

Diritto d'autore: nessun esonero di responsabilità per gli *hosting provider* “attivi”?

Wolfgang Zankl

Keywords

Hosting attivo, Internet Service Provider, Hosting Provider, YouTube, Direttiva E-Commerce

Dal punto di vista terminologico esistono molti provider diversi: *Internet service provider*, *network provider*, *platform provider*, *social media provider* e *application service provider*. Dal punto di vista giuridico, tuttavia, esistono soltanto tre tipologie: gli access provider, che forniscono l'accesso a una rete di comunicazione o trasmettono informazioni in tale rete di comunicazione; gli hosting provider, che forniscono spazi di memorizzazione per contenuti di terzi; e i content provider, che forniscono contenuti propri. Ciascuno di questi *provider*, così come qualsiasi altro *provider*, deve - a seconda della funzione concretamente svolta - essere inquadrato in una di queste tre categorie (concetto funzionale di *provider*)¹, in ragione delle conseguenze giuridiche associate a ciascuna di esse, soprattutto in materia di commercio elettronico: ai sensi dell'art. 12 della Direttiva sul commercio elettronico (§ 13 della Legge austriaca sul commercio elettronico, cd. *E-Commerce-Gesetz*, ECG), gli *access provider* sono generalmente esonerati da qualsiasi responsabilità per i contenuti trasmessi o forniti. Per gli *hosting provider*, tale esonero di responsabilità, avente quindi portata orizzontale e pertanto applicabile a tutti i settori del diritto², si applica generalmente laddove gli stessi non siano al corrente che i contenuti di terzi memorizzati sono illeciti o nel caso siano venuti a conoscenza che i contenuti di terzi memorizzati sono illeciti - agiscono immediatamente dopo esserne venuti a conoscenza al fine di rimuovere le informazioni illecite o di disabilitarne l'accesso (art. 14 della Direttiva sul commercio elettronico, § 16 della Legge austriaca sul

* Il presente articolo è stato originariamente pubblicato con il titolo *Urheberrecht: Kein Haftungsprivileg für „aktive“ Host-Provider?* sulla rivista austriaca *Ecolex*, 2019, 18-21 e la traduzione italiana è stata curata da Chiara Garofoli su cortese autorizzazione dell'editore MANZ (www.manz.at).

**Successivamente all'originaria pubblicazione dell'articolo su *Ecolex* (1/2019), la decisione del Tribunale commerciale di Vienna del 4 giugno 2018 qui oggetto di analisi è stata riformata dalla corte d'appello con decisione del 31 gennaio 2019 (Oberlandesgericht Wien, 31 Jänner 2019, 4 R 119/18a) che ha applicato a YouTube l'esonero di responsabilità di cui all'art. 14 della Direttiva sul Commercio elettronico, come suggerito dall'autore.

¹ W. Zankl, *Bürgerliches Recht*, Wien, 2017, nota 268.

² Ad eccezione della normativa fiscale, tributaria, e a tutela della concorrenza (§ 2 Legge sul commercio elettronico).

commercio elettronico). Per i contenuti propri (*content provider*) non è invece previsto alcun esonero di responsabilità³.

Secondo recenti interpretazioni, tuttavia, l'esonero di responsabilità non si dovrebbe applicare quando l'*hosting provider* non si comporti in modo neutrale, ma «svolge un ruolo attivo che gli consentirebbe di venire a conoscenza dei dati di terzi memorizzati o di esercitare un controllo su tali dati»⁴.

Questa posizione è stata recentemente condivisa anche dal Tribunale commerciale di Vienna⁵ in un procedimento promosso contro YouTube⁶. Sebbene il gestore del portale video sia un *hosting provider* ai sensi del § 16 della Legge austriaca sul commercio elettronico - poiché lo stesso aveva perso la sua posizione neutrale di intermediario - nel caso prevedendo *link*, categorie, filtri e collegamenti per rendere i video «facili e interessanti per gli utenti» - assumendo un ruolo attivo che gli consentiva di venire a conoscenza di determinati dati o di esercitare un controllo su tali dati, lo stesso *provider* non rientra nell'ambito di applicazione del § 16 della Legge austriaca sul commercio elettronico rispetto a tali dati e, pertanto, non può appellarsi all'esonero di responsabilità.

Questo ragionamento non è condivisibile. In primo luogo, questo ragionamento non ha senso perché la sottostante definizione di *hosting provider* attivo renderebbe l'art. 14 della Direttiva sul commercio elettronico (§ 16 della Legge austriaca sul commercio elettronico) privo di significato. L'esonero di responsabilità dell'*hosting provider* previsto da tali disposizioni, condizionato alla disabilitazione dell'accesso o alla rimozione immediata delle informazioni illecite, presuppone anche la conoscenza dei relativi dati e il controllo sugli stessi («non appena al corrente di [tali dati]»), posto che altrimenti sarebbe impossibile procedere alla rimozione dei dati o alla disabilitazione dell'accesso dagli stessi. In altre parole: l'esonero di responsabilità sarebbe inapplicabile in base alle specifiche condizioni (conoscenza o controllo di dati di terzi) previste dall'art. 14 della Direttiva sul commercio elettronico (§ 16 Legge sul commercio elettronico) per la deroga alla responsabilità.

A prescindere da tale ragionamento male impostato, non è possibile trovare alcuna fonte giuridica per giustificare l'esclusione dall'esonero di responsabilità dell'*hosting Provider* “attivo” ai sensi dell'art. 14 della Direttiva sul commercio elettronico (§ 16 Legge sul commercio elettronico). Sia l'art. 14 della Direttiva sul commercio elettronico che il § 16 della Legge austriaca sul commercio elettronico collegano l'esonero di responsabilità, senza alcun'altra distinzione, solamente al fatto che l'*hosting provider* memorizzi informazioni di terzi. Tale collegamento rispetto a queste informazioni e alla loro origine terza non viene pregiudicato anche laddove l'*hosting provider* fornisca funzionalità aggiuntive che rendono l'utilizzo delle informazioni di terzi “facile e interessante”. Ciò

³ W. Zankl, *Kommentar zum E-Commerce-Gesetz*, Wien, 2016, nota 277 con ulteriori riferimenti.

⁴ CGCE, cause riunite da C-236/08 a C-238/08, *Google France e Google* (2010); C-324/09, *l'Oreal/eBay* (2011); cfr. analogamente anche CEDU, *Delfi c. Estonia*, ric. 64569/09 (2016).

⁵ 4 giugno 2018, 11 Cg 65/14t (non in via definitiva).

⁶ In un procedimento simile contro YouTube la Corte Suprema Federale si è recentemente rivolta alla CGUE (13 settembre 2018, I ZR 140/15). Cfr. a tal proposito e per l'ordinanza di rinvio della Corte Suprema Federale per la responsabilità di un servizio di *share-hosting* (20 settembre 2018, I ZR 53/17) più avanti nel testo.

significa che non vi sono motivi giuridici per distinguere tra hosting provider “passivo” e “attivo”. Tale aspetto è stato peraltro espressamente affrontato nelle “dissenting opinions”⁷ alla sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo nella causa Delfi⁸. Inoltre, la natura commerciale della memorizzazione dei dati e la mera possibilità di controllo degli stessi non sarebbero sufficienti per negare l’esonero di responsabilità dell’*hosting provider*, in quanto le relative norme speciali sono state create con la piena conoscenza della natura prevalentemente commerciale della memorizzazione dei dati e della possibilità di controllo degli stessi⁹.

Questa argomentazione va accolta¹⁰, in special modo con riferimento alla natura commerciale della memorizzazione dei dati (per la capacità di controllo dei dati si veda quanto già esposto in precedenza), cui fa riferimento anche la sentenza del Tribunale commerciale di Vienna, quando afferma che il servizio «trae profitto economico direttamente dalle visualizzazioni di massa»¹¹. Come ha puntualmente stabilito la Corte Suprema austriaca¹² e come hanno correttamente sottolineato anche le “*dissenting opinions*” alla sentenza, questo non è un motivo per negare al *provider* l’esonero di responsabilità. Al contrario, mentre i requisiti per la deroga alla responsabilità si applicano anche nel caso in cui un servizio venga fornito a titolo gratuito - ad esempio senza pubblicità - (§ 19, c. 2, Legge sul commercio elettronico), il principio della Direttiva sul commercio elettronico e della Legge austriaca sul commercio elettronico (cfr. § 3, riga 1: «in genere a titolo oneroso») è rivolto alle attività commerciali¹³: ciò significa che tale requisito non giustifica il concetto di *hosting provider* “attivo”, né determina la distinzione - giuridicamente non prevista - tra *hosting provider* “attivi” e “passivi”.

Questa distinzione non deriva neppure da alcun passaggio del considerando 42 della Direttiva sul commercio elettronico¹⁴, in cui si afferma che le deroghe alla responsabilità riguardano solo casi «in cui l’attività... si limiti al processo tecnico di attivare e fornire accesso ad una rete di comunicazione... Siffatta attività è di ordine meramente tecnico, automatico e passivo». Questo passaggio si riferisce infatti solo all’*access provider*, perché rimanda all’“accesso” e alla “rete di comunicazione”, ovvero a concetti che a livello normativo vengono utilizzati solo nell’art. 12 della Direttiva sul commercio elettronico (*access provider*), ma non in relazione all’*hosting provider* (art. 14 della Direttiva sul commercio elettronico)¹⁵. Neppure dal considerando 42 si può pertanto dedurre che l’art. 14 della Direttiva sul commercio elettronico non sia applicabile a *hosting pro-*

⁷ Cfr. nota 4.

⁸ W. Zankl, *Kommentar*, cit., nota 259.

⁹ *Dissenting Opinion*, § 1, 10, 17, 37.

¹⁰ Cfr. anche A. Fötschl, *Die Entscheidung Delfi des EGMR: Der Einfluss der Grundrechte auf das Host-Provider-Haftungsprivileg*, in *Ecolex*, 9, 2015, 827 ss.

¹¹ Ossia dai video caricati.

¹² OGH 27 febbraio 2017, 6 Ob 12/17h.

¹³ W. Zankl, *Kommentar*, cit., nota 61.

¹⁴ Ma v. F. Walter, *Anmerkung II zu HG Wien*, in *Medien und Recht*, 2018, 182 ss.

¹⁵ Che ciò significhi che il *provider* non possa avere «né la conoscenza né il controllo» sulle informazioni trasmesse o memorizzate, non può, come già menzionato, valere per l’*hosting provider*, perché questi ha l’obbligo di rimuovere o impedire l’accesso a dati di terzi solo se venutone a conoscenza ai sensi dell’art. 14 della Direttiva sul commercio elettronico.

vider “attivi”.

Anche laddove fosse questo il caso, si deve tenere presente che la stessa Corte di giustizia dell’Unione europea associa il concetto di “ruolo attivo” a contenuti o offerte specifici¹⁶. Non è pertanto sufficiente che il *provider* svolga un ruolo generalmente attivo, ma piuttosto questo ruolo deve riferirsi direttamente alle specifiche offerte contestate in concreto¹⁷. Il caso di YouTube, tuttavia, per quanto si deduce dalla sentenza del Tribunale commerciale di Vienna, sembra essere diverso, perché YouTube offre delle categorie aventi carattere molto generale. Da ciò consegue che il concetto di “ruolo attivo” è utilizzato dal Tribunale commerciale di Vienna - nonché nelle osservazioni dell’Avv. Boesch¹⁸ (difensore della parte attrice in giudizio) - in un senso più ampio e non conforme alla sentenza della Corte di giustizia sopra menzionata¹⁹: da ciò discende che l’esonero di responsabilità rimane applicabile.

Non è tuttavia esclusa la perdita dell’esonero di responsabilità nel caso in cui un *hosting provider* prenda le informazioni di terzi e le faccia proprie²⁰. Diversamente dal ruolo attivo dell’*hosting provider*, privo di qualsiasi fondamento giuridico, il riferimento normativo deriva in questo caso dal requisito previsto dall’art. 14 della Direttiva sul commercio elettronico (§ 16 Legge sul commercio elettronico) - che i dati siano di terzi. Questo requisito non sussiste più se il *provider* opera in qualità di *content provider*. La perdita dell’esonero di responsabilità può in questo caso essere motivata anche con un’analogia rispetto al § 17, c. 2, della Legge austriaca sul commercio elettronico²¹, secondo cui chi inserisce un link (a cui ai sensi del § 17, c. 1, della Legge austriaca sul commercio elettronico spettano le stesse deroghe alla responsabilità dell’*hosting provider* ai sensi del § 16 Legge sul commercio elettronico) non può appellarsi all’esonero di responsabilità («il comma 1 non si applica») se «rappresenta le informazioni di terzi come le proprie». Secondo la Corte d’appello di Monaco di Baviera²² questo è il caso in cui il gestore della piattaforma «ha assunto in modo evidente dall’esterno la responsabilità dei contenuti pubblicati o dato a intendere di identificarsi con i contenuti di terzi». Tuttavia, questo non è il caso di YouTube. Se il modo in cui sono strutturati i contenuti pubblicati dagli utenti facilita la rintracciabilità e la “fruizione dell’opera”, ciò non cambia il fatto che l’utente medio considera i contenuti come provenienti da terzi e non rientranti sotto la responsabilità del gestore della piattaforma.

¹⁶ Cfr. C-324/09, *l’Oreal/eBay*, cit., dove eBay ha promosso in proprio inserzioni di prodotti che violano il diritto, attirando gli utenti verso una determinata offerta illegittima.

¹⁷ Cfr. anche BGH MMR 2012, 815 - *Stiftparfüm*, e ora anche l’ordinanza di rinvio della Corte Suprema Federale 13 settembre 2018, I ZR 140/15, a tal proposito *infra* nel testo.

¹⁸ *Medien und Recht*, 2018, 179 ss.

¹⁹ F. Walter, *op. cit.*, 183, sottolinea a tal proposito e ai sensi dell’interpretazione qui sostenuta, che non è tanto la distinzione tra intermediari attivi e neutrali a fare la differenza, ma l’appropriazione dei contenuti (si veda a tal proposito quanto esposto *supra* nel testo). Tuttavia, è proprio del modello operativo di piattaforme come YouTube, fare propri contenuti che terzi caricano in violazione del diritto d’autore. Di contro vi è il fatto che l’appropriazione fa sì che il comportamento dell’*hosting provider* induce l’impressione che il contenuto di terzi sia il suo, cosa che è stata giustamente negata dalla giurisprudenza tedesca relativa a YouTube (v. nota 22, 23 e 24 sulla giurisprudenza austriaca in tal senso).

²⁰ W. Zankl, *Kommentar*, cit., nota 275.

²¹ *Ibidem*.

²² 28 gennaio 2016, 29 U 2798/15.

Nello stesso senso anche una sentenza della Corte d'appello di Amburgo²³, che sostiene che YouTube, nonostante le diverse azioni di supporto, non fa propri i contenuti caricati. Si tratta piuttosto - «come ogni utente di YouTube ben sa» - di contenuti di terzi. Analogamente, la Corte Suprema austriaca²⁴ si concentra «sull'impressione che deve avere avuto sull'utente». L'utente non può supporre che un contributo diventi un contenuto proprio dell'*hosting provider* solo perché questi pubblica il contributo dopo aver svolto determinate attività (nel caso di specie si trattava di attività di “pre-moderazione” e di verifica di eventuale illegalità). Il fatto che il servizio corrispondente sia stato fornito a titolo gratuito o commerciale è a tal proposito irrilevante²⁵, specialmente per quanto riguarda YouTube²⁶.

Quanto sopra è coerente con quanto già esposto in precedenza: l'uso commerciale di un servizio non può comportare la perdita dell'esonero di responsabilità, in quanto tale uso è immanente al concetto di *provider* in base al diritto sul commercio elettronico. La circostanza che le funzionalità evidenziate anche dal Tribunale commerciale di Vienna aumentino l'appetibilità del servizio e quindi non contribuiscano solo a un “valore aggiunto” per l'utente, ma anche per il *service provider*, non ha nulla a che fare con l'esonero di responsabilità o con il fatto che si tratti di contenuti evidentemente di terzi²⁷.

Pertanto, neppure da queste funzioni e dal modello operativo di YouTube che ne deriva si possono trarre conclusioni circa la perdita dell'esonero di responsabilità. Walter²⁸ trae conclusioni esattamente opposte da questo modello operativo, secondo cui i *provider* in questione fanno direttamente propri i contenuti memorizzati, vale a dire senza particolari “attività” ai sensi della definizione dell'*hosting provider* “attivo”. A tal proposito, va osservato innanzitutto che l'appropriazione dei contenuti non ha nulla a che vedere con i requisiti dell'*hosting provider* “attivo”, perché si tratta di due modalità molto diverse per giustificare l'esclusione dell'esonero di responsabilità: da un lato, l'*hosting provider* “attivo” - che non trova fondamento in nessuna fonte normativa - e dall'altro, il caso - disciplinato dalla legge - in cui l'esonero di responsabilità venga meno a causa dell'appropriazione di contenuti di terzi.

Quest'ultimo caso, tuttavia, non riflette il modello operativo di YouTube, perché - in accordo con quanto affermato dal Tribunale commerciale di Vienna - oggi può considerarsi come “notorio” il fatto che i *provider* come YouTube non forniscano alcun contenuto proprio, ma solo lo spazio di memorizzazione per i contenuti. Oppure - come afferma la Corte d'appello di Amburgo: «Nella fattispecie si tratta - come ogni utente di YouTube ben sa - di contenuti di terzi». Si tratta di *hosting provider*, e non di *content provider* - a cui si giunge basandosi sul “modello operativo”, a prescindere da

²³ OLG München, 1° luglio 2015, 5 U 87/12.

²⁴ OLG Hamburg, 27 febbraio 2017, 6 Ob 12/17h.

²⁵ OLG Hamburg, 1° luglio 2015, 5 U 87/12.

²⁶ OGH, 30 gennaio 2017, 6 Ob 188/16i.

²⁷ Cfr. anche D. Holznagel, *Schadensersatzhaftung gefahrgeneigter Hostprovider wegen nicht verhinderter “gleichartiger” Inhalte: Eine kritische Untersuchung am Beispiel des Sharehosters*, in *Computer und Recht*, 7, 2017, 453 ss.: i vantaggi economici da soli non conducono all'appropriazione.

²⁸ Nota II HG Wien, *Medien und Recht*, 2018, 182.

qualsiasi «nuovo concetto di responsabilità europeo»²⁹. Su questo si basa l'Avv. Boesch (difensore della parte attrice nel giudizio) riferendosi alle sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea C-160/15 (*GS Media*), C-527/15 (*Filmspeler*) e C-610/15 (*Pirate Bay*). In queste sentenze la Corte aveva qualificato diversi comportamenti come comunicazione al pubblico ai sensi dell'art. 3, c. 1, della Direttiva sul diritto d'autore (2001/29 CE), sebbene gli atti di per sé non fossero stati posti in essere dalla piattaforma. A prescindere dal fatto che si tratti di fattispecie diverse dal caso in discussione - ad esempio, a causa della cd. "illegittimità strutturale" (si veda di seguito) e del pagamento per l'upload in caso di piattaforme di *sharehosting*³⁰ - questo concetto di responsabilità del diritto d'autore non pregiudica, a mio avviso, l'esonero di responsabilità di cui all'art. 14 della Direttiva sul commercio elettronico (§ 16 Legge sul commercio elettronico), perché tali norme si applicano anche al diritto d'autore³¹. In altre parole: anche se si dovesse qualificare il comportamento di un *provider* come comunicazione al pubblico ai sensi dell'art. 3 della Direttiva sul diritto d'autore (cosa che viene respinta dalla pertinente ordinanza di rinvio della Corte Suprema Federale tedesca [si veda di seguito], in relazione a YouTube, nella misura in cui dopo aver preso conoscenza della disponibilità di contenuti che violano il diritto d'autore questi vengano immediatamente cancellati), non ne consegue *eo ipso* che il *provider* debba esser considerato *content provider*. Piuttosto, il suo comportamento (tranne nel caso di appropriazione del contenuto), nonostante la comunicazione al pubblico, dovrebbe essere qualificato come *hosting provider*, qualora la riproduzione - come ad esempio nel caso di YouTube - si riferisca a contenuti di terzi. La responsabilità (relativa al diritto d'autore) dell'*hosting provider* va pertanto presa in considerazione, in merito alla riproduzione, ai sensi dell'art. 14 della Direttiva sul commercio elettronico (§ 16 Legge sul commercio elettronico) quando l'*hosting provider* - ad esempio dopo aver ricevuto diffide o contestazioni dal titolare del diritto (si veda § 81, c. 1(a), della Legge austriaca sul diritto d'autore (*Urheberrechtsgesetz*, UrhG) - sia concretamente a conoscenza della violazione della legge, ovvero del fatto che determinati contenuti di terzi sono stati caricati senza il consenso del titolare del diritto e non agisce immediatamente per rimuovere tali contenuti o per disabilitarne l'accesso. Finora la Corte di giustizia dell'Unione europea non si è occupata nel dettaglio di questo rapporto concreto tra violazioni del diritto d'autore in connessione con l'art. 3, c. 1, della Direttiva sul diritto d'autore e l'esonero di responsabilità dell'*hosting provider* ai sensi dell'art. 14 della Direttiva sul commercio elettronico. Esattamente di questo si tratta, tuttavia, nelle domande che la Corte Suprema Federale tedesca con ordinanza di rinvio del 13 settembre 2018³² ha rivolto alla Corte di giustizia dell'Unione europea, e alle quali si attende con impazienza la risposta. In ogni caso, la Corte suprema federale tedesca ha già statuito nella propria ordinanza di rinvio, anche se con riferimento solo parziale per i temi che interessano in questa sede, che

²⁹ V. a tal proposito nel dettaglio J.B. Nordemann, *EuGH-Urteile GS Media, Filmspeler und The Pirate Bay: ein neues europäisches Haftungskonzept im Urheberrecht für die öffentliche Wiedergabe*, in GRUR Int., 2018, 526 ss.

³⁰ Vgl BGH 20 settembre 2018, I ZR 53/17.

³¹ W. Zankl, *Bürgerliches Recht*, cit., nota 270.

³² I ZR 140/15.

- YouTube - diversamente da The Pirate Bay - non svolge un ruolo significativo in base alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, nella misura in cui dopo avere avuto conoscenza della disponibilità di contenuti che violano il diritto d'autore, cancella immediatamente tali contenuti (a questo proposito la Corte Suprema Federale tedesca - contrariamente a quanto osservato dall'Avv. Boesch³³ - non ha ipotizzato alcuna "comparabilità delle fattispecie", in particolare non ha accettato alcuna illegittimità strutturale da parte di YouTube);
- nel caso di applicabilità dell'art. 14 della Direttiva sul commercio elettronico, non nuoce all'*hosting provider* il fatto che egli fosse genericamente al corrente o consapevole che i suoi servizi venissero utilizzati per attività illegittime. «Piuttosto, la conoscenza dei fatti e la consapevolezza dell'illegittimità devono riferirsi ad attività o contenuti concreti». Il riferimento a violazioni di legge dovrebbe essere dunque tanto concreto da permettere all'*hosting provider* di «stabilire senza difficoltà e senza verifica giuridica o fattuale approfondita la violazione di legge» (cosa che di principio corrisponde alla diffida qualificata di cui al § 81, c. 1(a), della Legge austriaca sul diritto d'autore);
- e (malgrado l'art. 8, c. 3 della Direttiva sul diritto d'autore) ai sensi degli artt. 14 e 15 della Direttiva sul commercio elettronico un provvedimento di condanna (o di inibitoria) nei confronti di un *hosting provider* è previsto solo nel caso in cui lo stesso abbia conoscenza effettiva di specifica illegittimità.

³³ *Medien und Recht*, 2018, 180.