

Contenuti digitali, tutele e responsabilità civili

Tutela amministrativa dei contenuti digitali e responsabilità civili nelle reti di comunicazione elettronica alla luce del Reg. AGCom 680/13

Emilio Tosi - Professore Aggregato di Diritto privato presso l'Università di Milano Bicocca (*)

Il contributo approfondisce i profili della tutela amministrativa dei contenuti digitali nelle reti di comunicazione elettronica alla luce del recente Regolamento AGCom 680/13 in relazione al ruolo strategico svolto dai prestatori di servizi della società dell'informazione ed in particolare dei motori di ricerca, social network e aggregatori di contenuti alla luce della più recente evoluzione giurisprudenziale in materia di responsabilità civili degli Internet Service Provider attivi e passivi.

Mercati virtuali, prestatori di servizi della società dell'informazione e tutela dei contenuti digitali

I mercati dello spazio virtuale (1) possono essere definiti come i luoghi di incontro di soggetti di-

sposti a scambiare beni - materiali e immateriali - secondo regole procedurali e tecniche differenziate in ragione del diverso *codice informatico-telematico* utilizzato per la programmazione (2).

(*) Il presente saggio riproduce il testo, con l'aggiunta di note, della Relazione svolta in occasione del Convegno dell'Università di Parma del 30 ottobre 2014 "Fare e brevettare: le innovazioni del nuovo web".

(1) Sul tema dei mercati virtuali e delle interferenze tra diritto privato e nuove tecnologie della comunicazione elettronica, mi sia consentito rinviare a E. Tosi (a cura di), *La tutela dei consumatori in Internet e nel commercio elettronico. Contratti - Responsabilità - Rimedi*, Milano, 2012, *passim*; cui adde E. Tosi, *Diritto Privato dell'informatica e di Internet. I beni - I contratti - Le responsabilità*, Milano, 2006. Si veda, inoltre, Menesini, *Internet e concorrenza*, in Palazzo - Ruffolo (a cura di), *La tutela del navigatore in Internet*, Milano, 2002, 262 il quale rileva che "il mercato diventa 'trans', direi, concorrenziale cioè il rapporto concorrenziale non è più tra gli operatori ma è fra i bisogni, che sono tutti quanti presentati nella pagina, quando uno clicca, e che non sono omogenei (...) il rapporto concorrenziale in qualche modo non è più tra chi offre merci analoghe o idonee a soddisfare uno stesso bisogno e (...) a un pubblico geograficamente definito, ma è il rapporto fra diversi bisogni che sono lì tipizzati e indicati. Questo cosa significa? Significa che nel web mercato esistono più mercati (...) il web mercato è quel mercato in cui vengono scambiate come merce fondamentalmente delle informazioni, cioè pubblicità; quindi, essenzialmente, prima di tante altre cose, è un mercato pubblicitario

(...)". Sul mercato globale dal punto di vista economico si veda Quadrio Curzio, *Globalizzazione: profili economici*, in *Atti della Accademia Nazionale dei Lincei*, anno CCCXCVI - 1999, Roma.

(2) V. Franceschelli, *Premesse generali per uno studio del commercio elettronico*, in V. Franceschelli (a cura di), *Commercio elettronico*, Milano, 2003; 23. Sulla nozione economica e giuridica del mercato si vedano R.: Franceschelli, *Il mercato in senso giuridico*, in *Giur. comm.*, 1979, I, 501 e in *Studi di statistica ed economia in onore di Libero Lenti*, Milano, 1979, II, 205; Libertini, *Il mercato i modelli di organizzazione*, in *Trattato di diritto comm.*, diretto da F. Galgano, III, *L'azienda e il mercato*, Padova, 1988, 337; Alpa, *Compendio del nuovo diritto privato*, Torino 2, 2000, 293 ss.; Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, 12 ss. il quale rileva che la contrapposizione in termini di diritto e mercato non ha senso "il mercato è la legge che lo governa e costituisce; e prende forma dalla decisione politica e dalle scelte normative". E ancora quest'ultimo A. - *op. cit.*, 57 ss. - osserva che al *formalismo del mercato* - che regola e garantisce gli scambi - risponde il diverso fenomeno dell'*immediata realtà degli scambi di massa* (...) luoghi del *silenzio* (...) luoghi dell'*anonimia*, in cui le parti sono l'una dell'altra ignare (...) luoghi della *suprema univocità* in cui i singoli gesti sono inseriti e previsti come in un rigido codice e nessuno può dubitare o controvertire del loro significato. Le vecchie categorie della 'dichiarazione tacita' o del 'comporta-

A livello comunitario, il *mercato unico digitale* viene considerato come la *quinta libertà* - a fianco delle 4 libertà fondamentali previste dai Trattati comunitari: circolazione delle merci, persone, servizi e capitali - e, conseguentemente, ne viene ritenuto prioritario lo sviluppo.

“Il settore ICT rappresenta il 5% del PIL comunitario, ove si registrano più di 250 milioni di utilizzatori di Internet e si stima che entro il 2020 tutti i contenuti digitali e le applicazioni verranno fornite via Internet” (3).

La globalizzazione del diritto trova compimento con la nuova dimensione immateriale e delocalizzata generata da Internet: “Cadono, o meglio non sono mai esistite, nel mondo virtuale, le frontiere” (4).

I nuovi mercati dello spazio virtuale sono caratterizzati da nuove modalità di fruizione di beni immateriali e servizi: il diritto esclusivo di proprietà cede il passo a forme negoziali di fruizione non esclusiva e reiterata di beni immateriali e servizi.

Dal consumo di beni materiali acquistati in Internet (abbigliamento, scarpe, computer e smartphone) si è passati, in pochi anni, al consumo, sempre crescente, di beni immateriali (musica, film, suonerie, audiovisivi e software).

In Italia il commercio elettronico - al netto dei preoccupanti fenomeni della pirateria digitale e del gioco d'azzardo - dovrebbe rappresentare un volume di affari, nelle stime prospettiche Assinform per il 2014, di circa 13 miliardi di euro ed è in costante crescita (5).

La crescita dei mercati digitali - in un mercato complessivo, nel 2013, di circa 65 miliardi di euro (6) - è catalizzata dai seguenti segmenti di mercato in progressiva espansione (7):

1. *Commercio elettronico*: dopo gli 11,3 milioni del 2013 (+18%), ne promette 13,2 per il 2014 (+17%);

2. *Smartphone*: prosegue spedita la crescita dei dispositivi mobili - strumento di convergenza strategico nello sviluppo del mercato dei contenuti digitali - che nel 2013 registrano un +15,4% a quota 1,3 miliardi di fatturato;

3. *Servizi Cloud*: esprime un mercato ancora nascente (poco più di 750 milioni nel 2013), ma in forte crescita (+32,2%). Le nuove modalità di raccolta e utilizzo di dati mediante servizi *cloud* sono in evoluzione positiva;

4. *Internet delle cose*: ha espresso nel 2013 un mercato di 1.430 milioni (+13%) in crescita. Si tratta di un nuovo mercato legato agli oggetti più svariati (in ambito industriale, logistico, veicolare, domestico, energetico-ambientale) e alla loro capacità di rilevare e scambiare dati;

5. *Big Data*: lo scenario del *data management* attuale è caratterizzato da un flusso di dati in costante crescita esponenziale anche in ragione, fra l'altro, della diffusione dei *social network* e dell'*Internet of Things* (IoT). Circa il 90% dei dati mondiali è stato creato negli ultimi due anni e si prevede che nel 2020 la quantità sarà di 50 volte quella del 2010. I servizi di *business intelligence* hanno espresso, nel 2013, un mercato di 456 milioni di euro registrando un trend positivo rispetto all'anno precedente. Le potenzialità dell'analisi dei *big data*, corre l'obbligo di rilevare, sono tutte da scoprire.

Le *Digital Enterprise* possono, quindi, dar corso ad iniziative imprenditoriali di successo sviluppando i seguenti catalizzatori di crescita nei mercati digitali globali e precisamente: (i) *Cloud*; (ii) *Mobile*; (iii) *Social Network*; (iv) *Big Data*.

mento concludente' sono impotenti a spiegare il fenomeno (...)."

(3) Così Delibera AGCom del 17 dicembre 2010, n.668/CONS "Lineamenti di provvedimento concernente l'esercizio delle competenze dell'Autorità nell'attività di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica", 7.

(4) V. Franceschelli, *Premesse generali per uno studio del commercio elettronico*, cit., 23.

(5) Il valore complessivo del mercato del commercio elettronico è di circa 18 miliardi €: questi i dati economici emergenti dallo Studio *Ecommerce in Italia 2012* realizzato da Casaleggio Associati, in partnership con Adobe Systems, su un campione di 3mila aziende attive in 10 settori merceologici. La performance migliore (+35%) è stata realizzata dal segmento tempo libero trainato quasi totalmente dal gioco d'azzardo, segmento che ora rappresenta più della metà del mercato (56,9%), mentre quello che ha evidenziato la crescita minore è stato il turismo (+12%), che però detiene il secondo posto con il 24,8% del mercato, e si avvicina alla saturazione. Gli altri segmenti sono cresciuti tra il 15 e il 22% (assicurazioni e arre-

damento del 15%; editoria del 16%; alimentare, elettronica di consumo e salute e bellezza del 18%; moda del 22% e i centri commerciali del 25%).

(6) Dalla lettura del 45° *Rapporto Assinform sull'informatica, le telecomunicazioni e i contenuti multimediali* presentato il 29 settembre 2014 emergono i seguenti dati significativi su un mercato complessivo, nel 2013, di circa 65 miliardi €.

(7) Anche i più recenti dati dell'*Assintel Report: il mercato del Software e dei servizi IT in Italia* del 15 ottobre 2014 confermano la crescita della *Digital Economy* in controtendenza rispetto al rallentamento del settore ICT dovuto alla persistente crisi economica:

- *Cloud* + 22%,
- *Digital Marketing* +29,1%,
- *Internet of Things* +13,6%,
- *Business Intelligence, Analytics e Big Data* +6,2%.

La crisi morde il consumatore finale (-1%) ma non intacca la crescita della "mobilità digitale": Tablet + 5,5%, Smartphone +9,3%, con un trend in forte espansione dell'E-commerce (+17,8%).

Si è, acutamente, osservato che “nella nuova era i mercati stanno cedendo il passo alle reti, e il diritto reale di proprietà è progressivamente sostituito dal diritto di accesso. Imprese e consumatori cominciano ad abbandonare quello che è il fulcro della vita economica moderna: lo scambio su un mercato di titoli di proprietà fra compratori e venditori. Nella *new economy*, il fornitore mantiene la proprietà di un bene, che noleggia o affitta o è disposto a cedere in uso temporaneo a fronte del pagamento di una tariffa, di un abbonamento, di una tassa di iscrizione (...). Il mercato sopravvive, ma è destinato a giocare un ruolo sempre meno rilevante nelle attività umane” (8).

Si tratta del fenomeno della *società dell'accesso* e della *condivisione dei contenuti digitali* resa possibile dai fornitori di accesso alle reti di comunicazione elettronica - gli *access provider* - e dagli “intermediari” della società dell'informazione.

La diffusione *online* dei contenuti digitali favorisce lo sviluppo di nuove modalità di consumo dematerializzate (9) e pone il problema dell'adeguamento degli strumenti di tutela e delle responsabilità delle varie figure soggettive operanti in Internet. In tale peculiare contesto, assume un ruolo centrale la figura soggettiva degli “intermediari” - o più precisamente - dei *prestatori di servizi della società dell'informazione* - disciplinata dalle Direttive CE art. 1, punto 2, della Dir. 98/34/CE come modificata Dir. 98/48/CE - nelle eterogenee declinazioni operative:

- prestatori di servizi che si limitano a svolgere una funzione di diffusione passiva dei contenuti ossia meri “intermediari” di servizi tecnici di *mere conduit*, *caching* e *hosting* (Dir. CE n. 31/2000 e D.Lgs. n. 70/2003): ossia gli *Internet Service Provider passivi*;

- prestatori di servizi che non si limitano a svolgere una funzione di diffusione passiva dei contenuti ma interferiscono attivamente nell'elaborazione e/o presentazione finale degli stessi: ossia gli *Internet Service Provider attivi*;

- fornitori di contenuti digitali: ossia gli *Internet Content Provider*.

In particolare, con la presente relazione si cercherà di dar conto, seppure per linee essenziali, del ruolo strategico nella tutela dei contenuti digitali degli *Internet Service Provider* (d'ora innanzi, per brevità, “ISP”) *passivi* e del peculiare regime delle responsabilità civili applicabile: si tratta, infatti, di soggetti, come noto, beneficiari della clausola di esclusione di responsabilità di cui agli artt. 14, 15, 16 e 17 del D.Lgs. n. 70/2003, recepimento degli artt. 12, 13, 14 e 15 della Dir. CE 31/2000 mutuata, solo nei principi ispiratori generali, con diversi tratti differenziatori, dal c.d. *safe harbour* del *Digital Millennium Copyright Act of 1998* (DCMA) degli Stati Uniti che è strettamente correlata alla procedura di rimozione dei contenuti illeciti nota come *notice and take down* (art. 512-DMCA).

Analisi condotta anche alla luce della recente regolamentazione AGCom 680/13 in materia di tutela dei contenuti digitali e della recente emersione giurisprudenziale degli ISP *attivi* formatasi in relazione alla responsabilità civile correlata al ruolo peculiare - in concreto - svolto da nuovi, fondamentali, attori dei mercati virtuali quali:

- motori di ricerca;
- *social network*;
- aggregatori di contenuti di terzi.

Ma procediamo con ordine.

Il progressivo crescente utilizzo di Internet e dello spazio virtuale anche per finalità commerciali - e non più solo di scambio di informazioni a titolo di cortesia o nell'esercizio di attività istituzionali *non-profit* - ha richiamato, come si è già rilevato, l'attenzione del giurista su una serie di problemi resi ancora più complessi dalla internazionalità del fenomeno.

Espressione emblematica dei mercati virtuali è certamente il commercio elettronico nelle sue diverse declinazioni (10).

Lo spazio virtuale diventa così - nella sua fase di vita più matura - non solo strumento evoluto di

(8) J. Rifkin, *L'era dell'accesso. La rivoluzione della new economy*, Milano, 2000, 6-7.

(9) Su tema dei nuovi consumi immateriali e la tutela dei consumatori si veda *amplius* E. Tosi (a cura di), *La tutela dei consumatori in Internet e nel commercio elettronico. Contratti, Responsabilità, Rimedi*, Milano, 2012; in particolare, E. Tosi, *Contenuti digitali e nuovi consumi: riflessi giuridici dell'innovazione tecnologica sul diritto dei contratti e della responsabilità civile*, *ibidem*, 1 ss.

(10) Sul superamento della teoria ludica della rete - caratterizzante la prima fase di diffusione della rete di reti - e sulla necessità di verificare i principi classici in tema di manifestazione di volontà e consenso negoziale si veda V. Franceschelli, *Pre-*

messe generali per uno studio del commercio elettronico, in Id. (a cura di), *Il commercio elettronico*, Milano, 2001, 5. Si veda, inoltre: E. Tosi (a cura di), *La tutela dei consumatori in Internet e nel commercio elettronico. Contratti - Responsabilità - Rimedi*, Milano 2012, *passim*; cui *adde* E. Tosi, *Diritto Privato dell'informatica e di Internet. I beni - I contratti - Le responsabilità*, Milano, 2006. Sul tema del commercio elettronico e dell'e-business analizzati in una prospettiva di carattere economico si vedano: W. Scott - M. Murtula - M. Stecco, *Il commercio elettronico*, Torino, 1999; A. Carignani - A. Mandelli, *Fare business in rete*, Milano, 1999; Camussone - Biffi, *Il commercio di vendita elettronico*, Milano, 1999; E. Valdani - A. Ordanini - G. Verona, *L'impresa e-based*, Milano, 2002.

scambi commerciali ma di relazioni economiche internazionali e di esercizio di nuove attività d'impresa virtuale basate - in modo innovativo ed esclusivo - sull'utilizzo di Internet (c.d. imprese *e-based*) (11).

I mercati dello spazio virtuale o semplicemente i mercati virtuali, così come attualmente definiti dall'architettura tecnologica da cui sono generati - ossia, si ribadisce, la rete di reti, costituente il substrato fisico e il "codice informatico", costituente il substrato logico-informativo - sono accomunati dai seguenti tratti essenziali:

- globalità;
- a-temporalità;
- a-spazialità.

Come - autorevolmente osservato in dottrina - non c'è contrapposizione tra diritto e mercato: "il mercato è la legge che lo governa e costituisce; e prende forma dalla decisione politica e dalle scelte normative" (12).

Corre l'obbligo di osservare, inoltre, che non c'è contrapposizione neppure tra "codice informatico" e mercati virtuali che il "codice" può concorrere - unitamente alle regole giuridiche - a diversamente regolare.

Il mercato virtuale dipende non solo dall'architettura tecnologica ma anche da quella che potremmo definire l'architettura giuridica - norme statuali e convenzionali - e sociale (13).

Si può, tuttavia, segnalare un paradosso caratterizzante i rapporti tra regolamentazione tecnologica del mercato e regolamentazione giuridica (14): la

prima non conosce tempo e spazio; la seconda dipende strettamente dai fattori tempo e spazio.

La dematerializzazione dell'oggetto della contrattazione: nuovi beni immateriali e nuovi consumi

Il nuovo spazio virtuale ha reso possibile anche la dematerializzazione dell'oggetto del contratto favorendo lo sviluppo di nuovi mercati basati su nuovi diritti di fruizione condizionata all'osservanza di regole stringenti dettate dalla necessità di tutelare il contenuto digitale: la società basata sulla proprietà cede il passo alla società dell'accesso ai contenuti e della condivisione degli stessi *online* (15).

La fruizione del bene materiale tradizionalmente centrata sul diritto reale di proprietà nella società reale viene sostituita, nella società *liquida* dei contenuti digitali, da diritti obbligatori *flessibili* orientati alla prevalente tutela del titolare dei diritti d'autore e diritti connessi: si pensi al pervasivo utilizzo degli schemi negoziali di licenza di utilizzo - nelle numerose declinazioni riflesso del bene immateriale che s'intende proteggere da indebito utilizzo - e alla creazione dei nuovi diritti obbligatori di accesso temporaneo e condizionato.

Il nuovo mercato dello spazio virtuale - peculiare della società dell'accesso (16) - è caratterizzato da nuove modalità di fruizione di beni e servizi disciplinate nei *contratti di accesso* (17).

Nella categoria dei beni immateriali rientrano, tradizionalmente, le opere dell'ingegno, le invenzioni ed i modelli industriali.

(11) Si veda Valdani - Ordanini - Verona, *L'impresa e-based*, Milano, 2002.

(12) Così efficacemente N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, 12 ss.; nello stesso senso si esprime G. Alpa, *Compendio del nuovo diritto privato*, Torino 2, 2000, 293 ss., il quale - a proposito del mercato come forma giuridica - rileva che "un mercato può esistere in quanto esista uno scambio; e lo scambio (...) può sussistere (...) in quanto vi sia un affidamento o un controvalore o la promessa di un controvalore; è indifferente che le regole siano state *positae* oppure siano insorte spontaneamente; ciò che rileva è che chi agisce, agisce, con un fine e può realizzare quel fine solo se ricambiato; lo scambio 'in senso lato' implica comunque una regola giuridica"; e Id., *La c.d. giuridificazione delle logiche dell'economia di mercato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, I, 725 ss.

(13) Si veda sull'argomento G. Alpa, *La c.d. giuridificazione delle logiche dell'economia di mercato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, I, 725 ss. cui *adde* De Luca - *Autonomia privata e mercato telematico nel sistema delle fonti*, cit., 167-169 - il quale osserva che: "Lo statuto giuridico del mercato telematico, sospeso a metà tra luogo e non luogo, tra *government* e *governance*, tra politica e neutralità tecnica, è costituito da una trama di poteri legali-razionali e di saperi tecnici che si forma a livello internazionale sulla base reticolare di tecnocrazie governative, non governative, enti *no profit* e autoregolamenti privati di vario genere (...). L'artificialità normativa diretta e indiretta,

nazionale e internazionale, politica e tecnocratica costituisce l'ordine giuridico del mercato telematico che si scompone in una pluralità di statuti normativi quanti sono i molteplici accordi interstatuali e le discipline nazionali di settore".

(14) Si veda V. Franceschelli, *Il contratto virtuale. Diritto nel Cyberspazio*, cit., 569, il quale rileva che: "nel cyberspazio il riferimento al tempo e al luogo di formazione del contratto (art. 1326 c.c.) o al diritto applicabile non ha senso".

(15) Sul tema della tutela dei consumatori nei nuovi mercati virtuali, mi sia consentito rinviare a E. Tosi (a cura di), *La tutela dei consumatori in Internet e nel commercio elettronico. Contratti - Responsabilità - Rimedi*, Milano, 2012, *passim*; cui *adde* da ultimo E. Tosi, *La dematerializzazione della contrattazione: il contratto virtuale con i consumatori alla luce della recente novella al codice del consumo di cui al d. lgs. 21 febbraio 2014, n. 21*, in *Contr. e impr.*, 6/14, 1264 ss. e in *Studi in onore di Lucio Valerio Moscarini*, in corso di pubblicazione.

(16) J. Rifkin, *L'era dell'accesso. La rivoluzione della new economy*, cit., 6-7.

(17) P. Sammarco, *I nuovi contratti dell'informatica*, Padova, 2006, 208 utilizza la definizione di *contratti di accesso*, con riferimento a Internet e il particolare alla fruizione esclusivamente telematica-virtuale dei nuovi beni immateriali. Sulla nuova categoria dei contratti di accesso si veda *amplius* la monografia di Palmieri, *I contratti di accesso*, Milano, 2002.

Si tenga presente che il diritto morale o patrimoniale sul bene immateriale, derivante dalla creazione intellettuale (*corpus mysticum*), non va confuso con il diritto sulla cosa materiale (*corpus mechanicum*), potendo, infatti, i diritti sulla cosa materiale circolare disgiuntamente da quelli derivanti dalla creazione intellettuale e senza interferire con questi.

Data la eterogeneità della categoria dei beni immateriali, risulta difficile individuarne esattamente limiti e caratteristiche (18).

L'unico elemento certo è il requisito dell'assenza di corporalità. Genericamente si può parlare di bene "immateriale" quando sussistono le seguenti caratteristiche: è godibile simultaneamente da un numero indeterminato di persone e in luoghi diversi ed il godimento da parte di un soggetto non limita quello degli altri, né deteriora il bene.

Da questa definizione onnicomprensiva si distinguono le singole definizioni specifiche di ciascun nuovo bene immateriale fra cui possiamo, senza pretese di esaustività, annoverare: *software, database, domain name, sito web, identità digitali (avatar), file musicali, file video, file game, opere letterarie digitali, foto digitali, audiovisivi e opere multimediali*.

Requisiti comuni a tali beni immateriali sono, in sintesi, la:

- 1) *qualità di creazione intellettuale*, tutelata dal diritto d'autore (L. n. 633/1941) oppure dal diritto industriale (D.Lgs. n. 30/2005), in ragione dei rispettivi, differenziati, presupposti applicativi;
- 2) *riproducibilità illimitata*;
- 3) *fruibilità simultanea da parte di più soggetti*;
- 4) *inconsumabilità*.

Il bene oggetto del contratto, si dematerializza diventa codice informatico - inesauribile e inconsuabile - suscettibile di fruizione di simultanea e di massa da parte di un numero illimitato di utilizzatori.

Condivisione e accesso ai contenuti digitali sono i nuovi *mantra* dei mercati virtuali, che sono luogo elettivo - per non dire, con riferimento a taluni settori come quello musicale, esclusivo - della fruizioni di software, opere letterarie, musicali, video e audiovisivi.

Anche la nuova Dir. UE 25 ottobre 2011, n.83 sui diritti dei consumatori - che modifica le Dir. CE 93/13 in materia di clausole abusive e 99/44 in ma-

teria di vendita e garanzia di beni di consumo, oltre ad abrogare le Dir. CE 85/577 in materia di contratti negoziati fuori dai locali commerciali e 97/7 in materia di contratti a distanza - prende atto della centralità dei *contenuti digitali* nei nuovi mercati (19).

Si pensi, a titolo esemplificativo, ai seguenti riferimenti espliciti della Dir. UE 11/83 recepiti dal D.Lgs. n. 21/2014:

- art. 2, n. 11 che definisce "*contenuto digitale*" i "*dati e prodotti forniti in formato digitale*";

- art. 5.1 che tra gli obblighi informativi del fornitore, nei contratti diversi da quelli a distanza e in quelli negoziati fuori dai locali commerciali, prevede anche "la funzionalità del contenuto digitale comprese le misure applicabili di protezione tecnica" (lett. g) oltre a "qualsiasi interoperabilità pertinente del contenuto digitale con l'hardware e il software" (lett. h);

- art. 6.1 che tra gli obblighi informativi del fornitore, nei contratti a distanza e in quelli negoziati fuori dai locali commerciali, prevede anche "la funzionalità del contenuto digitale comprese le misure applicabili di protezione tecnica" (lett. r) oltre a "qualsiasi interoperabilità pertinente del contenuto digitale con l'hardware e il software" (lett. s). Nell'ambito della tipologia dei beni giuridici, il "software" è classificato, secondo la dottrina dominante, e di recente anche dall'art. 1 del D.Lgs. 29 dicembre 1992, n. 518, in quanto *opera dell'ingegno*, di carattere creativo, tutelabile dalla legge sul diritto d'autore (*ex combinato disposto art. 2575 c.c. e nuovi artt. 1 e 2, L. 22 aprile 1941, n. 633, come modificati dal d.P.R. 8 gennaio 1979, n. 19 e dal D.Lgs. n. 518/1992 cit.*) come *bene immateriale*.

Per quanto riguarda la natura giuridica dei *nomi a dominio*, si ritiene corretto ritenere che al nome di dominio debba essere riconosciuta - oltre alla mera funzionalità tecnica di indirizzo telematico - anche un'efficacia distintiva: trattasi precisamente di un segno distintivo atipico. Conclusioni valide anteriormente al nuovo Codice della Proprietà Industriale (D.Lgs. n. 30/2005, d'ora innanzi CPI) che ora - diversamente dall'abrogata l.ma del 1942 - riconosce espressamente la natura distintiva del nome a dominio aziendale (art. 22 - CPI) (20).

Si osservi, innanzitutto, che il nome a dominio può, infatti, anche rilevare come segno distintivo

(18) D. Messinetti, *Beni immateriali, diritto privato*, in *Enc. giur.*, V, 1989, *passim*.

(19) Su tema dei nuovi consumi immateriali e la tutela dei consumatori si veda *amplius* E. Tosi (a cura di), *La tutela dei consumatori in Internet e nel commercio elettronico. Contratti,*

Responsabilità, Rimedi, cit.; in particolare, E. Tosi, *Le asimmetrie e le forme della contrattazione telematica nel commercio elettronico: il contratto virtuale con i consumatori*, *ibidem*, 131 ss.

(20) Mi sia consentito rinviare, in argomento, alla serie di

perché alla luce della progressiva “commercializzazione” della rete Internet l’imprenditore non si avvale di un indirizzo Internet qualsiasi ma richiede un determinato nome di dominio per rendere identificabili ai navigatori i prodotti o servizi offerti dal proprio sito commerciale.

In secondo luogo, è evidente che l’espressione registrata come nome di dominio non costituisce un mero indirizzo tecnico. Quanto detto si può evincere anche dalla circostanza che questa non viene assegnata d’ufficio al richiedente dalla *Registration Authority*, ma viene liberamente scelta - pur nel rispetto di determinate regole tecniche e a condizione dell’univocità - dal richiedente.

Pertanto, una volta riconosciuta la natura distintiva, se il nome di dominio sia riconducibile alla disciplina del marchio piuttosto che a quella della ditta o dell’insegna, stante il principio di unitarietà dei segni distintivi (art. 22 - CPI) - in base al quale è assicurata la stessa tutela in caso di conflitto tra segni distintivi, comunque qualificati - pare problema di poco conto su cui non è rilevante soffermarsi (21).

Circa la natura giuridica del nome a dominio è orientamento - dottrinale e giurisprudenziale - pressoché uniforme, che l’espressione in cui si

estrinseca il nome a dominio abbia anche funzione distintiva (22).

La dematerializzazione e la possibilità tecnica di condivisione illimitata dei contenuti digitali agevola le condotte illecite (c.d. *pirateria digitale*) e rende strenua la battaglia dei titolari dei diritti d’autore e dei diritti connessi nei confronti degli utilizzatori di Internet.

La tutela amministrativa dei contenuti digitali nelle reti di comunicazione elettronica: controverso iter formativo e “lato oscuro” del Regolamento AGCom 680/13

La diffusione e condivisione *online* dei contenuti digitali è soggetta a condotte di fruizione illecita di varia natura - fenomeno notoriamente definito come *pirateria digitale* - che richiede un costante rafforzamento delle tutele giuridiche (23).

Con tale termine s’intende fare riferimento alle seguenti attività in Internet e precisamente:

- fruizione mediante differita registrazione illecita di audio, video e audiovisivi sul proprio computer - c.d. *downloading*;

studi dello scrivente: E. Tosi, *Nomi di dominio e tutela dei segni distintivi in Internet tra “domain grabbing”, “linking”, “framing” e “Meta-tag”*, in *Riv. dir. ind.*, 2, 2000, 162 ss.; E. Tosi, *Domain grabbing”, “linking”, “framing” e utilizzo illecito di “meta-tag” nella giurisprudenza italiana: pratiche confusorie online “vecchie” e nuove tra contraffazione di marchio e concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, 3, 2002, 371 ss.; E. Tosi, *Contraffazione di marchio e concorrenza sleale in Internet: dal classico “domain grabbing” all’innovativo “key-word” marketing confusorio*, in *Riv. dir. ind.*, 2009, 387ss.; da ultimo, E. Tosi, *La responsabilità civile per fatto illecito degli Internet Service Provider e dei motori di ricerca a margine di recenti casi “Google Suggest” per errata programmazione dei Software di ricerca e “Yahoo Italia!” per link illecito in violazione dei diritti di proprietà intellettuale*, in *Riv. dir. ind.*, 2012, 44 ss.

(21) Così G. Sena, *Il nuovo diritto dei marchi*, Milano, 1998, 91; P. Frassi, *Internet e segni distintivi*, in *Riv. dir. ind.*, 1997, 182; M. Fazzini, *Il diritto di marchio nell’universo di Internet*, ALDA, 1998, cit., 593. *Contra*, G. Vanzetti - M. Di Cataldo, *Manuale di diritto industriale*, Milano, 1996, 270-271; Peyron, *Nomi a dominio - domain name - e proprietà industriale: un tentativo di conciliazione*, in *Giur. it.*, 1997, 697 ss.

(22) Vedi in tal senso *ex multis* in dottrina: N. Abriani - G. Cottino - M. Ricolfi, *Diritto industriale*, II, *Trattato di Diritto Commerciale* diretto da G. Cottino, Padova, 2001, 156 ss.; C. Galli, *I domain names nella giurisprudenza*, Milano, 2001, 20 ss.; P. Vari, *La natura giuridica dei nomi di dominio*, Padova, 2001, 31 ss.; M. Fazzini, *La tutela dei segni distintivi in Internet*, in V. Franceschelli (a cura di), *Commercio elettronico*, cit., 211 ss.; F. Iudica, *I domini online. Considerazioni civilistiche in tema di domini online*, in Franceschelli (a cura di), *Commercio elettronico*, Milano, 2001, C. Mayr, *I domain names ed i diritti sui segni distintivi: una coesistenza problematica*, in *AIDA*, 1996, 223 ss.; P. Frassi, *Internet e segni distintivi*, cit., 178 ss.; M. Besia, *Offerta di connessione a Internet e pubblicità ingannevole*, cit., 197

ss.; Saccani, *Note in tema di confondibilità tra domain names*, cit., 434 ss.; C. Cerasani, *Il conflitto tra Domain Names e marchi d’impresa nella giurisprudenza italiana*, in *Riv. dir. comm. int.*, 1999, 645 ss.; E. Tosi, *Nomi di dominio internet e segni distintivi*, in Franceschelli (a cura di), *Trattato di Diritto Industriale*, Torino, 2003. In senso conforme in giurisprudenza *ex multis*: Trib. Napoli 26 febbraio 2002, sent. - Est. Casaburi, Playboy Ent. Inc. c. Giannatasio, in *Arch. civ.*, 2002, 706 ss.; Trib. Milano 7 agosto 2001, ord. - Pres. Est. Gandolfi, I Viaggi del Ventaglio S.p.A. c. Milano Virtuale S.r.l., in questa *Rivista*, 2001, II, 444 ss. con nota di Sena); Trib. Verona, ord. 25 maggio 1999, G.D. M.G. Zattoni, Technoware Engineering S.p.A. c. Effedi S.a.s. (*Riv. dir. ind.*, 2000, 162 ss.); Trib. Roma, ord. 22 marzo 1999 - INA S.p.A. c. Francesco corsello, I.Net. S.p.A. (in *AIDA*, 1999, 674 ss.); Pret. Vicenza, ord. 6 luglio 1998 - GEL Automazione di Rubega Silvano, International Gold Service S.r.l. c. Peugeot Automobili Italia S.p.a., Automobiles Peugeot s.a. (in *AIDA*, 1999, 526 ss.); Trib. Milano, ordinanza 10 giugno 1997, Amadeus Marketing SA, Amadeus Marketing Italia S.r.l. contro Logica S.r.l. (in *Foro it.*, 1997, 923 ss.); Trib. Milano, ord. 22 luglio 1997, Logica S.r.l. contro Amadeus Marketing SA e Amadeus Marketing Italia s.r.l. (in *Foro it.*, 1997, 923 ss.); Trib. Roma, ord. 2 agosto 1997, Sege s.r.l. contro Starnet s.r.l. (in *Foro it.*, 1997, 923 ss.); Trib. Genova, ord. 23 gennaio 1997, in *Giur. it.*, II, 501 ss.

(23) Mi sia consentito rinviare sul punto a Tosi, *La tutela della proprietà intellettuale nelle comunicazioni elettroniche: pirateria digitale degli audiovisivi e responsabilità degli Internet Service Provider*, in F. Bassan- E. Tosi (a cura di), *Diritto degli Audiovisivi*, Milano, 2012, spec. 69 ss.; cui *adde* da ultimo Tosi, *La tutela degli audiovisivi e dei contenuti digitali nelle reti di comunicazione elettronica tra diritto d’autore online e responsabilità civile degli internet service provider*, in *Diritto dell’informatica*, a cura di G. Finocchiaro - F. Delfini, Torino, 2014, 963 ss.

- fruizione in tempo reale dei dati predetti, senza registrazione permanente degli stessi - c.d. *streaming* - mediante accesso a siti web o più in generale tramite Internet.

Il legislatore dimostra una certa disattenzione verso il fenomeno del contrasto alla pirateria digitale: il tema del diritto d'autore non è mai stato significativamente toccato dalle Agende Digitali che si sono susseguite negli ultimi anni.

La scarsa attenzione al rafforzamento della tutela dei diritti - d'autore e connessi - dell'economia dei contenuti digitali, si rivela pienamente alla luce della preoccupante amnesia del legislatore italiano nel recente "Crescitalia 2.0" - D.L 18 ottobre 2012, n. 179 convertito in L. 17 dicembre 2012, n. 221 - provvedimento delineante la c.d. *Agenda Digitale italiana*.

"Crescitalia 2.0" dedica tante minuziose norme all'innovazione e alla crescita digitale trascurando, invece, sorprendentemente, tale settore strategico per lo sviluppo del paese: non vi è, infatti, traccia alcuna relativamente alla tutela dei contenuti digitali e in particolare dell'espressa attribuzione, per legge, di un generale potere provvedimentale AGCom - esteso, quindi, oltre i limitati confini degli audiovisivi a tutti i contenuti digitali diffusi *online* - ossia non solo regolamentare e di vigilanza ma anche ordinatorio, accertativo e sanzionatorio.

Da ultimo il tema fondamentale del diritto d'autore - diritto personalissimo - neppure trova ospitalità nella recente "*Dichiarazione dei Diritti Internet*" elaborata dalla *Commissione per i diritti e i doveri in Internet costituita presso la Camera dei Deputati* (24). Commendevole amnesia che auspichiamo possa essere sollecitamente rimediata.

Non a caso l'Italia appare al 40° posto nella classifica dell'*International Property Rights Index* del 2014, che misura il livello delle tutele dei diritti sui beni materiali e immateriali, mentre la maggior parte dei principali Stati UE figurano nei primi venti posti.

La diffusione di tale fenomeno illecito richiede - al contrario - il costante rafforzamento delle tutele

previste dalla LDA e da ultimo ha portato all'approvazione di uno specifico regolamento da parte di AGCom.

Vicenda singolare è quella *dell'iter* controverso che ha portato all'approvazione del *Regolamento AGCom n. 680 del 12 dicembre 2013* (di seguito per brevità, "Regolamento AGCom 680/13") in materia di "*Tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del D.Lgs. 70/2003*", entrato in vigore il 31 marzo 2014.

La necessità di contemperare differenti interessi e diritti, anche di natura costituzionale, ha reso opportuno se non necessario, prima di adottare il Regolamento, di condividere ampiamente il testo predisposto per confrontarsi con gli operatori del settore e i soggetti interessati.

"Ritenuto opportuno" - così statuisce la Delibera AGCom 452/13 - "stanti la particolare rilevanza e complessità tecnica della materia oggetto di regolamentazione e la conseguente necessità di approfondire adeguatamente gli aspetti relativi alla protezione del diritto d'autore connessi ai servizi di media audiovisivi, di sottoporre ad ulteriore consultazione pubblica lo schema di regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica. A tale scopo, lo schema di Regolamento che si pone in consultazione si propone, da un lato, di favorire lo sviluppo dell'offerta legale, dall'altro di disciplinare l'attività di accertamento, prevenzione e cessazione delle forme di violazione del diritto d'autore nei settori di competenza dell'Autorità".

Si è proceduto, quindi, a ben tre diverse procedure di consultazione - nell'arco di anni compreso tra il 2010 e il 2013 - che hanno visto, di volta in volta, un'ampia partecipazione, tramite l'invio di contributi o la richiesta di audizioni in merito alle definizioni, al campo di applicazione nonché ai profili procedurali di cui all'adottando Regolamento:

- Delibera AGCom 668/2010;
- Delibera AGCom 398/2011;
- Delibera AGCom 452/2013;

(24) La *Commissione per i diritti e i doveri relativi a Internet* - promossa dalla Presidenza della Camera dei Deputati - in data 8 ottobre 2014 ha varato una bozza di dichiarazione dei diritti e i doveri in Internet, pubblicata sul sito della Camera all'indirizzo www.camera.it per la consultazione pubblica: la raccolta dei contributi dei cittadini partirà il 27 ottobre 2014 e durerà quattro mesi. "L'idea di giungere alla redazione di una *Carta dei diritti e quindi alla costituzione della Commissione alla Camera* fa seguito ad alcuni incontri e seminari svolti proprio alla Camera dei deputati su questi temi. L'iniziativa nasce, inoltre, anche in coincidenza con altre assunte in questo ambito negli ultimi anni,

con una accelerazione proprio in questi ultimi mesi, a livello internazionale. Tra queste l'approvazione in Brasile della legge cosiddetta "*Marco civil*" nell'aprile 2014, le sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea dell'8 aprile e del 13 maggio 2014, la raccomandazione del Consiglio d'Europa anch'essa dell'aprile 2014 e la sentenza della Corte Suprema Usa del 25 giugno 2014. Tutto ciò si aggiunge naturalmente alle molte iniziative provenienti dalla società civile che in questi ultimi anni si sono mosse nella direzione dell'elaborazione di un vero e proprio *Internet bill of rights*".

Il provvedimento tenta di disciplinare in maniera equilibrata i differenti interessi, a volte confliggenti, che emergono nel nuovo contesto tecnologico globalizzato che agevola la distribuzione di prodotti e servizi e moltiplica in modo esponenziale la loro fruizione da parte degli utenti finali.

La peculiare potenzialità di diffusione delle reti di comunicazione elettronica amplifica, inoltre, il rischio di violazione dei diritti, patrimoniali e non, del soggetto titolare del diritto d'autore.

Il necessario bilanciamento di interessi contrapposti - da un lato all'equa remunerazione dell'Autore e dall'altro di accesso ai contenuti offerti da Internet - è contemplato dalla stessa *Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo* che, all'art. 27, mentre riconosce ad ogni individuo il "diritto di prendere parte liberamente alla vita culturale della comunità, di godere delle arti e di partecipare al progresso scientifico ed ai suoi benefici" (comma 1), afferma il "diritto alla protezione degli interessi morali e materiali derivanti da ogni produzione scientifica, letteraria e artistica di cui egli sia autore" (comma 2).

L'AGCOM ha ritenuto, dunque, necessario regolare organicamente il complesso tema al fine di evitare interventi erratici e non coordinati che avrebbero avuto un'efficacia limitata.

Il Regolamento è il primo provvedimento che tenda di introdurre una regolamentazione meramente amministrativa della pirateria *online*, ossia la diffusione in rete di opere digitali - audiovisivi inclusi - in violazione del diritto d'autore e dei diritti connessi dei rispettivi titolari.

In prospettiva critica, si è ampiamente discusso circa l'ampiezza del potere di vigilanza e inibitorio previsto dal Regolamento in commento, in quanto si è osservato in dottrina che tale potere parrebbe sussistere *de plano* solo limitatamente a:

- quanto al profilo soggettivo: ai fornitori di servizi di media audiovisivi cui sia riconducibile la responsabilità editoriale della scelta dei contenuti stessi (TUSMAR D.Lgs. n. 177/2005, art. 32 *bis*);

- quanto al profilo oggettivo: solo ai contenuti di media audiovisivi, quindi non anche ai file musicali, alle immagini non in movimento, ai testi e al software.

A diverse conclusioni - per un'estensione dei poteri inibitori anche ad altri soggetti diversi dai fornitori di servizi di media audiovisivi e per un'estensione dei contenuti vigilati - si potrebbe giungere, inequivocabilmente e senza rischio di contestazioni, solo a seguito di una norma, primaria - che tali

poteri provveda compiutamente a disciplinare: ma così non è stato.

E, infatti, per tali ragioni:

- ANSO - Associazione Nazionale della Stampa Online, F.E.M.I. Federazione Media Digitali Indipendenti, Open Media Coalition

- Altroconsumo, Movimento difesa del cittadino, Assoprovider e Assintel

hanno impugnato - con due distinti ricorsi amministrativi ordinari - il Regolamento predetto avanti al T.A.R. Lazio.

Corre l'obbligo di segnalare anche un ricorso straordinario al Presidente della Repubblica da parte di SKY successivo a quelli suindicati e di cui non si conosce ancora - per quanto consta allo scrivente - l'esito.

Il Tar Lazio con ordinanza del 26 settembre 2014, nell'ambito dei ricorsi promossi avverso il regolamento AGCOM sulla tutela del *copyright online*, ha rimesso alla Corte Costituzionale la seguente questione:

"il Collegio ritiene necessario sottoporre alla Corte Costituzionale la seguente questione incidentale di legittimità costituzionale, rilevante ai fini della definizione del giudizio a quo, ovvero ai fini della eventuale declaratoria di illegittimità del regolamento dell'AGCom impugnato con il ricorso in epigrafe e del suo conseguente annullamento in sede giurisdizionale, volta ad ottenere una pronuncia pregiudiziale circa la possibile illegittimità costituzionale dell'art. 5, comma 1, e degli artt. 14, comma 3, 15, comma 2, e 16, comma 3, del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, nonché del comma 3 dell'art. 32 bis del testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici approvato con decreto legislativo n. 117 del 2005, come introdotto dall'art. 6 del decreto legislativo n. 44 del 2010, sulla cui base è stata adottata la impugnata 'Delibera n. 680/13/CONS del 12 dicembre 2013' recante il 'Regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative' e l'Allegato A' alla predetta Delibera, per la violazione dei principi di riserva di legge e di tutela giurisdizionale in relazione all'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero e di iniziativa economica, sanciti dagli articoli 2, 21, I comma, 24 e 41 della Costituzione, nonché per la violazione dei criteri di ragionevolezza e proporzionalità nell'esercizio della discrezionalità legislativa e per la violazione del principio del giudice naturale, in relazione alla mancata previsione di garanzie e di tutele giurisdizionali per l'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero sulla rete al-

meno equivalenti a quelle sancite per la stampa, con la conseguente violazione degli articoli 21, commi 2 e seguenti, 24 e 25, comma 1, della Costituzione”.

Da un lato AGCom - prendendo atto delle citate ordinanze del T.A.R. Lazio - ha sottolineato che il T.A.R. ha “riconosciuto espressamente e a più riprese che l’Autorità ha correttamente interpretato ed attuato le leggi vigenti che le attribuiscono il ruolo e le competenze di ‘amministrazione vigilante’ in materia di diritto d’autore. Il Giudice riconosce, inoltre, che l’Agcom si è attenuta ai criteri di ragionevolezza e proporzionalità nell’esercizio della propria potestà di amministrazione vigilante, disciplinando una procedura che pur contraddistinta da carattere d’urgenza garantisce la piena partecipazione degli interessati”.

Dall’altro i legali delle Associazioni ricorrenti hanno osservato che il T.A.R. Lazio non ha dichiarato in alcun modo - né avrebbe potuto farlo trattandosi di semplice ordinanza interlocutoria - la legittimità del Regolamento né ha affermato la competenza dell’Autorità, perché per farlo avrebbe dovuto emettere una sentenza, ossia un provvedimento decisorio idoneo a passare in giudicato.

Il nuovo Regolamento è, tuttavia, certamente apprezzabile sia per la statuizione espressa del ruolo alternativo - non sostitutivo della via giudiziaria - della procedura amministrativa dinanzi all’AGCom con conseguente obbligo di archiviazione d’ufficio in caso di ricorso all’Autorità Giudiziaria sopravvenuto, che per l’esclusione di ogni iniziativa di contrasto d’ufficio che avrebbe costituito un rischio concreto di collasso organizzativo delle strutture di AGCom.

Qualche perplessità in più può suscitare la reintroduzione - a tutela del diritto d’autore - del rimedio più invasivo dell’oscuramento del sito web - acceosamente criticato in sede di consultazione pubblica da parte dei difensori della libertà di espressione - mediante inibitoria di accesso integrale a tutti i contenuti: provvedimento che, forse, sarebbe stato meglio lasciare all’esclusiva competenza giudiziaria - come si era lasciato intendere nella bozza del secondo schema di regolamento - considerati i rilevanti diritti in gioco, anche di rango costituzionale (art. 21 Cost.) al fine di evitare potenziali rischi di natura latamente censoria.

Anche il profilo del doppio binario è *sub iudice*, non in assoluto, ma in relazione alla concreta applicazione: occorre, quindi, attendere la decisione della Corte per formulare valutazioni definitive.

Il T.A.R. ha, infatti, rimesso alla Corte costituzionale - non il doppio binario in sé e per sé in quanto ammesso anche a livello comunitario - bensì quella parte del doppio binario che consentirebbe ad una Autorità Amministrativa di poter emettere provvedimenti di repressione a tutela del diritto d’autore incidendo sui diritti di libera espressione, di informazione e di accesso ai contenuti tutelati dall’art. 21 Cost.

Il T.A.R. pare dubitare circa il ruolo dell’Autorità amministrativa in tale delicato bilanciamento di contrapposti diritti costituzionali di rango differenziato, sospettando che possa essere solo l’Autorità giudiziaria ordinaria a poter esercitare il ruolo di Giudice naturale - non in relazione a quello che viene affermato in generale nel D.Lgs. n. 70/2003 con il doppio binario - ma solo in riferimento specifico alla tutela del diritto d’autore, in quanto diritto di libertà economica (art. 42 Cost.) contrapposta ai diritti di libera manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.).

Secondo la citata ordinanza interlocutoria del T.A.R. “Nelle decisioni citate il ‘doppio binario’, amministrativo e giurisdizionale, previsto dalle direttive comunitarie richiamate dall’AGCom, sembra quindi temperato dalla necessità che le limitazioni dell’accesso ad internet a tutela del diritto d’autore siano ponderate con gli altri diritti sanciti dal diritto dell’Unione, alla stregua di un principio di proporzionalità, e che, comunque, siano sottoposte ad un previo vaglio del giudice nazionale”.

Oltre al grave sospetto di *vulnus* costituzionale - del D.Lgs. n. 70/2003 e conseguentemente del Regolamento AGCom che da esso trae fondamento e deriva - sussistono anche ulteriori profili problematici.

Occorrerebbe precisare in prospettiva *de iure condendo* - previa, si ribadisce, idonea copertura giuridica da parte di norma primaria promulgata allo scopo - almeno i seguenti aspetti controversi:

- l’ambito di applicazione soggettivo: da estendere espressamente agli operatori di telefonia mobile;
- l’ambito di applicazione oggettivo: da estendere espressamente al contrasto della pirateria musicale;
- l’introduzione delle figure soggettive del “gestore del sito internet” e del “gestore della pagina internet” non presenti nel dato normativo di riferimento (D.Lgs. n. 70/2003) e seppur correttamente differenziate - come suggerito dalla scrivente dottrina - dalle figure soggettive eterogenee e soggette a specifica disciplina esimente (segnatamente gli ISP passivi di cui agli artt. 14, 15 e 16 del D.Lgs. n. 70/2003) non completa e precisa in quanto trascurato.

rante il ruolo dei *content provider* oltre a quello emergente degli ISP attivi e;

- differenziare le procedure di rimozione selettiva distinguendo almeno tra *content provider*, ISP attivi (a cui potrebbero essere assimilati, a tali fini, anche gli aggregatori di contenuti di terzi, motori di ricerca e *social network* sebbene, come si avrà modo di osservare compiutamente *infra*, tali soggetti non siano astrattamente riconducibili *a priori* in tale categoria, ma solo *ex post* in base alla prudente valutazione della misura e natura della interferenza della loro condotta in termini di risultato finale dei contenuti digitali diffusi) e ISP passivi (meri “intermediari” di servizi della società dell’informazione): in relazione ai fornitori di contenuti digitali si ritiene opportuno prevedere una sincopazione delle tempistiche e una semplificazione delle procedure non essendo opportuno replicare le garanzie previste per gli ISP passivi che si limitano a fornire servizi di *mere conduit*, *caching* e *hosting* senza interferire con i contenuti.

Nel caso del *content provider* non si pongono, infatti, né il problema della conoscenza legale dell’illecito con il correlato profilo dell’irresponsabilità previsto dal D.Lgs. n. 70/2003 per gli ISP passivi - essendo il contenuto riconducibile alla diretta responsabilità del fornitore di contenuti - né quello della rimozione di contenuti illeciti predisposti da terzi, che si pone, invece, in relazione agli ISP attivi e passivi.

Uno snellimento procedurale - in parte analogo a quanto ipotizzato per i *content provider* - potrebbe essere, in linea di massima, previsto anche per gli ISP attivi - seppure con le debite precisazioni procedurali per quanto riguarda la rimozione di contenuti immessi da terzi;

- è stata opportunamente recepita l’estensione dell’applicabilità delle procedure anche ai siti contenenti esclusivamente *link* di rinvio a siti a contenuto illecito;

- manca deterrente avverso istanze di rimozione pretestuose e palesemente infondate mediante previsione di diritti amministrativi da corrispondersi al fine della regolarità dell’istanza e in caso di rigetto di questa, pagamento delle spese amministrative dell’istruttoria dell’AGCom.

Occorre, inoltre, eliminare ogni pedissequa traslazione di diritti e procedure di importazione straniera quali “copyright” e procedure di “notice and take down”, estranei al nostro sistema giuridico.

Corre l’obbligo di rilevare che il riferimento esplicito all’istituto del *notice and take down* tipizzato all’art. 512 del DMCA pare inopportuno tenuto

conto che l’adattamento italiano non può, se non ad una prima e sommaria analisi, essere ad esso assimilato.

Sotto il profilo soggettivo, la procedura originale, infatti, è applicabile esclusivamente ai prestatori di servizi di *caching*, *hosting* e *linking*.

La versione italiana, invece, come delineata dallo schema di Regolamento AGCom in commento, viene estesa all’ indefinita categoria dei “gestori di siti internet e di pagine internet” ossia non solo ai prestatori di servizi della società dell’informazione come definiti dalla Dir. CE 31/2000 - recepita con D.Lgs. n. 70/2003 - ma anche ai fornitori di media audiovisivi e di contenuti digitali in generale, in buona sostanza ai *content provider*.

Sotto il profilo funzionale, inoltre, la procedura amministrativa di notifica e rimozione messa a punto nello schema di regolamento AGCom, che qui si commenta, non si prefigge di assicurare l’essenzialità da responsabilità degli intermediari per le violazioni commesse da terzi - in relazione alla *vicarious liability* e al *contributory infringement* - come nella versione originale del DMCA statunitense: la notifica del contenuto illecito costituisce, infatti, mero presupposto procedurale di un differente procedimento di rimozione, selettiva e volontaria, fonte di autonoma responsabilità civile in caso di inottemperanza.

Last but non least - in sede di normativa primaria - occorrerebbe prevedere - con riferimento alla tutela amministrativa del diritto d’autore nelle comunicazioni elettroniche - al fine di evitare prevedibili ricorsi:

- competenza sui ricorsi avverso provvedimenti AGCom inerenti il contrasto alla pirateria digitale disciplinati dall’emanando regolamento riservata in esclusiva all’AGO - sulla falsariga di quanto fatto con il D.Lgs. n. 196/2003 in materia di controversie inerenti la tutela dei dati personali anche in relazione ai provvedimenti del Garante per la Protezione dei Dati Personali (art. 152, comma 1, D.Lgs. n. 196/2003) - trattandosi di provvedimenti potenzialmente lesivi di diritti soggettivi anche costituzionalmente protetti. Nel caso di specie, da riservarsi *ratione materiae* alla competenza esclusiva delle *Sezioni specializzate in materia di proprietà intellettuale e industriale*;

- tipizzazione del diritto al risarcimento del danno da rimozione ingiustificata;

- esonero della responsabilità in capo al prestatore di servizi della società dell’informazione che ottemperi diligentemente e in buona fede all’ordine di rimozione successivamente rivelatosi infondato.

La procedura amministrativa di notifica e rimozione a tutela delle opere digitali illecite (AGCom 680/13)

Si ritiene opportuno delineare preliminarmente finalità, ambito applicativo soggettivo e ambito applicativo oggettivo del Regolamento AGCom 680/13 “in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica”.

Le finalità sono statuite nell'art. 2, comma 1, del Regolamento indica espressamente le attività dell'Autorità “in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica” ovvero (25):

- la promozione dello “sviluppo dell'offerta legale di opere digitali e l'educazione alla corretta fruizione delle stesse” (26), nonché
- la predisposizione di “procedure volte all'accertamento e alla cessazione delle violazioni del diritto d'autore e dei diritti connessi, comunque realizzati, poste in essere sulle reti di comunicazione elettronica”.

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione soggettivo del nuovo Regolamento AGCom 680/13 - che qui si commenta nelle linee fondamentali - riguarda:

- innanzitutto, ove individuato, l'*uploader* ossia colui che ha caricato il contenuto;
- i prestatori di servizi internet in generale, non solo i meri intermediari prestatori di servizi di mero trasporto di informazioni (*mere conduit*, art. 14), memorizzazione temporanea automatica (*caching*, art. 15) e memorizzazione a richiesta del destinatario dei servizi (*hosting*, art. 16);
- i fornitori di servizi di media audiovisivi.

L'art. 2, comma 3, esclude espressamente dall'ambito applicativo predetto:

- *utenti finali che fruiscono di opere digitali in modalità downloading o streaming;*
- *applicazioni e programmi per elaboratore attraverso i quali si realizza la condivisione diretta tra utenti finali di opere digitali attraverso reti di comunicazione elettronica.*

(25) Al comma 2 dell'art. 2 del Regolamento AGCom 680/13 si precisa che: “Nello svolgimento delle attività di cui al comma 1, l'Autorità opera nel rispetto dei diritti e delle libertà di comunicazione, di manifestazione del pensiero, di cronaca, di commento, critica e discussione, nonché delle eccezioni e delle limitazioni di cui alla Legge sul diritto d'autore. In particolare, l'Autorità tutela i diritti di libertà nell'uso dei mezzi di comunicazione elettronica, nonché il diritto di iniziativa economica e il suo esercizio in regime di concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche, nel rispetto delle garanzie di cui al-

Gli strumenti di contrasto della pirateria digitale, attuati in collaborazione con i prestatori di servizi Internet, non sono orientati all'utente finale ma al facilitatore seriale essendo fondati sull'analisi dei modelli di *business* illecito connessi all'offerta di contenuti in violazione del diritto d'autore (c.d. *follow the money*).

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione oggettivo il Regolamento AGCom in commento si applica alle opere digitali come definite dall'art. 1, lett. p):

“un'opera, o parti di essa, di carattere sonoro, audiovisivo, fotografico, videoludico, editoriale e letterario, inclusi i programmi applicativi e i sistemi operativi per elaboratore, tutelata dalla Legge sul diritto d'autore e diffusa su reti di comunicazione elettronica”.

Corre l'obbligo di rilevare che la definizione innovativa di “opera digitale” non trova riscontro nella normativa primaria, né LDA né D.Lgs. n. 70/2003. Si prevedono due distinte procedure di rimozione dei contenuti digitali illeciti, sostanzialmente analoghe tra loro, a tutela del diritto d'autore, a seconda che la violazione venga commessa:

- su una rete di comunicazione elettronica, oppure
- su servizi di *media*.

In entrambi i casi, il procedimento può essere attivato dal titolare dei diritti d'autore mediante l'invio di un'istanza all'AGCom. L'art. 5 dispone espressamente che “l'Autorità interviene su istanza di parte”: tale norma pare dettata, innanzitutto, da un realistico principio di ragionevolezza a tutela del buon funzionamento di AGCom.

Son legittimati a presentare l'istanza i seguenti soggetti:

- il titolare o licenziatario del diritto d'autore o dei diritti connessi con riferimento all'opera digitale o al servizio di *media*; oppure
- il mandatario del titolare o del licenziatario del diritto (a titolo esemplificativo: associazioni di gestione collettiva o di categoria).

In entrambe le procedure, la Direzione Servizi Media AGCom (di seguito per brevità, “Direzione AGCom”), ai sensi dell'art. 4 del Regolamento che

la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea”.

(26) Nella prima parte del Regolamento, AGCom intende promuovere l'educazione degli utenti alla legalità e la diffusione dell'offerta legale di opere digitali, attraverso l'istituzione del Comitato per lo sviluppo e la tutela dell'offerta legale di opere digitali (“Comitato”) cui sono chiamati a partecipare anche i rappresentanti degli *stakeholder* dei principali settori economici interessati.

qui si commenta, verifica preliminarmente che l'istanza non sia:

- irricevibile: per mancata osservanza delle prescrizioni di cui al comma 2 (utilizzo del modello di istanza predisposto da AGCom) o per difetto di informazioni essenziali;
- improcedibile: per pendenza di procedimento innanzi all'AG per il medesimo oggetto e tra le stesse parti;
- inammissibile: in quanto non riconducibili all'ambito applicativo del presente regolamento;
- manifestamente infondata.

Ai fini della presente studio preme, in particolare, esaminare i profili essenziali della procedura di tutela delle opere digitali in Internet.

Ferme restando le eventuali procedure autoregolamentate di *notice and take down*, atte a tutelare il diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica l'Autorità, come si è già rilevato, interviene esclusivamente su istanza di parte e non d'ufficio.

Qualora la Direzione Servizi AGCom non ne disponga l'archiviazione **entro 7 giorni**, il procedimento viene avviato.

Per i procedimenti relativi a violazioni *online*, su una pagina internet, la Direzione AGCom comunica l'avvio del procedimento ai prestatori di servizi nonché, ove rintracciabili, all'*uploader* e ai gestori della pagina e del sito internet, e li invita a adeguarsi spontaneamente alla richiesta del soggetto istante.

La Direzione AGCom - competente per la fase istruttoria preliminare ai sensi dell'art. 7 del Regolamento in commento - comunica l'avvio del procedimento ai prestatori di servizi all'uopo individuati, nonché, ove rintracciabili, all'*uploader* e ai gestori della pagina e del sito internet.

La comunicazione di avvio del procedimento deve contenere:

- l'esatta individuazione delle opere digitali che si assumono diffuse in violazione della LDA;
- l'indicazione delle disposizioni che si assumono violate;
- una sommaria esposizione dei fatti e dell'esito degli accertamenti svolti;
- l'indicazione dell'ufficio competente e del responsabile del procedimento al quale è possibile presentare eventuali controdeduzioni;
- nonché del termine di conclusione del procedimento.

Con la medesima comunicazione predetta la Direzione AGCom informa, inoltre, i prestatori di servizi, nonché l'*uploader* e i gestori della pagina e del sito internet, ove rintracciati, circa la possibilità di

adeguamento spontaneo alla richiesta di rimozione del soggetto istante.

Qualora i prestatori di servizi ovvero l'*uploader* o i gestori della pagina o del sito internet provvedano all'adeguamento spontaneo di cui al comma 2, sono tenuti a darne contestuale comunicazione alla Direzione AGCom, la quale dispone l'archiviazione del procedimento in via amministrativa, dandone notizia al soggetto istante e ai destinatari della comunicazione di avvio del procedimento.

Qualora ritengano, invece, di controdedurre in merito alla violazione contestata, i prestatori di servizi, nonché l'*uploader* e i gestori della pagina e del sito internet trasmettono alla Direzione, entro il termine di cinque giorni dalla ricezione della comunicazione di cui all'art. 7, comma 1, ogni elemento utile ai fini del relativo accertamento.

In presenza di esigenze istruttorie, ovvero considerata la complessità del caso, la Direzione AGCom può disporre una proroga dei termini di cui all'art. 6, comma 7 (archiviazione o avvio del procedimento entro 7 giorni dal ricevimento dell'istanza), e al comma 4 del presente articolo (termine di 5 giorni, dalla comunicazione di avvio del procedimento, per controdeduzioni dei prestatori di servizi).

Qualora sia necessario acquisire ulteriori elementi di valutazione, la Direzione AGCom può altresì chiedere ai soggetti che ne siano in possesso informazioni utili all'istruttoria, ai sensi dell'art. 1, comma 30, L. 31 luglio 1997, n. 249.

Salvo il caso di adeguamento spontaneo di cui al comma 3, la Direzione trasmette gli atti all'organo collegiale, formulando proposta di archiviazione ovvero di adozione dei provvedimenti di cui agli artt. 14, comma 3, e 16, comma 3, del D.Lgs. n. 70/2003. La trasmissione degli atti all'organo collegiale non può avere luogo prima della scadenza del termine dei 5 giorni per controdeduzioni dei prestatori di servizi dalla comunicazione di avvio del procedimento.

Il soggetto istante - qualora nel corso del procedimento ricorra all'Autorità giudiziaria per il medesimo oggetto - ne informa tempestivamente la Direzione AGCom, che archivia gli atti e li trasmette all'Autorità giudiziaria, anche nel caso in cui gli stessi siano stati già inviati alla CSP AGCom dandone notizia ai destinatari della comunicazione di avvio del procedimento.

La Direzione informa periodicamente l'organo collegiale delle archiviazioni disposte ai sensi dei commi 3 e 7, ossia nei casi di:

- adeguamento spontaneo da parte dell'*uploader* o dei gestori del sito o della pagina Internet;

- ricorso all'Autorità Giudiziaria da parte dell'istante della procedura di rimozione amministrativa dei contenuti digitali in violazione del diritto d'autore o di diritti connessi.

Se i soggetti predetti, notiziati dell'avvio del procedimento in esame, non si adeguano, la Direzione AGCom ultimata l'istruttoria, valuta la sussistenza dell'illecito e, a seconda che lo si ritenga sussistente o meno, formula proposta di adozione dei provvedimenti previsti oppure di archiviazione della pratica, rimettendo gli atti per la decisione - ai sensi dell'art. 7, comma 6 del Reg. n. 680/13 - alla Commissione per i servizi e prodotti AGCom (di seguito per brevità, "CSP AGCom"), la quale, ai sensi dell'art. 1, comma 6, lett. b), n. 4-bis, L. 31 luglio 1997, n. 249, come modificato dall'art. 11, comma 2, L. 18 agosto 2000, n. 248, esercita le funzioni di vigilanza e accertamento di cui all'art. 182 bis della Legge sul Diritto d'Autore (L. n. 633/1941, di seguito per brevità "LDA") e quelle di cui al D.Lgs. n. 70/2003.

La CSP AGCom, organo collegiale, esaminati gli atti ricevuti all'esito dell'istruttoria preliminare da parte della Direzione AGCom, può procedere all'archiviazione qualora non ritenga sussistere la violazione del diritto d'autore o di altri diritti connessi.

Nel caso in cui ritenga, invece, sussistere la violazione *online* del diritto d'autore o di altri diritti connessi, può adottare diversi provvedimenti:

- se il server in cui si trovano le opere in violazione è situato in Italia, ordina di norma al fornitore di servizi di hosting la rimozione selettiva delle opere o la disabilitazione dell'accesso alle opere medesime;

- se il server è all'estero ordina al fornitore di servizi di mere conduit di disabilitare l'accesso al sito contenente le opere in violazione;

- in aggiunta rispetto ai provvedimenti summenzionati, il re-indirizzamento a una pagina internet delle richieste di accesso alle pagine web contenenti le opere in violazione: contenuto di tale pagina sarà determinato dalla CSP AGCom e verosimilmente conterrà copia del provvedimento di rimozione.

In entrambe le procedure, la CSP AGCom adotta i relativi provvedimenti entro il termine di 35 giorni dalla ricezione dell'istanza.

Laddove venga instaurato dinanzi all'Autorità giudiziaria un procedimento avente lo stesso oggetto e

pendente tra le stesse parti, il procedimento amministrativo dovrà essere archiviato.

La CSP AGCom, ai sensi dell'art. 8 del Regolamento, esaminati gli atti, ne dispone l'archiviazione qualora non ritenga sussistente la violazione del diritto d'autore o dei diritti connessi.

Qualora ritenga sussistente la violazione del diritto d'autore o dei diritti connessi, l'organo collegiale esige, nel rispetto dei criteri di gradualità, di proporzionalità e di adeguatezza, che i prestatori di servizi destinatari della comunicazione di avvio del procedimento, impediscano la violazione medesima o vi pongano fine, ai sensi degli artt. 14, comma 3, e 16, comma 3, del D.Lgs. n. 70/2003.

A tale scopo, la CSP AGCom adotta i seguenti provvedimenti nei confronti dei prestatori di servizi, i quali devono ottemperarvi entro tre giorni dalla notifica:

(i) qualora il sito sul quale sono rese disponibili opere digitali in violazione del diritto d'autore o dei diritti connessi sia ospitato su un *server* ubicato nel territorio nazionale, l'organo collegiale ordina ai prestatori di servizi che svolgono attività di *hosting*, di cui all'art. 16 del D.Lgs. n. 70/2003, di provvedere di norma alla rimozione selettiva delle opere digitali medesime. In presenza di violazioni di carattere massivo, la CSP AGCom può ordinare ai prestatori di servizi di provvedere, in luogo della rimozione selettiva, alla disabilitazione dell'accesso alle suddette opere digitali.

(ii) Qualora il sito sul quale sono rese disponibili opere digitali in violazione del diritto d'autore o dei diritti connessi sia ospitato su un *server* ubicato fuori dal territorio nazionale, l'organo collegiale può ordinare ai prestatori di servizi che svolgono attività di *mere conduit*, di cui all'art. 14 del D.Lgs. n. 70/2003, di provvedere alla disabilitazione dell'accesso al sito.

(iii) Qualora adottati, in luogo della rimozione selettiva, provvedimento di disabilitazione all'accesso del sito per i casi di massiva violazione dei diritti d'autore (art. 8, comma 3, secondo periodo, Regolamento) e per i casi di blocco di accesso ai server ubicato fuori dal territorio nazionale (art. 8, comma 4, Regolamento), la CSP AGCom ordina ai prestatori di servizi, ai sensi dell'art. 71, comma 2 *quater*, lett. a), del Codice delle Comunicazioni Elettroniche (D.Lgs. n. 259/2003), di procedere a reindirizzare automaticamente verso una pagina Internet redatta secondo le modalità indicate dall'Autorità le richieste di accesso alla pagina internet su cui è stata accertata la presenza di opere di-

gitali diffuse in violazione del diritto d'autore o dei diritti connessi.

I provvedimenti predetti (art. 8, commi 1, 2, 3, 4 e 5) sono adottati dalla CSP AGCom entro trentacinque giorni dalla ricezione dell'istanza di rimozione dei contenuti digitali illeciti. Tali provvedimenti sono comunicati al soggetto istante e ai destinatari della comunicazione di avvio del procedimento.

In caso di inottemperanza agli ordini della CSP (art. 8, commi 2, 3, 4 e 5), AGCom applicherà le sanzioni previste dalla L. n. 249 del 31 luglio 1997 - da un minimo 10 mila a massimo 250 mila euro - dandone comunicazione agli organi di polizia giudiziaria ai sensi dell'art. 182 *ter* della LDA.

Una volta conclusosi il procedimento, *ex art.* 17 Regolamento, è ammesso il ricorso avverso il provvedimento dell'Autorità dinanzi al giudice amministrativo.

Merita un cenno, infine, il procedimento abbreviato previsto dall'art. 9 del Regolamento che qui si commenta.

Qualora sulla base di una prima e sommaria cognizione dei fatti oggetto dell'istanza di rimozione dei contenuti illeciti, la Direzione AGCom ritenga che i fatti stessi configurino un'ipotesi di grave lesione dei diritti di sfruttamento economico di un'opera digitale ovvero un'ipotesi di violazione di carattere massivo, i termini di cui agli artt. 6 (istanza di rimozione e avvio del procedimento), 7 (fase istruttoria) e 8 (fase decisoria) sono modificati come segue:

- a) l'archiviazione in via amministrativa e l'avvio del procedimento, di cui all'art. 6, comma 7, hanno luogo entro tre giorni dalla ricezione dell'istanza;
- b) la trasmissione delle controdeduzioni, di cui all'art. 7, comma 4, può avere luogo entro tre giorni dalla comunicazione dell'avvio del procedimento;
- c) la trasmissione degli atti all'organo collegiale non può avere luogo prima della scadenza del termine di cui alla lett. b);
- d) i provvedimenti di cui all'art. 8, commi 1, 2, 3, 4 e 5, sono adottati dall'organo collegiale entro dodici giorni dalla ricezione dell'istanza;
- e) l'inottemperanza agli ordini di cui all'art. 8, commi 2, 3, 4 e 5 ha luogo entro due giorni dalla notifica dell'ordine stesso.

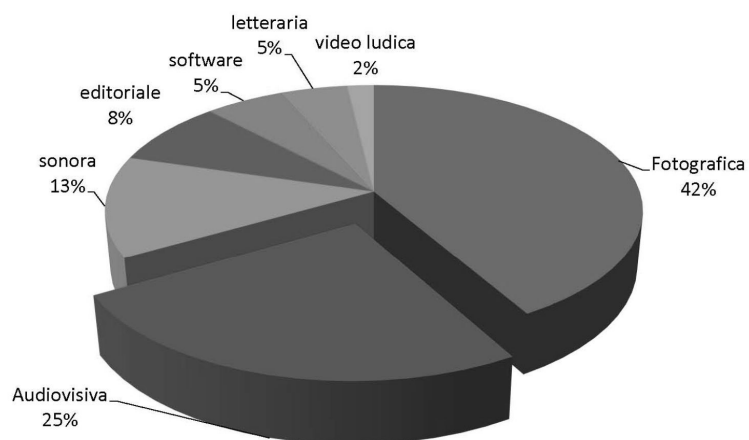
Qualora abbia luogo l'abbreviazione dei termini di cui al comma 1, non si applica la proroga dei termini istruttori prevista in casi di particolare complessità dall'art. 7, comma 5, primo periodo del Regolamento.

Ai fini del ricorso al procedimento abbreviato, la Direzione AGCom valuta, tra l'altro, i seguenti elementi:

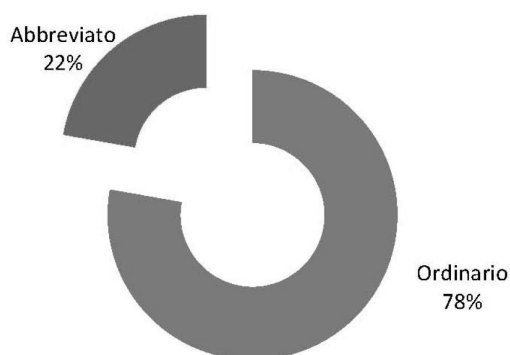
- a) la circostanza che, in relazione al medesimo oggetto e a seguito di una precedente istanza, AGCom abbia già ritenuto sussistente la violazione del diritto d'autore o dei diritti connessi ai sensi dell'art. 8, comma 2;
- b) la significativa quantità delle opere digitali che si assumono diffuse in violazione del diritto d'autore o dei diritti connessi;
- c) i tempi di immissione sul mercato dell'opera digitale;
- d) il valore economico dei diritti violati e l'entità del danno causato dall'asserita violazione del diritto d'autore o dei diritti connessi;
- e) l'incoraggiamento, anche indiretto, alla fruizione di opere digitali diffuse in violazione della Legge sul diritto d'autore;
- f) il carattere ingannevole del messaggio, tale da indurre nell'utente l'erronea convinzione che si tratti di attività lecita;
- g) la messa a disposizione di indicazioni in merito alle modalità tecniche per accedere alle opere digitali diffuse illegalmente;
- h) lo scopo di lucro nell'offerta illegale delle opere digitali, desumibile anche dal carattere oneroso della loro fruizione ovvero dalla diffusione di messaggi pubblicitari;
- i) la provenienza dell'istanza di rimozione dei contenuti digitali da parte di una delle associazioni di gestione collettiva o di categoria con mandato conferito dal titolare o dal licenziatario del diritto d'autore o dei diritti connessi.

Interessanti, infine, le prime statistiche divulgate da AGCom da cui si evince - dall'entrata in vigore il 31 marzo 2014 - un tasso significativo di adeguamenti spontanei - su un totale di 108 istanze - e di istanze di rimozione a tutela di contenuti audiovisivi e fotografici.

DISTRIBUZIONE PER TIPOLOGIA DI OPERE
(dati al 30 settembre 2014 – 108 istanze)

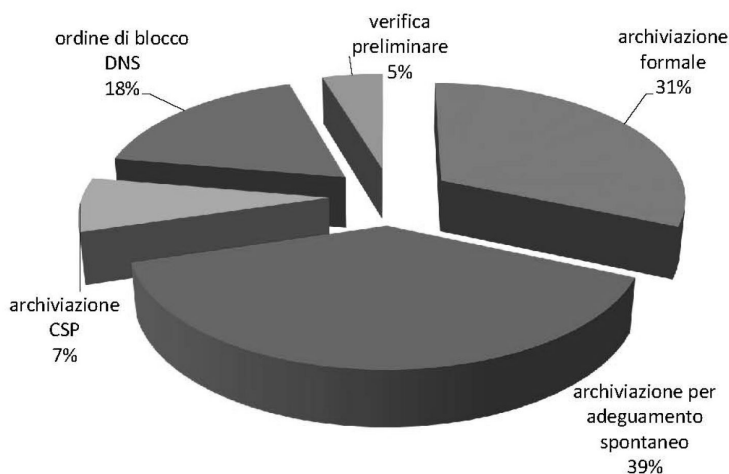


DISTRIBUZIONE PER TIPOLOGIA DI PROCEDIMENTO
(dati al 30 settembre 2014 – 108 istanze)



DISTRIBUZIONE PER STATO DELL'ISTANZA

(dati al 30 settembre 2014 – 108 istanze)



 AUTORITÀ PER LE
GARANZIE NELLE
AGCOM COMUNICAZIONI

7. Il ruolo degli “intermediari” della società dell’informazione

Come si è osservato in apertura del presente studio, nella nuova società dell’informazione e dei contenuti si delinea il ruolo centrale degli “intermediari” nel mercato virtuale: i mercati virtuali esistono in quanto gli “intermediari” ne supportano le necessarie tecnologie.

Gli “intermediari” - i *prestatori di servizi della società dell’informazione*, per usare la definizione utilizzata dalla Dir. CE 31/2000, mutuata dalla Dir. 98/34/CE come modificata Dir. 98/48/CE, e ripresa, in sede di recepimento interno, dal D.Lgs. n. 70/2003 - svolgono, dal punto di vista tecnologico ed economico, una funzione centrale nello sviluppo del mercato virtuale e del commercio elettronico.

Nella prospettiva della tutela dei nuovi beni immateriali veicolati tramite Internet - i contenuti digitali - i soggetti intermediari di servizi della società dell’informazione sono chiamati - secondo un’articolata normativa in materia di responsabilità degli ISP - a svolgere un ruolo strategico.

La tutela del diritto d’autore nelle comunicazioni elettroniche è, infatti, tema strettamente correlato

a quello della responsabilità civile in Internet in relazione alle diverse figure soggettive ivi operanti:

- fornitori di accesso alle reti di comunicazioni elettroniche: *access provider*;
- prestatori di servizi che si limitano a svolgere una funzione di diffusione passiva dei contenuti, ossia meri “intermediari” di servizi tecnici di *mere conduit*, *caching* e *hosting*: *ISP passivi*;
- prestatori di servizi che *non* si limitano a svolgere una funzione di diffusione passiva dei contenuti ma interferiscono attivamente nell’elaborazione e/o presentazione finale degli stessi: *ISP attivi*;
- aggregatori di contenuti di terzi, motori di ricerca e *social network*, la cui qualificazione astratta risulta di difficile formulazione, in assenza di referenti normativi inequivoci, oscillando tra le opposte figure soggettive, in termini di attribuzione della responsabilità civile, degli *ISP attivi* e degli *ISP passivi* in funzione dell’effettiva condotta svolta - in concreto - e al grado di interferenza ravvisabile nell’elaborazione giurisprudenziale più recente - sebbene, corra l’obbligo di rilevare, non ancora consolidata - nell’indicizzazione, presentazione finale e promozione del contenuto digitale diffuso *online*;

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

Il tema in parola - particolarmente complesso e attuale - viene correntemente declinato, essendo, da un lato, scontata la responsabilità del fornitore di contenuti digitali e, dall'altro, l'esclusione di responsabilità del fornitore di accesso alle reti di comunicazione elettronica, con particolare attenzione al fatto illecito degli ISP - passivi e attivi (27) - con conseguenze diametralmente opposte descrivibili in termini di irresponsabilità dei primi e responsabilità dei secondi.

Criterio distintivo quello dell'indicizzazione e promozione - di recente emersione giurisprudenziale (28) - particolarmente utile per inquadrare, con le dovute cautele e precisazioni che illustreremo *infra*, la responsabilità civile dei motori di ricerca, dei social network e degli aggregatori di contenuti di terzi in generale, nell'ambito di quella applicabile agli ISP attivi.

Il tema della responsabilità civile degli ISP deve essere considerato alla luce delle nuove regole delineate dagli artt. 14, 15, 16 e 17 del D.Lgs. n. 70/2003.

La normativa in commento - oltre a statuire il fondamentale principio dell'assenza dell'obbligo generale di sorveglianza (art. 17) - disciplina la responsabilità del prestatore di servizi per:

- semplice trasporto di informazioni, c.d. "mere conduit" (art. 14);
- memorizzazione temporanea ed automatica di informazioni, c.d. "caching" (art. 15);
- memorizzazione di informazioni fornite dal destinatario del servizio, c.d. "hosting" (art. 16).

(27) Sul tema della responsabilità civile degli ISP si vedano: E. Tosi, *Diritto Privato dell'informatica, I beni - I contratti - Le responsabilità*, Milano, 2006, spec. 430 ss.; cui *adde ex multis*: M. De Cata, *La responsabilità civile dell'internet service provider*, Milano, 2010; F. Bocchini, *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico*, Napoli, 2003; F. Di Ciommo, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, Napoli, 2003; A. Mantelero, *La responsabilità degli intermediari di rete nella giurisprudenza italiana alla luce del modello statunitense e di quello comunitario*, in *Contr. e impr. Europa*, 2010, 529 ss.; Id., *La responsabilità online: il contratto nella prospettiva dell'impresa*, in *Dir. inf.*, 2010, 405 ss.; Marzano, *Diritto d'autore e digital technologies*, Milano, 2005; G.M. Riccio, *La responsabilità civile degli internet providers*, Torino, 2002; Riccio, *Social Networks e responsabilità civile*, in *Dir. inf.*, 2010, 859 ss.; M. T. Pasquino, *Servizi telematici e criteri di responsabilità*, Milano, 2003; Sica, *Le responsabilità civili*, in E. Tosi (a cura di), *Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione*, Milano, 2003, 267 ss.; e *last but not least* V. Franceschelli, *Convergenza*, Milano, 2009, 145 ss.; V. Franceschelli, *Sul controllo preventivo del contenuto dei video immessi in rete e i provider. A proposito del caso Google/Vividown*, in *Riv. dir. ind.*, 2010, 347 ss. Sul tema della tutela dei diritti di proprietà industriale e intellettuale in Internet si vedano: Tosi, *Nomi di dominio e tute-*

La scelta dell'esonero di responsabilità del prestatore di servizi, mero intermediario, della società dell'informazione deve considerarsi eccezionale rispetto al generale sistema di responsabilità "civile" d'impresa: conseguentemente i casi di esonero delineati dal D.Lgs. n. 70/2003 devono considerarsi tassativamente predeterminati dalla legge e soggetti ad interpretazione di stretto diritto.

Detti casi di esonero - a prescindere dalla diversa tipologia - convergono verso una sola condizione d'esonero: la totale estraneità del prestatore al contenuto della trasmissione o in altre parole la totale passività dell'operatore rispetto ai contenuti immessi da terzi in Internet.

Presupposto essenziale su cui si basa, come vedremo, la distinzione soggettiva giurisprudenziale tra:

- ISP passivi, beneficiari dell'esonero di responsabilità qui analizzato; e
- ISP attivi esclusi, invece, da tale beneficio.

L'art. 14 della normativa in commento - rubricato *Semplice trasporto "mere conduit"* - con riferimento alla prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio o nel fornire un accesso alla rete di comunicazione - stabilisce che il prestatore non è responsabile delle informazioni trasmesse a condizione che:

- a) non dia origine alla trasmissione;
- b) non selezioni il destinatario della trasmissione;
- c) non selezioni né modifichi le informazioni trasmesse.

Le predette attività di trasmissione e fornitura di accesso includono la memorizzazione automatica,

la dei segni distintivi in Internet tra "domain grabbing", "linking", "framing" e "Meta-tag", in *Riv. dir. ind.*, 2, 2000, 162 ss.; Tosi, *"Domain grabbing", "linking", "framing" e utilizzo illecito di "meta-tag" nella giurisprudenza italiana: pratiche confusorie online "vecchie" e nuove tra contraffazione di marchio e concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, 3, 2002, 371 ss.; Tosi, *Contraffazione di marchio e concorrenza sleale in Internet: dal classico "domain grabbing" all'innovativo "key-word" marketing confusorio*, in *Riv. dir. ind.*, 2009, 387 ss.; da ultimo, Tosi, *La responsabilità civile per fatto illecito degli Internet Service Provider e dei motori di ricerca a margine di recenti casi "Google Suggest" per errata programmazione dei Software di ricerca e "Yahoo Italia!" per link illecito in violazione dei diritti di proprietà intellettuale*, in *Riv. dir. ind.*, 2012, 44 ss.

(28) Si vedano, per tutti, in tal senso i recenti casi PFA Films c. YAHOO! (Trib. Roma, Sez. Spec. Prop. Ind. e Int., 20 marzo 2011, ord. *contra* reclamo Trib. Roma, Sez. Spec. Prop. Ind. e Int., 11 luglio 2011, ord. in corso di pubblicazione su *Riv. dir. ind.* con nota di E. Tosi); RTI Mediaset c. IOL (Trib. Milano, Sez. Spec. Prop. Ind. e Intellettuale, 7 giugno 2011, *Dir. inf.*, 2011, 660); RTI C. Yahoo! (Trib. Milano, Sez. Spec. Prop. Ind. e Intellettuale, 9 settembre 2011, in *Riv. dir. ind.*, 2012, 364 ss., con nota di Saraceno.

intermedia e transitoria delle informazioni trasmesse, a condizione che questa serva solo alla trasmissione sulla rete di comunicazione e che la sua durata non ecceda il tempo ragionevolmente necessario a tale scopo (art. 14.2, D.Lgs. cit.).

La memorizzazione temporanea automatica dei dati - c.d. "caching", disciplinata dall'art. 15, del D.Lgs. n. 70/2003 - stabilisce, sempre con riferimento alla prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio, che il prestatore non è responsabile delle memorizzazione automatica, intermedia e temporanea, di tali informazioni effettuata al solo scopo di rendere più efficace il successivo inoltrato ad altri destinatari a loro richiesta, a condizione che il prestatore di servizi:

- a) non modifichi le informazioni;
- b) si conformi alle condizioni di accesso alle informazioni;
- c) si conformi alle norme di aggiornamento delle informazioni indicate in un modo ampiamente riconosciuto e utilizzato dalle imprese del settore;
- d) non interferisca con l'uso lecito di tecnologia ampiamente riconosciuta e utilizzata nel settore per ottenere dati sull'impiego delle informazioni (c.d. *log di sistema*), e
- e) agisca prontamente per rimuovere le informazioni che ha memorizzato o per disabilitare l'accesso non appena venga effettivamente a conoscenza del fatto che le informazioni sono state rimosse dal luogo dove si trovavano inizialmente sulla rete o che l'accesso alle informazioni è stato disabilitato oppure che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa ne ha disposto la rimozione o la disabilitazione dell'accesso.

Per quanto riguarda, infine, la responsabilità per memorizzazione di informazioni richieste dal destinatario del servizio, l'art. 16 del D.Lgs. n. 70/2003 disciplina il c.d. "hosting", ossia il contratto atipico in base al quale un soggetto - il prestatore di servizi - si obbliga nei confronti di un altro a locare uno spazio di memoria sul proprio server e a fornire servizi ad esso collegati di varia natura e durata (assistenza tecnica, sviluppo software, ecc.).

Precisamente stabilisce - sempre con riferimento alla prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio - che il prestatore di servizi non è responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta del destinatario del servizio, a condizione che il medesimo (ISP):

a) non sia *effettivamente a conoscenza* del fatto che l'attività o l'informazione è illecita (nel caso dell'illecito penale);

b) per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o circostanze che rendono *manifesta l'illegalità* dell'attività o dell'informazione (nel caso dell'illecito civile): la manifesta illegalità non richiede particolari conoscenze giuridiche;

c) non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle Autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso.

L'esclusione della responsabilità del prestatore di servizi per *hosting* non si applica se il destinatario del servizio agisce sotto l'autorità o il controllo del prestatore (art. 16.2, D.Lgs. n. 70/2003 che evoca la responsabilità del datore di lavoro per i fatti del lavoratore dipendente).

La natura antielusiva della norma in commento è di tutta evidenza.

In buona sostanza, le cause di esclusione della responsabilità non possono essere pretestuosamente invocate da chi controlla - in via di fatto o di diritto - il destinatario del servizio, destinatario privo di autonomia che agisce *eseguendo* le indicazioni del prestatore del servizio.

Con riferimento alle ipotesi di responsabilità appena descritte:

- art. 14.3: semplice trasporto di informazioni (c.d. *mere conduit*);

- art. 15.2: memorizzazione temporanea ed automatica (c.d. *caching*);

- art. 16.3: memorizzazione a richiesta del destinatario del servizio (c.d. *hosting*), D.Lgs. cit.

l'autorità giudiziaria - o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza - può esigere anche in via d'urgenza, che il mero intermediario, nell'esercizio delle attività di servizi della società dell'informazione, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse.

Il nuovo quadro normativo delineato in materia di responsabilità degli ISP non può dirsi completo senza richiamare il fondamentale art. 17 della normativa in commento che definisce i termini dell'assenza dell'obbligo generale di sorveglianza ad opera dei prestatori di servizi della società dell'informazione.

Detta norma stabilisce, infatti, che nella prestazione di servizi di mero trasporto di informazioni (*mere conduit*, art. 14), memorizzazione temporanea automatica (*caching*, art. 15) e memorizzazione a richiesta del destinatario dei servizi (*hosting*, art. 16), il prestatore di servizi non è assoggettato ad un ob-

bligio generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite.

Il prestatore di servizi - fatti salvi gli articoli citati disciplinanti il semplice trasporto, la memorizzazione temporanea e la memorizzazione a richiesta del destinatario - è tenuto:

a) ad informare senza indugio l'autorità giudiziaria o quella amministrativa con funzioni di vigilanza, di presunte attività o informazioni illecite - di cui sia a conoscenza - riguardanti un suo destinatario del servizio della società dell'informazione;

b) a comunicare senza indugio alle autorità competenti, a loro richiesta, al fine di individuare e prevenire attività illecite, informazioni che consentano l'identificazione del destinatario dei servizi con cui ha accordi di memorizzazione dei dati (c.d. *data log di navigazione*).

La nuova responsabilità civile telematica degli Internet Service Provider passivi: il problema della conoscenza del fatto illecito tra assenza dell'obbligo di sorveglianza *ex ante* e doveri di rimozione *ex post*

Il prestatore di servizi della società dell'informazione - in particolare, l'ISP - è civilmente responsabile del contenuto di tali servizi - ai sensi dell'art. 17, comma 3, D.Lgs. n. 70/2003 - nel caso in cui:

- richiesto dall'*autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza* non agisce prontamente per impedire l'accesso a detto contenuto;

- ovvero se, avendo avuto conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio al quale assicura l'accesso, non provvede ad informarne l'autorità competente.

L'ISP passivo è, quindi, responsabile civilmente se non rimuove prontamente un contenuto illecito su richiesta dell'*autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza* oppure se non assolve all'obbligo informativo nei confronti delle predette autorità nel caso in cui venga a conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio al quale assicura l'accesso.

I principi surrichiamati - pur ambigui per certi aspetti - sembrano, comunque, ispirati - almeno in linea di principio - ad escludere la responsabilità civile dell'ISP passivo - ossia mero intermediario, non interferente con il contenuto digitale diffuso online - per fatto illecito dell'utilizzatore destinatario del servizio.

L'ambiguità di certe regole nasce dall'esigenza di bilanciare la tutela di interessi contrapposti: da un lato, salvaguardare l'indipendenza della rete Internet, la libertà di espressione e la riservatezza informatica; dall'altro, non rinunciare, in assoluto, al controllo sui contenuti e sui soggetti che potrebbero essere danneggiati dagli illeciti telematici, in particolare, alla tutela dei diritti di proprietà intellettuale anche sulle reti di comunicazione elettroniche.

Un esempio della citata ambiguità normativa si riscontra proprio con riferimento al principio di assenza di un obbligo generale di sorveglianza, che risulta essere più limitato di quanto appaia a prima lettura.

Si pensi alle limitazioni di cui al secondo comma dello stesso art. 17 del D.Lgs. n. 70/2003 in base alle quali i prestatori di servizi della società dell'informazione sono tenuti:

- ad informare senza indugio la pubblica autorità competente di presunte attività o informazioni illecite dei destinatari dei loro servizi; o

- a comunicare alle autorità competenti, a loro richiesta, informazioni che consentano l'identificazione dei destinatari dei loro servizi con cui hanno accordi di memorizzazione dei dati.

Come pure si pensi alle condizioni per l'esenzione da responsabilità poste dall'art. 16 regolante il caso del c.d. *hosting*.

Si stabilisce, infatti, che il prestatore non è responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che:

- il prestatore di servizi non sia *effettivamente a conoscenza* del fatto che l'attività o l'informazione è illecita (conoscenza personale e diretta dell'illecito penale),

- per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia *al corrente* di fatti o circostanze che rendono *manifesta l'illegalità* dell'attività o dell'informazione (conoscenza anche indiretta, ma circostanziata e indiziaria, dell'illecito civile di manifesta illegalità),

- non appena al corrente di tali fatti, agisca immediatamente - su comunicazione dell'Autorità competente - per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso.

Si osservi, in senso critico, l'inopportunità di delegare al prestatore di servizi telematici (ISP) il giudizio di valore relativo all'illiceità - o meno - del fatto.

Dalle norme citate emerge chiaramente uno spostamento dell'obbligo di sorveglianza dalla *fase anteriore* all'immissione dei dati in rete a quella successiva alla diffusione online: *l'obbligo di sorveglian-*

za è, pertanto, successivo, seppur limitato ai fatti illeciti di cui il provider sia venuto a conoscenza passivamente, senza obbligo alcuno di ricerca attiva.

Il principio dell'assenza di obbligo di sorveglianza è quindi limitato fortemente perché inapplicabile non appena il prestatore di servizi venga "a conoscenza" del fatto illecito: la mancata segnalazione all'autorità giudiziaria comporta conseguentemente la decadenza automatica del beneficio dell'esclusione della responsabilità civile.

Possiamo, quindi, affermare che è più corretto anziché riferirsi *tout court* ad un generale principio dell'assenza di obbligo di sorveglianza al principio dell'assenza di obbligo di sorveglianza preventivo, non essendo, infatti, escluso l'obbligo di sorveglianza passiva sui fatti illeciti nei limiti illustrati e precisamente:

- successivamente alla conoscenza del fatto illecito;
- con riferimento agli specifici fatti illeciti del richiedente il servizio.

Ma quando si può correttamente affermare di essere "a conoscenza" di un fatto illecito ai sensi della normativa in commento? Quando si è sentito dire che un certo sito ha contenuti illegali? Quando lo riferisce la stampa? Quando se ne ha contezza personale? Conoscenza effettiva e personale? Conoscenza indiziaria e indiretta? Conoscenza giudiziaria o amministrativa?

Sulla criticità del termine "a conoscenza" - ancora troppo ambiguo, nonostante l'esclusione dell'obbligo di ricerca attiva, fatti salvi i casi di richiesta specifica effettuata dall'AGO o dall'AGCom - del fatto illecito del prestatore di servizi è appena il caso di far cenno come spunto di comune riflessione, non essendo possibile - allo stato - offrire soluzioni interpretative definitive: criticità che non mancherà di riverberare effetti sulla prima giurisprudenza successiva all'entrata in vigore della nuova normativa regolamentare e cui sembra dare risposta solo parziale lo schema di Regolamento AGCom in materia di procedura di notifica e rimozione selettiva a tutela del diritto d'autore nelle comunicazioni elettroniche di cui si è ampiamente detto *supra* cui, pertanto, si rinvia.

Le pronunce giurisprudenziali più recenti (29) sembrano, tuttavia, orientate a ritenere idoneo a far

scattare la conoscenza della condotta illecita semplicemente l'invio della diffida di parte, quindi, anche in assenza di uno specifico ordine giudiziario o amministrativo.

Interpretazione che può essere foriera di censure di responsabilità in capo all'ISP nel caso in cui questi agisca sulla base di una diffida rivelatasi successivamente priva di fondamento.

Inoltre, una mera diffida se può ritenersi idonea nel caso degli ISP attivi - stante l'atipicità soggettiva che può, se adeguatamente motivata, fondare una deroga normativa, in particolare sotto il profilo della conoscenza effettiva dell'illecito - difficilmente si può pervenire ad analoghe conclusioni - senza censurabili forzature interpretative - nel caso degli ISP passivi per i quali la conoscenza legale decorre - ai sensi dell'art. 16, comma 1 e art. 17, comma 3, D.Lgs. n. 70/2003 - esclusivamente dalla comunicazione dell'AG o dell'AGCom.

Sarebbe stato, invero, opportuno prevedere una procedura legale di conoscenza uniforme e inequivoca.

Il concetto di "conoscenza effettiva" avrebbe potuto essere modellato sulla base di quello elaborato dal *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) statunitense che ritiene a tal fine necessaria e sufficiente una comunicazione formale da parte del soggetto presunto danneggiato dall'informazione da rimuovere da Internet (30).

Alla rilevanza - ai fini della conoscenza da parte dell'ISP del fatto illecito - della mera diffida stragiudiziale del soggetto presunto danneggiato alla rimozione delle informazioni, si è però affiancato, nel DMCA, il criterio di esclusione di responsabilità dell'ISP che ottemperi a tale diffida: criterio, inopportuno, disatteso dalla normativa comunitaria ed italiana.

In buona sostanza, sulla falsariga di quanto stabilito dal DMCA, se l'ISP - in adempimento degli obblighi del D.Lgs. n. 70/2003 - rimuovesse a semplice richiesta dell'interessato le informazioni ritenute illecite, l'esclusiva responsabilità delle conseguenze di tale atto - nel caso in cui successivamente ne risultasse l'infondatezza - sarebbero - come non è invece, nella normativa italiana vigente - esclusiva-

(29) Si vedano, per tutti, in tal senso i recenti casi Bardolla c. Google Suggest (Trib. Milano, ord. 25 gennaio 2011, confermato in sede di reclamo da Trib. Milano 31 marzo 2011, in *Riv. dir. ind.*, 2012, 44 ss. con nota di E. Tosi); PFA Films c. YAHOO! (Trib. Roma, Sez. Spec. Prop. Ind. e Int., 20 marzo 2011, ord. *contra* reclamo Trib. Roma, Sez. Spec. Prop. Ind. e Int., 11 luglio 2011, ord. su *Riv. dir. ind.*, 2012, 44 ss. con nota di E. Tosi); RTI Mediaset c. IOL (Trib. Milano, Sez. Spec. Prop. Ind. e

Int., 7 giugno 2011, sent. ined.).

(30) Sul sistema del *notice and take down* si vedano: G.M. Riccio, *La responsabilità civile degli internet providers*, Torino, 2002, 178 ss.; e da ultimo, sul problema dell'effettiva conoscenza dell'illecito: P. Sammarco, *La posizione dell'intermediario tra l'estraneità ai contenuti trasmessi e l'effettiva conoscenza dell'illecito: un'analisi comparata tra Spagna, Francia e regolamentazione comunitaria*, in *Dir. inf.*, 2011, 285 ss.

mente a carico del diffidente temerario senza alcun rischio per l'ISP diligente.

Anche il Regolamento AGCom in parola, in assenza di espressa norma primaria in tal senso, lascia insoluto il problema dell'irresponsabilità del prestatore di servizi in caso di diligente rimozione - in buona fede - di un contenuto digitale a seguito di richiesta rivelatasi successivamente priva di fondamento.

Corre, inoltre, l'obbligo di segnalare che il quadro normativo delineato dal D.Lgs. n. 70/2003 in materia di responsabilità del prestatore di servizi della società dell'informazione segna un'inversione di tendenza rispetto all'evoluzione della responsabilità civile nel contesto generale della *responsabilità civile d'impresa*.

Contesto che ha visto, al contrario, ampliarsi le responsabilità dell'imprenditore - in quanto soggetto a conoscenza di maggiori informazioni e, quindi, maggiormente in grado di evitare il danno - ai limiti dell'oggettivazione del rischio d'impresa.

Il *principio dell'oggettivazione del rischio d'impresa* è sostenuto dall'analisi economica del diritto in quanto principio giuridico atto a scartare dal mercato i soggetti inefficienti - perché costretti a pagare alti risarcimenti per i danni arrecati - e dunque a rendere il mercato concorrenziale.

Si osservi, inoltre, che tale responsabilità speciale - *rectius*, esonero di responsabilità - costituisce rilevante deroga al principio generale di responsabilità per fatto illecito e alla tendenziale oggettivazione del rischio d'impresa emergente - *ex multis* - dai seguenti referenti normativi:

- responsabilità del proprietario della pubblicazione e dell'editore (art. 1, L. n. 47/1947, c.d. *legge sulla stampa*);

- responsabilità per trattamento illecito dei dati personali (art. 15, D.Lgs. n. 196/2003 (c.d. *Codice della privacy*);

- responsabilità del produttore (art. 114, D.Lgs. n. 206/2005);

- responsabilità del fornitore di servizi di media audiovisivi (art. 2.1, lett. b, TUSMAR);

- responsabilità per il danno ambientale cagionato dagli operatori le cui attività sono elencate nell'All. 5 della parte sesta del Codice dell'Ambiente (art. 311, comma 2, D.Lgs. n. 152/2006 come modificato dalla L. n. 97/2013).

Alla luce di quanto detto, non si può non rilevare un certo contrasto - per non dire antinomia - esistente, in punto di disciplina del regime di responsabilità, tra la Dir. CE 31/2000 e la Dir. CE 95/46 in materia di dati personali e conseguentemente

tra l'art. 15 del D.Lgs. 196/2003 e gli artt. 14, 15, 16 e 17 del D.Lgs. n. 70/2003.

Si tenga, infatti, presente che il D.Lgs. n. 70/2003 - come pure la Dir. sul commercio elettronico - *esclude* espressamente dall'ambito di applicabilità la *disciplina dei dati personali*.

Ma qual è il contrasto di cui si diceva prima. In buona sostanza se da un lato il D.Lgs. n. 70/2003 in materia di commercio elettronico tende a escludere la responsabilità del prestatore di servizi della società dell'informazione, d'altro canto il D.Lgs. n. 196/2003 in materia di dati personali tende ad oggettivare la responsabilità del titolare del trattamento, che nella realtà virtuale di Internet è spesso il prestatore di servizi della società dell'informazione.

L'ISP è, quindi, soggetto a criteri di imputazione differenti a seconda dell'attività svolta:

- *responsabilità speciale*, *rectius* esonero di responsabilità per mero trasporto di dati, memorizzazione automatica dei dati e memorizzazione a richiesta del fruitore del servizio (ISP *passivo*): *principio di responsabilità dipendente dalla colpa omissiva* - soggettivizzazione della responsabilità artt. 14, 15, 16, D.Lgs. n. 70/2003);

- *responsabilità comune* nel caso di fornitore di contenuti (*Internet Content Provider*) basata sulla colpa e sul dolo a cui, a determinate condizioni, possono essere assoggettati anche motori di ricerca, *social network* e aggregatori di contenuti forniti da terzi selezionati e organizzati per finalità di lucro come si vedrà *infra* trattando il tema della corretta qualificazione dell'ISP *attivo*: *principio di responsabilità dipendente dalla colpa commissiva* - soggettivizzazione della responsabilità (art. 2043 c.c.);

- *responsabilità oggettiva*, derivante dal trattamento illecito di dati personali e all'inosservanza delle misure necessarie alla sicurezza dei dati oppure della pubblicazione di contenuti *online* in caso di applicazione delle responsabilità editoriale: *principio di responsabilità indipendente dalla colpa dell'Autore* - oggettivizzazione della responsabilità (art. 15 D.Lgs. 196/2003).

L'emersione giurisprudenziale della figura soggettiva atipica degli Internet Service Provider attivi: peculiarità e criticità della responsabilità civile per fatto illecito dei motori di ricerca, dei social network e degli aggregatori di contenuti di terzi

Come si è avuto modo di osservare *supra* la responsabilità degli *Internet Hosting Provider* - ossia di quei

prestatori di servizi della società dell'informazione che "ospitano" contenuti forniti da terzi - risulta assoggettata al beneficio dell'esonero da responsabilità a condizione che il prestatore di servizi - meno "intermediario" di servizi - non sia *effettivamente a conoscenza* del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e che, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia *al corrente* di fatti o circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione.

In entrambi i casi, non appena al corrente di tali fatti, l'ISP deve agire immediatamente - su richiesta dell'AG o dell'AGCom - per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso.

Il legislatore interno - sulla scorta di quello comunitario - ha tipizzato, come si è già fatto cenno nel corso del presente commento, la figura soggettiva dell'ISP passivo quale beneficiario dell'esclusione di responsabilità.

Si tenga presente, in proposito, l'importante precisazione effettuata nel considerando 42 della Dir. CE 31/2000 secondo cui:

"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 e passivo, il che implica che il prestatore di servizi della società dell'informazione non conosce né controlla le informazioni trasmesse o memorizzate" [N.d.R., grassetto dello scrivente].

Tuttavia, nell'elaborazione giurisprudenziale più recente è emersa la necessità - in relazione, soprattutto, alla tutela dei diritti di proprietà intellettuale, con particolare riferimento agli audiovisivi - di individuare una figura soggettiva atipica - l'ISP attivo - al fine di poter escludere l'applicabilità del

beneficio di irresponsabilità di cui al D.Lgs. n. 70/2003 e conseguentemente censurare le condotte tecniche agevolative - si ribadisce, non meramente automatiche e passive - dell'ISP attivo, in regime di corresponsabilità, per il fatto illecito del soggetto autore del contenuto *contra ius* (31).

L'esigenza definitoria soggettiva è maturata - in concreto - con riferimento alla peculiare attività dei seguenti fondamentali attori dei mercati virtuali e precisamente:

- motori di ricerca (come a titolo esemplificativo, Google);

- *social network* (come a titolo esemplificativo, Facebook); e

- aggregatori di contenuti "caricati" da terzi, ossia gli *User Generated Content* (come a titolo esemplificativo, YouTube).

Motori di ricerca, *social network* e aggregatori di contenuti possono essere, in linea di massima, assimilabili alla figura soggettiva dell'ISP - *sub specie dell'hosting provider* - nei limiti in cui tali attività siano svolte in modo esclusivamente automatico e passivo, in quanto certamente "ospitano" o rinviavano tramite *link* a contenuti forniti da terzi. Tuttavia, sarebbe riduttiva tale equiparazione, senza alcune doverose precisazioni.

Occorre, infatti, verificare in concreto che il motore di ricerca, il *social network* o l'aggregatore di contenuti forniti da terzi, non si limitino a svolgere servizio di *hosting passivo* ma svolgano ulteriori attività, non meramente automatiche, interferenti con il regime legale di irresponsabilità - da accertarsi in concreto - quali:

- indicizzazione dei contenuti;

- selezione e organizzazione dei contenuti;

- filtraggio dei contenuti;

- raccolta pubblicitaria.

La sussistenza di tali ulteriori servizi - nel caso in cui sia accertato anche un pur minimo grado di consapevolezza dell'operatore e non siano, quindi, meramente automatizzati - integrano, infatti, gli

(31) Sulla ricostruzione della figura soggettiva dell'ISP attivo si segnalano in giurisprudenza: Trib. Catania 29 giugno 2004, sent. in *Dir. inf.*, 2004, 466; Trib. Milano, ord. 2 marzo 2009, caso RTI c. RCS, in *Dir. inf.*, 2009, 521 ss.; Trib. Roma, ord. 15 dicembre 2009, caso RTI c. YouTube, in *Dir. inf.*, 2009, 521 ss.; Trib. Roma, ord. 11 febbraio 2010, reclamo caso RTI c. YouTube, in *Dir. inf.*, 2010, 275 ss.; Trib. Milano 24 febbraio 2010, n. 1972, caso *Vividown c. Google*, in *Riv. dir. ind.*, 2010, 328 ss.; Cass. 23 dicembre 2009, n. 49474, caso "*Pirate Bay*", in *Dir. inf.*, 2010, 437, con nota di Merla; Trib. Milano, Sez. Spec. Prop. Ind. e Intellettuale, 7 giugno 2011, n. 7680, caso RTI c. Italia Online (IOL), in *Dir. inf.*, 2011, 660 ss.; e da ultimo Trib. Milano, Sez. Spec. Prop. Ind. e Intellettuale, caso RTI c. Yahoo!, in *Riv. dir. ind.*, 2011, 375, con nota di Saraceno, *Note*

in tema di violazione del diritto d'autore tramite Internet: la responsabilità degli Internet Service Provider. Si veda in dottrina: Sammarco, *Le clausole contrattuali di esonero e trasferimento della responsabilità inserite nei termini d'uso dei servizi del web 2.0*, in *Dir. inf.*, 2010, 643; G. Colangelo, *L'enforcement del diritto d'autore nei servizi cloud*, in *Dir. autore*, 2012, 174 ss.; A. Zincone, *Hosting "attivo" e violazione del copyright: cosa cambia nella responsabilità dell'Internet Service Provider*, in *Dir. autore*, 2012, 149 ss. ed E. Tosi, *La responsabilità civile per fatto illecito degli Internet Service Provider e dei motori di ricerca a margine di recenti casi "Google Suggest" per errata programmazione dei Software di ricerca e "Yahoo Italia!" per link illecito in violazione dei diritti di proprietà intellettuale*, cit., 44 ss.

estremi di *hosting attivo* che non si ritiene - in linea con la più recente giurisprudenza fra cui, da ultimo, quella che qui si commenta - compatibile con il ben noto regime di irresponsabilità del *safe harbour*, previsto per i meri intermediari, di cui al D.Lgs. n. 70/2003.

In altre parole, un motore di ricerca, *social network* o aggregatore di contenuti di terzi, pare corretto debba perdere il beneficio dell'irresponsabilità di cui al D.Lgs. n. 70/2003 nel caso in cui, in concreto, svolga un'attività di consapevole indicizzazione e organizzazione dei contenuti digitali diffusi *online* per conseguire utili d'impresa, di regola, mediante correlata attività di raccolta pubblicitaria.

Oltretutto, come si è già accennato, l'attività di indicizzazione, selezione, organizzazione e promozione dei contenuti - secondo livelli crescenti di intensità non ascrivibile esclusivamente ad effetti automatici - è piuttosto assimilabile, per analogia, in luogo del riferimento ai meri servizi "intermediari" di cui agli artt. 14, 15 e 16 del D.Lgs. n. 70/2003, ad una responsabilità editoriale in senso lato.

Per quanto riguarda, in particolare, la responsabilità dell'intermediario di servizi della società dell'informazione per i fatti illeciti commessi dai destinatari dei servizi, si è detto che l'art. 15 della Dir. CE 31/2000 esclude espressamente che l'ISP sia tenuto al controllo sui contenuti immessi in rete in conseguenza della mera fornitura di servizi di accesso.

Il principio elaborato a livello comunitario è del tutto condivisibile tenuto conto dell'impossibilità materiale da parte del *provider* di controllare il contenuto di dati trasmessi a livello globale.

Con le decisioni della Corte di Giustizia UE del 23 marzo 2010 nel caso *Google c. Louis Vuitton* e Corte di Giustizia UE del 12 luglio 2011 nel caso *L'Oréal c. eBay*, si è fornito un autorevole contributo nel delineare il ruolo attivo dell'ISP - sottratto dal beneficio dell'irresponsabilità prevista dalla Dir. CE 31/2000 - configurabile soltanto nel caso in cui l'ISP presti un'assistenza consistente, in particolare:

- nell'ottimizzare la presentazione di offerte o contenuti digitali;
- nel promuovere offerte o contenuti digitali.

L'esperienza statunitense del DMCA, che ha influenzato gli estensori della Dir. CE 31/2000, insegna che la responsabilità del *provider* è applicabile

solo nel caso in cui questi abbia dato un pur minimo contributo all'*editing* del materiale sulla rete lesivo di interessi tutelati dall'ordinamento giuridico o comunque ne abbia consentito la pubblicazione originaria in rete mediante predisposizione di idoneo sito e non sia semplicemente un mero intermediario, "vettore" di informazioni: non quindi qualsiasi *provider* può essere chiamato in responsabilità per la diffusione di materiale illecito ma solo il *content provider*, ossia quel provider che assuma funzioni latamente editoriali, consentendo la pubblicazione elettronica per la prima volta in rete, o di direzione in senso ampio, fornendo un pur minimo contributo alla realizzazione del sito o all'*editing* del materiale illecito immesso in rete (c.d. *Safe Harbour*).

Tuttavia, tra il *content provider* e l'ISP passivo è emersa in Internet, come si è osservato *supra*, la nuova figura soggettiva dell'ISP attivo, a cui - a determinate condizioni - possono essere ascrivibili motori di ricerca, *social network* e aggregatori di contenuti forniti da terzi in genere.

Il problema di non agevole soluzione, a patto di non svuotare progressivamente la disciplina dell'irresponsabilità degli ISP prevista dal D.Lgs. n. 70/2003, richiede particolare prudenza nel valutare l'esclusione delle esimenti e l'applicazione del regime di responsabilità per fatto illecito (32).

La tendenza giurisprudenziale in atto è quella di ritenere la diffida stragiudiziale idonea ai sensi dell'art. 16 del D.Lgs. n. 70/2003 a far acquisire all'ISP attivo quella piena consapevolezza del fatto illecito presupposto di esclusione dell'esonero di responsabilità.

Sotto questo profilo, pur ritenendo apprezzabile lo sforzo dell'elaborazione giurisprudenziale nel far fronte alla continua evoluzione soggettiva degli operatori Internet e delle correlate responsabilità con particolare attenzione alla tutela dei diritti di proprietà intellettuale, non si può non registrare una certa forzatura interpretativa sul piano testuale del requisito della conoscenza dell'illecito: l'art. 16, lett. b), D.Lgs. n. 70/2003 richiede, infatti, la *comunicazione* delle autorità competenti necessaria per procedere alla rimozione delle informazioni o per disabilitarne l'accesso.

Problema, quello sopra enunciato, che può forse trovare composizione proprio nell'atipicità dell'ISP

(32) Perplexità in tal senso sono espresse in dottrina da A. Musso, *La proprietà intellettuale nel futuro della responsabilità sulla rete: un regime speciale?*, in *Dir. inf.*, 2010, 795 ss.; in giurisprudenza da Corte Giustizia UE 23 marzo 2010, sent., caso

Google Ad Words, in *Dir. inf.*, 2010, 707 ss. con nota di Spedicato, che, tuttavia, "pilatescamente" rinvia al giudice nazionale il delicato profilo dell'accertamento dell'effettiva attività svolta da Google.

attivo a cui il D.Lgs. n. 70/2003 risulta inapplicabile. Se, infatti, la normativa citata è stata emanata per disciplinare l'attività degli ISP passivi - cui è stato riservato il beneficio dell'ordine giudiziale a copertura della rimozione del contenuto illecito - all'ISP attivo tale beneficio non risulterebbe applicabile proprio in forza della sua atipicità essendo, invece, sufficiente allo scopo una mera diffida stragiudiziale.

Tuttavia, se non si vuole correre il rischio di svuotare di significato la normativa vigente che richiede espressamente una comunicazione dell'autorità giudiziaria o amministrativa per soddisfare il requisito della conoscenza effettiva dell'ISP passivo, occorre particolare rigore da parte della giurisprudenza nel qualificare correttamente il prestatore di servizi coinvolto nel caso concreto: in buona sostanza, per degradare il requisito conoscitivo dalla comunicazione dell'autorità giudiziaria o amministrativa alla mera diffida di parte ed escludere *ratione subjecti* l'applicabilità del beneficio dell'irresponsabilità prevista dal D.Lgs. n. 70/2003, occorre poter preliminarmente qualificare come ISP attivo, il motore di ricerca, il *social network* e l'aggregatore di contenuti di terzi.

Oltre a questo delicato profilo soggettivo, si può solo accennare a quello correlato della responsabilità dell'ISP che abbia rimosso il contenuto sulla base di una diffida stragiudiziale rivelatasi successivamente infondata.

Infine, a livello di giurisprudenza comunitaria (33), corre l'obbligo di segnalare alcune recenti decisioni di particolare interesse per il tema di cui trattasi e precisamente in relazione:

- alla definizione della figura dell'ISP attivo sottratto al beneficio dell'irresponsabilità per i contenuti di terzi di cui alla Dir. CE 31/2000;

- agli obblighi di filtraggio telematico dei contenuti digitali in capo all'ISP, non ritenuti ammissibili, a tutela della proprietà intellettuale sui contenuti digitali.

Quanto al primo profilo - in linea con l'orientamento già espresso con la decisione della Corte di Giustizia UE del 23 marzo 2010 nel caso *Google c. Louis Vuitton* - la recente decisione della Corte di

Giustizia UE del 12 luglio 2011 - caso *L'Oreal c. eBay* - ha inequivocabilmente stabilito che:

“l'art. 14, n. 1, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 8 giugno 2000, 2000/31/CE, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno ('direttiva sul commercio elettronico'), deve essere interpretato nel senso che esso si applica al gestore di un mercato online qualora non abbia svolto un ruolo attivo che gli permette di avere conoscenza o controllo circa i dati memorizzati.

Detto gestore svolge un ruolo attivo siffatto allorché presta un'assistenza che consiste in particolare nell'ottimizzare la presentazione delle offerte in vendita di cui trattasi o nel promuoverle.

Quando non ha svolto un ruolo attivo nel senso indicato al comma precedente e dunque la sua prestazione di servizio rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 14, n. 1, della direttiva 2000/31, 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'esonero dalla responsabilità previsto nella suddetta disposizione qualora sia stato al corrente di fatti o circostanze 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”.

Quanto al secondo profilo, non certo per importanza, la Corte di Giustizia UE 24 novembre 2011 - caso *SCARLET c. SABAM* - ha ritenuto inammissibile l'imposizione in capo all'ISP passivo di sistemi di filtraggio dei contenuti digitali a tutela dei diritti di proprietà intellettuale argomentando come segue:

“Le direttive:

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

(33) Le seguenti decisioni sono pubblicate integralmente in Appendice al volume F. Bassan - E. Tosi (a cura di), *Diritto degli Audiovisivi*, Milano, 2012: Corte di Giustizia UE 23 marzo 2010, *sent. caso Google c. Louis Vuitton*; Corte di Giustizia UE 12 luglio 2011, *sent. caso L'Oreal c. eBay*; Corte di Giustizia UE 24 novembre 2011, *sent. caso Scarlet c. Sabam*, vedila anche unitamente a Corte di Giustizia UE 16 febbraio 2012, *sent. caso Scarlet c. Netlog*, Corte di Giustizia UE 19 aprile 2012, *sent.*

caso Bonnier Audio c. e-phone - in *Dir. inf.*, 2012, 260 ss., con nota di Sammarco, *Alla ricerca del giusto equilibrio da parte della Corte di Giustizia UE nel confronto tra diritti fondamentali nei casi di impiego di sistemi tecnici di filtraggio*. Sul tema del “filtraggio” delle informazioni illecite vedi anche F. Di Ciommo, *Programmi filtro e criteri di imputazione/esonero della responsabilità online. A proposito della sentenza Google/Vivi Down*, in *Dir. inf.*, 2010, 829 ss.

- del Parlamento europeo e del Consiglio 22 maggio 2001, 2001/29/CE, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione;
- del Parlamento europeo e del Consiglio 29 aprile 2004, 2004/48/CE, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale;
- del Parlamento europeo e del Consiglio 24 ottobre 1995, 95/46/CE, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, e
- del Parlamento europeo e del Consiglio 12 luglio 2002, 2002/58/CE, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche), lette in combinato disposto e interpretate tenendo presenti le condizioni derivanti dalla tutela dei diritti fondamentali applicabili, devono essere interpretate nel senso che ostano all'ingiunzione ad un fornitore di accesso ad Internet di predisporre un sistema di filtraggio:
- di tutte le comunicazioni elettroniche che transitano per i suoi servizi, in particolare mediante programmi 'peer-to-peer';
- che si applica indistintamente a tutta la sua clientela;
- a titolo preventivo;
- a sue spese esclusive, e
- senza limiti nel tempo, idoneo ad identificare nella rete di tale fornitore la circolazione di file contenenti un'opera musicale, cinematografica o audiovisiva rispetto alla quale il richiedente affermi di vantare diritti di proprietà intellettuale, onde bloccare il trasferimento di file il cui scambio pregiudichi il diritto d'autore" (34).

Gli spunti critici di riflessione offerti in questa sede certamente richiederanno ulteriore approfondimento giurisprudenziale e dottrinale prima di poter giungere a conclusioni pacifiche.

Conclusioni utili - ad avviso dello scrivente - anche *de iure condendo* in prospettiva di riscrittura della formulazione - in più tratti ambigua come si è avuto modo di rilevare in queste pagine - degli artt. 14, 15, 16 e 17 del D.Lgs. n. 70/2003 e in prospettiva di revisione integrale, in sede comunitaria, della complessa e controversa normativa sulla responsabilità degli ISP - a dodici anni dalla Dir. CE 31/2000 (*Electronic Commerce Directive*, di seguito,

per brevità, "ECD") - al fine di individuare e disciplinare in modo inequivoco - con rango di norma primaria - i seguenti profili controversi:

- la conoscenza effettiva del contenuto illecito da parte dell'ISP passivo;
- la procedura di rimozione selettiva dei contenuti digitali sulla falsariga di quanto previsto dalla procedura di *notice and take down* nel DMCA;
- l'esonero di responsabilità dell'ISP passivo in caso di ordine di rimozione successivamente rivelatosi privo di fondamento nell'ambito della procedura di *notice and take down*;
- l'aggiornamento della classificazione dei soggetti ascrivibili all'eterogenea categoria degli ISP;
- la definizione di criteri normativi univoci di identificazione degli ISP *attivi* esclusi dai benefici, in termini di irresponsabilità del D.Lgs. n. 70/2003.

L'obsolescenza dell'ECD è testimoniata dall'avvio di due consultazioni pubbliche promosse dalla Commissione UE - succedutesi tra il 2010 e il 2012 - proprio al fine di sondare le criticità registrate da parte degli *stakeholder* del settore nella prospettiva di revisione della stessa.

Si tratta, innanzitutto, della "*Public consultation on the future of electronic commerce in the internal market and the implementation of the Directive on electronic commerce (2000/31/EC)*" che ha avuto luogo tra agosto e novembre 2010 e più recentemente della "*Public consultation on procedures for notifying and acting on illegal content hosted by online intermediaries*" avviata dalla Commissione UE tra giugno e novembre 2012 sul tema specifico delle procedure di rimozione di contenuti illeciti (c.d. *notice and action procedure*).

In particolare, sul tema specifico delle ambiguità interpretative e delle conseguenti incertezze applicative delle responsabilità degli "intermediari" come disciplinate dall'ECD, si evidenziano, nella citata Comunicazione della Commissione UE, 4 cause in particolare:

"1. *The definition of intermediary activities in Articles 12 to 14. The main question is to what extent new services that have not been explicitly mentioned in these articles (e.g. because they did not exist at the time of the adoption of the Directive) are intermediary activities in the sense of Articles 12 to 14 and can therefore benefit, in principle, from a liability exemption.*

2. *The material conditions for benefiting from the 'safe harbour' in Articles 12 to 14. Information society service providers, even when they are covered by the sco-*

(34) Nello stesso senso si veda anche la recente decisione inedita del Trib. Roma, Sez. Spec. Proprietà industriale e Intel-

lettuale, 13 dicembre 2011, ord. pubblicata in Appendice al volume F. Bassan - E. Tosi (a cura di), *Diritto degli Audiovisivi*, cit.

pe of Article 12 to 14, can only benefit from liability exemptions when they fulfil certain conditions. It has not always been clear exactly when these conditions are met. The interpretation of the terms 'actual knowledge' and 'expeditious' is essential in this context.

3. So-called 'Notice-and-takedown' procedures. The E-Commerce Directive provides the basis for these procedures, according to which, following a notice of illegal information or activity, an intermediary takes down or prevents access to the information or activity (see Article 14 (2) of the ECD). In practice a multitude of often vary different procedures exist and it is not easy either for intermediary service providers or for victims of illegal content to determine which one applies and in what way.

4. The prohibition in Article 15. Article 15 prohibits Member States from imposing on intermediaries a general obligation to monitor. National courts have in recent years produced decisions imposing injunctions on

intermediaries obliging them to prevent a particular infringement, which implies a certain degree of monitoring. Yet what is a general monitoring obligation as opposed to a 'specific' monitoring obligation, the second of which could be allowed in the meaning of recital 47 of the Directive? There remains uncertainty over what degree of monitoring is acceptable in the sense of Article 15" (35).

Consultazioni pubbliche preliminari a una revisione della ECD oltre che a una specifica iniziativa, ormai matura e necessaria, di armonizzazione orizzontale - a livello comunitario - delle procedure di notice and action per la rimozione dei contenuti digitali illeciti da parte degli "intermediari" della società dell'informazione (36): tema controverso e, tuttavia, fondamentale per la tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettroniche e conseguentemente dello sviluppo dell'Agenda Digitale comunitaria.

(35) Staff Working Document, p. 25 (SEC/2011/1641) di accompagnamento alla Comunicazione della Commissione 11/1/2012 (COM/2011/942) "A coherent framework to boost

confidence in the Digital Single Market of e-commerce and other online services".

(36) COM/2011/942, cit., 15.