

# La Corte d'Appello di Milano riporta l'Italia in Europa in tema di responsabilità dell'internet service provider

## Contenuti

1. Il caso *Yahoo! vs. RTI* dinanzi alla Corte d'Appello di Milano e l'approccio ortodosso alla nozione di *Hosting Provider*

2. Il *background* normativo e l'elaborazione giurisprudenziale comunitaria: la definizione del ruolo dell'ISP e i confini della sua responsabilità

3. La "fuga in avanti" di parte della giurisprudenza italiana e la nozione di "hosting provider attivo".

4. I *keypoints* della sentenza 29/2015 e il "ritorno alle origini"

## 1. Il caso *Yahoo! vs. RTI* dinanzi alla Corte d'Appello di Milano e l'approccio ortodosso alla nozione di *Hosting Provider*

La Corte d'Appello di Milano, con sentenza pubblicata il 7 gennaio 2015 nel giudizio d'appello della sentenza Trib. Milano 9 settembre 2011 proposto da Yahoo! Italia S.r.l. (appellante principale, "**Yahoo!IT**") e Yahoo! Inc. (appellante incidentale, "**Yahoo!US**") contro Reti Televisive Italiane S.p.A. ("**RTI**"), si è pronunciata in tema di applicabilità dello speciale regime di esenzione dalla responsabilità civile (c.d. "*safe harbour*") previsto dall'art. 16 D. Lgs. 70/03 e dall'art. 14 della Dir. 2000/31/CE (sul "commercio elettronico") agli *hosting providers* c.d. "evoluti": ovverosia a quei fornitori di servizi di memorizzazione non temporanea in rete che, assieme a questi servizi, offrono anche sistemi (più o meno sofisticati) di intercettazione dei contenuti immessi in rete dagli utenti, sistemi di gestione e organizzazione dei contenuti memorizzati e che, attraverso la memorizzazione, la gestione e l'organizzazione di questi contenuti, conseguono (anche) vantaggi economici (generalmente in termini di inserzioni pubblicitarie a pagamento).

La pronuncia si segnala in quanto, con un vero e proprio *revirement* rispetto ai precedenti della stessa giurisprudenza milanese e, prima ancora, romana in argomento, ha statuito che (anche) questa tipologia di *internet service provider* ("**ISP**") rientra nell'ambito di applicazione del regime di esenzione previsto dalla normativa comunitaria e nazionale sul commercio elettronico: in quanto, in buona sostanza, per un verso l'offerta dei servizi ulteriori sopra menzionati sui contenuti memorizzati degli utenti non è sufficiente a qualificare questi ISP come *internet content providers* ("**ICP**"); e per altro verso la nozione di *hosting provider attivo* (sviluppata dalla precedente giurisprudenza romana e milanese sopra ricordata proprio per escludere questa tipologia di ISP dall'applicazione del *safe harbour*) è "fuorviante e sicuramente da evitare concettualmente", dovendo piuttosto individuarsi nella "vera e propria manipolazione dei dati" l'unico affidabile criterio discrezionale per determinare l'effettiva neutralità del prestatore di servizi rispetto ai contenuti immessi nella rete dagli utenti e dal prestatore memorizzati.

Ma non è tutto. La Corte ritorna infatti efficacemente anche su alcuni altri punti cardine, e controversi, della materia, in particolare statuendo che (i) la neutralità dell'ISP può venire meno a seguito sia di una lettera di diffida sia di un ordine giurisdizionale o amministrativo ma, sia l'una che l'altro devono, a tal fine, contenere informazioni sufficientemente dettagliate e circostanziate tali da consentire all'ISP l'immediata individuazione del contenuto contestato senza obbligarlo a ricercare attivamente questo contenuto fra i tanti altri memorizzati e, segnatamente, devono indicare l'URL (Uniform Resource Locator); (ii) gli organi giurisdizionali non sono legittimati a emettere provvedimenti di inibitoria generale (in relazione a tutti o a singoli contenuti dello stesso titolare), in quanto per essere compiutamente rispettati tali provvedimenti imporrebbero all'ISP la predisposizione, con costi interamente a suo carico, di sistemi di filtraggio preventivo di tutte le comunicazioni elettroniche che avvengano per il tramite dei suoi servizi obbligandolo, nei fatti, ad una sorveglianza e ad una ricerca attiva dei contenuti eventualmente illeciti che ne formano l'oggetto.

Con queste motivazioni viene dunque riformata la sentenza di Trib. Milano 9 settembre 2011: che, sulla scorta di un filone giurisprudenziale in via di consolidamento nel nostro Paese, aveva al contrario ritenuto che (i) Yahoo!IT, sul cui portale erano stati pubblicati dagli utenti diversi estratti di programmi televisivi di RTI, dovesse "essere qualificato come un soggetto che fornisce un hosting non puramente passivo, ma attivo, e dunque come soggetto cui non si applica la disciplina speciale della responsabilità civile prevista dall'art. 16 D. Lgs. 70/03 e che è invece soggetto alle regole comuni della responsabilità civile"; (ii) che in ogni caso Yahoo!IT sarebbe rimasta colpevolmente inattiva a seguito della diffida ricevuta da RTI - diffida che indicava i titoli delle opere da cui erano tratti i filmati contestati, ma non anche i relativi URL; (iii) disponendo per conseguenza nei confronti di Yahoo!IT un'inibitoria generale ex art. 156 l. 633/1941 "in relazione all'ulteriore diffusione di contenuti relativi alle trasmissioni televisive menzionate nella diffida trasmessa" da RTI".

In un'ottica di sistema, la Corte d'Appello di Milano segna dunque con questa pronuncia un importante passaggio verso l'armonizzazione della prassi giudiziale italiana alla giurisprudenza comunitaria in tema di responsabilità degli operatori della "rete delle reti"; offrendo l'occasione per una ricostruzione della relativa disciplina e della sua evoluzione a livello giurisprudenziale, comunitario e nazionale.

## 2. Il background normativo e l'elaborazione giurisprudenziale comunitaria: la definizione del ruolo dell'ISP e i confini della sua responsabilità

La decisione in esame è infatti solo l'ultimo passaggio di una elaborazione normativa, dottrinale e giurisprudenziale oramai più che decennale che si è sforzata, tra alterne vicende, di individuare il corretto bilanciamento tra la tutela delle libertà di espressione, di informazione e di impresa - che, nella "frontiera" di Internet, trovano un radicamento privilegiato - e la protezione dei diritti soggettivi con cui queste libertà possano venire a collidere - diritti d'autore e connessi *in primis*.

Questa elaborazione trae origine dalla constatazione sempre più diffusa dell'importanza del ruolo dei fornitori di servizi di accesso alla rete e trasporto ("mere conduit") e di memorizzazione temporanea ("caching") o stabile ("hosting") dei dati quali intermediari necessari e strumentali alla fruizione della "rete delle reti" da parte di una platea sempre più ampia di utenti; e del rischio - cui quest'attività espone questi fornitori - di trattare inconsapevolmente (assieme a contenuti leciti, anche) contenuti illeciti dei quali, secondo le regole ordinarie della responsabilità civile, potrebbero essere chiamati a rispondere.

Da qui l'opportunità di individuare, a livello normativo, un'area di esenzione dalla responsabilità civile per questi fornitori che, nella prestazione dei loro servizi per la rete, non vengono a manipolare né a conoscere effettivamente i dati trattati; e che proprio per ciò vanno tenuti distinti, e trattati diversamente, da quei fornitori di servizi (non per la rete, ma) attraverso la rete che comunicano agli utenti contenuti da essi stessi fornitori elaborati, raccolti o comunque conosciuti (c.d. *internet content provider* o "ICP"), e di cui dunque è corretto si assumano la piena responsabilità.

Il primo intervento normativo in questo senso viene fatto a livello sistematico negli USA, verso la fine degli anni '90, con il noto *Digital Millenium Copyright Act* (o "DMCA")<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Il DMCA, emanato nel 1998, ha emendato il *Copyright Act* statunitense, prevedendo (tra l'altro e per quanto qui interessa) che "A service provider shall not be liable for monetary relief or, except as provided in subsection (j), for injunctive or other equitable relief, for infringement of copyright by reason of the storage at the direction of a user of material that resides on a system or network controlled or operated by or for the service provider, if the service provider (A)(i) does not have actual knowledge that the material or an activity using the material on the system or network is infringing; (ii) in the absence of such actual knowledge, is not aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent; or (iii) upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove, or disable access to, the material" (cfr. 17 U.S.C. § 512(c)(1)).

Dal DMCA ha preso spunto il legislatore comunitario per adottare, solo due anni più tardi, la Direttiva 2000/31/CE<sup>2</sup>, cui la normativa italiana di implementazione - contenuta nel D.Lgs. 70/2003 - aderisce quasi pedissequamente, ed in cui vengono definiti gli aspetti cardine della disciplina sul commercio elettronico in ambito comunitario, sancendo, con particolare riferimento ai servizi di *hosting*, che:

- (i) l'ISP gode del regime di esenzione dalla responsabilità civile fintanto che conservi la propria neutralità rispetto ai contenuti veicolati;
- (ii) tale neutralità viene meno nel momento in cui l'ISP sia reso effettivamente edotto della natura illecita dei contenuti veicolati dovendo, in conseguenza di ciò, attivarsi per rimuovere il contenuto o renderlo non accessibile agli utenti;
- (iii) in ogni caso l'ISP non può essere sottoposto a un obbligo generale di sorveglianza né di ricerca attiva dei fatti e delle circostanze che indichino la presenza di contenuti o attività illecite<sup>3</sup>.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea è venuta successivamente chiarendo il presupposto di "neutralità" per l'applicazione del regime di esenzione, escludendolo solo laddove il fornitore svolga "*un ruolo attivo atto a conferirgli la conoscenza o il controllo dei dati memorizzati*"<sup>4</sup>. L'intendimento della Corte di Giustizia è chiaro: se il fornitore di servizi si limita a trasmettere o memorizzare i contenuti così come gli sono stati forniti dall'utente allora è neutrale, è dunque qualificabile come ISP e gode del regime di esenzione; se interviene sui contenuti elaborandoli o, in altro modo, modificandoli o adattandoli o viene altrimenti a conoscenza effettiva della loro natura illecita, allora è da qualificarsi come ICP ed è pienamente responsabile per i contenuti trattati.

Il discrimen fra ISP e ICP attiene dunque all'attività svolta ed ha natura qualitativa, non quantitativa: circostanze quali la predisposizione di motori di ricerca, la fissazione di termini contrattuali dettagliati fra fornitore e utente ai fini dell'utilizzo del servizio offerto dall'ISP o la previsione di corrispettivi connessi a vario titolo alla memorizzazione di contenuti, ancorché illeciti, non sono sufficienti a qualificare il fornitore come *content provider*.<sup>5</sup> D'altra parte, un'interpretazione diversa comporterebbe una irragionevole discriminazione tra ISP "ordinari" e ISP "evoluti", per cui lo sviluppo di servizi e di tecnologie di funzionamento della rete sempre più avanzate avrebbe la (difficilmente giustificabile) conseguenza di aggravare il regime di responsabilità applicabile al provider che volesse fornire servizi di tipo (appunto) "avanzato", con tutti i conseguenti disincentivi all'evoluzione tecnologica e all'imprenditoria *on-line*.

In definitiva, l'ISP è soggetto a un regime di responsabilità "a posteriori", che si sostanzia nell'obbligo di attivarsi solo una volta presa coscienza effettiva dell'attività illecita; obbligo che trova a sua volta un limite nel divieto di imporre all'ISP doveri di sorveglianza preventiva o comunque generale e di ricerca attiva.

<sup>2</sup> "Gli Stati membri provvedono affinché, nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non sia responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che:

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

(b) non appena al corrente di tali fatti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso" (cfr. art. 14 Dir. 2000/31/CE).

<sup>3</sup> "Nella prestazione dei servizi di cui agli articoli 12, 13 e 14, gli Stati membri non impongono ai prestatori un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano né un obbligo generale di ricercare attentamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite" (cfr. art. 15, co. 1, Dir. 2000/31/CE).

<sup>4</sup> CGUE sentenza 23 marzo 2010 Google vs Louis Vitton, cause riunite da C-236/08 a C-238/08, §120; analogamente CGUE sentenza 12 luglio 2011 eBay vs l'Oréal, C-324/09, § 123.

<sup>5</sup> Purché tali condotte siano meccaniche e non manipolative dei dati. Sul punto si veda CGUE sentenza Google vs Louis Vitton cit., § 111 - 115 e CGUE sentenza eBay vs l'Oréal cit., § 116.

Si intende così tutelare il ruolo di Internet come spazio di comunicazione e informazione libera<sup>6</sup>; obiettivo rispetto cui sistemi di filtraggio o controllo preventivo appaiono, di regola, incompatibili. In una disciplina generalmente improntata a un netto favor per lo spazio di libertà concesso dalla rete Internet<sup>7</sup>, l'equilibrio tra gli opposti interessi viene dunque ricercato attraverso lo strumento dell'obbligo di intervento a posteriori, calmierato dalla necessità di non imputare agli ISP obblighi di sorveglianza preventiva né generale né di ricerca attiva<sup>8</sup>.

Alla base dell'intera disciplina di matrice comunitaria si colloca dunque il principio di ragionevolezza, che impone agli Stati e ai relativi giudicanti un attento bilanciamento tra gli interessi in gioco, limitando i sacrifici economici dell'hosting provider a ciò che è strettamente necessario alla tutela del diritto d'autore dei terzi.

### 3. La “fuga in avanti” di parte della giurisprudenza italiana e la nozione di “hosting provider attivo”

Rispetto al quadro appena delineato, la giurisprudenza italiana si è caratterizzata per un approccio spesso restrittivo alle esenzioni di responsabilità previste dal D. Lgs. 70/2003 in favore degli *internet service provider*, e in particolare ha spesso limitato il perimetro di applicazione del peculiare regime del *safe harbour* con riferimento agli hosting provider.

Sono andate in questo senso alcune pronunce che, dall'esperienza di servizi sempre più lontani dalla mera memorizzazione e trasmissione di dati, e dotati (ad esempio) anche di modalità di indicizzazione sempre più raffinate, e tali da consentire – almeno in astratto – un certo grado di “controllo” e “monitoraggio” sulle attività degli utenti e sui contenuti presenti sulle relative piattaforme, sono giunte fino alla creazione di un *tertium genus* rispetto agli ISP e agli ICP, ovvero il c.d. “*hosting provider attivo*”: una figura di fatto ibrida, che nonostante la qualificazione di ISP si vedrebbe attribuito un generale obbligo di intervento e sorveglianza, quando non di ricerca attiva<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Si vedano, al riguardo, i considerando 2 e 9 e gli artt. 1 e 3 della Dir. 2000/31/CE.

<sup>7</sup> Si veda, al riguardo, quanto affermato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nel caso UPC vs Telekabel: “*Da un lato, un’ingiunzione [nel caso di specie si trattava di un provvedimento cautelare inibitorio “di risultato”, previsto dal diritto austriaco, ma di dubbia legittimità al di fuori dell’ordinamento di origine, n.d.a.] lascia al suo destinatario l’onere di determinare le misure concrete da adottare per raggiungere il risultato perseguito, con la conseguenza che quest’ultimo può scegliere di adottare le misure che più si adattano alle risorse e alle capacità di cui dispone [...]. Dall’altro lato, tale ingiunzione consente al suo destinatario di sottrarsi alla propria responsabilità, qualora dimostri di aver adottato tutte le misure ragionevoli*”. Di conseguenza, “*il destinatario di tale ingiunzione non sarà tenuto a fare sacrifici insostenibili*” (CGUE sentenza 27 marzo 2014, UPC vs Telekabel, C-314/12, § 52 e 53).

<sup>8</sup> Questo profilo è stato ampiamente analizzato dalla Corte di Giustizia nella decisione *Sabam vs Scarlet* (sentenza 24 novembre 2011, cause riunite C-70/10): che ha affermato chiaramente come risulti incompatibile con la normativa comunitaria ingiungere a un ISP la predisposizione di un sistema di filtraggio “a monte” dei contenuti ricevuti dagli utenti, in quanto ciò comporterebbe “una grave violazione della libertà di impresa” nonché della riservatezza dei dati personali e della libertà di informazione (cfr. § 48, 50 e 52). Gli ISP non devono intendersi come i guardiani della liceità delle condotte in rete, ma come gli strumenti necessari al funzionamento della rete.

<sup>9</sup> Tra i giudici più attivi in questo senso, il Tribunale di Roma (cfr., in particolare, Trib. Roma 16 dicembre 2009, in *Dir. Inf.* 2010, 275; Trib. Roma 20 ottobre 2011, in *AIDA* 2012, 1509, pp. 772 e ss.), che in diverse occasioni ha accertato la responsabilità dell'ISP per violazioni di diritti d'autore e connessi effettuate dai propri utenti sulla scorta del fatto che l'ISP (i) esercitasse (anche) un'attività lucrativa, nell'ambito della quale (ad esempio) si riservava l'utilizzo del materiale caricato dagli utenti al fine di vendere inserzioni pubblicitarie e, quindi, ottenere guadagni; o (ii) fosse in grado di esercitare un certo livello di controllo e di monitoraggio sull'attività degli utenti e sulla natura dei contenuti presenti sulla sua piattaforma; o ancora (iii) si facesse concedere dagli utenti licenze sui contenuti caricati e manleva rispetto ad eventuali violazioni di diritti di terzi e infine (iv) predisponesse appositi servizi di segnalazione delle violazioni di diritti di terzi (servizi c.d. di “*notice and take down*”).

In sostanza, si è affermato che gli ISP “evoluti” rivestono un “ruolo attivo” nell’organizzazione, nell’indicizzazione e persino nello sfruttamento dei contenuti caricati dagli utenti. Su questi presupposti, un fornitore di servizi “evoluto” dovrebbe essere ritenuto responsabile per le violazioni di diritti d’autore e connessi effettuate da propri utenti qualora, a seguito di una diffida anche generica, non si serva dei suoi mezzi tecnici (che gli consentono di indicizzare i contenuti presenti sulla propria piattaforma) per ricercare attivamente e rimuovere autonomamente i contenuti contestati, senza che il titolare del diritto violato abbia l’onere di indicare all’ISP gli URL attraverso cui si accede ai singoli contenuti anzidetti <sup>10</sup>.

Alla luce delle interpretazioni di origine comunitaria, queste decisioni hanno sempre suscitato alcune perplessità, non ultimo da un punto di vista sistematico, in quanto questo *tertium genus* risulta difficilmente collocabile nel regime di regola-eccezione costruito dalla Direttiva 2000/31/CE.

Esse non trovano d’altro canto fondamento nemmeno nella lettera – né nella *ratio* - della Direttiva 2000/31/CE, che anzi ha predisposto un regime di sostanziale favore per gli ISP.

Inoltre, in una prospettiva più ampia, esse risultano potenzialmente dannose per lo sviluppo del settore economico della fornitura dei servizi Internet: in quanto rischiano di porre, alla libertà di iniziativa economica online, proprio quei “paletti” che ci si proponeva di superare con il DMCA negli Stati Uniti e la Direttiva 2000/31/CE in Europa <sup>11</sup>.

Peraltro, non si può ignorare come alcune delle caratteristiche “sintomatiche” del ruolo “attivo” assunto da un determinato ISP in realtà altro non siano che il normale portato dell’attività imprenditoriale (lo scopo di lucro), o risultino addirittura necessarie per lo stesso accesso al regime del safe harbour (si pensi alla predisposizione da parte dell’ISP di meccanismi di c.d. *notice and take down*, che è uno dei requisiti che il DMCA pone come necessario per l’accesso al regime di *safe harbour dell’hosting provider*)<sup>12</sup>.

Infine, l’imposizione di un obbligo di autonoma ricerca e rimozione dei contenuti contestati a mezzo di diffide generiche si pone in aperto contrasto con la stessa lettera della legge, laddove questa impedisce di imporre all’ISP obblighi di sorveglianza e di ricerca attiva.

<sup>10</sup> Questa linea giurisprudenziale, originaria del Tribunale di Roma, è stata poi ripresa anche dal Tribunale di Milano (cfr. Trib. Milano 7 giugno 2011, in *Dir. Inf.* 2011, 660) e, di recente, dal Tribunale di Torino (Trib. Torino 23 giugno 2014, *Delta TV Programs S.r.l. v. Google Ireland Holdings, Google LLC e YouTube LLC*, inedita). Entrambi fondano le loro pronunce sull’osservazione secondo cui l’evoluzione tecnologica avrebbe comportato la nascita di una nuova tipologia di ISP (non previsto e non prevedibile dalla Direttiva 2000/31/CE) che, se da un lato conserva la struttura dell’*hosting provider*, dall’altro presenta alcune caratteristiche “sintomatiche” che lo renderebbero “attivo” rispetto ai contenuti caricati dagli utenti; caratteristiche tali da renderlo responsabile dei contenuti medesimi nel caso in cui - anche a seguito di generiche diffide da parte dei titolari dei diritti asseritamente violati - non si adoperi per porre fine, attivamente e autonomamente, alle violazioni contestate.

<sup>11</sup> Cfr. considerando 2 e 5 Dir. 2000/31/CE.

<sup>12</sup> Cfr. in merito il Digital Millennium Copyright Act, 17 U.S.C. § 512(c)(2), secondo cui “The limitations of liability established in this subsection apply to a service provider only if the service provider has designated an agent to receive notifications of claimed infringement described in paragraph (3), by making available through its service, including on its website in a location accessible to the public, and by providing to the Copyright Office, substantially the following information: (A) the name, address, phone number, and electronic mail address of the agent; (B) other contact information which the Register of Copyrights may deem appropriate”.

#### 4. I keypoints della sentenza 29/2015 e il “ritorno alle origini”

Tutte le considerazioni che precedono vengono fatte proprie dalla Corte d'Appello di Milano nella sua sentenza 29/2015, che si esprime in particolare su tre aspetti.

In primo luogo, la Corte afferma che gli indici individuati dal giudice di prime cure quale sintomo di una condotta attiva dell'ISP – *i.e.* la fornitura di servizi pubblicitari, l'acquisizione contrattuale di diritti di utilizzo e riadattamento dei contenuti caricati dagli utenti, il diritto di manleva nei confronti degli stessi, il potere di rimozione dei contenuti medesimi, la facoltà di segnalazione degli illeciti da parte degli utenti - non sono assolutamente sufficienti a far perdere all'ISP la sua neutralità rispetto ai contenuti veicolati; e ciò sulla base di un'applicazione ortodossa della già citata giurisprudenza comunitaria, che a detta della Corte già aveva risolto casi analoghi in questo senso<sup>13</sup>.

Ma non solo. La Corte è estremamente risoluta nel negare asilo alla nozione di hosting provider attivo, affermando come essa “risulti oggi sicuramente fuorviante e sicuramente da evitare concettualmente in quanto mal si addice ai servizi di “ospitalità in rete” in cui il prestatore non interviene in alcun modo sul contenuto caricato dagli utenti”<sup>14</sup>. Una presa di posizione netta, che riporta la prassi italiana nell'alveo dell'ortodossia comunitaria rispetto a un settore dove, stante l'intervento di armonizzazione della Dir. 2000/31/CE, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea è l'unico soggetto deputato a interpretare le fonti europee cui il legislatore italiano ha ritenuto di adeguarsi quasi pedissequamente<sup>15</sup>.

Con questa decisione, dunque, il giudicante ha chiarito (*rectius*, ricordato) il rigido sistema classificatorio introdotto dalla Direttiva 2000/31/CE, tornando alla dicotomia tra *service* e *content provider* e restituendo alla effettiva manipolazione o conoscenza dei contenuti contestati il grado di unico criterio discrezionale.

Contestualmente, la decisione in parola ha chiarito ancora una volta (in coerenza con la menzionata giurisprudenza comunitaria) come, ferma la “responsabilità a posteriori” dell'ISP, l'obbligo di intervento di quest'ultimo possa sorgere solo a seguito di un'indicazione sufficientemente dettagliata e circostanziata, sia essa di fonte privata (*i.e.* diffida) o di fonte giudiziale o amministrativa, che consenta all'ISP l'immediata individuazione del contenuto contestato e non comporti l'onere, a suo carico, di approntare un sistema di filtraggio dei dati.

La Corte d'Appello ha così affermato due importanti punti di diritto:

- in primo luogo, che l'onere dell'allegazione e della prova del fatto illecito incombe – esattamente come accade nell'ambiente non digitale - sempre sul titolare del diritto che si suppone leso, il quale dunque non può limitarsi a indicare le opere protette dal diritto d'autore che ritiene violate ma deve necessariamente individuare i singoli episodi di violazione;
- in secondo luogo, che sono da ritenersi incompatibili con il diritto comunitario provvedimenti inibitori a carattere generale, anche ove aventi ad oggetto opere dell'ingegno specificamente individuate, in quanto necessitano, per il loro rispetto, che l'ISP inibito predisponga un sistema di sorveglianza preventiva e di ricerca attiva dei contenuti caricati<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> In particolare il caso eBay vs l'Oréal, ove il giudice relatore afferma ricorrere “*caratteristiche ancora più evolute di quelle descritte dal giudice di prime cure nel caso in questione*” (cfr. sentenza App. Milano 29/2015, § 27 e 28).

<sup>14</sup> Ivi, §38.

<sup>15</sup> Come lo stesso giudice relatore correttamente ricorda, cfr. ivi § 28.

<sup>16</sup> Più specificamente, la Corte ha stabilito che la diffida inviata da R.T.I. era intrinsecamente inidonea a individuare gli esatti contenuti illeciti caricati, richiedendo dunque a Yahoo!IT “uno sforzo generale di ricerca e individuazione dei link non esigibile alla stregua delle indicazioni date dalla direttiva sul commercio elettronico e che [...] il sistema di filtraggio preteso ai fini dell'affermazione della successiva responsabilità del FAI [leggasi ISP] per il caricamento di ulteriori dati afferenti a rti presupporrebbe un comportamento inesigibile e non demandabile al FAI dalla normativa di settore dell'Unione Europea” (cfr. §66 della sentenza in parola).



Il presente documento viene consegnato esclusivamente per fini divulgativi.

Esso non costituisce riferimento alcuno per contratti e/o impegni di qualsiasi natura.

Per ogni ulteriore chiarimento o approfondimento Vi preghiamo di contattare:

#### Milano

**Luca Rinaldi**  
Tel. +39 02 763741  
lrinaldi@gop.it

Roma

Milano

Bologna

Padova

Torino

Abu Dhabi

Bruxelles

Hong Kong

Londra

New York

[www.gop.it](http://www.gop.it)

E in questo quadro non pare irrilevante notare come il collegio milanese abbia ritenuto opportuno precisare che *“il presupposto della responsabilità “a posteriori” dell’hosting provider non è dunque da intendersi nel senso che l’intermediario che trasmetta l’informazione illecita sia tenuto alla rimozione dell’opera sulla base della presunzione di una sua compartecipazione all’illecito [...], ma perché è il soggetto più idoneo”* dal punto di vista tecnico *“a porre fine a tali violazioni a tutela dei diritti soggettivi altrui”<sup>17</sup>* : con ciò evidentemente volendo (opportunamente) sgomberare il campo da futuri dubbi interpretativi riguardo il ruolo degli ISP, e chiarire implicitamente come l’esistenza e la disponibilità potenziale di strumenti tecnologici che consentano la ricerca selettiva dei contenuti non può implicare un onere aggiuntivo interamente a carico dei fornitori di servizi che pure abbiano in astratto le potenzialità tecniche ed economiche per avvalersi di tali strumenti.

<sup>17</sup> Ivi § 31.

#### INFORMATIVA EX ART. 13 D. LGS. 196/2003 - Codice in materia di protezione dei dati personali

I dati personali oggetto di trattamento da parte dallo studio legale Gianni, Origoni, Grippo, Cappelli & Partners (lo “Studio”) sono quelli liberamente forniti nel corso di rapporti professionali o di incontri, eventi, workshop e simili, e vengono trattati anche per finalità informative e divulgative. La presente newsletter è inviata esclusivamente a soggetti che hanno manifestato il loro interesse a ricevere informazioni sulle attività dello Studio. Se Le fosse stata inviata per errore, ovvero avesse mutato opinione, può opporsi all’invio di ulteriori comunicazioni inviando una e-mail all’indirizzo: [relazioniesterne@gop.it](mailto:relazioniesterne@gop.it). Titolare del trattamento è lo studio Gianni, Origoni, Grippo, Cappelli & Partners, con sede amministrativa in Roma, Via delle Quattro Fontane 20.