

Gli ISP si salvano nel P2P. Ma reggeranno allo streaming?

di Simone Calzolaio
(14 febbraio 2012)

Sommario: 1. Il caso; 2. La questione pregiudiziale e la sua soluzione; 3. Segue: il bilanciamento dei diritti fondamentali coinvolti; 4. La solidità dei criteri enunciati rispetto alle esigenze attuali di tutela del diritto d'autore *online*.

1. Il caso.

La Corte di Giustizia (Sez. III, sent. 24.11.11, n. 70) si trova a decidere su un rinvio pregiudiziale promosso dalla Corte d'appello di Bruxelles, in merito alla compatibilità col diritto europeo, anche sotto il profilo del rispetto del principio di proporzionalità, di una normativa nazionale che consente ad un giudice di adottare un provvedimento inibitorio che impone ad un ISP (*Internet service provider*) di predisporre, a sue spese, un sistema di filtraggio preventivo e generale di tutte le comunicazioni elettroniche della sua clientela in transito sulla rete gestita, al fine di individuare e prevenire la circolazione di *files* attraverso *software* P2P (*peer to peer*) contenenti opere tutelate dal diritto d'autore, bloccandone il trasferimento.

Il caso giurisprudenziale all'origine del rinvio pregiudiziale prende le mosse dall'azione intentata dalla *Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs* (Sabam) nei confronti di un ISP (la [Scarlet](#)) e non è affatto una novità nel panorama giurisprudenziale: la Sabam ritiene che gli utenti della Scarlet scambino via internet, fra loro, opere protette dal diritto d'autore – senza autorizzazione e senza pagare i diritti – attraverso reti P2P e chiama in causa la Scarlet in quanto ritiene che tali violazioni si realizzino avvalendosi dei suoi servizi di ISP.

L'aspetto più interessante della vicenda – che come vedremo ha un impatto diretto anche sul versante delle libertà fondamentali dell'ISP e, soprattutto, degli utenti – è costituito dalla richiesta rivolta al giudice che, complice la formulazione vigente dell'art. 87 della legge belga sul diritto d'autore (*loi 30 Juin 1994, relative au droit d'auteur et aux droits voisins*, nel testo vigente; cfr. <http://www.juridat.be/>) a mente del quale il giudice adito può “*rendre une injonction de cessation à l'encontre des intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte au droit d'auteur ou à un droit voisin*” (traduzione quasi letterale dell'art. 11, ultima frase, della dir. 48/2004), si rivela di impatto prorompente per l'ISP (e per gli utenti di internet).

La Sabam chiede che sia riconosciuta la violazione dei diritti d'autore, ma soprattutto chiede la condanna della Scarlet “a pena di ammenda, a far cessare tali violazioni rendendo impossibile o bloccando qualsiasi forma di invio o di ricezione da parte dei suoi clienti, mediante programmi «peer to peer», senza autorizzazione dei titolari dei diritti, di file contenenti un'opera musicale” (par. 20).

Il giudice adito – ovvero il *Président du tribunal de première instance* di Bruxelles – con una prima decisione del novembre 2004 accerta l'esistenza delle violazioni del diritto d'autore, riservandosi di decidere sulla istanza di provvedimento inibitorio solo in seguito alla verifica della fattibilità tecnica (da parte di un perito a tal fine nominato) delle misure richieste dalla Sabam.

Va sottolineata la domanda che il giudice di prime cure rivolge al perito, in quanto svela indirettamente il vero nodo della questione (e di tutte le molteplici questioni affini): egli chiede, in particolare, di verificare se le misure richieste dalla Sabam possono consentire

di “filtrare unicamente gli scambi illeciti di file” e se esistono “altri dispositivi idonei a controllare l’utilizzo di programmi «peer to peer»”, nonché di “quantificare il costo dei dispositivi considerati” (par. 21). In altri termini, se l’impatto delle misure tecniche deve essere necessariamente generalizzato, ovvero si possono riconoscere e prendere di mira esclusivamente gli scambi illeciti di files.

Il perito evade l’incarico – a quanto risulta dalla sentenza che si annota – concludendo che “nonostante la presenza di numerosi ostacoli tecnici, non si poteva escludere completamente che il filtraggio ed il blocco degli scambi illeciti di file fosse realizzabile” (par. 22; ma l’opinione del perito risulta più articolata: cfr. le conclusioni dell’[Avvocato generale](#), par. 21) e su questo dato tecnico si basa la decisione del giugno 2007 con cui il giudice condanna “la Scarlet a far cessare le violazioni del diritto d’autore accertate con la sentenza 26 novembre 2004, rendendo impossibile qualsiasi forma, realizzata mediante un programma «peer to peer», di invio o di ricezione, da parte dei suoi clienti, di file che contenessero un’opera musicale appartenente al repertorio della Sabam, a pena di ammenda”.

La Scarlet appella la decisione, affermando l’impossibilità tecnica del filtro preventivo, la sua incompatibilità con il regime della responsabilità dell’ISP previsto nella legislazione belga attuativa della direttiva europea 31/2000, la incompatibilità del sistema di filtraggio con la garanzia dei diritti degli utenti in tema di tutela dei dati personali garantita dal diritto europeo.

Di qui il rinvio pregiudiziale promosso dalla Corte d’appello di Bruxelles.

2. La questione pregiudiziale e la sua soluzione.

In sintesi, dunque, il giudice europeo si trova a dover decidere in ordine alla compatibilità col diritto europeo di un sistema di filtraggio generale e preventivo, imposto ad un ISP, volto a prevenire la violazione presente e futura del diritto d’autore da parte degli utenti dei suoi servizi.

In realtà, come emerge chiaramente dai par. 31-36 della sentenza, la soluzione della questione pregiudiziale proposta si rinviene in una sentenza di poco precedente a quella in commento (sent. 12.7.11, C-324/09, L’Oréal/Ebay e a.), che aveva interpretato disposizioni comunitarie anche in questa sede rilevanti.

Si tratta di un interessante mosaico normativo, denso di conseguenze in ordine alla configurazione del perimetro dei rimedi che il giudice nazionale, sulla base della normativa interna e europea, può imporre agli ISP in ipotesi di violazione, da parte dei suoi utenti, del diritto d’autore.

Le dir.ve 2001/29 (sull’armonizzazione di taluni aspetti del diritto d’autore e dei diritti connessi nella società dell’informazione) e 2004/48 (sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale) prevedono entrambe (rispettivamente: art. 8, c. 3; art. 11, ultimo periodo) che i titolari dei diritti di proprietà intellettuale possano richiedere al giudice un provvedimento inibitorio nei confronti degli intermediari (ovvero gli ISP) i cui servizi siano utilizzati per violare i loro diritti.

Analizzandole nel dettaglio, si rileva che esse comportano obblighi specifici per gli Stati membri, anche in ordine alle finalità che il detto provvedimento inibitorio dovrebbe raggiungere.

I *considerando* n. 58/59 della dir. 2001/29 affermano che gli Stati membri devono “adottare tutte le misure necessarie a garantire l’utilizzazione dei mezzi di ricorso e l’applicazione delle sanzioni” e che le sanzioni devono “essere efficaci, proporzionate e dissuasive e includere la possibilità del risarcimento e/o di un provvedimento ingiuntivo”. In particolare, siccome in ambito digitale i servizi degli intermediari si prestano agevolmente ad essere

utilizzati da terzi per attività illecite, proprio costoro “sono i più idonei a porre fine a dette attività illecite. Pertanto fatte salve le altre sanzioni e i mezzi di tutela a disposizione, i titolari dei diritti dovrebbero avere la possibilità di chiedere un provvedimento inibitorio contro un intermediario che consenta violazioni in rete da parte di un terzo contro opere o altri materiali protetti”.

Il *considerando* n. 24 della dir. 2004/48 afferma che “le misure, le procedure e i mezzi di ricorso da prevedere dovrebbero comprendere misure inibitorie, volte ad impedire nuove violazioni dei diritti di proprietà intellettuale”.

Come si vede, fra la prima e la seconda direttiva, vi è una precisazione importante: il provvedimento inibitorio può essere espressamente finalizzato ad impedire *nuove* violazioni (e non solo a rimuovere quelle esistenti).

In ogni caso, da un lato entrambe le dir. lasciano ampio margine di attuazione e rinviando alla legislazione interna per la disciplina ed i contenuti del provvedimento inibitorio, salvo il limite generale per cui le misure, procedure e mezzi di ricorso siano leali ed equi, non inutilmente complessi o costosi (art. 3, c. 1, dir. 2004/48); dall'altro affermano (la prima con riferimento generale nel 16° considerando, la seconda con riferimento espresso agli artt. 12-15 della dir. 2000/31, nell'art. 2, c. 3, lett. a), ultima frase) che la disciplina in esse contenute fa salve le regole relative alla responsabilità dei prestatori intermediari della dir. 2000/31 (cd. dir. sul commercio elettronico).

L'art. 15, c. 1, di quest'ultima afferma che nella prestazione dei servizi di cui agli articoli 12, 13 e 14 (ovvero rispettivamente di mero trasporto di informazioni, di memorizzazione temporanea, di memorizzazione permanente) “gli Stati membri non impongono ai prestatori un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite” (ed aggiunge l'art. 18 che “gli Stati membri provvedono affinché i ricorsi giurisdizionali previsti dal diritto nazionale per quanto concerne le attività dei servizi della società dell'informazione consentano di prendere rapidamente provvedimenti, anche provvisori, atti a porre fine alle violazioni e a impedire ulteriori danni agli interessi in causa”).

In sintesi, dunque: in attuazione delle dir. citate, gli Stati membri devono prevedere la possibilità di ottenere un provvedimento inibitorio da parte di chi veda lesi i propri diritti di proprietà intellettuale attraverso i servizi resi da un ISP, tale da essere efficace, proporzionato, dissuasivo (cons. 58, dir. 2001/29 e art. 3, c. 2, dir. 2004/48), in grado di porre fine alle violazioni (art. 18, dir. 2000/31) e di evitarne di nuove (cons. 24, dir. 2004/48).

Contemporaneamente, tuttavia, entrambe le dir. fanno salve le disposizioni sulla responsabilità dei prestatori intermediari e quindi impongono – ai nostri fini – che il provvedimento inibitorio non comporti un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni trasmesse o memorizzate e/o un obbligo generale di ricerca attiva di fatti e circostanze indicative di attività illecite – per quanto qui interessa sul piano della lesione dei diritti di proprietà intellettuale.

Su tali premesse normative, la decisione risulta quasi a rime obbligate.

La Corte infatti riscontra che il sistema di filtraggio imposto dal giudice di prime cure impone: a) che l'ISP identifichi nell'insieme delle comunicazioni elettroniche di tutti i suoi clienti, i files che appartengono al traffico «peer-to-peer»; b) che, in tale ambito, identifichi i files che contengono opere sulle quali i titolari dei diritti di proprietà intellettuale affermino di vantare diritti; c) che esso determini quali tra questi file sono scambiati in modo illecito e proceda al blocco degli scambi di file che qualifica come illeciti.

Da ciò trae che “siffatta sorveglianza preventiva richiederebbe così un'osservazione attiva sulla totalità delle comunicazioni elettroniche realizzate sulla rete del ISP coinvolto e, pertanto, includerebbe tutte le informazioni da trasmettere e ciascun cliente che si avvale

di tale rete” (par. 39): il provvedimento inibitorio, quindi, realizza esattamente quanto è vietato dall’art. 15, c. 1, dir. 2000/31 e con esso contrasta.

Resta il dubbio – che la sentenza non ci aiuta a sciogliere, in positivo – di quale possa essere il contenuto (effettivo, dissuasivo e in grado di evitare violazioni future) di un provvedimento inibitorio nei confronti di un ISP, in caso di violazione dei diritti di proprietà intellettuale da parte dei suoi utenti.

In parte, in un caso più volte richiamato nella decisione che si annota (sent. 12.7.11, C-324/09, L’Oréal/Ebay e a.), la Corte europea ha tentato di offrire spunti per il contenuto di siffatti provvedimenti: in riferimento all’attività del più noto sito di commercio/aste online, il giudice europeo ne individua due, sempre ribadendo che le misure giudiziarie non possono comportare una attività di vigilanza attiva di tutti i dati dei suoi clienti per evitare violazioni e, cosa più importante, non possono creare ostacoli al commercio legittimo.

In primo luogo, tali provvedimenti possono, laddove il gestore del mercato on line non adotti tempestivamente una tale iniziativa, obbligarlo a sospendere dai propri servizi gli autori degli illeciti (par. 141, sent. L’oréal/Ebay e a.). Ed una soluzione analoga parrebbe estendibile anche al caso di specie della decisione annotata.

In secondo luogo – ma ciò vale, è bene sottolinearlo, solo quando si “agisce nel commercio e non nella vita privata” (par. 142, sent. L’oréal/Ebay e a.), come sembra avvenire, invece, nel caso della sentenza che si annota – “si può ingiungere al gestore del mercato on line di adottare misure che consentano di agevolare l’identificazione dei suoi clienti venditori” (ancora par. 142; sul punto, tuttavia, va senz’altro richiamata, in riferimento al P2P, la sentenza della Corte europea nel caso Promusicae, in base alla quale il diritto dell’Unione europea non impone agli Stati membri “di istituire un obbligo di comunicare dati personali per garantire l’effettiva tutela del diritto d’autore nel contesto di un procedimento civile”).

3. Segue: il bilanciamento dei diritti fondamentali coinvolti.

La *ratio decidendi* del giudice europeo, in base alla quale – come appena visto – si limita il perimetro di azione del provvedimento inibitorio nei confronti dell’ISP e, con ciò, il suo dovere di attivarsi per evitare il prodursi della violazione del diritto d’autore, trova fondamento nel bilanciamento dei diritti fondamentali in gioco nella fattispecie.

Al riguardo, la Corte di giustizia procede ad una ragionata disamina del rapporto fra diritto d’autore, da un lato, libertà di impresa dell’ISP, dall’altro, e infine diritto alla tutela dei dati personali e libertà di ricevere e comunicare informazioni dei clienti dell’ISP: tutte situazioni giuridiche espressamente tutelate nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea (rispettivamente, cfr. artt. 17.2; 16; 8 e 11).

A questo riguardo, ancora una volta riferendosi ad un suo noto precedente (Corte giustizia CE, grande sezione, sent. 29 gennaio 2008, n. 275, Promusicae), il giudice europeo afferma che la tutela del diritto d’autore, come specie del genere diritto di proprietà intellettuale (a sua volta rientrante nel diritto fondamentale di proprietà), non può ritenersi garantita in modo assoluto, laddove, in particolare, le misure richieste possano ledere altri diritti fondamentali garantiti dal diritto europeo.

Si pone dunque, in riferimento al provvedimento inibitorio concesso dal giudice di prime cure, non solo un problema di contrasto con l’art. 15 della dir. 2000/31, ma – sul piano logico-giuridico, ancor prima – una questione di verifica della esistenza di un adeguato equilibrio, rispetto alla misura disposta, fra diritti fondamentali.

A questo riguardo, il sistema di filtraggio imposto rappresenta “una grave violazione della libertà di impresa dell’ISP”, che lo obbligherebbe “a predisporre un sistema informatico complesso, costoso, permanente e unicamente a suo carico” (peraltro ponendosi anche in

contrasto con il già richiamato art. 3, della dir. 2004/48). Una tale ingiunzione, quindi, non rappresenta un giusto equilibrio fra le due situazioni tutelate: diritto d'autore e libertà di impresa.

Ma vi è di più. Il sistema di filtraggio imporrebbe all'ISP (cioè ad una azienda privata) uno *screening* sistematico di tutte le comunicazioni elettroniche, lecite e illecite, dei suoi clienti, riverberandosi quindi in una misura di grave impatto non solo sull'ISP, ma sui suoi utenti e sui loro diritti alla tutela dei dati personali e alla libertà di ricevere o comunicare informazioni.

Sotto il primo profilo, il sistema di filtraggio implica l'analisi dei contenuti e l'identificazione degli indirizzi IP degli utenti all'origine dell'invio di contenuti illeciti: ovvero l'utilizzo e il trattamento di dati personali protetti, capaci di identificare gli utenti.

Sotto il secondo profilo, giustamente il giudice europeo rileva che il sistema di filtraggio potrebbe errare nel qualificare come illecito il contenuto di una comunicazione, finendo per bloccare comunicazioni con contenuto lecito, a detrimento dell'esercizio della libertà di comunicazione e informazione dell'utente.

Per queste ragioni, l'ingiunzione di adottare un sistema di filtraggio come quello richiesto dalla Sabam non rispetta l'esigenza di garantire un giusto equilibrio fra i diritti fondamentali coinvolti nella fattispecie.

4. La solidità dei criteri enunciati rispetto alle esigenze attuali di tutela del diritto d'autore *online*.

La decisione in commento appare ineccepibile nell'individuare l'oggetto della questione pregiudiziale, nell'offrire una soluzione netta rispetto alla interpretazione del mosaico normativo europeo in materia ed una lucida disamina del necessario equilibrio fra i diritti fondamentali coinvolti.

La fattispecie alla base della vicenda giudiziaria consiste nella classica lesione del diritto d'autore attraverso il cd. *file sharing*, che si realizza con software P2P, e a questa ipotesi ben si attagliano i criteri utilizzati dalla Corte per salvaguardare la libertà d'impresa degli ISP (e la posizione giuridica dei suoi utenti).

Tuttavia, è ormai massima d'esperienza (di qualsiasi internauta), confortata anche da un'apposita [indagine conoscitiva](#) dell'Agcom (del febbraio 2010), che la massa principale di violazioni dei diritti di proprietà intellettuale si realizza, attualmente, non tanto attraverso la condivisione da parte degli utenti dei dati ("sensibili" al diritto d'autore) attraverso il *veicolo* della rete, ma mediante la stabile memorizzazione degli stessi, previo caricamento di quei dati da parte di un utente-inserzionista, nel *contenitore* costituito dalla rete internet. A far mutare in tal senso la funzione della rete internet ha contribuito l'avvento della banda larga, che agevola il passaggio "da un concetto di rete come semplice «veicolo di contenuti» (che venivano poi conservati sui computer dei diversi utenti) a una visione della rete come «contenitore» di materiale audiovisivo. L'utente che dispone di un accesso a Internet costante ed affidabile, trova essenzialmente più pratico usufruire immediatamente dei contenuti in rete (la cosiddetta *experience-now*), piuttosto che scaricarli (*download*) sul proprio dispositivo, e poi fruirne (la cosiddetta *experience-later*). La maggiore praticità dello *streaming* è dovuta sia alle minori esigenze di spazio sul proprio dispositivo (...), sia alla maggiore efficienza di indicizzazione (ovvero è più facile reperire un contenuto tramite una ricerca su Internet, che cercando tra le varie cartelle di un computer)" (così l'indagine conoscitiva dell'Agcom).

In altri termini, al grande successo iniziale del P2P si va rapidamente sostituendo il più semplice utilizzo dello *streaming* (*on demand* o *live*).

La dinamica risulta rilevante, ai presenti fini, in quanto tende a far mutare il ruolo dell'ISP nella società dell'informazione.

Mentre – come sin qui si è visto – in ipotesi di P2P appare tutto sommato credibile la ricorrente metafora che associa l'ISP ad un casellante autostradale, il quale si occupa di garantire l'accesso alla “rete” autostradale e di riscuotere il pedaggio per il transito, senza aver alcun obbligo di controllo sulle vetture di passaggio, nel caso dello *streaming* la fattispecie si arricchisce ed il ruolo dell'ISP tende ad articolarsi.

In particolare – e ricorro per esemplificare ad una acuta e ormai ricorrente giurisprudenza di merito italiana – la stessa qualificazione normativa introdotta dalla dir. 2000/31 (recepita in Italia col noto d.lgs. 70/03) che distingue fra attività di mero trasporto, memorizzazione temporanea e memorizzazione permanente (*mere conduit, caching, hosting*) appare sempre meno capace di descrivere l'attività effettiva svolta dagli ISP: “la situazione attuale rende evidente che le modalità di prestazione di tale servizio - ormai del tutto comuni ai soggetti che svolgono attività analoghe - si sono distaccate dalla figura individuata nella normativa europea, mentre i servizi offerti si estendono ben al di là della predisposizione del solo processo tecnico che consente 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», finendo nell'individuare (se non un vero e proprio *content provider*, soggetto cioè che immette contenuti propri o di terzi nella rete e che dunque risponde di essi secondo le regole comuni di responsabilità) una diversa figura di prestatore di servizi non completamente passivo e neutro rispetto all'organizzazione della gestione dei contenuti immessi dagli utenti (cd. *hosting* attivo), organizzazione da cui trae anche sostegno finanziario in ragione dello sfruttamento pubblicitario connesso alla presentazione (organizzata) di tali contenuti” (Trib. Milano, sez. Proprietà Ind. e Intell., sent. 7.6.2011, n. 7680).

In altri termini, l'attività di *hosting* (passivo) configurata dalla dir. 2000/31 essenzialmente come tecnica, automatica e passiva (cfr. cons. 42 e ora Corte europea di giustizia, grande sez., sent. 23.03.2010, n. 236, par. 112 ss.), non descrive più compiutamente l'attività che effettivamente una buona quota di ISP pone in essere.

Questi non è (ancora) qualificabile come *content provider*, poiché non è l'inserzionista che materialmente carica il video o più genericamente il file (in ipotesi, coperto da diritto d'autore).

Tuttavia, esso di norma: a) predispone un motore di ricerca interno che consente di accedere, *on demand*, ai contenuti ricercati; b) presta un servizio automatico di visualizzazione di contenuti correlati (i cd. *video correlati*), che presuppone una attività sistematica di indicizzazione dei contenuti memorizzati (cfr. anche Trib. Roma, IX sez., ord. 2.12.11, pg. 9, che peraltro già fa riferimento, nel rigettare l'adozione del provvedimento inibitorio richiesto in fattispecie di *streaming live*, alla sentenza che si annota); c) cura di associare ai contenuti immessi dagli utenti messaggi promozionali, frequentemente anche correlati, per il tramite dell'utilizzo di parole – chiave comuni, agli interessi palesati nella ricerca dal visitatore del contenuto caricato (specialmente nello *streaming on demand*); d) richiede all'utente che carica i contenuti di accettare una meticolosa regolamentazione contrattuale, ad es. accettando di concedere il diritto e/o la licenza di utilizzare gratuitamente i contenuti immessi e/o di poterli rimuovere; e) predispone un sistema di segnalazione che consente al visitatore di segnalargli l'eventuale illiceità del contenuto immesso dall'utente, assumendosi in tal modo un onere di controllo.

E, soprattutto, attraverso lo sfruttamento economico dei messaggi promozionali, lucra per il fatto che gli utenti caricano contenuti – magari illeciti, sul piano del diritto d'autore – sulla sua piattaforma.

Il giudice milanese conclude osservando che l'insieme di questi fattori offre "al visitatore un prodotto che per la sua complessità ed organicità ha come sola base di partenza i contenuti trasmessi dagli utenti e fornisce invece ai visitatori un vero e proprio prodotto audiovisivo dotato di una sua specifica individualità ed autonomia".

Quanto precede suggerisce di osservare che, nel complesso mosaico normativo europeo, è come se mancasse una tessera importante fra l'art. 14 (*hosting*) e l'art. 15 (assenza dell'obbligo generale di sorveglianza) della dir. 2000/31, capace di declinare il regime di responsabilità dell'ISP ed i suoi doveri nei confronti dei titolari dei diritti di proprietà intellettuale in modo proporzionale al concorso della piattaforma digitale, e dei suoi correlati servizi, alla lesione di quei diritti.

Mentre la disciplina appare adeguata quando sono gli utenti fra loro a scambiarsi files (e quindi talvolta a commettere illeciti, sul piano del diritto d'autore) meramente utilizzando la rete fornita da un ISP, l'inadeguatezza normativa appare manifestarsi con una certa evidenza quando l'ISP ospita e indicizza un contenuto protetto da diritto d'autore, lucrando sull'illecito (commesso dal terzo utente che ha caricato il contenuto) attraverso una organizzata gestione delle inserzioni pubblicitarie.

Per chiarire i termini del ragionamento che si sviluppa è utile richiamare la fattispecie alla base di una recente ordinanza cautelare del Tribunale di Roma (sez. IX, del 20.10.11, RTI vs. Choopa e VBB), ed il contenuto della stessa, che diversifica la responsabilità del *service provider* che si limita all'*hosting* passivo da quella del gestore della piattaforma di condivisione video, che secondo la nomenclatura sin qui utilizzata effettua *hosting* attivo.

Osserva puntualmente [Fabio Bravo](#) come sia "opportuno mantenere separati concettualmente i due servizi (di mero *hosting* e di gestione della piattaforma), i quali possono anche essere cumulativamente resi da un medesimo soggetto, ma, come nel caso RTI vs. Choopa e VBB, possono rimanere distinti ed essere forniti da soggetti diversi", in quanto "mentre la fornitura del servizio di *hosting*, che è alla base della fornitura del servizio di gestione della piattaforma, incontra il regime di maggior favore enunciato dalla disciplina in materia di commercio elettronico, altrettanto non pare possa sostenersi per la fornitura del servizio di gestione della piattaforma di contenuti multimediali, che è altro rispetto al servizio di *hosting* e, per tale motivo, la definizione di *hosting* attivo, anche se non errata in senso meramente descrittivo, rischia di essere fuorviante".

L'A. conclude affermando che "ove un soggetto cumulerà su di sé entrambi i servizi, di (mero) *hosting* e di gestione della piattaforma, l'analisi dei profili di responsabilità potrà più facilmente essere delineata tenendo conto di tale distinzione".

In questo caso, senza arrivare al superamento o allo snaturamento dell'art. 15 della dir., che non è auspicabile, sarebbe opportuno ipotizzare un livello di tutela intermedio e una esenzione da responsabilità diversificata in capo all'ISP che realizza "*hosting* attivo" (sul tema, presenta qualche apertura concettuale Corte europea di giustizia, grande sez., sent. 23.03.2010, n. 236, par. 112 ss.): ad es., in tali casi, seppure in un regime di responsabilità evidentemente limitata a causa della peculiarità della fattispecie, l'ISP che non svolge la mera funzione di *hosting* passivo potrebbe essere ritenuto responsabile nei confronti dei titolari dei diritti sul materiale caricato online, almeno in via residuale, nei limiti dell'indebito e ingiustificato arricchimento derivante dai ricavi pubblicitari ottenuti (che sono normalmente proporzionali al numero di visualizzazioni o di *click* – e quindi alla lesione effettiva del diritto d'autore – che si verifica). Si tratterebbe, con ogni probabilità, di un deterrente capace di indurre l'ISP a maggiore prudenza e ad un minimo di investimento nella verifica intorno alla liceità dei materiali caricati, senza comportare l'introduzione di un pesante sistema di filtraggio preventivo.

Vi è un altro passaggio da compiere, lasciando da parte soluzioni o rimedi normativi.

Se la fattispecie dell' *hosting* attivo (o della gestione della piattaforma di contenuti multimediali oltre al classico *hosting*, se si preferisce) si differenzia sensibilmente da quella

dell'*hosting* tipizzato nella normativa europea, a ciò dovrebbe conseguire anche un supplemento di indagine intorno all'equilibrio dei diritti fondamentali in gioco, rispetto a quella contenuta nella sentenza annotata.

Nella misura in cui (come si verifica nella fattispecie di *streaming* lesivo dei diritti di proprietà intellettuale, laddove l'ISP svolge attività di *hosting* attivo) accade che l'ISP lucra sullo sfruttamento di mercato pubblicitario grazie alla trasmissione on line di materiali (caricati da un terzo utente) prodotti e/o di proprietà di altra industria culturale, tutto sommato si potrebbe rovesciare l'argomentazione utilizzata dalla Corte di giustizia nella presente decisione in riferimento al diritto d'autore ed affermare che la fattispecie non sembra condurre a ritenere che sia la libertà d'impresa dell'ISP a dover rappresentare un diritto assoluto intangibile.

La difficoltà è individuare i mezzi (tecnici) idonei ad ottenere il risultato di una maggiore responsabilizzazione dell'ISP e giova a questo riguardo segnalare che la posizione della Commissione non è identica a quella fatta propria dalla Corte europea, almeno stando a quanto espresso dall'Avvocato generale nel par. 35 delle sue conclusioni difensive: "La Scarlet e l'ISPA, nonché i governi belga, ceco, italiano, olandese, polacco e finlandese, ritengono (...) che il diritto dell'Unione osti all'adozione di una misura come quella richiesta nella fattispecie. La Commissione considera invece che, se pure le direttive controverse non ostano di per sé stesse all'applicazione di un sistema di filtraggio e di blocco come quello richiesto, tuttavia le sue concrete modalità di attuazione non sono conformi al principio di proporzionalità. Essa ritiene infatti, sostanzialmente, che sia stato in definitiva il giudice nazionale di primo grado ad omettere di tener conto delle esigenze derivanti dal principio di proporzionalità, mentre le norme giuridiche nazionali, di per sé, non sono censurabili".

Tornando, in conclusione, sul piano di ipotizzabili novità normative va dato atto che sembra che qualcosa, in ordine ai profili trattati, si stia muovendo.

In un [comunicato](#) della Commissione europea del 11.1.2012, al termine della consultazione pubblica "*on the future of electronic commerce in the internal market and the implementation of the Directive on electronic commerce (2000/31/EC)*" (la cui [sintesi](#) è molto utile leggere proprio in riferimento alle tematiche che interessano la posizione giuridica dell'ISP, cui sono dedicate 6 delle 17 pagine), si afferma che la direttiva sul commercio elettronico non sarà revisionata, ma completata ("*The aim is therefore to add to it, but not to amend it*"). Una *road map* per queste modifiche sembrerebbe essere il cd. [ACTA](#) (Anti-counterfeiting trade agreement), cui la Commissione europea ha recentemente prestato il proprio consenso, e che contiene un'intera sezione dedicata alla esecuzione dei diritti di proprietà intellettuale nell'ambiente digitale: non necessariamente l'adesione a questo accordo internazionale comporta di introdurre misure restrittive a livello comunitario; d'altra parte, non ci si può nascondere che il profilarsi dell'accordo sia fortemente voluto dai titolari dei diritti di proprietà intellettuale e che su di esso stia montando una forte protesta dei movimenti per la libertà di espressione in rete.

Se poi si volge lo sguardo al di là dell'oceano, è sufficiente riferirsi all'attuale dibattito statunitense sulle contestate proposte di legge cd. [SOPA](#) (*Stop online piracy act*) e [Pipa](#) (*Protect IP act*) per confermare la forte impressione che il ruolo degli ISP in materia di tutela della proprietà intellettuale si fa sempre più controverso e delicato.