Diritto e Giustizia
IL QUOTIDIANO DI INFORMAZIONE GIURIDICA



Caso Yahoo!/Mediaset: dal dogma dell'irresponsabilità del provider all'accountability della nuova Direttiva UE sul diritto d'autore

Il provider neutro o passivo decade dal beneficio del regime di irresponsabilità quando quest'ultimo non abbia provveduto alla immediata rimozione dei contenuti illeciti nonché abbia continuato a pubblicarli, sebbene ricorressero congiuntamente queste tre condizioni: "a) sia a conoscenza legale dell'illecito perpetrato dal destinatario del servizio, per averne avuto notizia dal titolare del diritto leso oppure in altro modo; b) l'illiceità dell'altrui condotta sia ragionevolmente constatabile, onde il prestatore sia in colpa grave per non averla positivamente riscontata, alla stregua del grado di diligenza che è ragionevole attendersi da un operatore professionale della rete in un determinato momento storico; c) abbia la possibilità di attivarsi utilmente, in quanto reso edotto in modo sufficientemente specifico dei contenuti illecitamente immessi da rimuovere".

di Deborah Bianchi

Il caso. La vicenda si dipana fin dal 2011 (Trib. Milano n. 10893, del 9.09.11), quando RTI (Reti Televisive Italiane ovvero Mediaset) ottiene contro Yahoo! (Servizio "Yahoo!Video") l'inibitoria di ulteriore diffusione di spezzoni di trasmissioni coperte dal diritto d'autore come "Striscia la notizia" e "Amici" pena una astreinte di € 250,00 per ogni video non rimosso e per ogni giorno di ulteriore indebita permanenza. Il Giudice meneghino stigmatizza la diretta responsabilità del provider in caso di diffusione non autorizzata di contenuti protetti da copyright in quanto "hosting provider attivo". Il d.lgs. n. 70/2003 in recepimento della direttiva 2000/31/CE prevede l'esenzione da responsabilità per il fornitore di servizi elettronici di mere conduit, di caching e di hosting che svolga attività meramente tecniche, automatiche e passive (considerando 42 della direttiva 2000/31/CE). L'operatore che in qualche modo interferisca o gestisca i contenuti della rete (cosiddetto "hosting provider attivo" o "provider attivo") non può fruire dell'esenzione da responsabilità e rientra nel regime ordinario di responsabilità per colpa. Yahoo! viene inquadrato nella figura del provider attivo perché organizza e gestisce i contenuti immessi dagli utenti costituendo abbinamenti con messaggi pubblicitari, un motore di ricerca interno, nonché il servizio "video correlati".
La pronunzia milanese del 2011 consolida il filone pretorio già tracciato dal Tribunale di Roma nei confronti di "Google/Youtube" e dal medesimo Tribunale di Milano verso "Italia On Line".
Tale sentenza tuttavia viene impugnata e la Corte di Appello di Milano n. 38, del 7 gennaio 2015 ne ribalta il verdetto sostenendo che Yahoo! in questo caso è un hoster neutro che si limita a fornire agli utenti l'accesso a spazi sui propri server.
La parte soccombente (RTI) ricorre alla Suprema Corte che cassa la sentenza di secondo grado

GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE
Privacy | Governance | Social Policy | Condizioni generali di abbonamento | Note legali
© Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. - Capitale Sociale € 2.000.000 i.v. - Sede legale: via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano P.IVA 00829840156
Società a socio unico. Società soggetta alla direzione e coordinamento di Editions Lefebvre Sarrut S.A.
Associata Unione Stampa Periodica Italiana

ammettendo la responsabilità di Yahoo! con rinvio al Giudice di merito per verificare nei fatti la giusta modalità di individuare i video abusivi: indicazione del titolo del programma oppure indicazione delle URL.
Preme evidenziare che la Cassazione individua la responsabilità di Yahoo! sebbene continui a considerarlo un hoster neutro. Infatti anche l'hoster neutro o passivo decade dal beneficio del regime di irresponsabilità quando quest'ultimo non abbia provveduto alla immediata rimozione dei contenuti illeciti nonché abbia continuato a pubblicarli, sebbene ricorressero congiuntamente queste tre condizioni:
"a) sia a conoscenza legale dell'illecito perpetrato dal destinatario del servizio, per averne avuto notizia dal titolare del diritto leso oppure in altro modo;
b) l'illiceità dell'altrui condotta sia ragionevolmente constatabile, onde il prestatore sia in colpa grave per non averla positivamente riscontata, alla stregua del grado di diligenza che è ragionevole attendersi da un operatore professionale della rete in un determinato momento storico;
c) abbia la possibilità di attivarsi utilmente, in quanto reso edotto in modo sufficientemente specifico dei contenuti illecitamente immessi da rimuovere" (Cass. Civ. n. 7708/19). Gli Ermellini, nella pronunzia citata, tracciano l'evoluzione della figura del provider e della relativa responsabilità dagli inizi fino allo stadio attuale. Risulta molto utile ed interessante seguire il percorso logico-interpretativo della Suprema Corte in cui partendo dal dogma della irresponsabilità del provider e passando per la figura del "provider attivo" si giunge alla nuova fattispecie dell'accountability del provider alla luce della nuova Direttiva UE sul diritto d'autore.

Il dogma dell'irresponsabilità del provider. La Direttiva sul commercio elettronico 2000/31/CE recepita nel nostro ordinamento dal d.lgs. n. 70/2003, avendo l'obiettivo di promuovere lo sviluppo della società dell'informazione, opta per un regime di irresponsabilità del provider affinché gli imprenditori del digitale possano crescere ed espandersi. In particolare l'art. 14 della direttiva 2000/31/CE recepito nell'art. 16 d.lgs. n. 70/2003 stabilisce l'esenzione da responsabilità per i provider di mere conduit (semplice trasporto), di caching (memorizzazione temporanea), di hosting (memorizzazione duratura) perché - secondo lo stadio tecnologico del momento - si ritenevano operatori dediti ad attività di tipo "meramente tecnico, automatico e passivo" che non consentivano loro di conoscere e controllare i contenuti delle relative piattaforme (considerando 42 della Direttiva 2000/31/CE). Il considerando 42) della direttiva rende bene il quadro di questa fattispecie di esenzione da responsabilità:
«42) Le deroghe alla responsabilità stabilita nella presente direttiva riguardano esclusivamente il caso in cui l'attività di prestatore di servizi della società dell'informazione si limiti al processo tecnico di attivare e fornire accesso ad una rete di comunicazione sulla quale sono trasmesse o temporaneamente memorizzate le informazioni messe a disposizione da terzi al solo scopo di rendere più efficiente la trasmissione. Siffatta attività è di ordine meramente tecnico, automatico

GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE
Privacy | Governance | Social Policy | Condizioni generali di abbonamento | Note legali
© Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. - Capitale Sociale € 2.000.000 i.v. - Sede legale: via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano P.IVA 00829840156
Società a socio unico. Società soggetta alla direzione e coordinamento di Editions Lefebvre Sarrut S.A.
Associata Unione Stampa Periodica Italiana

e passivo, il che implica che il prestatore di servizi della società dell'informazione non conosce né controlla le informazioni trasmesse o memorizzate».
Questo regime di irresponsabilità o di esenzione da responsabilità viene applicato a condizione che il provider:
«a) non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione;
b) non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti [oppure su segnalazione secondo la DIR. 2000/31/CE], agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso» (art. 16 d.lgs. n. 70/03).
Al tempo, ricordiamo la vicenda giudiziaria di Google/Vividown (Trib. Milano n. 1972/2010 del 24/02/2010) che - per la prima volta - incrinò il dogma dell'irresponsabilità del provider. Un ragazzino down viene picchiato, molestato e insultato da alcuni compagni di scuola che registrano la scena e la caricano su YouTube. Il video ascende immediatamente ai primi posti e tiene la posizione per quasi una settimana.
Il caso scosse emotivamente dottrina e giurisprudenza costrette a registrare la fallibilità del dogma dell'irresponsabilità del provider di fronte ad esigenze di tutela imprescindibili. Come fu possibile che il gestore di YouTube (Google) non si fosse accorto di un video simile permanente ai primi posti per una settimana (sic!)? La neutralità del gestore umanamente non convinse ma il mondo del diritto non era ancora maturo per accogliere una soluzione di bilanciamento tra diritti d'impresa e diritti della persona. Il giudice del primo grado Oscar Magi fu intellettualmente crocifisso quando condannò i dirigenti di Google per illecito trattamento dei dati personali, sensibili e di salute del ragazzo.
La Corte di Appello (Corte d'appello di Milano n. 8611, 21.12.12) e la Cassazione (Cass. sez. III pen. n. 5107, 17 dicembre 2013 - dep. 3 febbraio 2014) sotterrarono la condanna di primo grado riammettendo l'irresponsabilità di Google quale provider neutro o passivo. La tesi della Procura Generale di Milano che allora non aveva convinto si dimostrò più tardi perfettamente in linea con l'evoluzione tecnologica. Secondo la Procura, Google non si era limitata ad offrire un mero spazio per l'upload di video quale fornitore neutro ma aveva applicato al materiale caricato attività di indicizzazione e catalogazione quale fornitore attivo decadendo così dal beneficio dell'esenzione di responsabilità e collocandosi nel regime della responsabilità ordinaria per colpa. Comunque, il "totem" era stato profanato. Nulla sarebbe mai più stato come prima nell'ambito della responsabilità dell'ISP (Internet Service Provider). Si apriva la strada a una nuova figura di fornitore: il "provider attivo".

Il "provider attivo" e la giurisprudenza europea. La giurisprudenza europea e di conseguenza quella interna hanno avvalorato sempre di più la figura del provider attivo fino a costituire un

GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE
Privacy | Governance | Social Policy | Condizioni generali di abbonamento | Note legali
© Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. - Capitale Sociale € 2.000.000 i.v. - Sede legale: via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano P.IVA 00829840156
Società a socio unico. Società soggetta alla direzione e coordinamento di Editions Lefebvre Sarrut S.A.
Associata Unione Stampa Periodica Italiana

consolidato filone giurisprudenziale. La pronunzia in commento, sebbene non riconosca a Yahoo! nel caso sotteso la qualità di provider attivo, ammette la figura del provider attivo che analizza ripercorrendo i leading case della giurisprudenza europea evidenziando i tratti peculiari di questa figura.

In particolare gli Ermellini stigmatizzano una serie di criteri per identificare il "provider attivo". Detti criteri - denominati "indici di interferenza" - sono i seguenti: «attività di filtro, selezione, indicizzazione, organizzazione, catalogazione, aggregazione, valutazione, uso, modifica, estrazione o promozione dei contenuti, operate mediante una gestione imprenditoriale del servizio, come pure l'adozione di una tecnica di valutazione comportamentale degli utenti per aumentarne la fidelizzazione».

La Corte Giustizia UE 23 marzo 2010 Vuitton/Google costituisce uno dei primi leading case in merito alla responsabilità dell'ISP considerato quale provider attivo. La Vuitton si era accorta che il proprio nome era stato acquistato da un competitor quale chiave di ricerca per il servizio Google Adwords. Il danno da concorrenza sleale e parassitismo subito dalla Vuitton era innegabile. Ovviamente la Google si riparava dietro lo scudo dell'irresponsabilità in quanto provider neutro o passivo. Tuttavia la maison francese non si rassegna e attiva un percorso giudiziario che condurrà a ribaltare la posizione della Google che da hoster neutro viene giudicato hoster attivo (provider attivo). Esattamente la CGUE sostiene:

«113 Dal quarantaduesimo ‘considerando’ della direttiva 2000/31 risulta che le deroghe alla responsabilità previste da tale direttiva riguardano esclusivamente i casi in cui l’attività di prestatore di servizi della società dell’informazione sia di ordine «meramente tecnico, automatico e passivo», con la conseguenza che detto prestatore «non conosce né controlla le informazioni trasmesse o memorizzate».

114 Pertanto, al fine di verificare se la responsabilità del prestatore del servizio di posizionamento possa essere limitata ai sensi dell’art. 14 della direttiva 2000/31, occorre esaminare se il ruolo svolto da detto prestatore sia neutro, in quanto il suo comportamento è meramente tecnico, automatico e passivo, comportante una mancanza di conoscenza o di controllo dei dati che esso memorizza.

118 Nell’ambito dell’esame di cui al punto 114 della presente sentenza, è invece rilevante il ruolo svolto dalla Google nella redazione del messaggio commerciale che accompagna il link pubblicitario o nella determinazione o selezione di tali parole chiave [pensiamo a Adwords o Adsense».

Altro leading case si ha con la sentenza CGUE 12.07.2011, C-324/09, L'Oreal/eBay in cui eBay che si considerava un intermediario neutro del popolare mercato virtuale viene invece inquadrato quale provider attivo perché ottimizzava le offerte di merci L'Oreal contraffatte, rendendone addirittura le relative aste particolarmente visibili su Google.

La CGUE sez. II, 14.06.2017, C-610/15 - Stichting Brein costituisce un altro caso in cui viene in rilievo la figura del provider attivo quale operatore che «indicizza, cataloga, filtra».

GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE
Privacy | Governance | Social Policy | Condizioni generali di abbonamento | Note legali
© Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. - Capitale Sociale € 2.000.000 i.v. - Sede legale: via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano P.IVA 00829840156
Società a socio unico. Società soggetta alla direzione e coordinamento di Editions Lefebvre Sarrut S.A.
Associata Unione Stampa Periodica Italiana

La Stichting Brein è una fondazione dei Paesi Bassi che protegge gli interessi dei titolari del diritto d'autore. La Ziggo e la XS4ALL sono fornitori di accesso ad Internet. Una parte rilevante dei loro abbonati utilizza la piattaforma di condivisione online TPB (The Pirate Bay) un indice BitTorrent che consente agli utenti di localizzare e fruire dei contenuti desiderati abusivamente, senza autorizzazione degli autori e degli editori.
La Ziggo e la XS4ALL costituiscono così l'intermediario per accedere a materiali soggetti a copyright e di fatto permettono che The Pirate Bay compia una "comunicazione al pubblico" non autorizzata perché eseguita con modalità diverse da quelle statuite dagli autori e perché rivolta ad un pubblico nuovo ovvero diverso da quello autorizzato. Pertanto la Stichting Brein agisce in giudizio per far ingiungere alle due società di bloccare i nomi di dominio e gli indirizzi IP della piattaforma di condivisione online «The Pirate Bay».
Tale piattaforma viene considerata assolutamente un provider attivo che "indicizza, cataloga, filtra":
«38 Non si può infine ritenere che gli amministratori della piattaforma di condivisione online TPB realizzino una «mera fornitura» di attrezzature fisiche atte a rendere possibile o ad effettuare una comunicazione, ai sensi del considerando 27 della direttiva 2001/29. Risulta infatti dalla decisione di rinvio che tale piattaforma provvede a indicizzare i file torrent, di modo che le opere a cui tali file torrent rinviano possono essere facilmente localizzate e scaricate dagli utenti della suddetta piattaforma di condivisione. Inoltre, dalle osservazioni presentate alla Corte emerge che la piattaforma di condivisione online TPB propone, in aggiunta a un motore di ricerca, un indice che classifica le opere in diverse categorie, a seconda della natura delle opere, del loro genere o della loro popolarità, e che gli amministratori di tale piattaforma verificano che un'opera sia inserita nella categoria adatta. Inoltre detti amministratori provvedono ad eliminare i file torrent obsoleti o errati e filtrano in maniera attiva determinati contenuti».
CGUE 7.08.2018, C-521/17, Coöperatieve Vereniging/Deepak Mehta
La Cooperatieve Verehiging è un'organizzazione con sede ad Amsterdam (Paesi Bassi), il cui oggetto è assicurare la rappresentanza collettiva e la tutela dei titolari di marchi. Tale ente ha affermato che il sig. Mehta aveva registrato nomi di dominio Internet che utilizzavano illecitamente segni identici ai marchi appartenenti ad alcuni suoi membri, nonché siti Internet sui quali erano illecitamente vendute merci recanti tali segni. Inoltre, la Cooperatieve ha sostenuto che il sig. Mehta era intestatario degli indirizzi IP corrispondenti ai predetti nomi di dominio e siti. Infine, la stessa ha sostenuto che il sig. Mehta era responsabile per l'uso illecito dei segni in causa da parte dei suddetti nomi di dominio e siti, uso che era stato più volte portato a sua conoscenza.
La Corte - stante la mancanza di prove - e' costretta a decidere per l'applicazione del regime di esenzione da responsabilità in quanto il Mehta si professa essere un provider neutro perché - avendo concesso in locazione tutti i domini e i siti di cui è intestatario ad altri soggetti terzi anonimi - non è in grado di conoscere e controllare le attività di tali terzi. Tuttavia viene rimessa al Giudice interno l'indagine sulla veridicità della tesi del Mehta che parrebbe nei fatti più un hoster

GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE
Privacy | Governance | Social Policy | Condizioni generali di abbonamento | Note legali
© Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. - Capitale Sociale € 2.000.000 i.v. - Sede legale: via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano P.IVA 00829840156
Società a socio unico. Società soggetta alla direzione e coordinamento di Editions Lefebvre Sarrut S.A.
Associata Unione Stampa Periodica Italiana

attivo che un hoster neutro.
Il provider attivo è l'operatore digitale dei nostri giorni. L'era dei motori di ricerca e delle piattaforme intelligenti lascia ben poco spazio alla figura del provider neutro che da realtà digitale ordinaria diviene l'eccezione.

Responsabilita' dell'Hoster attivo o Provider attivo. Il provider attivo in quanto tale non fruisce del beneficio di esenzione da responsabilità concesso al l'hoster neutro e quindi si trova sottoposto alla disciplina ordinaria della responsabilità per colpa:
«L'hosting provider attivo è il prestatore dei servizi della società dell'informazione il quale svolge un'attività che esula da un servizio di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, e pone, invece, in essere una condotta attiva, concorrendo con altri nella commissione dell'illecito, onde resta sottratto al regime generale di esenzione di cui all'art. 16 d.lgs. n. 70/2003, dovendo la sua responsabilità civile atteggiarsi secondo le regole comuni» (Cass. 7708/19).

Responsabilità dell'Hoster neutro o passivo. Non esistono esenzioni di responsabilità se vi è stata conoscenza dell'illecito e mancata attivazione per farlo cessare.
Il regime di esenzione di responsabilità - ai sensi del considerando 42) della Direttiva 2000/31/CE - si applica unicamente al provider neutro che abbia svolto attività di ordine meramente tecnico, automatico, passivo che non consentano all'ISP di conoscere e di controllare i contenuti trasmessi (mere conduit) o ospitati (caching e hosting).
Tuttavia nonostante il beneficio del regime derogatorio, anche l'hoster neutro può essere riassorbito nel regime ordinario di responsabilità per colpa quando venuto a conoscenza dell'illecito non si sia attivato prontamente per farlo cessare.
La CGUE 23.03.2010 Google/Vuitton esprime chiaramente questa situazione:
«120 .... l'art. 14 della direttiva 2000/31 deve essere interpretato nel senso che la norma ivi contenuta si applica al prestatore di un servizio di posizionamento su Internet qualora detto prestatore non abbia svolto un ruolo attivo atto a conferirgli la conoscenza o il controllo dei dati memorizzati. Se non ha svolto un siffatto ruolo, detto prestatore non può essere ritenuto responsabile per i dati che egli ha memorizzato su richiesta di un inserzionista, salvo che, essendo venuto a conoscenza della natura illecita di tali dati o di attività di tale inserzionista, egli abbia omesso di prontamente rimuovere tali dati o disabilitare l'accesso agli stessi».
La pronunzia in commento (Cass. 7708/19) sebbene inquadri Yahoo! come hoster neutro, riconosce il provider responsabile della violazione del copyright.
In definitiva, ai sensi dell'art. 16 d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, si configura la responsabilità del provider neutro o passivo (hosting provider) quando quest'ultimo non abbia provveduto alla immediata rimozione dei contenuti illeciti nonché abbia continuato a pubblicarli, sebbene

GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE
Privacy | Governance | Social Policy | Condizioni generali di abbonamento | Note legali
© Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. - Capitale Sociale € 2.000.000 i.v. - Sede legale: via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano P.IVA 00829840156
Società a socio unico. Società soggetta alla direzione e coordinamento di Editions Lefebvre Sarrut S.A.
Associata Unione Stampa Periodica Italiana

ricorressero congiuntamente queste tre condizioni:
«a) sia a conoscenza legale dell'illecito perpetrato dal destinatario del servizio, per averne avuto notizia dal titolare del diritto leso oppure in altro modo;
b) l'illiceità dell'altrui condotta sia ragionevolmente constatabile, onde il prestatore sia in colpa grave per non averla positivamente riscontata, alla stregua del grado di diligenza che è ragionevole attendersi da un operatore professionale della rete in un determinato momento storico;
c) abbia la possibilità di attivarsi utilmente, in quanto reso edotto in modo sufficientemente specifico dei contenuti illecitamente immessi da rimuovere".

"Effettiva conoscenza". La segnalazione può richiedere il filtraggio specifico. L'elemento dirimente in punto di RC Internet si coglie nell' "effettiva conoscenza" perché e' questa che trasforma la posizione lecita dell'ISP in una posizione di responsabilità. Al riguardo esistono due tesi: una minoritaria più restrittiva e una maggioritaria più aperta cui pare aderire la Cassazione 7708/19. La tesi restrittiva trova nella sentenza di appello Yahoo!/RTI una valida rappresentazione. La Corte di Appello di Milano, 7 gennaio 2015, n. 29, Caso YAHOO!I./ RTI stigmatizza il momento dell'"effettiva conoscenza" per il provider quando viene reso edotto in modo specifico dei contenuti lesivi. Questo significa che la parte offesa deve segnalare le URL precise in cui risulta allocato il contenuto illecito. Pertanto almeno fino a questo arresto giudiziale la "responsabilità a posteriori" si configura di fronte a una segnalazione dell'offeso indicante le URL "incriminate". Deducendo quindi che in mancanza di tale specificazione, un avviso generico non costituirebbe valido presupposto per far scattare la "responsabilità a posteriori" del provider.
La tesi aperta ammette invece la segnalazione dei contenuti lesivi anche tramite l'indicazione dei titoli dei materiali abusati. Il Trib. Roma 27.04.2016, RTI/break.com stabilisce l'attivazione della "responsabilità a posteriori" anche di fronte a una segnalazione generica dei contenuti lesivi senza precisare le specifiche URL di allocazione:
«Ritiene il Tribunale che ai fini della configurazione della responsabilità Internet a posteriori, la tesi dell'indicazione precisa delle URL sia insostenibile perché si pone in contrasto con tutte le direttive europee e le sentenze della Corte di Giustizia che, pur affermando l'insussistenza di un obbligo generale di sorveglianza, mai hanno considerato la necessità della specifica e tecnica indicazione degli URL essendo sufficiente un'indicazione specifica dei files illeciti (video, programmi, ecc...) tramite diffida o altro mezzo».
La Cassazione 7708/19 non si pronuncia espressamente su questo punto rinviando al giudice di merito. Tuttavia lascerebbe intendere che grazie ai sofisticati mezzi tecnologici esistenti potrebbe ammettersi anche una comunicazione "atecnica" con esatta specificazione dei video o dei contenuti abusati perché la piattaforma sarebbe in grado comunque di individuarli con sistemi di filtraggio specifico che non violano il divieto della sorveglianza preventiva generalizzata. La Suprema Corte pone a fondamento di questa osservazione la Comunicazione Commissione COM

GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE
Privacy | Governance | Social Policy | Condizioni generali di abbonamento | Note legali
© Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. - Capitale Sociale € 2.000.000 i.v. - Sede legale: via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano P.IVA 00829840156
Società a socio unico. Società soggetta alla direzione e coordinamento di Editions Lefebvre Sarrut S.A.
Associata Unione Stampa Periodica Italiana

(2017) 555 del 29.09.2017, «Lotta ai contenuti illeciti online. Verso una maggiore responsabilizzazione delle piattaforme online» che sostiene che "Visto il volume di materiale gestito dalle piattaforme online in veste di intermediario, nonché il progresso tecnologico nell'elaborazione di informazioni e nell'intelligenza artificiale, l'uso di tecnologie di individuazione e filtraggio automatico sta diventando uno strumento ancora più importante nella lotta contro i contenuti illegali online. Attualmente molte grandi piattaforme utilizzano qualche forma di algoritmo di abbinamento basata su una serie di tecnologie, dal semplice filtraggio dei metadati fino all'indirizzamento calcolato e alla marcatura (fingerprinting) dei contenuti.
La direttiva sul commercio elettronico chiarisce che le disposizioni relative alla responsabilità non impediscono di sviluppare e utilizzare effettivamente sistemi tecnici di protezione e di identificazione nonché strumenti tecnici di sorveglianza resi possibili dalla tecnologia digitale. Come chiarito anche dalla direttiva, tale utilizzo deve tuttavia avvenire entro i limiti fissati delle norme applicabili del diritto dell'UE e nazionale, in particolare in materia di tutela della vita privata e dei dati personali, e dal divieto nei confronti degli Stati membri di imporre obblighi generali di sorveglianza (Considerando 40 e articolo 15, paragrafo 1, della direttiva sul commercio elettronico).
Le legislazioni settoriali possono definire norme obbligatorie per l'adozione di misure da parte delle piattaforme online, ad esempio in materia di diritto d'autore, per contribuire a garantire l'individuazione e la rimozione di contenuti illegali, anche quando hanno diritto alla deroga alla responsabilità di cui all'articolo 14 della direttiva sul commercio elettronico"(Comunicazione COM (2017) 555 punto 3.3.2. "Utilizzo della tecnologia al fine di individuare contenuti illegali").
In un'ottica siffatta, viene ammessa anche l'inibitoria pro futuro che implica un filtraggio preventivo specifico solo per determinati contenuti. Il provider ha l'obbligo di far cessare o rimuovere gli illeciti (tutela ex post) ma ha anche l'obbligo di impedire altre violazioni dello stesso tipo (tutela ex ante). A supporto di questa tesi la Cassazione richiama la CGUE Sez. IV, 27 marzo 2014, C-314/12, UPC Telekabel/Costantin e Wega secondo cui "(37) la direttiva 2001/29 dispone che le misure che gli Stati membri sono tenuti ad adottare per conformarsi alla medesima abbiano l'obiettivo non solo di far cessare le violazioni inferte al diritto d'autore o ai diritti connessi, ma altresì di prevenirle (v., in tal senso, sentenze del 24 novembre 2011, Scarlet Extended, C‑70/10, Racc. pag. I‑11959, punto 31, e del 16 febbraio 2012, SABAM, C‑360/10, punto 29)".

Le due facce della responsabilità del provider: accountability e riparazione. Le pronunzie CGUE esposte di seguito denotano che fin dagli inizi la giurisprudenza non si è limitata a imporre solo misure interdittive (es. blocco attività lesiva) ma altresì ha suggerito anche misure attive (es. sistemi di filtraggio). Al tempo, risultava eccessivo imporre vere e proprie policy di gestione del rischio a causa dell'"arcaicità" di programmi incapaci di monitorare singoli casi. Il monitoraggio a tappeto avrebbe calpestato il diritto alla segretezza delle comunicazioni, il diritto alla privacy, il

GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE
Privacy | Governance | Social Policy | Condizioni generali di abbonamento | Note legali
© Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. - Capitale Sociale € 2.000.000 i.v. - Sede legale: via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano P.IVA 00829840156
Società a socio unico. Società soggetta alla direzione e coordinamento di Editions Lefebvre Sarrut S.A.
Associata Unione Stampa Periodica Italiana

diritto di manifestazione del pensiero e il diritto all'informazione.
Il progresso tecnologico ha raffinato i sistemi elettronici, ha introdotto l'intelligenza artificiale, ha accelerato i processi: adesso è possibile il filtraggio specifico e il video fingerprinting.
Grazie all'evoluzione tecnologica, la responsabilità dell'ISP si declina in uno stato ex ante e in uno stato ex post. Le misure di protezione che sono tenuti ad adottare perseguono l'obiettivo non solo di far cessare le violazioni (ex post) ma altresì di prevenirle secondo il principio dell'accountability (ex ante) in una logica di risk management policy.
CGUE sez. III 24 novembre 2011, C-70/10, Scarlet/SABAM
La SABAM è una società belga che rappresenta gli autori, i compositori e gli editori di opere musicali ed autorizza l'utilizzo delle loro opere da parte di terzi. La Scarlet è un mero fornitore di accesso ad Internet senza ulteriori servizi. Tuttavia la SABAM si accorge che gli utenti della Scarlet, tramite questo servizio di ISP, accedevano e scaricavano abusivamente contenuti soggetti a copyright belga. Pertanto SABAM agisce per ottenere l'ingiunzione alla Scarlet di adottare un sistema di filtraggio atto in via preventiva e generalizzata a bloccare le violazioni del diritto d'autore. La Corte si pronunzia stabilendo che il diritto europeo osta a tale ingiunzione perché: 1) imporrebbe alla Scarlet l'obbligo di sorveglianza generalizzata vietato dall'art. 15 della DIR. 2000/31/CE; 2) violerebbe la libertà di impresa dell'ISP obbligato ad adottare misure preventive molto costose ("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" punto 48, CGUE Scarlet/SABAM); 3) violerebbe il segreto delle comunicazioni e il diritto alla privacy; 4) contravverrebbe al principio del bilanciamento tra diritti pari rango secondo proporzionalità perché verrebbe riconosciuta una protezione assoluta ai diritti di proprietà intellettuale non ammessa nella logica giuridica europea del balance: "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.
CGUE Sez. IV, 27 marzo 2014, C-314/12 - UPC Telekabel/Constantin e Wega
La UPC Telekabel è un ISP austriaco. La Costantin Film e la Wega sono due case editrici che si accorgono che le loro opere cinematografiche venivano fruite abusivamente dagli utenti della Telekabel, mero intermediario di cui i contravventori si servivano per accedere a un sito web da cui era possibile scaricare o vedere in streaming i film. Le due case editrici agiscono per ottenere un'ingiunzione alla Telekabel al fine di predisporre misure preventive atte a determinare il blocco delle attività lesive.
Tuttavia in questa sede - a differenza del caso Scarlet/SABAM del 2011- la scelta della misura

GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE
Privacy | Governance | Social Policy | Condizioni generali di abbonamento | Note legali
© Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. - Capitale Sociale € 2.000.000 i.v. - Sede legale: via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano P.IVA 00829840156
Società a socio unico. Società soggetta alla direzione e coordinamento di Editions Lefebvre Sarrut S.A.
Associata Unione Stampa Periodica Italiana

preventiva viene lasciata all'ISP rifuggendo da sistemi di sorveglianza generalizzata oppressori della libertà di impresa, della libertà delle comunicazioni, del diritto alla privacy e del diritto all'informazione (censura del web a causa del mezzo di filtraggio). L'ISP viene inquadrato nell'ambito giuridico dell'accountability in cui l'operatore riesce a limitare la propria responsabilità ove provi di avere adottato le misure adeguate e ragionevoli per evitare l'illecito:
«52) Da un lato, un'ingiunzione, quale quella di cui al procedimento principale, lascia al suo destinatario l'onere di determinare le misure concrete da adottare per raggiungere il risultato perseguito, con la conseguenza che quest'ultimo può scegliere di adottare misure che più si adattino alle risorse e alle capacità di cui dispone e che siano compatibili con gli altri obblighi e sfide cui deve far fronte nell'esercizio della propria attività.
53) Dall'altro lato, tale ingiunzione consente al suo destinatario di sottrarsi alla propria responsabilità qualora dimostri di aver adottato tutte le misure ragionevoli. Orbene, tale possibilità di esenzione dalla responsabilità ha, ovviamente, la conseguenza che il destinatario di tale ingiunzione non sarà tenuto a fare sacrifici insostenibili, circostanza che appare in particolare giustificata alla luce del fatto che quest'ultimo non è l'autore della violazione del diritto fondamentale della proprietà intellettuale che ha dato luogo alla pronuncia della suddetta ingiunzione» (CGUE Sez. IV, 27 marzo 2014, C-314/12 - UPC Telekabel).
Si evince inoltre anche la delicata funzione sociale del provider che lungi dall'essere neutrale si trova ad essere intermediario delle relazioni tra utenti, editori, autori:
«a condizione tuttavia che, da un lato, le misure adottate non privino inutilmente gli utenti di Internet della possibilità di accedere in modo lecito alle informazioni disponibili e, dall'altro, che tali misure abbiano l'effetto di impedire o, almeno, di rendere difficilmente realizzabili le consultazioni non autorizzate dei materiali protetti e di scoraggiare seriamente gli utenti di Internet» (CGUE Sez. IV, 27 marzo 2014, C-314/12 - UPC Telekabel).

Responsabilità del provider. Verso il modello della nuova Direttiva UE sul copyright. Le piattaforme intelligenti costituiscono l'oggetto centrale della disciplina della nuova direttiva sul copyright. Sotto il profilo giuridico, queste realtà digitali vengono inquadrate nella figura dell'hoster attivo perché, fornendo servizi di memorizzazione e di messa a disposizione di contenuti protetti, eseguono un atto di comunicazione al pubblico *ex* art. 3 Direttiva 2001/29/CE. La piattaforma-hoster attivo che diffonde contenuti protetti senza autorizzazione incorre nella responsabilità per violazione del copyright.
La nuova direttiva sul diritto d'autore (2016/0280 (COD) Proposta di Direttiva del Parlamento e del Consiglio UE sul diritto d'autore nel mercato unico digitale, approvata il 26.03.19) impone alla piattaforma di stringere accordi di licenza con i titolari dei diritti al fine di evitare la responsabilità. In difetto di licenza, la piattaforma deve adottare tutte le misure preventive ragionevolmente idonee a limitare i rischi di illeciti. In definitiva, il Legislatore UE introduce l'accountability

GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE
Privacy | Governance | Social Policy | Condizioni generali di abbonamento | Note legali
© Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. - Capitale Sociale € 2.000.000 i.v. - Sede legale: via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano P.IVA 00829840156
Società a socio unico. Società soggetta alla direzione e coordinamento di Editions Lefebvre Sarrut S.A.
Associata Unione Stampa Periodica Italiana

compiendo un'inversione dell'onere della prova a carico del provider attivo. Pertanto in caso di violazione del copyright, la piattaforma sarà ritenuta direttamente responsabile ove non sia in grado di dimostrare di essere stata accountable adottando almeno la seguente strategia:
- ottenere una preventiva autorizzazione da parte del titolare dei diritti;
- rimuovere o bloccare l'accesso al contenuto protetto;
- prevenire future violazioni adottando specifiche misure (accountability).

La Cassazione n. 7708/19 disserta sul caso Yahoo!/RTI avendo ben presente il nuovo quadro di riferimento tecnologico e giuridico. La Direttiva 2000/31/CE non è più sufficiente per disciplinare i diritti di autore in un ambiente digitale troppo evoluto rispetto a prima. La figura del provider neutro o passivo costituisce ormai un'eccezione e quindi il regime di esenzione da responsabilità si applica sempre di meno. Le piattaforme intelligenti nella maggior parte dei casi si comportano come hoster attivi e così decadono dal beneficio del regime derogatorio di responsabilità avendo come unica possibilità quella o di ottenere la licenza o di provare di avere adottato tutte le misure preventive ragionevolmente idonee a limitare il rischio di illeciti.

In questo ultimo senso, si rinviene un nuovo sistema di responsabilità dell'hoster attivo che si affianca a quello ordinario: la responsabilizzazione, l'accountability.

Gli Ermellini della sentenza in commento (Cass. 7708/19) si dimostrano consapevoli di questo nuovo scenario giuridico al punto da citare più volte la Comunicazione della Commissione n.555 del 29.09.2017, «Lotta ai contenuti illeciti online. Verso una maggiore responsabilizzazione delle piattaforme online» e i Considerando della nuova direttiva sul diritto di autore. Tra questi ultimi, il considerando (38) esprime esattamente il nuovo spirito giuridico rivolto alla responsabilizzazione, all'accountability delle piattaforme digitali.

«(38) Qualora i prestatori di servizi della società dell'informazione memorizzino e diano pubblico accesso a opere o altro materiale protetti dal diritto d'autore caricati dagli utenti, andando così oltre la mera fornitura di attrezzature fisiche ed effettuando in tal modo un atto di comunicazione al pubblico, essi sono obbligati a concludere accordi di licenza con i titolari dei diritti, a meno che non rientrino nell'esenzione di responsabilità di cui all'articolo 14 della direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio».

«(38) Per garantire il funzionamento di qualsiasi accordo di licenza, i prestatori di servizi della società dell'informazione che memorizzano e danno pubblico accesso ad un grande numero di opere o altro materiale protetti dal diritto d'autore caricati dagli utenti dovrebbero adottare misure appropriate e proporzionate per garantire la protezione di tali opere o altro materiale, ad esempio tramite l'uso di tecnologie efficaci. L'obbligo dovrebbe sussistere anche quando i prestatori di servizi della società dell'informazione rientrano nell'esenzione di responsabilità di cui all'articolo 14 della direttiva 2000/31/CE» (2016/0280 (COD) Proposta di Direttiva del Parlamento e del Consiglio UE sul diritto d'autore nel mercato unico digitale, approvata il 26.03.19).

Dunque, il provider attivo ma anche quello neutro (considerando 38: l'obbligo dovrebbe sussistere anche quando i prestatori di servizi della società dell'informazione rientrano nell'esenzione di

GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE
Privacy | Governance | Social Policy | Condizioni generali di abbonamento | Note legali
© Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. - Capitale Sociale € 2.000.000 i.v. - Sede legale: via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano P.IVA 00829840156
Società a socio unico. Società soggetta alla direzione e coordinamento di Editions Lefebvre Sarrut S.A.
Associata Unione Stampa Periodica Italiana

responsabilità di cui all'articolo 14 della direttiva 2000/31/CE") devono adottare delle misure preventive "adeguate e proporzionate" (art. 13 direttiva sul copyright) per dimostrare di avere compiuto tutto il possibile per evitare l'illecito.
La Suprema Corte (Cass. 7708/19) non può giudicare nel merito e quindi declina di stabilire eventuali adempimenti ai fini probatori. Tuttavia dimostra la propria sensibilità al regime dell'accountability quando a pag. 33 sostiene che accanto all'onere dell'autore di specificare con esattezza i contenuti abusati può affiancarsi il richiamo al regime della discovery probatoria ex artt. 156-bis e 156-ter legge sul diritto d'autore.

GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE
Privacy | Governance | Social Policy | Condizioni generali di abbonamento | Note legali
© Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. - Capitale Sociale € 2.000.000 i.v. - Sede legale: via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano P.IVA 00829840156
Società a socio unico. Società soggetta alla direzione e coordinamento di Editions Lefebvre Sarrut S.A.
Associata Unione Stampa Periodica Italiana