordinamento italiano con la Legge 29 dicembre 1994 n. 747. L'ACTA è stato siglato a Tokyo il 26 gennaio 2012 tra 22 dei 27 Stati membri dell'Unione europea tra cui l'Italia (non hanno firmato Cipro, Repubblica d'Estonia, Repubblica Slovacca, Germania e Paesi Bassi) e gli Stati che hanno adottato l'ACTA già nell'ottobre 2011: l'Australia, il Canada, il Giappone, la Repubblica di Corea, gli Stati Uniti messicani, il Regno del Marocco, la Nuova Zelanda, la Repubblica di Singapore, la Confederazione svizzera e gli Stati Uniti d'America. Il Parlamento europeo è stato chiamato a ratificare l'accordo l'11 giugno 2012. La ratifica è stata respinta il 4 luglio 2012 con una votazione del Parlamento Europeo conclusasi con 478 voti contro, 39 a favore e 165 astenuti. L'accordo è stato molto criticato poiché oggetto di negoziati riservati fra gli Stati e ritenuto lesivo dei diritti e delle libertà fondamentali dei cittadini europei e non europei al punto da innescare una vasta mobilitazione internazionale guidata da "La Quadrature du Net".

¹⁰⁰ Il rapporto è disponibile su: http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/ipr_infringement-report_en.pdf, visualizzato il 1 dicembre 2012.

Cfr. anche A. Greco, su http://laleggepertutti.it/17796_lotta-alla-pirateria-digitale.

¹⁰¹ Cfr. L. Lessing, *L'ideale di trasparenza che viene dalla Rete. E la sua realtà*. Intervento al Convegno "*Internet è libertà. Perché dobbiamo difendere la rete*", tenutosi presso la Camera dei Deputati l'11 marzo 2010, in cui sollecita gli operatori del diritto a cogliere la portata dei fenomeni digitali e a fornire adeguate risposte di politica del diritto guardando al fenomeno "con gli occhi dei nostri figli". Ribadendo che senza calarsi nel concreto, senza tener conto del dato tecnologico e sociale, in prospettiva futura, qualsiasi ragionamento giuridico diviene inadeguato. Cfr. A. Mantelero, *La Responsabilità on-line: il controllo nella prospettiva dell'impresa*, cit.

10. Le due sentenze per esteso: C-70/10 e C-360/10

Causa C-70/10

SENTENZA DELLA CORTE (Terza Sezione)

24 novembre 2011

«Società dell'informazione – Diritto d'autore – Internet – Programmi “peer-to-peer” – Fornitori di accesso a Internet – Predisposizione di un sistema di filtraggio delle comunicazioni elettroniche al fine di impedire gli scambi dei file che ledono i diritti d'autore – Assenza di un obbligo generale di sorvegliare le informazioni trasmesse»

Nel procedimento C-70/10,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art.267 TFUE, dalla Cour d'appel de Bruxelles (Belgio), con decisione 28 gennaio 2010, pervenuta in cancelleria il 5 febbraio 2010, nella causa

Scarlet Extended SA

contro

Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)

con l'intervento di:

Belgian Entertainment Association Video ASBL (BEA Video)

Belgian Entertainment Association Music ASBL (BEA Music)

Internet Service Provider Association ASBL (ISPA)

LA CORTE (Terza Sezione),

composta dal sig. K. Lenaerts, presidente di sezione, dal sig. J. Malenovský (relatore), dalla sig.ra R. Silva de Lapuerta, dai sigg. E. Juhász e G. Arestis, giudici,

avvocato generale: sig. P. Cruz Villalón

cancelliere: sig.ra C. Strömholm, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 13 gennaio 2011,

considerate le osservazioni presentate:

- per la Scarlet Extended SA, dagli avv.ti T. De Meese e B. Van Asbroeck, avocats;
- per la Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM), la Belgian Entertainment Association Video ASBL (BEA Video) e la Belgian Entertainment Association Music ASBL (BEA Music), dagli avv.ti F. de Visscher, B. Michaux e F. Brison, avocats;

- per la Internet Service Provider Association ASBL (ISPA), dall'avv. G. Somers, avocat;
- per il governo belga, dai sigg. T. Materne e J.-C. Halleux, nonché dalla sig.ra C. Pochet, in qualità di agenti;
- per il governo ceco, dal sig. M. Smolek e dalla sig.ra K. Havlíčková, in qualità di agenti;
- per il governo italiano, dalla sig.ra G. Palmieri, in qualità di agente, assistita dal sig. S. Fiorentino, avvocato dello Stato;
- per il governo olandese, dalle sig.re C. Wissels e B. Koopman, in qualità di agenti;
- per il governo polacco, dai sigg. M. Szpunar, M. Drwięcki e J. Goliński, in qualità di agenti;
- per il governo finlandese, dalla sig.ra M. Pere, in qualità di agente;
- per la Commissione europea, dalle sig.re J. Samnadda e C. Vrignon, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 14 aprile 2011,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione delle seguenti direttive:

- direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 8 giugno 2000, 2000/31/CE, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico») (GU L 178, pag. 1);
- direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 22 maggio 2001, 2001/29/CE, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione (GU L 167, pag. 10);
- direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 29 aprile 2004, 2004/48/CE, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale (GU L 157, pag. 45; rettifiche nella GU 2004, L 195, pag. 16);
- direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 24 ottobre 1995, 95/46/CE, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati (GU L 281, pag. 31), e
- direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 12 luglio 2002, 2002/58/CE, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche) (GU L 201, pag. 37).

2 Questa domanda è stata presentata nel contesto di una controversia tra la Scarlet Extended SA (in prosieguo: la «Scarlet») e la Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM) (in prosieguo: la «SABAM») vertente sul rifiuto della Scarlet di predisporre un sistema di filtraggio delle comunicazioni elettroniche realizzate tramite programmi per lo scambio di archivi (detti «peer-to-peer»), onde impedire gli scambi dei file che ledono i diritti d'autore.

Contesto normativo

Il diritto dell'Unione

La direttiva 2000/31

3 Ai sensi del quarantacinquesimo e del quarantasettesimo 'considerando' della direttiva 2000/31:

«(45) Le limitazioni alla responsabilità dei prestatori intermedi previste nella presente direttiva lasciano impregiudicata la possibilità di azioni inibitorie di altro tipo. Siffatte azioni inibitorie possono, in particolare, essere ordinanze di organi giurisdizionali o autorità amministrative che obbligano a porre fine a una violazione o impedirle, anche con la rimozione dell'informazione illecita o la disabilitazione dell'accesso alla medesima.

(...)

(47) Gli Stati membri non possono imporre ai prestatori un obbligo di sorveglianza di carattere generale. Tale disposizione non riguarda gli obblighi di sorveglianza in casi specifici e, in particolare, lascia impregiudicate le ordinanze emesse dalle autorità nazionali secondo le rispettive legislazioni».

4 L'art. 1 di questa direttiva così recita:

«1. La presente direttiva mira a contribuire al buon funzionamento del mercato interno garantendo la libera circolazione dei servizi della società dell'informazione tra Stati membri.

2. La presente direttiva ravvicina, nella misura necessaria alla realizzazione dell'obiettivo di cui al paragrafo 1, talune norme nazionali sui servizi della società dell'informazione che interessano il mercato interno, lo stabilimento dei prestatori, le comunicazioni commerciali, i contratti per via elettronica, la responsabilità degli intermediari, i codici di condotta, la composizione extragiudiziarie delle controversie, i ricorsi giurisdizionali e la cooperazione tra Stati membri.

(...))».

5 L'art. 12 di detta direttiva, che figura nella Sezione 4 del Capo II della stessa ed è intitolato «Responsabilità dei prestatori intermediari», dispone quanto segue:

«1. Gli Stati membri provvedono affinché, nella 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, il prestatore non sia responsabile delle informazioni trasmesse a condizione che egli:

a) non dia origine alla trasmissione;

- b) non selezioni il destinatario della trasmissione; e
 - c) non selezioni né modifichi le informazioni trasmesse.
- (...)

3. Il presente articolo lascia impregiudicata la possibilità, secondo gli ordinamenti degli Stati membri, che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa esiga che il prestatore impedisca o ponga fine ad una violazione».

6 Ai sensi dell'art. 15 della direttiva 2000/31, anch'esso incluso nella sua Sezione 4 del Capo II:

«1. Nella prestazione dei servizi di cui agli articoli 12, 13 e 14, gli Stati membri non impongono ai prestatori un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite.

2. Gli Stati membri possono stabilire che i prestatori di servizi della società dell'informazione siano tenuti ad informare senza indugio la pubblica autorità competente di presunte attività o informazioni illecite dei destinatari dei loro servizi o a comunicare alle autorità competenti, a loro richiesta, informazioni che consentano l'identificazione dei destinatari dei loro servizi con cui hanno accordi di memorizzazione dei dati».

La direttiva 2001/29

7 A norma del sedicesimo e del cinquantanovesimo 'considerando' della direttiva 2001/29:

«(16)(...) La presente direttiva dovrebbe essere attuata in tempi analoghi a quelli previsti per [la direttiva 2000/31], in quanto tale direttiva fornisce un quadro armonizzato di principi e regole che riguardano tra l'altro alcune parti importanti della presente direttiva. Questa direttiva lascia impregiudicate le regole relative alla responsabilità della direttiva suddetta.

(...)

(59) In particolare in ambito digitale, i servizi degli intermediari possono essere sempre più utilizzati da terzi per attività illecite. In molti casi siffatti intermediari sono i più idonei a porre fine a dette attività illecite. Pertanto fatte salve le altre sanzioni e i mezzi di tutela a disposizione, i titolari dei diritti dovrebbero avere la possibilità di chiedere un provvedimento inibitorio contro un intermediario che consenta violazioni in rete da parte di un terzo contro opere o altri materiali protetti. Questa possibilità dovrebbe essere disponibile anche ove gli atti svolti dall'intermediario siano soggetti a eccezione ai sensi dell'articolo 5. Le condizioni e modalità relative a tale provvedimento ingiuntivo dovrebbero essere stabilite dal diritto nazionale degli Stati membri».

8 L'art. 8 della direttiva 2001/29 stabilisce quanto segue:

«1. Gli Stati membri prevedono adeguate sanzioni e mezzi di ricorso contro le violazioni dei diritti e degli obblighi contemplati nella presente direttiva e adottano tutte le misure necessarie a garantire l'applicazione delle sanzioni e l'utilizzazione dei mezzi di ricorso. Le sanzioni previste devono essere efficaci, proporzionate e dissuasive.

(...)

3. Gli Stati membri si assicurano che i titolari dei diritti possano chiedere un provvedimento inibitorio nei confronti degli intermediari i cui servizi siano utilizzati da terzi per violare un diritto d'autore o diritti connessi».

La direttiva 2004/48

9 Il ventitreesimo 'considerando' della direttiva 2004/48 così recita:

«[Senza pregiudizio di] eventuali altre misure, procedure e mezzi di ricorso disponibili, i titolari dei diritti dovrebbero avere la possibilità di richiedere un provvedimento inibitorio contro un intermediario i cui servizi sono utilizzati da terzi per violare il diritto di proprietà industriale del titolare. Le condizioni e modalità relative a tale provvedimento inibitorio dovrebbero essere stabilite dal diritto nazionale degli Stati membri. Per quanto riguarda le violazioni del diritto d'autore e dei diritti connessi, la direttiva [2001/29] prevede già un ampio livello di armonizzazione. Pertanto l'articolo 8, paragrafo 3, della direttiva [2001/29] non dovrebbe essere pregiudicato dalla presente direttiva».

10 Ai termini dell'art. 2, n. 3, della direttiva 2004/48:

«La presente direttiva fa salve:

a) le disposizioni comunitarie che disciplinano il diritto sostanziale di proprietà intellettuale (...), la direttiva [2000/31] in generale e le disposizioni degli articoli da 12 a 15 [di quest'ultima] in particolare;

(...))».

11 L'art. 3 della direttiva 2004/48 così recita:

«1. Gli Stati membri definiscono le misure, le procedure e i mezzi di ricorso necessari ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale di cui alla presente direttiva. Tali misure, procedure e mezzi di ricorso sono leali ed equi, non inutilmente complessi o costosi e non comportano termini irragionevoli né ritardi ingiustificati.

2. Le misure, le procedure e i mezzi di ricorso sono effettivi, proporzionati e dissuasivi e sono applicati in modo da evitare la creazione di ostacoli al commercio legittimo e da prevedere salvaguardie contro gli abusi».

12 L'art. 11 della direttiva 2004/48 così dispone:

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

Il diritto nazionale

13 L'art. 87, n. 1, primo e secondo comma, della legge 30 giugno 1994, sul diritto d'autore e sui diritti connessi (*Moniteur belge* del 27 luglio 1994, pag. 19297) prevede quanto segue:

«Il presidente del tribunal de première instance (...) consta[ta] l'esistenza e [ordina] la cessazione di qualsiasi violazione del diritto d'autore o di un diritto connesso.

[Può] altresì emanare un provvedimento inibitorio contro intermediari i cui servizi siano utilizzati da un terzo per violare il diritto d'autore o un diritto connesso».

14 Gli artt. 18 e 21 della legge 11 marzo 2003, su taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione (*Moniteur belge* del 17 marzo 2003, pag. 12962), recepiscono nel diritto nazionale gli artt. 12 e 15 della direttiva 2000/31.

Causa principale e questioni pregiudiziali

15 La SABAM è una società di gestione che rappresenta gli autori, i compositori e gli editori di opere musicali ed autorizza l'utilizzo delle loro opere tutelate da parte di terzi.

16 La Scarlet è un fornitore di accesso ad Internet (in prosieguo: «FAI») che procura ai propri clienti tale accesso, senza proporre altri servizi come lo scaricamento o la condivisione dei file.

17 Nel corso del 2004, la SABAM perveniva alla conclusione che gli utenti di Internet che si avvalevano dei servizi della Scarlet scaricavano da Internet, senza autorizzazione e senza pagarne i diritti, opere contenute nel suo catalogo utilizzando reti «peer-to-peer», che costituiscono uno strumento aperto per la condivisione di contenuti, indipendente, decentralizzato e dotato di avanzate funzioni di ricerca e di scaricamento di file.

18 Con atto di ricorso del 24 giugno 2004 essa citava pertanto la Scarlet dinanzi al presidente del tribunal de première instance de Bruxelles, sostenendo che, nella sua qualità di FAI, tale società si trovava nella situazione ideale per adottare misure volte a far cessare le violazioni del diritto d'autore commesse dai suoi clienti.

19 LA SABAM chiedeva, anzitutto, che venisse riconosciuta la violazione dei diritti d'autore sulle opere musicali appartenenti al suo repertorio, in particolare dei diritti di riproduzione e di comunicazione al pubblico, dovuta allo scambio non autorizzato di file musicali realizzato grazie a software «peer to peer». Tali violazioni sarebbero state commesse avvalendosi dei servizi della Scarlet.

20 Essa domandava inoltre che la Scarlet fosse condannata, a pena di ammenda, a far cessare tali violazioni rendendo impossibile o bloccando qualsiasi forma di invio o di ricezione da parte dei suoi clienti, mediante programmi «peer to peer», senza autorizzazione dei titolari dei diritti, di file contenenti un'opera musicale, pretendendo infine che la Scarlet le comunicasse la descrizione delle misure che intendeva applicare per ottemperare all'emananda sentenza, a pena di ammenda.

21 Con sentenza 26 novembre 2004, il presidente del tribunal de première instance de Bruxelles accertava l'esistenza delle violazioni del diritto d'autore denunciate dalla SABAM. Tuttavia, prima di statuire sull'istanza di provvedimenti inibitori, esso incaricava un perito di verificare se le soluzioni tecniche proposte dalla SABAM fossero tecnicamente realizzabili, se esse consentissero di filtrare unicamente gli scambi illeciti di file e se esistessero altri

dispositivi idonei a controllare l'utilizzo di programmi «peer to peer», nonché di quantificare il costo dei dispositivi considerati.

22 Nella sua relazione, il perito designato traeva la conclusione che, nonostante la presenza di numerosi ostacoli tecnici, non si poteva escludere completamente che il filtraggio ed il blocco degli scambi illeciti di file fosse realizzabile.

23 Con sentenza 29 giugno 2007, il presidente del tribunal de première instance de Bruxelles condannava pertanto la Scarlet a far cessare le violazioni del diritto d'autore accertate con la sentenza 26 novembre 2004, rendendo impossibile qualsiasi forma, realizzata mediante un programma «peer to peer», di invio o di ricezione, da parte dei suoi clienti, di file che contenessero un'opera musicale appartenente al repertorio della Sabam, a pena di ammenda.

24 La Scarlet interponeva appello contro tale sentenza dinanzi al giudice del rinvio, affermando, anzitutto, che le risultava impossibile ottemperare a tale ingiunzione poiché l'efficacia e la durata nel tempo dei dispositivi di blocco o di filtraggio non erano dimostrate e l'attuazione di tali dispositivi era ostacolata da diversi fattori pratici, quali problemi di capacità della rete e di impatto sulla stessa. Inoltre, qualsiasi tentativo di bloccare i file incriminati, a suo avviso, sarebbe stato destinato al fallimento a breve termine, stante l'esistenza di numerosi programmi «peer-to-peer» che avrebbero reso impossibile la verifica del loro contenuto da parte di terzi.

25 La Scarlet sosteneva poi che detta ingiunzione non era conforme all'art. 21 della legge 11 marzo 2003, su taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, che recepisce nel diritto nazionale l'art. 15 della direttiva 2000/31, in quanto imponeva, de facto, un obbligo generale di sorveglianza sulle comunicazioni veicolate dalla sua rete, posto che qualsiasi dispositivo di blocco o di filtraggio del traffico «peer to peer» presuppone una sorveglianza generalizzata su tutte le comunicazioni che passano per tale rete.

26 Infine, la Scarlet spiegava che la predisposizione di un sistema di filtraggio avrebbe leso le disposizioni del diritto dell'Unione in materia di tutela dei dati personali e di segreto delle comunicazioni, in quanto tale filtraggio implica il trattamento degli indirizzi IP, che sono dati personali.

27 In tale contesto il giudice del rinvio ha ritenuto che, prima di verificare se un meccanismo di filtraggio e di blocco dei file «peer-to-peer» esista e possa essere efficace, occorre assicurarsi che gli obblighi da porre eventualmente a carico della Scarlet siano conformi al diritto dell'Unione.

28 In tale contesto, la cour d'appel de Bruxelles ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se le direttive 2001/29 e 2004/48, lette in combinato disposto con le direttive 95/46, 2000/31 e 2002/58, interpretate, in particolare, alla luce degli artt. 8 e 10 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, consentano agli Stati membri di autorizzare un giudice nazionale, adito nell'ambito di un procedimento nel merito e in base alla sola disposizione di legge che prevede che “[i giudici nazionali] possono altresì emettere un'ingiunzione recante un provvedimento inibitorio nei confronti di intermediari i cui servizi siano utilizzati da un terzo per violare il diritto d'autore o un diritto connesso”, ad ordinare ad un [FAI] di predisporre, nei confronti della sua intera clientela, in abstracto e a titolo preventivo, esclusivamente a spese di tale FAI e senza limitazioni nel tempo, un sistema di filtraggio di tutte le comunicazioni elettroniche, sia entranti che uscenti, che transitano per i suoi servizi, in particolare mediante l'impiego di

software “peer to peer”, al fine di individuare, nella sua rete, la circolazione di file contenenti un’opera musicale, cinematografica o audiovisiva sulla quale il richiedente affermi di vantare diritti, e in seguito di bloccare il trasferimento di questi, al momento della richiesta o in occasione dell’invio.

2) In caso di risposta affermativa alla [prima] questione (...), se tali direttive obblighino il giudice nazionale, adito per statuire su una richiesta di ingiunzione nei confronti di un intermediario dei cui servizi si avvalgano terzi per violare il diritto d’autore, ad applicare il principio della proporzionalità quando è chiamato a pronunciarsi sull’efficacia e sull’effetto dissuasivo della misura richiesta».

Sulle questioni pregiudiziali

29 Con le sue questioni il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se le direttive 2000/31, 2001/29, 2004/48, 95/46 e 2002/58, lette nel loro combinato disposto ed interpretate alla luce delle condizioni che la tutela dei diritti fondamentali applicabili implica, debbano essere interpretate nel senso che ostano all’ingiunzione rivolta ad un FAI di predisporre un sistema di filtraggio:

- di tutte le comunicazioni elettroniche che transitano per i suoi servizi, in particolare mediante programmi «peer-to-peer»;
- che si applichi indistintamente a tutta la sua clientela;
- a titolo preventivo;
- a sue spese esclusive, e
- senza limiti nel tempo,

idoneo ad identificare nella rete di tale fornitore la circolazione di file contenenti un’opera musicale, cinematografica o audiovisiva rispetto alla quale il richiedente affermi di vantare diritti di proprietà intellettuale, onde bloccare il trasferimento di file il cui scambio pregiudichi il diritto d’autore (in prosieguo: il «sistema di filtraggio controverso»).

30 In proposito, occorre anzitutto ricordare che, ai sensi degli artt. 8, n. 3, della direttiva 2001/29 e 11, terza frase, della direttiva 2004/48, i titolari di diritti di proprietà intellettuale possono chiedere un provvedimento inibitorio nei confronti degli intermediari, come i FAI, i cui servizi siano utilizzati da terzi per violare i loro diritti.

31 Dalla giurisprudenza della Corte risulta poi che la competenza attribuita, a norma di tali disposizioni, agli organi giurisdizionali nazionali deve consentire a questi ultimi di ingiungere a detti intermediari di adottare provvedimenti che contribuiscano in modo effettivo, non solo a porre fine alle violazioni già inferte ai diritti di proprietà intellettuale mediante i loro servizi della società dell’informazione, ma anche a prevenire nuove violazioni (v., in questo senso, sentenza 12 luglio 2011, causa C-324/09, L’Oréal e a., non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 131).

32 Infine, dalla medesima giurisprudenza si evince che le modalità delle ingiunzioni che gli Stati membri devono prevedere ai sensi di detti artt. 8, n. 3, e 11, terza frase, quali quelle relative alle condizioni che devono essere soddisfatte e alla procedura da seguire, devono essere stabilite dal diritto nazionale (v., mutatis mutandis, sentenza L’Oréal e a., cit., punto 135).

33 Pertanto, tali norme nazionali, al pari della loro applicazione da parte degli organi giurisdizionali nazionali, devono rispettare i limiti derivanti dalle direttive 2001/29 e 2004/48, nonché dalle fonti del diritto alle quali tali direttive fanno riferimento (v., in questo senso, sentenza L'Oréal e a., cit., punto 138).

34 Di conseguenza, in conformità al sedicesimo 'considerando' della direttiva 2001/29 e all'art. 2, n. 3, lett. a), della direttiva 2004/48, dette norme, emanate dagli Stati membri, non possono intaccare le disposizioni della direttiva 2000/31 e, più precisamente, i suoi artt. 12-15.

35 Tali norme devono quindi rispettare l'art. 15, n. 1, della direttiva 2000/31, che vieta alle autorità nazionali di adottare misure che impongano ad un FAI di procedere ad una sorveglianza generalizzata sulle informazioni che esso trasmette sulla propria rete.

36 A questo riguardo, la Corte ha già statuito che siffatto divieto abbraccia in particolare le misure nazionali che obbligherebbero un prestatore intermedio, come un FAI, a realizzare una vigilanza attiva su tutti i dati di ciascuno dei suoi clienti per prevenire qualsiasi futura violazione di diritti di proprietà intellettuale. Peraltro, un obbligo siffatto di vigilanza generale sarebbe incompatibile con l'art. 3 della direttiva 2004/48, il quale enuncia che le misure contemplate da detta direttiva devono essere eque e proporzionate e non eccessivamente costose (v. sentenza L'Oréal e a., cit., punto 139).

37 Ciò considerato, occorre verificare se l'ingiunzione oggetto della causa principale, che impone al FAI di predisporre il sistema di filtraggio controverso, implichi in tale circostanza l'obbligo di procedere ad una sorveglianza attiva su tutti i dati di ciascuno dei suoi clienti per prevenire qualsiasi futura violazione di diritti di proprietà intellettuale.

38 A questo proposito, è pacifico che l'attuazione di tale sistema di filtraggio presuppone:

– che il FAI identifichi, in primo luogo, nell'insieme delle comunicazioni elettroniche di tutti i suoi clienti, i file che appartengono al traffico «peer-to-peer»;

– che esso identifichi, in secondo luogo, nell'ambito di tale traffico, i file che contengono opere sulle quali i titolari dei diritti di proprietà intellettuale affermino di vantare diritti;

– in terzo luogo, che esso determini quali tra questi file sono scambiati in modo illecito e,

– in quarto luogo, che proceda al blocco degli scambi di file che esso stesso qualifica come illeciti.

39 Siffatta sorveglianza preventiva richiederebbe così un'osservazione attiva sulla totalità delle comunicazioni elettroniche realizzate sulla rete del FAI coinvolto e, pertanto, includerebbe tutte le informazioni da trasmettere e ciascun cliente che si avvale di tale rete.

40 Alla luce di quanto precede, occorre dichiarare che l'ingiunzione rivolta al FAI in questione di predisporre il sistema di filtraggio controverso lo obbligherebbe a procedere ad una sorveglianza attiva su tutti i dati di ciascuno dei suoi clienti per prevenire qualsiasi futura violazione di diritti di proprietà intellettuale. Da ciò si evince che tale ingiunzione imporrebbe a detto FAI una sorveglianza generalizzata, che è vietata dall'art. 15, n. 1, della direttiva 2000/31.

41 Per vagliare la conformità di tale ingiunzione al diritto dell'Unione, occorre inoltre tenere conto delle condizioni che discendono dalla tutela dei diritti fondamentali applicabili, come quelli menzionati dal giudice del rinvio.

42 In proposito va ricordato che l'ingiunzione oggetto della causa principale è volta a garantire la tutela dei diritti d'autore, che appartengono alla sfera del diritto di proprietà intellettuale e che possono essere lesi dalla natura e dal contenuto di talune comunicazioni elettroniche realizzate per il tramite della rete del FAI in questione.

43 Sebbene la tutela del diritto di proprietà intellettuale sia sancita dall'art. 17, n. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in prosieguo: la «Carta»), non può desumersi né da tale disposizione né dalla giurisprudenza della Corte che tale diritto sia intangibile e che la sua tutela debba essere garantita in modo assoluto.

44 Come emerge, infatti, dai punti 62-68 della sentenza 29 gennaio 2008, causa C-275/06, Promusicae (Racc. pag. I-271), la tutela del diritto fondamentale di proprietà, di cui fanno parte i diritti di proprietà intellettuale, deve essere bilanciata con quella di altri diritti fondamentali.

45 Più precisamente, dal punto 68 di tale sentenza emerge che è compito delle autorità e dei giudici nazionali, nel contesto delle misure adottate per proteggere i titolari di diritti d'autore, garantire un giusto equilibrio tra la tutela di tali diritti e quella dei diritti fondamentali delle persone su cui incidono dette misure.

46 Pertanto, in circostanze come quelle della causa principale, le autorità ed i giudici nazionali devono in particolare garantire un giusto equilibrio tra la tutela del diritto di proprietà intellettuale, di cui godono i titolari di diritti d'autore, e quella della libertà d'impresa, appannaggio di operatori come i FAI in forza dell'art. 16 della Carta.

47 Orbene, nella presente fattispecie, l'ingiunzione di predisporre il sistema di filtraggio controverso implica una sorveglianza, nell'interesse di tali titolari, su tutte le comunicazioni elettroniche realizzate sulla rete del FAI coinvolto. Tale sorveglianza è inoltre illimitata nel tempo, riguarda qualsiasi futura violazione e postula che si debbano tutelare non solo opere esistenti, bensì anche opere future, che non sono state ancora create nel momento in cui viene predisposto detto sistema.

48 Pertanto, un'ingiunzione di questo genere causerebbe una grave violazione della libertà di impresa del FAI in questione, poiché l'obbligherebbe a predisporre un sistema informatico complesso, costoso, permanente e unicamente a suo carico, il che risulterebbe peraltro contrario alle condizioni stabilite dall'art. 3, n. 1, della direttiva 2004/48, il quale richiede che le misure adottate per assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale non siano inutilmente complesse o costose.

49 Ciò premesso, occorre dichiarare che l'ingiunzione di predisporre il sistema di filtraggio controverso non rispetta l'esigenza di garantire un giusto equilibrio tra, da un lato, la tutela del diritto di proprietà intellettuale, di cui godono i titolari dei diritti d'autore, e, dall'altro, quella della libertà d'impresa, appannaggio di operatori come i FAI.

50 Per di più, gli effetti di detta ingiunzione non si limiterebbero al FAI coinvolto, poiché il sistema di filtraggio controverso è idoneo a ledere anche i diritti fondamentali dei clienti di tale FAI, ossia i loro diritti alla tutela dei dati personali e alla libertà di ricevere o di comunicare informazioni, diritti, questi ultimi, tutelati dagli artt. 8 e 11 della Carta.

51 Da un lato, infatti, è pacifico che l'ingiunzione di predisporre il sistema di filtraggio controverso implicherebbe un'analisi sistematica di tutti i contenuti, nonché la raccolta e l'identificazione degli indirizzi IP degli utenti all'origine dell'invio dei contenuti illeciti sulla rete, indirizzi che costituiscono dati personali protetti, in quanto consentono di identificare in modo preciso suddetti utenti.

52 Dall'altro, detta ingiunzione rischierebbe di ledere la libertà di informazione, poiché tale sistema potrebbe non essere in grado di distinguere adeguatamente tra un contenuto lecito ed un contenuto illecito, sicché il suo impiego potrebbe produrre il risultato di bloccare comunicazioni aventi un contenuto lecito. Infatti, è indiscusso che la questione della liceità di una trasmissione dipende anche dall'applicazione di eccezioni di legge al diritto di autore che variano da uno Stato membro all'altro. Inoltre, in certi Stati membri talune opere possono rientrare nel pubblico dominio o possono essere state messe in linea gratuitamente da parte dei relativi autori.

53 Pertanto, occorre dichiarare che, adottando l'ingiunzione che costringe il FAI a predisporre il sistema di filtraggio controverso, il giudice nazionale in questione non rispetterebbe l'obbligo di garantire un giusto equilibrio tra, da un lato, il diritto di proprietà intellettuale e, dall'altro, la libertà di impresa, il diritto alla tutela dei dati personali e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni.

54 Alla luce di quanto precede, occorre risolvere le questioni sottoposte dichiarando che le direttive 2000/31, 2001/29, 2004/48, 95/46 e 2002/58, lette in combinato disposto e interpretate tenendo presenti le condizioni derivanti dalla tutela dei diritti fondamentali applicabili, devono essere interpretate nel senso che ostano all'ingiunzione ad un FAI di predisporre il sistema di filtraggio controverso.

Sulle spese

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

Per questi motivi, la Corte (Terza Sezione) dichiara:

Le direttive:

- **del Parlamento europeo e del Consiglio 8 giugno 2000, 2000/31/CE, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico»);**
- **del Parlamento europeo e del Consiglio 22 maggio 2001, 2001/29/CE, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione;**
- **del Parlamento europeo e del Consiglio 29 aprile 2004, 2004/48/CE, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale;**
- **del Parlamento europeo e del Consiglio 24 ottobre 1995, 95/46/CE, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, e**

– del Parlamento europeo e del Consiglio 12 luglio 2002, 2002/58/CE, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche),

lette in combinato disposto e interpretate tenendo presenti le condizioni derivanti dalla tutela dei diritti fondamentali applicabili, devono essere interpretate nel senso che ostano all'ingiunzione ad un fornitore di accesso ad Internet di predisporre un sistema di filtraggio:

– di tutte le comunicazioni elettroniche che transitano per i suoi servizi, in particolare mediante programmi «peer-to-peer»;

– che si applica indistintamente a tutta la sua clientela;

– a titolo preventivo;

– a sue spese esclusive, e

– senza limiti nel tempo,

idoneo ad identificare nella rete di tale fornitore la circolazione di file contenenti un'opera musicale, cinematografica o audiovisiva rispetto alla quale il richiedente affermi di vantare diritti di proprietà intellettuale, onde bloccare il trasferimento di file il cui scambio pregiudichi il diritto d'autore.

* * * * *

Causa C-360/10

SENTENZA DELLA CORTE (Terza Sezione)

16 febbraio 2012

«Società dell'informazione – Diritto di autore – Internet – Prestatore di servizi di hosting – Trattamento delle informazioni memorizzate su una piattaforma di rete sociale in linea – Predisposizione di un sistema di filtraggio di tali informazioni al fine di impedire la messa a disposizione di file che ledono i diritti d'autore – Assenza di un obbligo generale di sorvegliare le informazioni memorizzate»

Nella causa C-360/10,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal presidente del rechtbank van eerste aanleg te Brussel (Belgio), con decisione del 28 giugno 2010, pervenuta in cancelleria il 19 luglio 2010, nel procedimento

Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM)

contro

Netlog NV

LA CORTE (Terza Sezione)

composta dal sig. K. Lenaerts, presidente di sezione, dal sig. J. Malenovský (relatore), dalla sig.ra R. Silva de Lapuerta, dai sigg. G. Arestis e D. Šváby, giudici,

avvocato generale: sig. P. Cruz Villalón

cancelliere: sig.ra M. Ferreira, amministratore principale

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 7 luglio 2011,

considerate le osservazioni presentate:

- per la Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM), da B. Michaux, F. de Visscher e F. Brison, advocaten;
- per la Netlog NV, da P. Van Eecke, advocaat;
- per il governo belga, da T. Materne e J.-C. Halleux, in qualità di agenti;
- per il governo italiano, da G. Palmieri, in qualità di agente, assistita da S. Fiorentino, avvocato dello Stato;
- per il governo dei Paesi Bassi, da C. Wissels, in qualità di agente;
- per il governo del Regno Unito, da S. Ossowski, in qualità di agente;
- per la Commissione europea, da A. Nijenhuis e J. Samnadda, in qualità di agenti,

vista la decisione, adottata dopo aver sentito l'avvocato generale, di giudicare la causa senza conclusioni,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione delle seguenti direttive:

- 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico») (GU L 178, pag. 1);
- 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione (GU L 167, pag. 10);
- 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale (GU L 157, pag. 45, e rettifiche GU 2004, L 195, pag. 16, e GU 2007, L 204, pag. 27);

– 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati (GU L 281, pag. 31), e

– 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche) (GU L 201, pag. 37).

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) (in prosieguo: la «SABAM») e la Netlog NV (in prosieguo: la «Netlog»), che gestisce una piattaforma di rete sociale in linea, in merito all'obbligo di quest'ultima di predisporre un sistema di filtraggio delle informazioni memorizzate nella sua piattaforma, onde impedire che siano messi a disposizione file in violazione dei diritti d'autore.

Contesto normativo

Il diritto dell'Unione

La direttiva 2000/31

3 Ai sensi dei considerando quarantacinquesimo, quarantasettesimo e quarantottesimo della direttiva 2000/31:

«(45) Le limitazioni alla responsabilità dei prestatori intermedi previste nella presente direttiva lasciano impregiudicata la possibilità di azioni inibitorie di altro tipo. Siffatte azioni inibitorie possono, in particolare, essere ordinanze di organi giurisdizionali o autorità amministrative che obbligano a porre fine a una violazione o impedirla, anche con la rimozione dell'informazione illecita o la disabilitazione dell'accesso alla medesima.

(...)

(47) Gli Stati membri non possono imporre ai prestatori un obbligo di sorveglianza di carattere generale. Tale disposizione non riguarda gli obblighi di sorveglianza in casi specifici e, in particolare, lascia impregiudicate le ordinanze emesse dalle autorità nazionali secondo le rispettive legislazioni.

(48) La presente direttiva non pregiudica la possibilità per gli Stati membri di chiedere ai prestatori di servizi, che detengono informazioni fornite dai destinatari del loro servizio, di adempiere al dovere di diligenza che è ragionevole attendersi da loro ed è previsto dal diritto nazionale, al fine di individuare e prevenire taluni tipi di attività illecite».

4 L'articolo 14 della direttiva 2000/31, rubricato «Hosting», dispone quanto segue:

«1. Gli Stati membri provvedono affinché, nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non sia responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore:

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

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

2. Il paragrafo 1 non si applica se il destinatario del servizio agisce sotto l'autorità o il controllo del prestatore.

3. Il presente articolo lascia impregiudicata la possibilità, secondo gli ordinamenti degli Stati membri, che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa esiga che il prestatore impedisca una violazione o vi ponga fine nonché la possibilità, per gli Stati membri, di definire procedure per la rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell'accesso alle medesime».

5 Ai sensi dell'articolo 15 della direttiva 2000/31:

«1. Nella prestazione dei servizi di cui agli articoli 12, 13 e 14, gli Stati membri non impongono ai prestatori un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite.

2. Gli Stati membri possono stabilire che i prestatori di servizi della società dell'informazione siano tenuti ad informare senza indugio la pubblica autorità competente di presunte attività o informazioni illecite dei destinatari dei loro servizi o a comunicare alle autorità competenti, a loro richiesta, informazioni che consentano l'identificazione dei destinatari dei loro servizi con cui hanno accordi di memorizzazione dei dati».

La direttiva 2001/29

6 I considerando sedicesimo e cinquantanovesimo della direttiva 2001/29 enunciano che:

«(16) (...) La presente direttiva dovrebbe essere attuata in tempi analoghi a quelli previsti per l'attuazione della [direttiva 2000/31], in quanto tale direttiva fornisce un quadro armonizzato di principi e regole che riguardano tra l'altro alcune parti importanti della presente direttiva. Questa direttiva lascia impregiudicate le regole relative alla responsabilità della direttiva suddetta.

(...)

(59) In particolare in ambito digitale, i servizi degli intermediari possono essere sempre più utilizzati da terzi per attività illecite. In molti casi siffatti intermediari sono i più idonei a porre fine a dette attività illecite. Pertanto fatte salve le altre sanzioni e i mezzi di tutela a disposizione, i titolari dei diritti dovrebbero avere la possibilità di chiedere un provvedimento inibitorio contro un intermediario che consenta violazioni in rete da parte di un terzo contro opere o altri materiali protetti. Questa possibilità dovrebbe essere disponibile anche ove gli atti svolti dall'intermediario siano soggetti a eccezione ai sensi dell'articolo 5. Le condizioni e modalità relative a tale provvedimento ingiuntivo dovrebbero essere stabilite dal diritto nazionale degli Stati membri».

7 Ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29:

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

8 L'articolo 8 di tale direttiva prevede quanto segue:

«1. Gli Stati membri prevedono adeguate sanzioni e mezzi di ricorso contro le violazioni dei diritti e degli obblighi contemplati nella presente direttiva e adottano tutte le misure necessarie a garantire l'applicazione delle sanzioni e l'utilizzazione dei mezzi di ricorso. Le sanzioni previste devono essere efficaci, proporzionate e dissuasive.

(...)

3. Gli Stati membri si assicurano che i titolari dei diritti possano chiedere un provvedimento inibitorio nei confronti degli intermediari i cui servizi siano utilizzati da terzi per violare un diritto d'autore o diritti connessi».

La direttiva 2004/48

9 Il ventitreesimo considerando della direttiva 2004/48 è così formulato:

«Fatti salvi eventuali altre misure, procedure e mezzi di ricorso disponibili, i titolari dei diritti dovrebbero avere la possibilità di richiedere un provvedimento inibitorio contro un intermediario i cui servizi sono utilizzati da terzi per violare il diritto di proprietà industriale del titolare. Le condizioni e modalità relative a tale provvedimento inibitorio dovrebbero essere stabilite dal diritto nazionale degli Stati membri. Per quanto riguarda le violazioni del diritto d'autore e dei diritti connessi, la direttiva [2001/29] prevede già un ampio livello di armonizzazione. Pertanto l'articolo 8, paragrafo 3, della direttiva [2001/29] non dovrebbe essere pregiudicato dalla presente direttiva».

10 Ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 3, della direttiva 2004/48:

«La presente direttiva fa salve:

a) le disposizioni comunitarie che disciplinano il diritto sostanziale di proprietà intellettuale, la direttiva 95/46/CE (...) o la direttiva 2000/31/CE in generale e le disposizioni degli articoli da 12 a 15 della direttiva 2000/31/CE in particolare;

(...))».

11 L'articolo 3 della direttiva 2004/48 stabilisce quanto segue:

«1. Gli Stati membri definiscono le misure, le procedure e i mezzi di ricorso necessari ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale di cui alla presente direttiva. Tali misure, procedure e mezzi di ricorso sono leali ed equi, non inutilmente complessi o costosi e non comportano termini irragionevoli né ritardi ingiustificati.

2. Le misure, le procedure e i mezzi di ricorso sono effettivi, proporzionati e dissuasivi e sono applicati in modo da evitare la creazione di ostacoli al commercio legittimo e da prevedere salvaguardie contro gli abusi».

12 L'articolo 11, terza frase, della direttiva 2004/48 dispone quanto segue:

«Gli Stati membri assicurano che i titolari possano chiedere un provvedimento ingiuntivo nei confronti di intermediari i cui servizi sono utilizzati da terzi per violare un diritto di proprietà intellettuale, senza pregiudizio dell'articolo 8, paragrafo 3, della direttiva [2001/29]».

Il diritto nazionale

13 L'articolo 87, paragrafo 1, primo e secondo comma, della legge del 30 giugno 1994, sul diritto d'autore e sui diritti connessi (*Belgisch Staatsblad*, 27 luglio 1994, pag. 19297), che recepisce nel diritto nazionale l'articolo 8, paragrafo 3, della direttiva 2001/29 e l'articolo 11 della direttiva 2004/48, dispone quanto segue:

«Il presidente del tribunal de première instance (...) constata l'esistenza e ordina la cessazione di qualsiasi violazione del diritto d'autore o di un diritto connesso.

Egli può altresì emettere un'ingiunzione recante un provvedimento inibitorio nei confronti di intermediari i cui servizi siano utilizzati da un terzo per violare il diritto d'autore o un diritto connesso».

14 Gli articoli 20 e 21 della legge dell'11 marzo 2003, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione (*Belgisch Staatsblad*, 17 marzo 2003, pag. 12962) recepiscono nel diritto nazionale gli articoli 14 e 15 della direttiva 2000/31.

Causa principale e questione pregiudiziale

15 La SABAM è una società di gestione che rappresenta gli autori, i compositori e gli editori di opere musicali. A tale titolo, essa ha, in particolare, il compito di autorizzare l'utilizzo delle loro opere protette da parte di terzi.

16 La Netlog gestisce una piattaforma di rete sociale in linea sulla quale ogni iscritto riceve uno spazio personale, denominato «profilo», che l'utente stesso può riempire e che è accessibile a livello mondiale.

17 La funzione principale di tale piattaforma, quotidianamente utilizzata da decine di milioni di persone, è quella di creare comunità virtuali che consentono a dette persone di comunicare tra loro e, in tal modo, di stringere amicizie. Sul proprio profilo gli utenti possono, in particolare, tenere un diario, indicare i propri passatempi e preferenze, mostrare i propri amici, visualizzare foto personali o pubblicare estratti di video.

18 La SABAM ha tuttavia ritenuto che la rete sociale della Netlog permetta altresì a tutti gli utenti di utilizzare, tramite il loro profilo, opere musicali ed audiovisive del repertorio della SABAM, mettendo dette opere a disposizione del pubblico in maniera tale che altri utenti della suddetta rete possano avervi accesso, e questo senza l'autorizzazione della SABAM e senza che la Netlog versi un compenso a tale titolo.

19 Nel corso del mese di febbraio 2009, la SABAM si è rivolta alla Netlog al fine di stipulare una convenzione relativa al versamento, da parte di quest'ultima, di un compenso per l'utilizzo del repertorio della SABAM.

20 Con lettera del 2 giugno 2009, la SABAM ha intimato alla Netlog di impegnarsi a cessare immediatamente e per il futuro la messa a disposizione del pubblico non autorizzata di opere musicali e audiovisive del suo repertorio.

21 Il 23 giugno 2009 la SABAM ha fatto notificare alla Netlog un atto di citazione dinanzi al presidente del rechtbank van eerste aanleg te Brussel, nell'ambito di un'azione inibitoria ai sensi dell'articolo 87, paragrafo 1, della legge del 30 giugno 1994, sul diritto d'autore e sui diritti connessi, chiedendo, in particolare, che venga ordinato alla Netlog di cessare immediatamente qualsiasi messa a disposizione illecita delle opere musicali o

audiovisive del repertorio della SABAM, sotto pena del pagamento di una sanzione pecuniaria di 1 000 euro per ogni giorno di ritardo.

22 A tale riguardo, la Netlog ha sostenuto che l'accoglimento dell'azione della SABAM equivarrebbe ad imporre alla Netlog un obbligo generale di sorveglianza, vietato dall'articolo 21, paragrafo 1, della legge dell'11 marzo 2003, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, che recepisce nel diritto nazionale l'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2000/31.

23 Inoltre, la Netlog ha affermato, senza essere contraddetta dalla SABAM, che l'accoglimento di un'azione siffatta potrebbe avere l'effetto di costringerla a predisporre, nei confronti della sua intera clientela, in abstracto e a titolo preventivo, a sue spese e senza limiti nel tempo, un sistema di filtraggio della maggior parte delle informazioni memorizzate sui suoi server, al fine di individuare file elettronici contenenti opere musicali, cinematografiche o audiovisive sulle quali la SABAM affermi di vantare diritti e, successivamente, di bloccarne lo scambio.

24 Orbene, la predisposizione di un simile sistema di filtraggio farebbe, probabilmente, sorgere l'obbligo di sottoporre i dati personali ad un trattamento che deve essere conforme alle disposizioni del diritto dell'Unione sulla protezione dei dati personali e sul segreto delle comunicazioni.

25 Per questi motivi, il presidente del rechtbank van eerste aanleg te Brussel ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se le direttive 2001/29 e 2004/48, lette in combinato disposto con le direttive 95/46, 2000/31 e 2002/58, interpretate, in particolare, alla luce degli articoli 8 e 10 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, [firmata a Roma il 4 novembre 1950,] consentano agli Stati membri di autorizzare un giudice nazionale, adito nell'ambito di un procedimento nel merito e in base alla sola disposizione di legge che prevede che “[I giudici nazionali possono] altresì emettere un’ingiunzione recante un provvedimento inibitorio nei confronti di intermediari i cui servizi siano utilizzati da un terzo per violare il diritto d’autore o un diritto connesso”, ad ordinare ad un fornitore di servizi di hosting di predisporre, nei confronti della sua intera clientela, in abstracto e a titolo preventivo, esclusivamente a sue spese e senza limitazioni nel tempo, un sistema di filtraggio della maggior parte delle informazioni che vengono memorizzate sui suoi server, al fine di individuare file elettronici contenenti opere musicali, cinematografiche o audiovisive sulle quali la SABAM affermi di vantare diritti e, successivamente, di bloccare lo scambio di questi file».

Sulla questione pregiudiziale

26 Con la sua questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se le direttive 2000/31, 2001/29, 2004/48, 95/46 e 2002/58, lette nel loro combinato disposto ed interpretate alla luce delle condizioni che la tutela dei diritti fondamentali applicabili implica, debbano essere interpretate nel senso che ostano all’ingiunzione, rivolta da un giudice nazionale ad un prestatore di servizi di hosting, di predisporre un sistema di filtraggio:

- delle informazioni memorizzate sui server di detto prestatore dagli utenti dei suoi servizi;
- che si applichi indistintamente nei confronti di tutti questi utenti;
- a titolo preventivo;

- a spese esclusive del prestatore, e
- senza limiti nel tempo,

idoneo ad identificare i file elettronici contenenti opere musicali, cinematografiche o audiovisive rispetto alle quali il richiedente il provvedimento di ingiunzione affermi di vantare diritti di proprietà intellettuale, onde bloccare la messa a disposizione del pubblico di dette opere, lesiva del diritto d'autore (in prosieguo: il «sistema di filtraggio controverso»).

27 A tale proposito, è anzitutto pacifico che il gestore di una piattaforma di rete sociale in linea, quale la Netlog, memorizza sui propri server informazioni fornite dagli utenti di tale piattaforma e relative al loro profilo e che, pertanto, questi è un prestatore di servizi di hosting ai sensi dell'articolo 14 della direttiva 2000/31.

28 Occorre altresì rammentare che, secondo gli articoli 8, paragrafo 3, della direttiva 2001/29 e 11, terza frase, della direttiva 2004/48, i titolari di diritti di proprietà intellettuale possono chiedere un provvedimento inibitorio nei confronti dei gestori di piattaforme di reti sociali in linea, come la Netlog, che agiscono in qualità di intermediari ai sensi delle suddette disposizioni, dato che i loro servizi possono essere utilizzati dagli utenti di simili piattaforme per violare i diritti di proprietà intellettuale.

29 Inoltre, dalla giurisprudenza della Corte emerge che la competenza attribuita, a norma di tali disposizioni, ai giudici nazionali deve consentire a questi ultimi di ingiungere a detti intermediari di adottare provvedimenti diretti non solo a porre fine alle violazioni già inferte ai diritti di proprietà intellettuale mediante i loro servizi della società dell'informazione, ma anche a prevenire nuove violazioni (v. sentenza del 24 novembre 2011, *Scarlet Extended*, C-70/10, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 31).

30 Infine, dalla medesima giurisprudenza si evince che le modalità delle ingiunzioni che gli Stati membri devono prevedere ai sensi di detti articoli 8, paragrafo 3, e 11, terza frase, quali quelle relative alle condizioni che devono essere soddisfatte e alla procedura da seguire, devono essere stabilite dal diritto nazionale (v. sentenza *Scarlet Extended*, cit., punto 32).

31 Ciò premesso, le norme nazionali istituite dagli Stati membri, al pari della loro applicazione da parte dei giudici nazionali, devono rispettare i limiti derivanti dalle direttive 2001/29 e 2004/48, nonché dalle fonti del diritto alle quali tali direttive fanno riferimento (v. sentenza *Scarlet Extended*, cit., punto 33).

32 Così, conformemente al sedicesimo considerando della direttiva 2001/29 ed all'articolo 2, paragrafo 3, lettera a), della direttiva 2004/48, le suddette norme non possono pregiudicare le disposizioni della direttiva 2000/31 e, più precisamente, i suoi articoli 12-15 (v. sentenza *Scarlet Extended*, cit., punto 34).

33 Di conseguenza, le medesime norme devono rispettare, segnatamente, l'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2000/31, che vieta alle autorità nazionali di adottare misure che impongano ad un prestatore di servizi di hosting di procedere ad una sorveglianza generalizzata sulle informazioni che esso memorizza (v., per analogia, sentenza *Scarlet Extended*, cit., punto 35).

34 A questo riguardo, la Corte ha già dichiarato che siffatto divieto abbraccia, in particolare, le misure nazionali che obblighino un prestatore intermedio, come un prestatore di servizi di hosting, a realizzare una sorveglianza attiva su tutti i dati di ciascuno dei suoi clienti per prevenire qualsiasi futura violazione di diritti di proprietà intellettuale. Peraltro, un siffatto obbligo di sorveglianza generale sarebbe incompatibile con l'articolo 3 della direttiva 2004/48,

il quale enuncia che le misure contemplate da detta direttiva devono essere eque, proporzionate e non eccessivamente costose (v. sentenza *Scarlet Extended*, cit., punto 36).

35 Alla luce di tali premesse, occorre esaminare se l'ingiunzione di cui al procedimento principale, che imporrebbe al prestatore di servizi di hosting di predisporre il sistema di filtraggio controverso, lo obblighi a realizzare, in tale occasione, una sorveglianza attiva su tutti i dati di ciascuno degli utenti dei suoi servizi per prevenire qualsiasi futura violazione di diritti di proprietà intellettuale.

36 A tale riguardo, è pacifico che la predisposizione di tale sistema di filtraggio presupporrebbe che il prestatore di servizi di hosting:

- identifichi, anzitutto, all'interno dell'insieme dei file memorizzati sui suoi server da tutti gli utenti dei suoi servizi, quelli che possono contenere opere su cui i titolari di diritti di proprietà intellettuale affermano di vantare diritti;
- determini, successivamente, quali dei suddetti file siano memorizzati e messi a disposizione del pubblico in maniera illecita, e
- proceda, infine, al blocco della messa a disposizione dei file che ha considerato illeciti.

37 Pertanto, una siffatta sorveglianza preventiva richiederebbe un'osservazione attiva dei file memorizzati dagli utenti presso il prestatore di servizi di hosting e riguarderebbe sia la quasi totalità delle informazioni così memorizzate sia ciascuno degli utenti dei servizi di tale prestatore (v., per analogia, sentenza *Scarlet Extended*, cit., punto 39).

38 Alla luce delle suesposte considerazioni, occorre dichiarare che l'ingiunzione rivolta al prestatore di servizi di hosting di predisporre il sistema di filtraggio controverso lo obbligherebbe a procedere ad una sorveglianza attiva della quasi totalità dei dati relativi a ciascuno degli utenti dei suoi servizi, onde prevenire qualsiasi futura violazione di diritti di proprietà intellettuale. Ne consegue che la suddetta ingiunzione imporrebbe al prestatore di servizi di hosting una sorveglianza generalizzata, vietata dall'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2000/31 (v., per analogia, sentenza *Scarlet Extended*, cit., punto 40).

39 Per vagliare la conformità di tale ingiunzione al diritto dell'Unione, occorre inoltre tenere conto delle condizioni che discendono dalla tutela dei diritti fondamentali applicabili, come quelli menzionati dal giudice del rinvio.

40 In proposito va ricordato che l'ingiunzione oggetto del procedimento principale è volta a garantire la tutela dei diritti d'autore, che appartengono alla sfera del diritto di proprietà intellettuale e che possono essere lesi dalla natura e dal contenuto di talune informazioni memorizzate e messe a disposizione del pubblico attraverso il servizio fornito dal prestatore di servizi di hosting.

41 Sebbene la tutela del diritto di proprietà intellettuale sia sancita dall'articolo 17, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in prosieguo: la «Carta»), non può desumersi né da tale disposizione né dalla giurisprudenza della Corte che tale diritto sia intangibile e che la sua tutela debba essere garantita in modo assoluto (sentenza *Scarlet Extended*, cit., punto 43).

42 Come emerge, infatti, dai punti 62-68 della sentenza del 29 gennaio 2008, *Promusicae* (C-275/06, Racc. pag. I-271), la tutela del diritto fondamentale di proprietà, di cui fanno parte i diritti di proprietà intellettuale, deve essere bilanciata con quella di altri diritti fondamentali.

43 Più precisamente, dal punto 68 di tale sentenza emerge che è compito delle autorità e dei giudici nazionali, nel contesto delle misure adottate per proteggere i titolari di diritti d'autore, garantire un giusto equilibrio tra la tutela di tali diritti e quella dei diritti fondamentali delle persone su cui incidono dette misure.

44 Pertanto, in circostanze come quelle del procedimento principale, le autorità ed i giudici nazionali devono, in particolare, garantire un giusto equilibrio tra la tutela del diritto di proprietà intellettuale, di cui godono i titolari di diritti d'autore, e quella della libertà d'impresa, di cui beneficiano operatori quali i prestatori di servizi di hosting in forza dell'articolo 16 della Carta (v. sentenza *Scarlet Extended*, cit., punto 46).

45 Orbene, nel procedimento principale, l'ingiunzione di predisporre il sistema di filtraggio controverso implica una sorveglianza, nell'interesse di tali titolari, sulla totalità o sulla maggior parte delle informazioni memorizzate presso il prestatore di servizi di hosting coinvolto. Tale sorveglianza è inoltre illimitata nel tempo, riguarda qualsiasi futura violazione e postula che si debbano tutelare non solo opere esistenti, bensì anche opere che non sono state ancora create nel momento in cui viene predisposto detto sistema.

46 Un'ingiunzione di questo genere causerebbe, quindi, una grave violazione della libertà di impresa del prestatore di servizi di hosting, poiché l'obbligherebbe a predisporre un sistema informatico complesso, costoso, permanente e unicamente a sue spese, il che risulterebbe peraltro contrario alle condizioni stabilite dall'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2004/48, il quale richiede che le misure adottate per assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale non siano inutilmente complesse o costose (v., per analogia, sentenza *Scarlet Extended*, cit., punto 48).

47 Occorre pertanto dichiarare che l'ingiunzione di predisporre il sistema di filtraggio controverso non può considerarsi conforme all'esigenza di garantire un giusto equilibrio tra, da un lato, la tutela del diritto di proprietà intellettuale, di cui godono i titolari dei diritti d'autore, e, dall'altro, quella della libertà d'impresa, di cui beneficiano operatori come i prestatori di servizi di hosting (v., per analogia, sentenza *Scarlet Extended*, cit., punto 49).

48 Per di più, gli effetti di detta ingiunzione non si limiterebbero al prestatore di servizi di hosting, poiché il sistema di filtraggio controverso è idoneo a ledere anche i diritti fondamentali degli utenti dei servizi di tale prestatore, ossia il loro diritto alla tutela dei dati personali e la loro libertà di ricevere o di comunicare informazioni, diritti, questi ultimi, tutelati dagli articoli 8 e 11 della Carta.

49 Infatti, l'ingiunzione di predisporre il sistema di filtraggio controverso implicherebbe, da un lato, l'identificazione, l'analisi sistematica e l'elaborazione delle informazioni relative ai profili creati sulla rete sociale dagli utenti della medesima, informazioni, queste, che costituiscono dati personali protetti, in quanto consentono, in linea di principio, di identificare i suddetti utenti (v., per analogia, sentenza *Scarlet Extended*, cit., punto 51).

50 Dall'altro, detta ingiunzione rischierebbe di ledere la libertà di informazione, poiché tale sistema potrebbe non essere in grado di distinguere adeguatamente tra un contenuto illecito ed un contenuto lecito, sicché il suo impiego potrebbe produrre il risultato di bloccare comunicazioni aventi un contenuto lecito. Infatti, è indiscusso che la questione della liceità di una trasmissione dipende anche dall'applicazione di eccezioni di legge al diritto d'autore che variano da uno Stato membro all'altro. Inoltre, in determinati Stati membri talune opere possono rientrare nel pubblico dominio o possono essere state messe in linea a titolo gratuito da parte dei relativi autori (v., per analogia, sentenza *Scarlet Extended*, cit., punto 52).

51 Pertanto, occorre dichiarare che, adottando un'ingiunzione che costringa il prestatore di servizi di hosting a predisporre il sistema di filtraggio controverso, il giudice nazionale in questione non rispetterebbe l'obbligo di garantire un giusto equilibrio tra il diritto di proprietà intellettuale, da un lato, e la libertà di impresa, il diritto alla tutela dei dati personali e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni, dall'altro (v., per analogia, sentenza *Scarlet Extended*, cit., punto 53).

52 Alla luce di quanto precede, occorre rispondere alla questione sottoposta dichiarando che le direttive 2000/31, 2001/29 e 2004/48 lette in combinato disposto e interpretate alla luce delle esigenze di tutela dei diritti fondamentali applicabili, devono essere interpretate nel senso che ostano all'ingiunzione, rivolta ad un prestatore di servizi di hosting, di predisporre il sistema di filtraggio controverso.

Sulle spese

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

Per questi motivi, la Corte (Terza Sezione) dichiara:

Le direttive:

– **2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico»);**

– **2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, e**

– **2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale,**

lette in combinato disposto e interpretate alla luce delle esigenze di tutela dei diritti fondamentali applicabili, devono essere interpretate nel senso che ostano all'ingiunzione, rivolta da un giudice nazionale ad un prestatore di servizi di hosting, di predisporre un sistema di filtraggio:

– **delle informazioni memorizzate sui server di detto prestatore dagli utenti dei suoi servizi;**

– **che si applichi indistintamente nei confronti di tutti questi utenti;**

– **a titolo preventivo;**

– **a spese esclusive del prestatore, e**

– **senza limiti nel tempo,**

idoneo ad identificare i file elettronici contenenti opere musicali, cinematografiche o audiovisive rispetto alle quali il richiedente il provvedimento di ingiunzione affermi di

vantare diritti di proprietà intellettuale, onde bloccare la messa a disposizione del pubblico di dette opere, lesiva del diritto d'autore.