

Flaminia Merla

**ATTIVITÀ DI «FILTRAGGIO» DEI
CONTENUTI ON-LINE, DIRITTI DI
PRIVATIVA E LIBERTÀ DI IMPRESA**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

TRIBUNALE ROMA

13 DICEMBRE 2011

PARTI:

RTI RETI

TELEVISIVE ITALIANE SPA
(avv. ti Previti, La Rosa)GOOGLE INC.
(avv. ti Berliri, Mansani,
Masnada e Staccioli)

Diritti di privativa e diritti connessi su manifestazioni sportive • Diffusione non autorizzata • Attività di impresa • Responsabilità del provider intermediario • Imposizione in via preventiva dell'obbligo generale di sorveglianza sui contenuti • Insussistenza • Diritto di libera manifestazione del pensiero.

Al diritto d'autore ed ai diritti connessi deve essere garantito un alto livello di protezione in quanto « essenziali » ai fini della creazione intellettuale; devono essere quindi considerati parte integrante del diritto di proprietà. Le norme a tutela del diritto d'autore, quelle a tutela della privacy, quelle a tutela delle informazioni e quelle a tutela della libertà di impresa

devono essere libere di coesistere senza che alcune possano essere ritenute di rango sovraordinato alle altre.

Non si possono estendere all'intermediario hosting provider i provvedimenti che avrebbero dovuto essere emessi nei confronti del titolare di un portale. Non è legittimo predisporre un sistema di filtraggio dei contenuti sulle comunicazioni elettroniche in relazione a possibili, future violazioni; esso postulerebbe la tutela di diritti non ancora venuti in essere e tale tutela sarebbe in contrasto con la libertà d'impresa ponendo a carico del prestatore la predisposizione di un sistema informatico troppo costoso ed in palese contrasto con l'art. 3 della direttiva 2004/48/CE; tale sistema di filtraggio sarebbe in contrasto anche con la tutela dei dati personali e con la libertà di informazione.

Visto il ricorso presentato da Reti Televisive Italiane s.p.a. che chiede: ordinare alle parti resistenti Google Inc., GoDaddy.Com.Inc., GoDaddy Netherlands B.V. la immediata rimozione dai propri server e la disabilitazione all'accesso di contenuti riproducenti sequenze di immagini fisse o in movimento relative a prodotti audiovisivi di RTI; la disabilitazione all'accesso dei detti contenuti attuata attraverso il portale telematico « Calciolink »; l'inibitoria alle parti resistenti dell'erogazione, ai titolari del portale, di qualsiasi servizio che possa essere utilizzato per perpetrare la violazione dei diritti audiovisivi licenziati ad RTI dalla Lega Calcio, dei diritti connessi, dei diritti di privativa sui marchi « Mediaset Premium », « Premium Calcio » e « Premium Calcio 24 » di RTI; la fissazione di congrua somma quale penale per ulteriori violazioni e per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione dell'emanando provvedimento; la pubblicazione dell'emanando provvedimento.

Considerato che Reti Televisive Italiane s.p.a. ha dedotto: di aver acquistato, con contratti di licenza stipulati con la Lega Calcio e con l'UEFA — specificamente indicati in atti —, i diritti esclusivi di trasmissione sulla piattaforma digitale e i diritti non esclusivi di trasmissione sulla piattaforma internet, relativi alle gare disputate dalle squadre Inter, Milan, Juventus, Roma, Lazio, Napoli, Fiorentina, Palermo, Genova, Bari, Bologna e Brescia nell'ambito del campionato italiano di calcio di serie A, della « Champions League » e dell'Europa League », per le stagioni sportive 2010-2011 e 2011-2012 con tutti i diritti connessi e i diritti non in

esclusiva di trasmissione su piattaforma IPTV e Internet; di essere altresì titolare esclusiva dei diritti di privativa sui marchi « Mediaset Premium », « Premium Calcio » e « Premium Calcio 24 »; di trasmettere i prodotti oggetto della licenza attraverso la piattaforma televisiva a pagamento denominata « Mediaset Premium » e attraverso siti specificamente indicati; che era stata rilevata la reiterata illecita diffusione e messa a disposizione del pubblico dal portale « Calciolink », ospitato sui server delle resistenti, in modalità live streaming, di emissioni audiovisive afferenti eventi calcistici di cui alla licenza con l'utilizzo del marchio « Premium Calcio »; che il gestore del portale non era stato identificato, né era al momento identificabile anche a causa della mancata collaborazione delle resistenti; che pertanto doveva essere riconosciuta la responsabilità dell'hosting provider che attraverso il portale telematico « Blogger.com » aveva consentito l'illecita riproduzione, trasmissione, comunicazione al pubblico dei prodotti audiovisivi di titolarità di RTI — il meccanismo del servizio e dell'accesso è specificamente indicato nelle relazioni tecniche allegate da entrambe le parti —; che la responsabilità delle resistenti aveva natura omissiva, dal momento che RTI aveva inviato diffide contenenti ogni informazione utile per la immediata identificazione del portale e dei contenuti contestati; che il comportamento censurato integrava, inoltre, la fattispecie generale di illecito aquiliano di cui all'art. 2043 c.c. nonché le varie fattispecie di illecito concorrenziale previste dall'art. 2598 c.c. ed in particolare quella qualificata come concorrenza parassitaria; che doveva ritenersi sussistente il *periculum in mora*, dato dalla prosecuzione della violazione atta a sottrarre alla ricorrente quote di mercato rilevanti, sia con riferimento al bacino di utenza televisiva e telematica, sia con riferimento al pregiudizio cagionato dalla condotta sulla raccolta pubblicitaria; che anche il rischio di reiterazione dell'illecito relativamente agli eventi relativi al campionato 2011-2012 doveva essere valutato a detti fini.

Vista la costituzione di Google Inc. che contesta l'interesse ad agire della ricorrente — allegazione che si sostanzia in una assunta carenza di legittimazione attiva — in difetto di licenza in via esclusiva su diritti di trasmissione su piattaforma IPTV e Internet e comunque chiede il rigetto dell'istanza cautelare deducendo, l'insussistenza di condotta illecita imputabile all'hosting provider, non responsabile e non tenuto a controllo preventivo dei contenuti immessi in rete dagli utenti.

Considerato che Google Inc. ha precisato di essersi comunque attivato tempestivamente per impedire l'accesso degli utenti ai contenuti asseritamente illeciti, avendo rimosso il portale in contestazione e avendo rimosso i meccanismi che consentivano l'accesso degli utenti ai contenuti, in quanto il portale telematico « Calciolink » avrebbe violato regole contrattuali.

Considerato che la ricorrente ha eccepito il difetto di procura di Google Inc.

Vista la normativa di riferimento.

Ritenuta l'infondatezza dell'eccezione di difetto di procura che appare validamente conferita dal legale rappresentante della resistente Google Inc ed efficace in Italia in forza della Convenzione dell'Aja, ratificata in Italia con L. n. 1253/1966 — tale normativa dispone che ciascuno degli stati contraenti dispensa dalla legalizzazione gli atti ai quali si applica la convenzione e che devono essere prodotti sul territorio —; che la sola formalità necessaria per attestare la veridicità della sottoscrizione e il titolo

in forza del quale il firmatario ha agito è l'apposizione dell'apostille; che la procura risulta rilasciata innanzi a notaio in San Francisco e completata di apostille in data 29 luglio 2011 dal Segretario di Stato della California; che, pertanto, la procura è valida ed efficace.

Vista la documentazione depositata dalle parti e le relazioni tecniche.

Considerato che l'art. 78-ter l.a. prevede la tutela in favore del produttore di videogrammi; che detta tutela è riconducibile alla natura imprenditoriale dell'attività nell'ambito della quale la realizzazione del videogramma si inserisce, a prescindere dalla presenza o meno nei videogrammi di un contenuto creativo; che elemento costitutivo del diritto del produttore dei videogrammi è la fissazione su un supporto materiale delle immagini e dei suoni che lo compongono; che l'interesse ad agire e la legittimazione di RTI, con riferimento alla prospettazione della domanda non pare discutibile, dal momento che RTI lamenta l'illecita diffusione di propri programmi e di propri contenuti e non evidentemente di contenuti di terzi relativi ai medesimi eventi sportivi — RTI ha documentato di essere titolare dei diritti connessi al diritto d'autore relativamente al programma ex art. 79 l.a.; ha documentato la condotta illecita contestata attuata tramite la captazione di immagini trasmesse da RTI su piattaforma digitale terrestre e la contestuale immissione sulla rete internet dei contenuti dei programmi contrassegnati dal logo « Premium » —.

Considerato che non è contestabile che il portale telematico « Calcio-link » abbia diffuso immagini protette da privativa utilizzando uno strumento nella propria disponibilità, messo a disposizione dall'hosting provider, strutturato per consentire a terzi la diffusione di contenuti — la prova è stata fornita tramite deposito delle schermate di pagine web, e tramite relazione tecnica —.

Considerato che il punto nodale della controversia è l'esistenza o meno di una responsabilità della convenuta Google Inc., per la diffusione di contenuti audio video immessi dagli utenti ove questi integrino violazione dei diritti del titolare. Considerato che il D.Lgs. n. 70/2003 — disciplina di riferimento in ordine all'attività del prestatore di servizi nella società dell'informazione, dettata in attuazione della direttiva 2000/31/CE — all'art. 16 dispone la non responsabilità dell'hosting provider, per illeciti commessi in rete, a condizione che il prestatore del servizio non sia effettivamente a conoscenza dell'illiceità dell'informazione o di fatti e circostanze che rendano manifesta detta illiceità e che, non appena a conoscenza di tali fatti e su comunicazione delle autorità competenti, agisca per rimuovere dette informazioni; che l'art. 17, intitolato « assenza dell'obbligo generale di sorveglianza », stabilisce che nella prestazione dei servizi di cui agli articoli 14, 15 e 16, il prestatore non è assoggettato ad un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza, né ad un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite; che fatte salve le disposizioni di cui agli articoli 14, 15 e 16, il prestatore è comunque tenuto: a) ad informare senza indugio l'autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza, qualora sia a conoscenza di presunte attività o informazioni illecite riguardanti un suo destinatario del servizio della società dell'informazione; b) a fornire senza indugio, a richiesta delle autorità competenti, le informazioni in suo possesso che consentano l'identificazione del destinatario dei suoi servizi con cui ha accordi di memorizzazione dei dati, al fine di individuare e prevenire attività illecite.

Considerato che l'esenzione di responsabilità di cui al primo comma dell'art. 16 per i contenuti informativi immessi in rete, non esclude che l'hosting provider possa essere destinatario di ordini da parte dell'autorità giudiziaria finalizzati a determinare la cessazione di violazioni commesse dai soggetti in favore dei quali il servizio è prestato; che l'art. 16, dopo avere sancito la limitazione di responsabilità dei prestatori di servizi di connettività, lascia comunque impregiudicata, all'ultimo comma, la possibilità per le autorità giudiziaria e amministrativa avente funzioni di vigilanza, di esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore impedisca o ponga fine alle violazioni commesse; che tale disposizione, analoga a quella contenuta nell'art. 14, terzo comma e nell'art. 15, secondo comma del D.Lgs. 70/03, contiene la previsione di un intervento giudiziale che consenta di esigere, anche in via d'urgenza, che il provider, nell'esercizio delle proprie attività, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse; che tale ipotesi appare finalizzata all'intento di pervenire con rapidità ed efficacia alla cessazione della violazione, imponendo anche al provider un'autonoma attivazione, pur in assenza di specifica responsabilità per le informazioni veicolate in rete, al fine di ottenerne la rimozione.

Considerato che la limitazione di responsabilità introdotta a beneficio degli internet service provider — ISP — è principalmente volta ad evitare l'introduzione di una nuova ipotesi di responsabilità oggettiva non legislativamente tipizzata.

Considerato che la normativa di riferimento comunitaria direttiva 2000/31 /CE dispone che la limitazione alla responsabilità dei prestatori intermedi lasci impregiudicata la possibilità di azioni inibitorie che obblighino a porre fine a violazioni o a impedirle — rimozione del contenuto illecito o disabilitazione all'accesso —; che gli stati membri non possono imporre ai prestatori di servizi un obbligo di sorveglianza di carattere generale; che il prestatore di un servizio non è responsabile se non dà origine alla trasmissione, non seleziona il destinatario, non seleziona né modifichi i contenuti; che non sussiste 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; che sussiste un dovere di informazione e comunicazione di dati identificativi ove si abbia contezza o notizia di presunte attività illecite; che i titolari dei diritti dovrebbero avere possibilità di chiedere provvedimenti inibitori anche contro intermediario, ove questi, anche operante in regime di esenzione, consenta violazioni in rete da parte di terzi; che gli stati possono ingiungere agli intermediari di adottare provvedimenti che contribuiscano in modo effettivo a porre fine alle violazioni; che tali provvedimenti trovano limite nel divieto di adottare misure che impongano al prestatore di servizi di procedere ad una sorveglianza generalizzata sulle informazioni che trasmette sulla propria rete; che non può disporsi un obbligo di vigilanza attiva sui dati degli utenti per prevenire violazioni in quanto onere incompatibile con il principio di cui all'art. 3 della direttiva 2004/48/CE — le misure contemplate devono essere eque, proporzionate e non eccessivamente costose —; che la tutela del diritto di proprietà intellettuale deve essere bilanciata con quella di altri diritti fondamentali delle persone su cui dette misure sono suscettibili di incidere.

Considerato che il potenziale contrasto tra la disciplina del D.Lgs. n. 70/2003 e quella successivamente introdotta dalla direttiva 2004/48/CE del 29 aprile 2004 — cd. direttiva « enforcement » — sul rispetto dei diritti di pro-

prietà intellettuale, attuata in Italia con D.Lgs. 16 marzo 2006 n. 140, è espressamente risolta dall'art. 2, n. 3, lett. a) della stessa direttiva 2004/48/CE, la quale lascia impregiudicata la direttiva 2000/31/CE in generale e le disposizioni degli articoli da 12 a 15 della direttiva 2000/31/CE; che la direttiva «enforcement», introdotta nel nostro ordinamento dal D.Lgs. n. 140/2006, deve essere applicata nel rispetto della disciplina di cui al D.Lgs. n. 70/2003; che, pertanto, nel bilanciamento dei contrapposti interessi deve essere assicurato il rispetto delle esigenze di promozione e tutela della libera circolazione dei servizi della società dell'informazione.

Considerato che le attuali modalità di prestazione del servizio di hosting non sono più sovrapponibili a quanto tipizzato nella normativa comunitaria, in quanto i servizi offerti non si realizzano nella mera predisposizione del servizio tecnico che consente di attivare e fornire accesso ad una rete di comunicazione sulla quale sono trasmesse o temporaneamente memorizzate informazione messe a disposizione da terzi; che attualmente il prestatore di servizi partecipa all'organizzazione della gestione dei contenuti immessi dagli utenti, predisponendo indicizzazioni e consentendo all'utente di accedere ai video «correlati» — visualizzazione automatica di video operata selezionando i contenuti dei contributi presenti in rete —, organizzazione dalla quale trae anche sostegno finanziario in ragione dello sfruttamento pubblicitario connesso alla presentazione organizzata dei contenuti — il fine di lucro è fisiologico alla natura dell'impresa e si realizza tramite la vendita di spazi pubblicitari a pagamento, la promozione di servizi a pagamento —; che gli utili dell'attività imprenditoriale dei prestatori non appaiono limitati e contenuti al recupero del costo del servizio erogato; che il prestatore convenzionalmente si riserva il diritto di controllo, esclusione di contenuti, interruzione della fornitura, ove il servizio perda di convenienza economica o venga disatteso il regolamento contrattuale.

Considerato che dette valutazioni sono confermate dalla circostanza che Google Inc. ha predisposto un servizio di segnalazione di abusi, che ha una finalità solo ove il fornitore di hosting si assuma un autonomo onere di controllo dei contenuti immessi e si riservi il diritto di escluderli.

Ritenuto che nell'ambito di tale quadro normativo occorre procedere alla valutazione delle condotte in concreto addebitabili a Google Inc. con riferimento al provvedimento di inibitoria richiesto in questa sede; che nel caso di specie risulta che al momento della notifica del ricorso, che precisamente e dettagliatamente denunciava la presenza di contenuti illeciti nel portale in contestazione ed integrava comunicazione idonea a far sorgere una responsabilità per condotta omissiva per il prestatore, in mancanza del rispetto degli oneri di attivazione previsti dalla norma, Google Inc. avesse già disattivato l'accesso al portale e ai contenuti; che, pertanto, a prescindere dalla questione dell'applicabilità alla fattispecie in esame dell'esenzione di cui all'art. 16 D.Lgs. n. 70/2003, risulta da relazione tecnica che il portale ed il materiale audiovisivo denunciato quale illecito non sono più ospitati sui server della società resistente, circostanza che non consente la prosecuzione degli illeciti — i contenuti del portale identificato con il nome a dominio www.calcio.link risulta rimosso e risultano rimossi i meccanismi che consentivano l'accesso ai contenuti —; che la riattivazione del servizio da parte di Google è, allo stato, una mera ipotesi.

Ritenuto che non ricorrano, pertanto, i presupposti di fatto per estendere all'hosting provider i provvedimenti cautelari che avrebbero potuto

essere emessi nei confronti del titolare del portale, ove identificato e convenuto in giudizio.

Ritenuto, quanto alla richiesta di inibitoria finalizzata ad impedire la futura diffusione di contenuti non ancora presenti sulla rete, che l'istanza non possa essere accolta, in mancanza dei presupposti normativi perché possa essere accordata una siffatta tutela; che il diritto alla tutela invocato *ex art. 78 e 79 l.a.* deve essere armonizzato e attuato nel bilanciamento dei contrapposti interessi coinvolti — tutela della proprietà intellettuale, tutela della libera circolazione dei servizi, tutela della libertà di informazione —; che il controllo preventivo non pare condotta esigibile dall'hosting, dal momento che il giudice italiano non può porre uno specifico obbligo di sorveglianza in violazione del chiaro dettato comunitario; che il fornitore del servizio non può essere assoggettato all'onere di procedere ad una verifica in tempo reale del materiale immesso dagli utenti — onere non esigibile in ragione della complessità tecnica di siffatto controllo e del costo —; che anche ove il controllo divenisse attuabile con costi contenuti e con meccanismi automatici configgerebbe con forme di libera manifestazione e comunicazione del pensiero; che, pertanto, deve concludersi che l'inibitoria possa avere quale oggetto contenuti esistenti e presenti sulla rete e non contenuti futuri.

Considerato che detti principi sono stati ribaditi dalla pronuncia della corte europea del 24 novembre 2011 nel procedimento C-70/10 avente ad oggetto la questione interpretativa della direttiva sul commercio elettronico — 2000/31/CE —; della direttiva sull'armonizzazione dei diritti di autore e connessi nella società dell'informazione — 2001/29/CE —; della direttiva sulla tutela dei diritti della proprietà intellettuale — 2004/48/CE; della direttiva sulla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali e alla libera circolazione dei dati — 1995/46/CE —; della direttiva sul trattamento dei dati personali e sulla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche — 2002/58/CE.

Considerato che la questione verteva sul rifiuto di società di servizi di predisporre un sistema di filtraggio delle comunicazioni elettroniche realizzate tramite programmi per lo scambio di archivi, onde impedire gli scambi dei file lesivi della proprietà intellettuale; che la decisione, alla quale si rimanda per il contenuto in fatto, conclude che un sistema di filtraggio su tutte le comunicazioni elettroniche, che riguardi una futura violazione, postula che si debbano tutelare diritti ancora non sussistenti; che una siffatta tutela colliderebbe con la libertà di impresa, obbligando il prestatore di servizi a predisporre un sistema informatico, allo stato della tecnica, complesso costoso e permanente, unicamente a suo carico, che risulterebbe contrario alle condizioni stabilite dall'art. 3 della direttiva 2004/48; che non sarebbe rispettato il giusto equilibrio tra la tutela del diritto di proprietà intellettuale e quella della libertà d'impresa; che il sistema di filtraggio sarebbe, comunque, suscettibile di ledere i diritti fondamentali degli utenti relativi alla tutela dei dati personali e della libertà di ricevere o comunicare informazioni; che il sistema sarebbe, anche, suscettibile di ledere la libertà di informazione perché potrebbe non essere in grado di distinguere adeguatamente tra contenuti con il risultato di bloccare comunicazioni a contenuto lecito; che le direttive richiamate lette in combinato disposto ostano all'ingiunzione ad un fornitore di accesso ad internet di predisporre un sistema di filtraggio delle comunica-

zioni elettroniche che transitano per i suoi servizi, ove sia applicato ad un numero indistinto di utenti, ove sia applicato a titolo preventivo, ove sia applicato a spese esclusivamente a carico del prestatore, ove sia applicato senza limiti di tempo.

Ritenuto che, in conclusione, vanno rigettate le richieste cautelari avanzate da RTI dal momento che risulta già attuata la tutela richiesta tramite la rimozione del portale telematico « Calciolink » e dal momento che non risultano visibili sulla porzione di rete servita da Google Inc. contenuti afferenti i prodotti audiovisivi per cui è causa.

Ritenuto che tutte le altre questioni sollevate dalle parti restino assorbite dalla decisione.

Ritenuto che sussistono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese relative al rapporto processuale instaurato tra RTI e Google Inc., in considerazione della mancanza di un univoco orientamento giurisprudenziale sulle questioni trattate in materia di responsabilità dell'hosting provider, e della novità data dalla pronuncia della corte europea.

P.Q.M. — rigetta il ricorso,
— compensa interamente le spese di lite tra Reti Televisive Italiane S.p.A. e Google Inc.

**ATTIVITÀ DI
« FILTRAGGIO » DEI
CONTENUTI ON-LINE,
DIRITTI DI PRIVATIVA
E LIBERTÀ DI IMPRESA**

1. IL CASO.

La società Reti Televisive Italiane s.p.a. (RTI) conveniva in giudizio Google Inc., GoDaddy.Com.Inc. e GoDaddy Netherlands B.V. e chiedeva, in via d'urgenza, la immediata rimozione dai propri server e la disabilitazione all'accesso di contenuti riproducibili prodotti audiovisivi di RTI; tali diritti audiovisivi erano infatti con-

cessi in licenza a quest'ultima dalla Lega Calcio, ed erano diffusi attraverso il *portale telematico* « Calciolink »; chiedeva inoltre l'inibitoria alle resistenti dell'erogazione di qualsiasi servizio in violazione dei diritti audiovisivi licenziati alla RTI dei diritti connessi, dei diritti di privativa sui rispettivi marchi di proprietà « Mediaset Premium », « Premium Calcio » e « Premium Calcio 24 » chiedendo una penale per le ulteriori violazioni e per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione dell'emanando provvedimento.

L'emittente televisiva rivendicava la concessione della licenza in via esclusiva di trasmissione su *piattaforma digitale* e i diritti non esclusivi di trasmissione su piattaforma internet relativi alle gare di alcune squadre nell'ambito del campionato di calcio di serie A, della « Champions League » e dell'« Europa League » per le stagioni sportive del 2010-2011 e 2011-2012; conseguentemente la titolarità di tutti i diritti connessi e dei diritti non esclusivi di trasmissione su piattaforma IPTV e Internet¹.

¹ Per approfondire la tematica della trasmissione di eventi sportivi oggetto di

privativa: P. SAMMARCO, *Esclusiva televisiva sugli eventi sportivi di particolare rile-*

La ricorrente infatti è titolare in via esclusiva sui marchi « Mediaset Premium » e di quelli ad esso collegati, che trasmette attraverso la *piattaforma televisiva* a pagamento « Mediaset Premium » ed i marchi ad esso collegati, nonché attraverso siti specificatamente indicanti i prodotti oggetto di licenza « Mediaset Premium ». La reiterata ed illecita diffusione di contenuti oggetto di privativa avveniva attraverso il *portale* « Calcio-link », ospitata sui *server* della resistente Google, in modalità live streaming, di emissioni audiovisive di eventi calcistici di cui alla licenza con l'utilizzo del marchio « Premium ». I titolari del portale non erano stati reperiti a causa della mancata collaborazione della resistente, configurando in tal modo una responsabilità a carattere omissivo a carico dell'*hosting provider* che aveva consentito l'illecita comunicazione al pubblico. L'emittente denunciava inoltre che andava ravvisato in tale comportamento il generale illecito aquilano di cui all'art. 2043 c.c. e le varie fattispecie di illecito concorrenziale di cui all'art. 2598 c.c., ed in particolare quello di concorrenza parassitaria.

Google Inc. sosteneva invece il difetto della licenza in via esclusiva sui diritti di trasmissione su *piattaforma IPTV* e Internet, nonché l'inesigibilità di un controllo preventivo dei contenuti immessi in rete da parte degli utenti a carico dell'*hosting provider*. Dichiarava di essersi in ogni caso attivato per impedire l'accesso degli utenti avendo infatti rimosso il *portale* contestato ed i meccanismi collegati al suo accesso, in quanto quest'ultimo aveva violato le regole contrattuali.

2. LA DECISIONE DEL TRIBUNALE DI ROMA.

Il Tribunale sostiene, con la decisione in rassegna, che l'art. 78^{2-ter} l.a. tutela il produttore di videogrammi e che l'elemento costitutivo di tale diritto si sostanzia nella fissazioni di essi su un supporto materiale. Sostiene

vanza e regole comunitarie, nota a trib. Unione Europea 17 febbraio 2011, in questa *Rivista*, 2011, 4/5, 653; P. SAMMARCO, *Le partite di calcio in tv e la loro ritrasmissione non autorizzata via web*, nota a trib. Milano 20 marzo 2010, in questa *Rivista*, 2010, 6, 922; M. BETTONI, *La transnazionalità della rete e la trasparenza della censura: considerazioni sul caso Google Cina*, in *Cyberspazio e diritto*, 2010, 438

² L'art. 78-ter della legge sul diritto d'autore dispone che: « 1. Il produttore di opere cinematografiche o audiovisive o di sequenze di immagini in movimento è titolare del diritto esclusivo: a) di autorizzare la riproduzione diretta o indiretta, temporanea o permanente, in qualunque modo o forma, in tutto o in parte, degli originali e delle copie delle proprie realizzazioni; b) di autorizzare la distribuzione con qualsiasi mezzo, compresa la vendita, dell'originale e delle copie di tali realizzazioni. Il diritto di distribuzione non si esaurisce nel territorio della Comunità europea

se non nel caso di prima vendita effettuata o consentita dal produttore in uno Stato membro; c) di autorizzare il noleggio ed il prestito dell'originale e delle copie delle sue realizzazioni. La vendita o la distribuzione, sotto qualsiasi forma, non esauriscono il diritto di noleggio e di prestito; d) di autorizzare la messa a disposizione del pubblico dell'originale e delle copie delle proprie realizzazioni, in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente. Tale diritto non si esaurisce con alcun atto di messa a disposizione del pubblico. 2. La durata dei diritti di cui al comma 1 è di cinquanta anni dalla fissazione. Se l'opera cinematografica o audiovisiva o la sequenza di immagini in movimento è pubblicata o comunicata al pubblico durante tale termine, la durata è di cinquanta anni dalla prima pubblicazione o, se anteriore, dalla prima comunicazione al pubblico dell'opera cinematografica o audiovisiva o della sequenza di immagini in movimento.

quindi che RTI ha documentato la sua titolarità sui diritti connessi al diritto d'autore relativamente al programma, *ex art.* 79³ l.a., e l'immissione sulla rete internet dei contenuti dei programmi contrassegnati dal logo « Premium » da parte del *portale telematico* « Calciolink ». Il Tribunale afferma inoltre che il punto nodale della controversia è costituito dall'esistenza o meno di una responsabilità della convenuta, Google Inc., di cui agli artt. 16 e 17 del D.Lgs. 70/2003 dettati in attuazione della direttiva 2003/31/CE relativa ai servizi della società dell'informazione.

Il giudice ritiene che l'autorità giudiziaria e quella amministrativa con funzione di vigilanza possano esigere che il prestatore ponga fine alle violazioni commesse imponendo anche al *provider* un'autonoma attivazione, seppur in assenza di un'autonoma responsabilità per le informazioni veicolate in rete. La normativa di riferimento — direttiva 2003/31/CE — impone quindi la possibilità di azioni inibitorie successive, ma non impone ai prestatori l'obbligo generale di sorveglianza sui contenuti immessi in rete, né tanto meno quello di ricercare attivamente illeciti; che sussiste un dovere di informazione e comunicazione di dati identificativi ove si abbia notizia di attività illecite; impone poi che gli Stati membri possano ingiungere agli intermediari di porre fine alle attività illecite senza però dettare nei loro confronti una sorveglianza generalizzata sulle informazioni né quello di vigilanza attiva sui dati degli utenti in quanto onere incompatibile con il principio di cui all'art. 3 della direttiva 2004/48/CE⁴ — c.d. direttiva « enforcement » — ove le misure ivi contemplate non siano ecces-

³ L'art. 79 della legge sul diritto d'autore dispone che: « Diritti relativi all'emissione radiofonica e televisiva 1. Senza pregiudizio dei diritti sanciti da questa legge a favore degli autori, dei produttori di fonogrammi, dei produttori di opere cinematografiche o audiovisive o di sequenze di immagini in movimento, degli artisti interpreti e degli artisti esecutori, coloro che esercitano l'attività di emissione radiofonica o televisiva hanno il diritto esclusivo: a) di autorizzare la fissazione delle proprie emissioni effettuate su filo o via etere: il diritto non spetta al distributore via cavo qualora ritrasmetta semplicemente via cavo le emissioni di altri organismi di radio-diffusione; b) di autorizzare la riproduzione diretta o indiretta, temporanea o permanente, in qualunque modo o forma, in tutto o in parte, delle fissazioni delle proprie emissioni; c) di autorizzare la ritrasmissione su filo o via etere delle proprie emissioni, nonché la loro comunicazione al pubblico, se questa avviene in luoghi accessibili mediante pagamento di un diritto di ingresso; d) di autorizzare la messa a disposizione del pubblico in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso nel luogo o nel momento scelti individualmente, delle fissazioni delle proprie emissioni, siano esse effettuate su filo o via etere; e) di autorizzare la distribuzione delle fissazioni delle proprie emissioni. Il diritto di distribu-

zione non si esaurisce nel territorio della Comunità europea, se non nel caso di prima vendita effettuata o consentita dal titolare in uno Stato membro; f) i diritti di cui alle lettere c) e d) non si esauriscono con alcun atto di comunicazione al pubblico o di messa a disposizione del pubblico. 2. I soggetti di cui al comma 1 hanno altresì il diritto esclusivo di utilizzare la fissazione delle proprie emissioni per nuove trasmissioni o ritrasmissioni o per nuove registrazioni. 3. L'espressione radio-diffusione ha riguardo all'emissione radiofonica e televisiva. 4. L'espressione su filo o via etere include le emissioni via cavo e via satellite. 5. La durata dei diritti di cui al comma 1 è di cinquanta anni dalla prima diffusione di una emissione.

⁴ L'art. 3 della direttiva 2004/48/CE dispone che: « Obbligo generale. 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.

sivamente costose; la tutela dei diritti di proprietà intellettuale deve quindi essere bilanciata con quella degli altri diritti fondamentali delle persone su cui queste misure incidono. Considera poi che tale direttiva, introdotta nel nostro ordinamento dal D.Lgs. n. 146/2006, deve agire nel pieno rispetto della disciplina del D.Lgs. 70/2003.

Il Tribunale ritiene ormai pacifico che attualmente il prestatore di servizi della società dell'informazione partecipa attivamente alla gestione dei contenuti immessi dagli utenti (*indicizzazione*, accesso a video correlati ecc.); afferma inoltre che tali attività di organizzazione dei contenuti trovano la loro ragion d'essere nel sostegno finanziario apportato dall'attività pubblicitaria, e che, pertanto, il fine di lucro è fisiologico all'attività d'impresa, come gli utili percepiti sono il risultato dei costi sostenuti per l'erogazione del servizio. Rileva anche la circostanza che Google Inc. ha predisposto il servizio di segnalazione degli abusi e che lo stesso, al momento della notifica del ricorso, si era già attivato per disattivare l'accesso a tali illeciti contenuti che infatti non erano più ospitati sui server della resistente.

Il Tribunale afferma che non si possano estendere all'intermediario *hosting provider*, Google Inc., i provvedimenti che avrebbero dovuto essere emessi nei confronti del titolare del portale « Calciolink » e che non si possa imporre una tutela inibitoria preventiva atta ad impedire la futura diffusione di tali contenuti in quanto in contrasto con il dettato normativo comunitario sia in relazione all'onere del costo di tale controllo, ed ove tale costo divenisse accessibile sarebbe in ogni caso in contrasto con la libertà di manifestazione del pensiero. Tale conclusione è sancita nella recente pronuncia dalla Corte Europea nel procedimento C-70/10 del 24 novembre 2011⁵, richiamata dall'ordinanza in commento, la quale ritiene che predisporre un sistema di *filtraggio dei contenuti* sulle comunicazioni elettroniche su future violazioni postula la tutela di diritti non ancora venuti in essere e che tale tutela sarebbe in contrasto con la libertà d'impresa ponendo a carico del prestatore la predisposizione di un sistema informatico troppo costoso ed in palese contrasto con l'art. 3 della direttiva 2004/48/CE, che tale *sistema di filtraggio* sarebbe in contrasto comunque con la tutela dei dati personali e con la libertà di informazione; sulla base di tali motivazioni ha respinto le richieste di RTI.

3. LA PRONUNCIA DELLA CORTE EUROPEA RICHIAMATA NEL PROVVEDIMENTO DEL TRIBUNALE DI ROMA.

Interessante notare come la decisione esaminanda sia la prima pronuncia italiana successiva alla sentenza della Corte Europea, sopra richiamata, Scarlet Extended SA c/ SABAM (société bekge des auteurs, compositeurs et editeurs SCRL) la quale ha dato una chiara ed univoca interpretazione delle direttive comunitarie relative ai servizi della società dell'informazione.

In particolare essa, tenendo conto delle condizioni derivanti dalla tutela dei diritti fondamentali, ha interpretato le direttive relative ai servizi

⁵ Cfr. sent. del 24 novembre 2011 nel procedimento C-70/10 disponibile al sito: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62010CJ0070:IT:HTML)

della società dell'informazione — 2000/31/CE c.d. « direttiva sul commercio elettronico », 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, 95/46/CE sulla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche — statuendo espressamente che esse 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 di « *peer to peer* », che si applicano a tutta la sua clientela, a titolo preventivo, a sue spese esclusive e senza limiti di tempo; idonee quindi 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 »⁶.

I giudici della Corte stabiliscono che « sebbene la tutela del diritto di proprietà intellettuale sia sancita dall'art. 17, n. 2⁷, 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 ». Essi rilevano inoltre 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 ».

Da ciò si evince chiaramente che i Giudici della Corte di Giustizia hanno voluto stabilire il principio secondo il quale il diritto alla privacy degli utenti delle reti di comunicazione elettronica, la libertà di comunicazione e manifestazione del pensiero e, da ultimo la libertà di impresa degli internet service provider, sono diritti e libertà fondamentali che non possono essere né compressi né limitati in nome della tutela il diritto d'autore.

D'altra parte, in tal modo, chiariscono che non è possibile chiedere ad un intermediario di comunicazione di sostenere costi elevati condizionando la libertà di iniziativa economica e di impresa degli stessi per tutelare diritti di pari rango costituzionale quale quelli di diritti di proprietà intellettuale e stabiliscono che tale imposizione non può essere attuata in maniera generale ed indiscriminata, trasformando un imprenditore, intermediario di comunicazione, in colui che debba stabilire quando un contenuto possa essere considerato lecito e quando invece vietare la diffusione di tale contenuto.

4. SULLA RESPONSABILITÀ DEL PROVIDER.

Nella decisione in commento il Tribunale di Roma ha dichiarato fuor da ogni dubbio la condotta illegittima del *portale telematico* « calciolink » il

⁶ Cfr. nota 9.

⁷ Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea art. 17 Diritto di pro-

prietà. 2. La proprietà intellettuale è protetta.

quale, in modalità *live streaming*, trasmetteva partite di calcio su cui l'emittente televisiva vantava il diritto di privativa in quanto alla stessa concessione in licenza.

La società ricorrente non era potuta risalire ai titolari di tale *portale telematico* e, pertanto, chiedeva che venisse riconosciuta la responsabilità dell'*hosting provider* che aveva permesso l'illecita riproduzione, trasmissione, comunicazione al pubblico di prodotti la cui titolarità risultava essere di RTI.

Il D.Lgs. 70/03, emanato in attuazione della direttiva 2000/31/CE, infatti prevede tre ipotesi di responsabilità del *provider* ovvero quella di « *semplice trasporto — mere conduit* » — quella di « *memorizzazione temporanea - caching* » e quella di « *hosting* » di cui rispettivamente agli artt. 14, 15 e 16 dello stesso decreto. Tali disposizioni prevedono che i prestatori di servizi di rete, in presenza di condizioni che garantiscono la loro estraneità rispetto ai contenuti veicolati o memorizzati, non ne siano quindi responsabili; viene poi disposto, in via generale, che non appena il prestatore venga a conoscenza dell'illiceità della condotta debba provvedere prontamente alla rimozione dei contenuti stessi⁸.

L'art. 16 del D.Lgs. 70/2003 prevede due condizioni sufficienti ad esonerare il prestatore di *hosting*: « *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, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso ».

Interessante notare che il provvedimento in commento stabilisce chiaramente che « le attuali modalità del servizio di *hosting* non sono più sovrapponibili a quanto tipizzato nella normativa comunitaria, in quanto i servizi offerti non si realizzano nella mera predisposizione del servizio tecnico che consente di attivare e fornire accesso ad una rete di comunicazione sulla quale sono trasmesse o temporaneamente memorizzate informazioni messe a disposizione di terzi; che attualmente il prestatore di servizi partecipa all'organizzazione della gestione dei contenuti immessi dagli utenti, predisponendo *indicizzazioni* e consentendo all'utente di accedere ai video « correlati » — visualizzazione automatica di video operata selezionando i contenuti dei contributi presenti in rete »⁹ —.

⁸ Cfr. sulla responsabilità del provider: C. ROSSELLO, *Riflessioni de jure concesso in materia di responsabilità del provider*, in questa Rivista, 2010, 617; F. DI CIOMMO, *Programmi-filtro e criteri di imputazione/esonero della responsabilità on-line. A proposito della sentenza Google/Vividown*, in questa Rivista, 2010, 829; L. GUIDOBALDI, *Youtube e la diffusione di opere protette dal diritto d'autore: ancora sulla responsabilità dei providers tra hoster attivi, conoscenza dell'illecito e obbligo di sorveglianza*, nota a tribunale di Roma 16 di-

cembre 2009, in questa Rivista, 2010, 279. G. PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale. Tecnologie informatiche e regole privatistiche*, Bologna, 2003, 126, sottolinea che « Considerare i provider immuni da qualsivoglia responsabilità per le attività commesse da chi per loro tramite accede alla rete significa rinunciare ad avvalersi dell'unico strumento oggi a disposizione per controllare la rete (il provider è il solo collo di bottiglia attraverso il quale è possibile intercettare e scoprire eventuali abusi) ».

⁹ Cfr. Ordinanza in commento 9.

In tal modo, il Tribunale supera le varie teorie, sostenute sia in giurisprudenza¹⁰ sia in dottrina¹¹, sulla distinzione all'interno della categoria di *hosting provider* di differenti modalità e differenti livelli di responsabilità a seconda che il provider fosse un *host provider puro* o un *hoster attivo*, o anche detto *content provider*.

Alla figura dell'*host provider puro* viene ricondotto il *provider* che è del tutto neutrale rispetto ai contenuti veicolati in rete; nella figura del *content provider* viene ricompreso il prestatore di servizi che fornisce servizi aggiuntivi di memorizzazione e diffusione quali l'*indicizzazione*, gestione e presentazione dei contenuti ossia sostanzialmente colui che, nell'interesse proprio o altrui, carica sul *server* informazioni ed opere di qualsiasi genere.

Tale distinzione operava in virtù della prassi giurisprudenziale che prevedeva un'esenzione di responsabilità nel caso in cui si facesse riferimento ad un *host provider puro* mentre era stata invece attribuita una « sorta » di responsabilità nel caso in cui l'*hosting provider* fosse riconducibile ad un *content provider*¹², così contravvenendo all'obbligo generale di non

¹⁰ Tra le numerose pronunce della giurisprudenza di merito si segnalano l'ordinanza 23 giugno 1997 del Tribunale di Cuneo, Milano Finanza editori s.p.a. c. / STB servizi telematici di Borsa, in *Giur. piemontese* 1997; sentenza 19 ottobre 1999 (in AIDA, 2000) che hanno escluso responsabilità per la violazione del diritto d'autore del provider che si era limitato ad offrire l'accesso alla rete nonché lo spazio sul proprio server per la pubblicazione dei servizi informativi; Trib. Milano 12 aprile 2010, Google c/Vividown, in questa *Rivista*, 2010, 3, 474; Cass. pen. 23 dicembre 2009, in questa *Rivista*, in questa *Rivista*, 2010, 3, 437.

¹¹ Cfr. F. DI CIOMMO, *Internet (responsabilità civile)*, voce, *Enc. Giur. Trecani*, Aggiornamenti 2002, Roma, 2002; L. GUIDOBALDI, *Youtube e la diffusione di opere protette dal diritto d'autore: ancora sulla responsabilità dei provider tra hoster attivi, conoscenza dell'illecito e obbligo di sorveglianza*, nota a Trib. Roma 16 dicembre 2009, in questa *Rivista*, 2010, 2, 285; C. ROSSELLO, *La responsabilità del provider de jure condendo*, in questa *Rivista*, 2010, 4-5, 625; Cfr. AGCOM, *Diritto d'Autore sulle reti di comunicazione elettronica*, 10 febbraio 2010, reperibile sul sito dell'autorità garante <http://www.agcom.it>, pag. 17 ss.; A. MANTELLERO, *La responsabilità on-line: il controllo nella prospettiva dell'impresa*, in questa *Rivista*, 2010 n. 3, 405 ss.; A. MUSSO, *La proprietà intellettuale nel futuro della responsabilità sulla rete: un regime speciale?*, atti del convegno « Il futuro della responsabilità sulla rete », in questa *Rivista*, 2010 n. 6, 795 ss.; S. RICCI, G. VACIAGO, *Sistemi peer*

to peer: rilevanza penale delle condotte in violazione dei diritti d'autore e diritti connessi, nota a Trib. Roma 9 ottobre 2007 - Trib. Roma 15 dicembre 2006, in *Dir. int.*, 2008, n. 3, 278 ss.; E. FALLETTI, *I vestiti nuovi di ebay: operatore neutrale o intermediario attivo nelle aste su internet?*, nota a United States District Court-Northern District of California 4 marzo 2008 - Tribunal de Commerce de Paris 30 giugno 2008, in *Dir. int.*, 2008, n. 6, 570 ss.; S. ALVANINI, *La responsabilità dei services providers*, in *Dir. ind.*, 2010, n. 4, 329 ss.; B. CUNEGATTI, *Danno all'immagine e responsabilità dell'internet services provider*, nota a Trib. Roma 15 settembre 2007, n. 20383 - Trib. Milano 16 luglio 2007, in *Dir. int.*, 2008, n. 2, 134 ss..

¹² Cfr. in tale senso Cass. pen. 23 dicembre 2009, *thepiratebay*, in questa *Rivista*, 2010, 3, 437; Corte di Giustizia dell'unione Europea, 23 marzo 2010 n. 236, Luis Vítton Mallatier e altri c/ Google Inc e altri, in *Foro it.*, 2010, 10, IV, 458; Trib. Mantova, 26 novembre 2010, consultabile al sito www.ilcaso.it; Trib. di Milano, 7 giugno 2011, consultabile al sito www.medialaw-s.eu; Trib. di Roma, 22 marzo 2011 per la condanna di yahoo, in questa *Rivista*, 2011, 532; in senso contrario Corte di Giustizia dell'unione Europea, 12 luglio 2011 n. 324, L'Oreal SA e altri c/ Ebay International A e altri, in *Dir. giust.*, 2011, 14 luglio in cui la Corte di Giustizia ritiene che « il gestore di un mercato online, in una causa che può comportare una condanna al pagamento di un risarcimento dei danni, non può tuttavia avvalersi dell'esonerazione dalla responsabilità previsto nella suddetta disposizione qualora sia stato al corrente di fatti o circo-

sorveglianza ex art. 17 del D.Lgs. 70/2003 disposto in via generale per i service provider così come previsto dalla direttiva 2000/31/CE.

In tema di tali distinzioni di *hosting provider* è intervenuta numerose volte la Corte Europea la quale ha anche argomentato che « *La direttiva lascia agli Stati membri il compito di stabilire quando e come può essere emessa un'ingiunzione contro un intermediario. Affinché ciò venga svolto in modo efficace, potrebbe essere utile chiarire che le ingiunzioni non devono dipendere dalla responsabilità dell'intermediario. Inoltre i risultati riferiti nel documento di lavoro dei servizi della Commissione che accompagna la presente relazione indicano che gli strumenti legislativi e non legislativi disponibili attualmente non sono abbastanza forti per contrastare efficacemente le violazioni commesse in linea dei diritti di proprietà intellettuale. Dato l'orientamento favorevole degli intermediari a contribuire alla prevenzione e all'eliminazione delle violazioni in linea, la Commissione potrebbe individuare le modalità di un loro più ampio coinvolgimento* »¹³.

Nell'ordinanza in commento, il Tribunale di Roma sembra superare definitivamente le questioni sinora affrontate sia nel merito della distinzione tra *hoster attivi* e *content provider*, sia stabilendo, sembra una volta per tutte, l'irresponsabilità in via preventiva dell'*hosting provider* per contenuti disponibili in rete e caricati da soggetti terzi.

Tale argomentazione fa leva sulla « collaborazione » di Google Inc. il quale aveva precedentemente rimosso il collegamento al *portale telematico* « calciolink »¹⁴; quest'ultima ha anche predisposto un servizio di segnalazione di abusi consentendo in tal modo di escluderlo da responsabilità in virtù del suo « attivo coinvolgimento », stesso coinvolgimento più volte richiamato dalla Commissione Europea¹⁵.

5. L'ATTIVITÀ DI « FILTRAGGIO » DEI CONTENUTI ON-LINE, LA DISCONNESSIONE E L'OSCURAMENTO DEI SITI.

La responsabilità a carico dei *provider* è stata più volte attribuita facendo leva sulla loro possibilità economica di evitare la commissione dell'illecito a mezzo dei c.d. *programmi filtro*. Questi sono dei *software* atti a controllare i contenuti che vengono immessi in rete da parte degli utenti, a mezzo dei servizi resi dal provider, in modo da diffondere *on-line* solo i contributi considerati leciti. Tali controlli possono essere estremamente rigorosi o possono invece attuare dei controlli a campione o solo sui con-

stanze in base ai quali un operatore diligente avrebbe dovuto constatare l'illiceità delle offerte in vendita di cui trattasi e, nell'ipotesi in cui ne sia stato al corrente, non abbia prontamente agito conformemente al n. 1, lett. b), del suddetto art. 14 »; Trib. di Roma, sez. IX, 16 dicembre 2009, in questa *Rivista*, 2010, 2, 268; Trib. di Roma, sez. IX, 11 febbraio 2009, in questa *Rivista*, 2010, 2275; Trib. di Roma, 22 marzo 2011 per la mancata responsabilità di Google Italy e Microsoft, in questa *Rivista*, 2011, 532.

¹³ Cfr. COM(2010) 779 AL CONSIGLIO, AL COMITATO ECONOMICO E SOCIALE EUROPEO E AL COMITATO DELLE REGIONI, Applicazione della direttiva 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, disponibile al sito: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0779:FIN:IT:PDF>.

¹⁴ Cfr. sentenza in commento 4.

¹⁵ Cfr. nota 23.

tenuti già presenti in rete; la scelta è rimessa alla *policy* del *provider* sulla base dei servizi prestati in favore degli utenti¹⁶.

Tali programmi possono anche essere inseriti sui *dispositivi* detenuti dagli utenti ed installati da loro stessi o possono, come quelli sopra menzionati, essere utilizzati liberamente dai *provider*, ad esempio mediante delle liste nei quali vengono selezionati e distinti i contenuti leciti rispetto a quelli illeciti. Questi *dispositivi di filtraggio*, per la loro modalità di funzionamento, possono essere utilizzati sia per prevenire gli illeciti sia, a posteriori, per inibire le condotte illegittime in essere. Se utilizzati dai *provider* in via preventiva va da sé che gli utenti dei servizi della società dell'informazione dovranno essere prontamente messi a conoscenza della presenza di tali dispositivi¹⁷.

Tecnica di repressione degli illeciti già commessi è quella di disporre il sequestro preventivo del *sito* in modo di inibire l'accesso agli utenti a quello specifico indirizzo internet nonché ai relativi *alias* e *nomi di dominio* rinviati al *sito* medesimo e/o all'*indirizzo IP statico* associato ai nomi stessi.

Il sequestro preventivo è stato disposto anche per prevenire la commissione di ulteriori illeciti a mezzo delle *reti peer-to-peer*¹⁸.

Il Parlamento Europeo aveva poi approvato il c.d. Pacchetto Telecom, direttiva 2009/140/CE, che introduceva importanti modifiche soprattutto in tema di privacy, di trasparenza, di libera concorrenza nel mercato delle comunicazioni elettroniche, di frequenze radio¹⁹, e che inizialmente prevedeva la *disconnessione da internet* quale sanzione per il *download illegale* di opere protette dal diritto d'autore; dopo una dura battaglia è stato stabilito, in buona sostanza, che l'utente colto nella violazione potrà essere escluso dalla rete solo a seguito di un giusto processo²⁰.

L'ordinanza in questa sede esaminata, dopo aver ampiamente analizzato la condotta di Google Inc. ed aver concluso che ella, essendosi attivata per rimuovere i *collegamenti al portale*, autore delle violazioni denunciate, non può essere la destinataria dei provvedimenti che avrebbero dovuto essere emessi solo ed esclusivamente nei confronti del titolare del portale²¹, dichiara che una tutela inibitoria finalizzata ad impedire la futura diffusione di contenuti non ancora presenti sulla rete, non può essere realizzata in vista del bilanciamento di interessi contrapposti quali quelli

¹⁶ Per un approfondimento in merito alle modalità di svolgimento dell'attività di filtraggio V. RAGGI, *Brevi note sull'attività di filtraggio*, nota a Trib. Creteil 14 dicembre 2010, in questa *Rivista*, 2011, 2, 292; S. BISI, *Internet e libertà di manifestazione del pensiero. Le recenti tendenze europee e il caso francese*, in *Cyberspazio e diritto*, 2010, 2, 395; F. DI CIOMMO, *Programmi filtro e criteri di imputazione/esonerazione della responsabilità on-line. A proposito della sentenza Google/Vividown*, in questa *Rivista*, 2010, 6, 829; G. FINOCCHIARO, *Filtering e responsabilità del provider*, in *AIDA*, Milano, 2010, 340.

¹⁷ Cfr. divieto del Garante per la Protezione dei dati personali [art. 154 del l. d. del Codice] — 28 febbraio 2008, disponibili

le al sito: <http://www.garanteprivacy.it/garante/doc.jsp?ID=1495246>; R. CASO, *Il conflitto tra copyright e privacy nelle reti di Peer to Peer: in margine al caso Peppermint. Profili di diritto comparato*, in *Diritto dell'internet*, 5, 2007, 461; C. BLENGINO, M.A. SENIOR, *il caso peppermint: il prevedibile contrasto tra protezione del diritto d'autore e tutela della privacy nelle reti peer-to-peer*, in questa *Rivista*, 2007, 4-5, 835.

¹⁸ Cfr. Cass. Pen. 23 dicembre 2009 n. 49437, in questa *Rivista*, 2010, 3, 437.

¹⁹ Cfr. S. ALVANINI, *La disconnessione da internet come sanzione per il download illegale*, in *Dir. ind.*, 2010, 2, 176.

²⁰ Cfr. Direttiva 2009/140/CE, art. 1

²¹ Cfr. sentenza in commento pag. 10.

di tutela della proprietà intellettuale, tutela della libera circolazione dei servizi e quello della libertà di informazione.

Conclude il Tribunale dichiarando che «il controllo preventivo non pare condotta esigibile dall'*hosting* dal momento che il giudice italiano non può porre uno specifico obbligo di sorveglianza in violazione del chiaro dettato comunitario».

L'organo giudicante richiama infatti la decisione Corte di Giustizia²², che pronunciandosi sull'applicabilità di un *sistema di filtraggio delle comunicazioni elettroniche* che riguarda una futura violazione, postula che si debbano tutelare diritti ancora non violati e, pertanto, è una condotta inesigibile. Tale comportamento andrebbe infatti ad intaccare anche la libertà di impresa oltre che i diritti fondamentali degli utenti.

Non può non essere sottolineato che il Tribunale argomenta la propria decisione stabilendo non solo che *l'attività di filtraggio* non è consentita per le motivazioni sopra esposte, ma anche in relazione all'attività di impresa; infatti una simile attività di controllo non solo è inesigibile in virtù della complessità tecnica che comporterebbe costi troppo elevati sopportati unicamente dall'imprenditore, *hosting provider*, in via permanente e preventiva a carico di un numero indistinto di utenti.

L'*attività di filtraggio* ove richiesta comporterebbe una violazione del dettato comunitario, — della direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico, della direttiva 2001/29/CE sull'armonizzazione dei diritti d'autore e connessi alla società dell'informazione, della direttiva 2004/48/CE di tutela dei diritti della proprietà intellettuale, della direttiva 1995/46/CE tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali e alla libera circolazione dei dati, dei diritti della proprietà intellettuale, della direttiva 2002/58/CE sul trattamento dei dati personali e sulla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche — e, pertanto, è condotta inesigibile da parte di un imprenditore.

Il Tribunale ha anche aggiunto che, «anche ove il controllo divenisse attuabile con costi contenuti e con meccanismi automatici, confliggerebbe con forme di libera manifestazione e comunicazione del pensiero»; ciò comporta quindi che l'unico ordine di inibitoria che può essere emesso dal Tribunale deve avere ad oggetto solo contenuti esistenti e presenti sulla rete; in nessun caso può invece avere per oggetto «contenuti futuri».

6. CONCLUSIONI.

Con l'ordinanza in commento, è stata data una corretta interpretazione del dettato comunitario in materia di imposizione di controlli preventivi dei contenuti da parte dell'intermediario di servizi, *hosting provider*, rispettando quindi il principio di neutralità della rete²³ e, conseguente-

²² Cfr. pronuncia citata nota n. 8.

²³ Cfr. A. STAZI, *L'Antitrust nell'era della comunicazione multimediale i «mercati emergenti» e la loro disciplina*, in *Concorrenza e mercato*, 2005-6, 13,14; V. FRANCESCHELLI, *Convergenza. La «convergenza» nelle telecomunicazioni e il diritto d'autore nella società dell'informazione*,

2009, 8, 13, 17, 25, 101, 103, 115-158, 183-190 ss.. AGCOM, *Il diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica*, disponibile al sito: <http://www.agcom.it/Default.aspx?message=visualizzadocument&DocID=3790>; AGCOM, *Indagine conoscitiva concernente «garanzie dei consumatori e tutela della concorrenza con riferimento*

mente, la non intromissione da parte di un soggetto terzo sui contenuti veicolati in rete.

D'altra parte, sostiene il Tribunale, non è pensabile comprimere il diritto alla privacy degli utenti che devono essere liberi di comunicare e scambiarsi ogni genere di contenuto anche nell'eventualità in cui si scambino e comunichino anche contenuti protetti dal diritto d'autore.

Sembra ormai enunciato a chiare lettere, sia dal Tribunale sia dalla Corte di Giustizia Europea, che le norme a tutela del diritto d'autore, quelle a tutela della privacy, quelle a tutela delle informazioni e quelle a tutela della libertà di impresa devono essere libere di coesistere senza che le une possano essere ritenute di rango sovraordinato ad altre, rispettando in tal modo anche il principio di neutralità della rete.

Non può però non porsi in rilievo che le medesime direttive richiamate nell'ordinanza in commento, sia dalla Corte di Giustizia Europea sia dal Tribunale, dettano ulteriori principi che non possono essere trascurati.

La direttiva 2001/29/CE sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, al considerando 9²⁴, riconosce al diritto d'autore e ai diritti connessi « un alto livello di protezione, » e li ritiene « essenziali per la creazione intellettuale »; statuisce poi che la loro « protezione contribuisce alla salvaguardia e allo sviluppo della creatività » e li riconosce come « parte integrante del diritto di proprietà ».

Al successivo considerando 11²⁵, la direttiva stabilisce inoltre che il sistema di protezione di tali diritti debba essere « efficace e rigoroso » in virtù della sua duplice funzione di garanzia; da un lato quella della creazione e produzione delle risorse necessarie allo sviluppo della cultura europea e dall'altro quella « di preservare l'autonomia e la dignità di creatori e interpreti o esecutori ».

In relazione al tema dell'esonero di responsabilità dei prestatori intermedi, la direttiva 2000/31/CE c.d. sul commercio elettronico, al considerando 45²⁶ stabilisce che tali limitazioni devono lasciare « impregiudicata la possibilità di azioni inibitorie »; e seguita poi stabilendo che esse « possono, in particolare, essere ordinanze di organi giurisdizionali o di

ai servizi Voi e PEER TO PEER su rete mobile », disponibile al sito: <http://www.agcom.it/Default.aspx?message=visualizzadocument&DocID=5766>.

²⁴ Direttiva 2001/29/CE considerando 9 « Ogni armonizzazione del diritto d'autore e dei diritti connessi dovrebbe prendere le mosse da un alto livello di protezione, dal momento che tali diritti sono essenziali per la creazione intellettuale. La loro protezione contribuisce alla salvaguardia e allo sviluppo della creatività nell'interesse di autori, interpreti o esecutori, produttori e consumatori, nonché della cultura, dell'industria e del pubblico in generale. Si è pertanto riconosciuto che la proprietà intellettuale costituisce parte integrante del diritto di proprietà »

²⁵ Direttiva 2001/29/CE considerando 11 « Un sistema efficace e rigoroso di pro-

tezione del diritto d'autore e dei diritti connessi è uno dei principali strumenti in grado di garantire alla creazione e alla produzione culturale europea le risorse necessarie nonché di preservare l'autonomia e la dignità di creatori e interpreti o esecutori ».

²⁶ Direttiva 2000/31/CE, c.d. sul commercio elettronico, al considerando 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.

autorità amministrative che obbligano a porre fine ad una violazione o ad impedirla, anche con la rimozione dell'informazione illecita o la disabilitazione dell'accesso alla medesima ». Dal momento che è la stessa direttiva ad usare l'espressione « impedirla », viene spontaneo chiedersi se, nel caso di specie, il Tribunale non avrebbe potuto emettere un provvedimento inibitorio atto ad impedire future violazioni dei medesimi diritti già violati.

L'emittente televisiva vanta infatti un diritto di privativa sull'intera stagione calcistica e non solamente su di un singolo evento sportivo. C'è da chiedersi se il Tribunale avrebbe potuto emettere un provvedimento atto ad impedire l'ulteriore violazione di un diritto che era già in essere, la privativa sul campionato di calcio, e non su un diritto che non era ancora stato violato, e non attraverso un controllo preventivo bensì con il semplice ordine di disabilitazione dell'accesso nel caso in cui si fosse venuti a conoscenza di ulteriori violazioni.

Al successivo considerando 46²⁷ la direttiva 2000/31/CE prevede infatti che il prestatore deve « agire immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitare l'accesso alle medesime, non appena sia informato o si renda conto delle attività illecite »; da ciò il Tribunale con l'ordinanza in commento, avrebbe potuto stabilire da un lato quanto già fatto ma, probabilmente, avrebbe potuto ordinare l'immediata rimozione dei contenuti relativi alle ulteriori lesioni del diritto di privativa della società ricorrente non appena il provider ne fosse venuto a conoscenza, in forza del fatto che la violazione della privativa ha ad oggetto un « pacchetto » di eventi sportivi e non un singolo evento a sé stante.

FLAMINIA MERLA

²⁷ Direttiva 2000/31/CE « Per godere di una limitazione della responsabilità, il prestatore di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni deve agire immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitare l'accesso alle medesime non appena sia informato o si renda conto delle attività illecite. La rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell'acces-

so alle medesime devono essere effettuate nel rispetto del principio della libertà di espressione e delle procedure all'uopo previste a livello nazionale. La presente direttiva non pregiudica la possibilità per gli Stati membri di stabilire obblighi specifici da soddisfare sollecitamente prima della rimozione delle informazioni o della disabilitazione dell'accesso alle medesime ».