



RG 24711-2012

**DAILYMOTION S.A.** con sede in Parigi Boulevard Malesherbes 140, elettivamente domiciliato in VIA SAN SEBASTIANELLO n. 9 ROMA, rappresentati e difesi dall'avv. LEONE ARTURO di Roma e GALIMBERTI GIOVANNI, FULVIO MELLUCCI, DANIELE DE ANGELIS di Milano che lo rappresentano e difendono per procura a margine della comparsa di costituzione;

*Convenuta*

**Oggetto:** Diritto di autore – marchi.

### Conclusioni

Di RTI: Voglia l'Ill.mo Tribunale adito, *contrariis reiectis*, confermato ogni provvedimento emesso in corso di causa, rigettate tutte le domande della convenuta in quanto infondate in fatto ed in diritto, così giudicare:

- accertare e dichiarare che la società Dailymotion S.A., consentendo la messa a disposizione del pubblico, non autorizzata dall'attrice, di brani estratti dai Programmi RTI, ha posto in essere una condotta che –oltre a costituire illecito civile *ex art. 2043/2050 c.c.* ed illecito concorrenziale *ex art. 2598 c.c.*– è anche lesiva dei diritti autorali di sfruttamento commerciale, dei diritti connessi, nonché dei diritti di proprietà industriale di RTI (anche *ex artt. 78-ter e 79 della L. 633/1941* nonché *ex artt. 12-20 del D. Lgs. 30/2005*, unitamente, i “diritti esclusivi” di RTI) e conseguentemente:

a) ordinare alla convenuta la rimozione (e la disabilitazione all'accesso) dalla piattaforma denominata “*Dailymotion*” –e dai suoi sottodomini o derivazioni– di tutti i contenuti audiovisivi riproducenti estratti dei Programmi RTI oggetto di causa, così come individuati da RTI e dal CTU in corso di causa (cfr. in particolare i documenti 8, 41 e doc. 5 allegato al ricorso cautelare in corso di causa promosso da RTI, il cui fascicolo è stato acquisito agli atti del presente giudizio nonché di ogni ulteriore brano audiovisivo estratto dai medesimi Programmi RTI);

b) vietare alla convenuta, ai sensi del combinato disposto degli artt. 156, 163



RG 24711-2012

e 169 della L. 633/1941, nonché dell'art. 131 del D. Lgs. 30/2005, ogni ulteriore violazione, perpetrata in qualunque forma e con qualunque mezzo, avente ad oggetto brani audiovisivi estratti dai Programmi RTI per come indicati in corso di causa (cfr. in particolare i documenti 8, 41 e doc. 5 allegato al ricorso cautelare in corso di causa promosso da RTI, il cui fascicolo è stato acquisito agli atti del presente giudizio), inibendone ogni uso e sfruttamento commerciale;

c) condannare la convenuta (in persona del proprio rappresentante legale *pro tempore*) al risarcimento di tutti i danni patrimoniali, subiti e subendi dalla società attrice, da quantificarsi per come indicato dal nominato CTU, Ing. Barbonetti, con Relazione Tecnica del 4.10.2017 o nella maggiore o minore somma ritenuta di giustizia anche a seguito di valutazione equitativa che sin d'ora si sollecita (*ex art.* 158 della L. 633/1941);

d) fissare, ai sensi del combinato disposto degli artt. 156 e 163 della L. 633/1941 e/o dell'art. 131 del D. Lgs. 30/2005, una somma –in misura non inferiore ad euro 10.000,00- dovuta da controparte per ogni violazione e/o inosservanza successivamente constatata ed altra somma -in misura non inferiore ad euro 10.000,00- per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione dell'emananda sentenza;

e) ordinare che, ai sensi dell'art. 166 della L. 633/1941, l'emananda sentenza sia pubblicata in tutto o in parte (il c.d. "P.Q.M."), con carattere grassetto "*Times New Roman n. 14*", nelle edizioni cartacee e nelle edizioni *on-line*, a cura di RTI ma ad esclusive spese della convenuta, sulla prima pagina dei seguenti quotidiani: "*Il Sole 24 Ore*", "*Il Corriere della Sera*", "*Il Giornale*", nonché nella pagina principale (*homepage*) del Portale della Dailymotion;

f) confermare ogni provvedimento già emesso sulle istanze, eccezioni e domande *ex adverso* formulate, ivi compresa la "*richiesta di remissione di questioni pregiudiziali alla Corte di Giustizia ed osservazioni all'ordinanza del 10 luglio 2013*" (cfr. Provvedimento del 12.4.2017, dott.ssa Cruciani) e rigettare tutte le domande formulate dalla convenuta "*in via preliminare ed in ri-*



RG 24711-2012

*to*”, “*in via pregiudiziale nel merito*”, “*nel merito*”, “*in via subordinate e riconvenzionale*” ed “*in via istruttoria*”;

g) con vittoria di spese e compensi oltre CNPA ed IVA, oltre rimborso forfetario.

Di DAILYMOTION:

Voglia l'Ill.mo Tribunale adito, disattesa ogni contraria domanda, istanza, eccezione e deduzione, previa ogni opportuna declaratoria sia di rito che di merito, così giudicare:

**I - in via preliminare ed in rito**

1. accertare e dichiarare il difetto di giurisdizione del Giudice italiano (Tribunale di Roma) per i motivi di cui in narrativa;
2. accertare e dichiarare il difetto di legittimazione attiva di R.T.I. – Reti Televisive Italiane S.p.A., per i motivi di cui in narrativa;

**II – in via pregiudiziale nel merito**

3. sottoporre alla Corte di Giustizia in via pregiudiziale l'interpretazione degli articoli 3 (1-2) e 2 (lett. h), i) della Direttiva 2000/31/CE ("Direttiva sul Commercio elettronico").

Le questioni pregiudiziali potrebbero avere il tenore seguente:

- a) se gli articoli 3 (1-2) e 2 (lett. h), i) della Direttiva 2000/31/CE ("Direttiva sul Commercio elettronico") devono essere interpretati nel senso che l'ambito regolamentato, ai sensi della Direttiva, comprende anche la qualificazione del prestatore di un servizio della società della informazione, come hosting provider o mere conduit o caching provider, e qualsiasi aspetto della sua responsabilità, inclusa la conformità della sua condotta alle norme che implementano nel Paese di Origine gli articoli 12-15 della Direttiva ("Sezione 4: Responsabilità dei prestatori intermediari"), i presupposti del risarcimento di eventuali danni e l'applicazione dei criteri per la relativa quantificazione;
- b) se gli articoli 3 (1-2) e 2 (lett. h), i) della Direttiva 2000/31/CE ("Direttiva sul Commercio elettronico") devono essere interpretati nel senso che, in caso di asserita violazione di diritti di proprietà intellettuale, come marchi, diritti



RG 24711-2012

connessi della emittente televisiva e dei produttori audiovisivi, e in caso di correlative concorrenza sleale e responsabilità civile, derivanti da contenuti messi a disposizione del pubblico attraverso un servizio della società della informazione:

i) la condotta di un service provider relativamente ad un servizio proveniente da un Paese membro, ove il provider è stabilito (Paese di Origine), deve essere valutata nel Paese del Foro in base alla conformità del servizio alla sola legge del Paese di Origine;

ii) la legge, considerata applicabile secondo le norme di conflitto del Paese del Foro, non deve sottoporre il prestatore del servizio a prescrizioni e trattamenti più restrittivi di quelli previsti dalla legge sostanziale dello Stato membro in cui il provider è stabilito (Paese di Origine);

iii) la legge, considerata applicabile secondo le norme di conflitto del Paese del Foro, deve essere modificata nel suo contenuto e adeguata secondo le prescrizioni della legge sostanziale del Paese di Origine, relativamente alla qualificazione (come hosting provider, mere conduit o caching provider) di tale prestatore, alle asserite violazioni, alla conformità della condotta del provider rispetto alla legge del Paese di Origine, alla responsabilità, al risarcimento degli eventuali danni ed alla relativa quantificazione, aspetti che devono essere valutati considerando le specifiche norme che hanno implementato nel Paese di Origine gli articoli 12-15 della Direttiva 2000/31/CE e le norme di diritto civile di tale Paese;

### **III - in ogni caso nel merito**

4. rigettare nel miglior modo possibile tutte le domande proposte da parte attrice nei confronti di Dailymotion SA in quanto infondate in fatto ed in diritto;

### **IV- in via subordinata e riconvenzionale**

5. ordinare a R.T.I. – Reti Televisive Italiane S.p.A., conformemente alla legge francese o comunque ad altra legge che il Giudice ritenesse applicabile, di individuare specificamente i contenuti che asserisce essere in violazione di



RG 24711-2012

propri diritti, e di indicarne la relativa localizzazione (URL), interamente a cura ed a spese della stessa R.T.I. – Reti Televisive Italiane S.p.A.;

6. disporre conseguentemente la rimozione dei soli contenuti che venissero accertati in violazione dei diritti di R.T.I. – Reti Televisive Italiane S.p.A., come meglio descritti in narrativa, e che siano identificati mediante specifica indicazione e specifica localizzazione (URL);

### **ESPOSIZIONE DELLE RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO**

Reti Televisive Italiane S.p.A. (RTI) agiva in giudizio nei confronti della società francese DAILYMOTION SA (DAILYMOTION) titolare dell'omonimo portale telematico, lamentando da parte della convenuta la violazione dei propri diritti autoriali e di marchio e per ottenere le inibitorie previste dalla legge oltre che il risarcimento del danno consequenziale.

La società attrice premetteva di essere titolare di diritti di sfruttamento economico e dei marchi dei canali televisivi Canale 5, Rete 4, Italia 1 e di avere appreso che la piattaforma gestita dalla società convenuta distribuiva contenuti video e audio (filmati, spezzoni di programmi televisivi, clip) in specifica violazione dell'articolo 78ter e 79 LDA i quale riservano al produttore delle opere autoriali, video-cinematografiche e audiovisive il diritto di autorizzare la riproduzione delle proprie realizzazioni, ed in ulteriore violazione dell'articolo 20 del codice della proprietà industriale, atteso che i brani audiovisivi che venivano distribuiti e pubblicati dalla società convenuta contenevano tra l'altro il marchio distintivo "Mediaset", "Canale5", "Italia 1", "Rete 4".

Parte attrice invocava quindi l'articolo 171 della LDA, ascrivendo a parte convenuta la specifica tipologia di reato in essa contemplata, per avere messo a disposizione del pubblico, immettendole nel sistema di reti telematiche, opere dell'ingegno protette da diritto d'autore.

Aggiungeva di aver reiteratamente diffidato la società convenuta dalla rimozione dei contenuti dalla propria piattaforma, diffida che era avvenuta dap-



RG 24711-2012

prima in via generica, e poi con espressa dichiarazione dell'indirizzo inequivoco del programma televisivo (URL).

Seguiva richiesta risarcitoria del danno da valutarsi anche con ricorso a canoni equitativi.

Reti televisive italiane inquadrava il profilo di responsabilità nell'ambito applicativo dell'articolo 2598 c.c. e nel settore specifico della concorrenza parasitaria oltre che nella pedissequa imitazione di marchi e di segni distintivi; richiamava inoltre l'articolo 158 LDA che consentiva al titolare di un diritto di privativa economica la possibilità di agire in giudizio per ottenere oltre che al risarcimento del danno, anche le inibitorie del fatto causativo della violazione e computava la liquidazione di un danno equitativo mediante il cd. "prezzo del consenso" tramite la moltiplicazione del numero dei minuti illecitamente diffusi dalla società convenuta per il prezzo/minuto che la convenuta avrebbe dovuto pagare per ottenere contrattualmente i diritti.

Si costituiva in giudizio la società DAILYMOTION invocando la particolare scriminante prevista dalla direttiva 2000/31 CE recepita nell'ordinamento nazionale con il decreto legislativo n. 70-2003 ed in particolare gli articoli 16 e 17 del decreto legislativo, che, richiamando analoghe disposizioni contenute nella normativa sovranazionale (artt. 12, 13 e 14 della direttiva E-COMMERCE 2000-31), contemplavano testualmente delle esenzioni di responsabilità per i soggetti coinvolti a vario titolo nelle gestione dei dati (mere conduit, catching, hosting).

Parte convenuta si appellava nello specifico al principio di esonero della responsabilità dell'Internet service provider (ISP) quale hosting provider, il quale *ex professo* non aveva alcun obbligo di controllo preventivo sui contenuti (considerando 47); l'unico dovere sancito dalla normativa UE, e richiamato nella normativa nazionale, era quello dell'immediata rimozione del materiale oggetto di contestazione a seguito di formale opposizione da parte dei titolari di diritti confliggenti o di oggettiva manifesta illiceità; al fine però di attivare un siffatto comportamento dell'Internet service provider era necessario, a detta



RG 24711-2012

di parte convenuta, che i titolari dei diritti lesi dessero specifica indicazione del codice individualizzante il brano (URL).

DAILYMOTION richiamava quindi la speciale normativa che vigeva in Francia, suo paese di stabilimento, e nel quale erano collocati i server di gestione, la quale presupponeva che l'ISP fosse nella effettiva conoscenza del carattere illecito delle pubblicazioni diffuse; secondo la definizione di cui all'art. 6, par. 2, della legge francese n. 2004-575 attuativa della Direttiva sul Commercio Elettronico l'*hosting provider* presta esclusivamente: "*des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services*"; sollevava poi questione di difetto di giurisdizione del giudice italiano (questione agevolmente superabile ai sensi dell'articolo 5.3 del regolamento comunitario n. 44/01 che radica la competenza nel territorio dello Stato ove è avvenuto il fatto lesivo: "*Il convenuto domiciliato nel territorio di uno Stato contraente può essere citato in un altro Stato contraente: [...] 3) in materia di delitti o quasi- delitti, davanti al giudice del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire*". Si osserva inoltre che con riferimento all'individuazione del giudice del luogo in cui si assume avvenuta la violazione sulla rete *internet* di diritti connessi tutelati dagli artt. 78-ter e 79 L.D.A., la prevalente giurisprudenza ha poi stabilito che "*ai fini della giurisdizione occorre far riferimento al giudice del luogo dove l'evento dannoso è avvenuto e si sono verificati gli effetti pregiudizievoli per il titolare dei diritti lesi ex art. 5.3 secondo il principio del locus commissi delicti*" e "*deve darsi rilievo non al luogo del materiale 'caricamento' sul data center server della resistente che appare essere la Francia, bensì al luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto che evidentemente è la sede della società attrice, nel cui patrimonio il danno si è prodotto*". Cass., Sez. Un., Ord. N. 28811/2011 e che l'affermazione della giurisdizione del giudice del *locus commissi delicti* collima con quanto stabilito in sede comunitaria dalla CGUE, la quale, con sentenza del 22 gennaio 2015, ha affermato che "*per determinare il luogo in cui*



RG 24711-2012

*il danno si concretizza allo scopo di stabilire la competenza giurisdizionale sul fondamento dell'articolo 5, punto 3, del regolamento n. 44/2001, è privo di rilevanza il fatto che il sito Internet di cui trattasi nel procedimento principale non sia destinato allo Stato membro del giudice adito”; deve altresì ritenersi che “la concretizzazione del danno e/o il rischio di tale concretizzazione derivino dall’accessibilità, nello Stato membro del giudice adito, per mezzo del sito Internet ... cui si ricollegano i diritti fatti valere”, sicché “ la tutela dei diritti d’autore e dei diritti connessi al diritto d’autore accordata dallo Stato membro del giudice adito vale soltanto per il territorio del citato Stato membro, il giudice adito in base al criterio della concretizzazione del danno asserito è esclusivamente competente a conoscere del solo danno cagionato nel territorio di tale Stato membro” (causa C-441/13, Pez Hejduk).*

DAILYMOTION da ultimo richiamava giurisprudenza francese che le riconosceva un suono meramente passivo nella gestione dei contenuti audio e video, si appellava altresì alle speciali disposizioni normative vigenti oltralpe che postulavano – a suo dire- per la rimozione dei contenuti, la specifica indicazione da parte dei terzi degli URL loro riferibili.

Sotto profilo della quantificazione dei danni la convenuta ne contestava la sussistenza.

Con ordinanza del 10 luglio 2013 il giudice disponeva consulenza tecnica d'ufficio in relazione agli specifici danni oggetto di contestazione da parte della società attrice limitando l'accertamento però agli specifici filmati elencativamente indicati nei docc. 8 e 41 di parte attrice, superando così anche l'eccezione di genericità delle postulazioni avversarie formulata dalla resistente.

La causa veniva quindi spedita in decisione, ed in sede decisionale veniva sollevata questione di pregiudizialità del caso davanti alla CGUE sulla quale il collegio prendeva posizione, respingendola, con ordinanza del 16 marzo 2016 (da intendersi qui richiamata).

Successivamente la causa veniva spedita in decisione all'udienza del 3 ottobre



RG 24711-2012

2018, allorquando le parti reiteravano istanza di riunione del presente fascicolo ad altro pendente in diversa fase davanti al medesimo tribunale e chiedevano la discussione orale la causa, discussione che effettivamente aveva luogo, dopo ulteriore supplemento istruttorio, in data 14 febbraio 2019.

\*\*\*\*\*

Ai fini della risoluzione della presente controversia il presente collegio non può che aver a mente lo stato della giurisprudenza nazionale e comunitaria che si è occupata della specifica problematica e le risultanze della consulenza tecnica d'ufficio disposta in corso di causa, la quale ha avuto il merito di esaminare esattamente i dati tecnici desumibili dalla documentazione allegata dalle parti al fine di comprendere esattamente quale sia il funzionamento della piattaforma DAILYMOTION.

Dato incontrovertibile e pacifico dal quale si deve partire per la ricostruzione della presente vicenda è la titolarità da parte delle società attrice dei diritti di sfruttamento economico di tutti i brani oggetto di causa ospitati sulla piattaforma della società convenuta e conseguentemente la violazione astratta della normativa concernente di diritto d'autore, la quale, come esposto da RTI, riserva al titolare di tali diritti la riproduzione di contenuti in qualsiasi modo di forma ed il diritto di sfruttamento economico delle opere autoriali.

Parte convenuta invoca un fatto modificativo e potenzialmente estintivo della propria responsabilità sotto forma del peculiare esonero della responsabilità del HOSTING PROVIDER per violazione del diritto autoriale ai sensi dell'articolo 14 della direttiva CEE 31-2000 traslata nel nostro ordinamento mediante decreto legislativo n. 70-03 (art. 16).

Appare qui essenziale la precisazione per cui tale norma, in quanto introduttiva di una deroga ad un principio generale di diritto, dovrà essere valutata in una interpretazione restrittiva alle sole ipotesi ivi contemplate e non sarà quindi suscettibile di interpretazione analogica o estensiva.

Inoltre, visto che l'art. 14 della legge 73/03 che richiama l'art. 16 della direttiva E-COMMERCE introduce una deroga ad un principio generale di respon-



RG 24711-2012

sabilità aquiliana di cui parte convenuta si vuole avvalere, osserva questo collegio come incombe processualmente alla convenuta DAILYMOTION dare dimostrazione di rientrare nell'ambito applicativo di tale disposizione e conseguentemente allegare i fatti costitutivi l'eccezione proposta e segnatamente della propria natura di ISP (passivo) .

Così infatti la normativa comunitaria: art. 16 “ *Nella prestazione di un servizio della società dell'informazione, consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non è responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore: a) non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione; b) non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso*”.

Elementi quindi strutturanti la proposta norma limitativa della responsabilità sono:

- la natura di società di informazione ai sensi della direttiva, in una delle tre forme contemplate negli artt. 12, 13 e 14 (*mere conduit, catching e hosting*),
- l'assenza di profili di illiceità della divulgazione.

E non vi è dubbio alcuno che la società DAILYMOTION costituisca società dell'informazione ai sensi dell'articolo d. lett a) della direttiva citata.

Le tre categorie della direttiva (e le relative esimenti) sono così rappresentabili:

1. Nell'ipotesi di MERE CONDUIT (semplice trasmissione dei dati ex art. 12 E-Commerce) spicca la natura eminentemente passiva dell'hosting, circostanza questa che implica l'assenza di ogni attività di manipolazione delle informazioni o della selezione di tali informazioni ( art. 12: *Nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, in-*



RG 24711-2012

*formazioni fornite da un destinatario del servizio, o nel fornire un accesso alla rete di comunicazione, il prestatore non e' responsabile delle informazioni trasmesse a condizione che: a) non dia origine alla trasmissione;*

*b) non selezioni il destinatario della trasmissione;*

*c) non selezioni ne' modifichi le informazioni trasmesse).*

2. Nell'ipotesi di CATCHING (trasmissione dati e memorizzazione temporanea art. 13 E-commerce) rileva, quale esimente, l'assenza di modifica delle informazioni e dei dati memorizzati sulla piattaforma ( art. 13 DIR: *"Nella prestazione di un servizio della società dell'informazione, consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non e' responsabile della memorizzazione automatica, intermedia e temporanea di tali informazioni effettuata al solo scopo di rendere piu' efficace il successivo inoltro ad altri destinatari a loro richiesta, a condizione che: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; 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 e' stato disabilitato oppure che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa ne ha disposto la rimozione o la disabilitazione.*)
3. Nell'HOSTING (memorizzazione dati non temporanea ex art. 14 E-Commerce) viene in considerazione la memorizzazione durevole dei dati e, quale esimente, l'assenza di conoscenza della natura illecita dei



RG 24711-2012

dati registrati da terzi e la tempestiva rimozione da parte del server dei contenuti potenzialmente lesivi. (Art. 16 *Nella prestazione di un servizio della società dell'informazione, consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non è responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore: a) non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione; b) non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso*).

Va quindi verificato, sulla base della documentazione prodotta, se l'attività che svolge l'odierna convenuta sia lecita o illecita ai sensi della precitata normativa e quindi dapprima in quale delle categorie precedentemente indicate rientri e se integri i requisiti di esenzione delle responsabilità relativi alla specifica categoria di inquadramento, con la necessaria precisazione che la Giurisprudenza della Corte di Giustizia della Unione Europea, ripetutamente occupata della questione, ha dato una chiara e definita interpretazione alle norme comunitarie, riservando il regime di esenzione della responsabilità al solo Hosting provider cd. passivo e delineando quindi una distinzione scriminante tra la figura del gestore dei servizi informatici, telematici e di dati che operi attivamente mediante manipolazione, elaborazione, classificazione, e profilazione dei dati (HOSTING ATTIVO) e colui che dei dati operi il mero stoccaggio permanente con caratteristiche di neutralità ed indifferenza, il quale solo rientra nell'ambito applicativo dell'esenzione dell'articolo 14 EC.

L'HOSTING PROVIDER ATTIVO si colloca quindi al di là della specifica categoria proposta dalla normativa comunitaria e conseguentemente al di fuori anche della specifico regime dell'articolo 16 della normativa nazionale, sicché tale soggetto non può ragionevolmente invocare il regime di esenzione di re-



RG 24711-2012

sponsabilità previsto dalla normativa comunitaria (e della normativa nazionale).

Tale distinzione a livello europeo è scaturita da un'attenta riflessione sul considerando 42 della direttiva E-COMMERCE il quale testualmente prevede *“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”*.

Quindi già nella sentenza del 7.8.2018, C-521/17, resa nel caso SNB-REACT la CGUE ha stabilito che *“secondo giurisprudenza costante, gli articoli 12, paragrafo 1, 13, paragrafo 1, e 14, paragrafo 1, della direttiva 2000/31 devono essere intesi alla luce del considerando 42 della medesima direttiva, dal quale emerge che le deroghe alla responsabilità previste dalla direttiva riguardano esclusivamente i casi in cui l'attività dei prestatori di servizi della società dell'informazione sia di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, con la conseguenza che detti prestatori non conoscono né controllano le informazioni trasmesse o memorizzate dalle persone alle quali forniscono i loro servizi.....per contro, tali limitazioni di responsabilità non sono applicabili nel caso in cui un prestatore di servizi della società dell'informazione svolga un ruolo attivo, consentendo ai suoi clienti di ottimizzare la loro attività di vendita online”* atteso che *“In tali condizioni, spetta al giudice del rinvio, alla luce dell'insieme degli elementi di fatto e di prova pertinenti, verificare che un simile prestatore non conosca né controlli le informazioni trasmesse o memorizzate dai suoi clienti e che non svolga un ruolo attivo consentendo a questi ultimi di ottimizzare la loro attività di vendita online”*.



RG 24711-2012

A questo proposito va osservato come la proposta distinzione fra HOSTING PROVIDER passivo e attivo sia potenzialmente foriera di equivoci interpretativi: il rischio è che tale distinzione possa portare alla conclusione dell'introduzione da parte della giurisprudenza nazionale e/o comunitaria di una subcategoria di PROVIDER, astrattamente rientranti nell'alveo applicativo di cui agli artt. 14 DIR EU e 16 della legge 73/00, sottratti però alla clausola limitativa della responsabilità.

L'HOSTING ATTIVO sarebbe quindi, secondo tale erronea interpretazione, di cui si trova riferimento negli scritti di DAILYMOTION, un soggetto che ricade nell'ambito applicativo dell'articolo 14 della direttiva e ciò nonostante non beneficia dell'esenzione di responsabilità in essa contemplata.

Tale interpretazione non tiene conto del fatto che ciò che qui si vuole affermare è che la categoria del HP attivo esula dall'ambito applicativo dell'esenzione della direttiva che si riferisce ai soli HP passivi (operanti il solo stoccaggio dei dati in maniera tecnica, automatica e passiva e senza conoscenza e controllo dei dati memorizzati).

Altro rischio che si corre è quello di un eccessivo irrigidimento della qualificazione giuridica di un soggetto commerciale.

Un HOSTING PROVIDER può svolgere infatti alternativamente funzioni attive e passive a seconda dei soggetti con cui interloquisce e può svolgere funzioni attive e passive anche contemporaneamente, operando su diverse piattaforme o procedendo per alcuni contenuti ad attività di manipolazione, profilazione e adattamento e per altri contenuti ad una mera attività di stoccaggio del tutto neutrale.

Quindi la verifica sulla natura attiva o passiva del provider non deve investire tanto il soggetto giuridico in quanto tale, con il risultato che potrebbe essere lui accreditato una volta per tutte il titolo di hosting provider passivo ovvero di manipolatore dei dati, quanto la specifica attività portata all'attenzione del giudice, il quale sulla sola base di quanto dedotto ed allegato dalle parti è te-



RG 24711-2012

nuto a verificare lo specifico comportamento concreto del provider in relazione ai files e contenuti audiovisivi oggetto di causa.

Ritiene quindi questo tribunale in conclusione come la figura del ISP perda lo speciale inquadramento e regime favorevole di cui all'art. 14 E-COMMERCE allorquando in relazione a determinati contenuti audiovisivi e sulla base delle emergenze processuali emerga che abbia perso il carattere di neutralità e passività alla base di tale esenzione, operando sui dati che carica forme di intervento volte a sfruttare i contenuti dei singoli materiali caricati dagli utenti e memorizzati sui propri server ed operando in generale sotto le forme del controllo, della conoscenza e della profilazione dei dati ed in maniera non automatizzata.

Una simile interpretazione trova il suo avallo anche nella giurisprudenza della corte di giustizia dell'unione europea .

Nel Procedimento C-324/09, L'Oréal c. eBay, la responsabilità dell'HOSTING PROVIDER è stata affermata ogni qualvolta il *“gestore abbia prestato un'assistenza consistente segnatamente nell'ottimizzare la presentazione delle offerte in vendita di cui trattasi e nel promuovere tali offerte, si deve considerare che egli non ha occupato una posizione neutra tra il cliente venditore considerato e i potenziali acquirenti, ma che ha svolto un ruolo attivo atto a conferirgli una conoscenza o un controllo dei dati relativi a dette offerte. In tal caso non può avvalersi, riguardo a tali dati, della deroga in materia di responsabilità di cui all'art. 14 della direttiva 2000/31”*

Nel Procedimento C-610/15 Stichting c. Ziggo BV, la CGUE ha risposto alla questione se la messa a disposizione di contenuti protetti dal diritto d'autore attraverso la gestione di una piattaforma di condivisione *online*, configurino un *«atto di comunicazione»*, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29/CE stabilendo che occorre avere riguardo al comportamento concreto dei suoi amministratori i quali dovranno essere giudicati responsabili delle violazioni degli altrui diritti nella misura in cui *“detti amministratori, mediante la messa a disposizione e la gestione di una piattaforma di condivisione on-*



RG 24711-2012

*line, come quella di cui al procedimento principale, intervengono con piena cognizione delle conseguenze del proprio comportamento, al fine di dare accesso alle opere protette, indicizzando ed elencando su tale piattaforma i file torrent” (punto 36) e rilevando altresì il fatto che “la piattaforma di condivisione online TPB propone, in aggiunta a un motore di ricerca, un indice che classifica le opere in diverse categorie, a seconda della natura delle opere, del loro genere o della loro popolarità, e che gli amministratori di tale piattaforma verificano che un’opera sia inserita nella categoria adatta” (punto 38 doc. 127).*

In altri termini, la Corte di Giustizia ha precisato che, affinché il prestatore di servizi della società dell’informazione possa godere del regime di esonero di responsabilità, è necessario che egli sia un “prestatore intermediario” che si limiti ad una fornitura neutra del servizio, mediante un trattamento puramente tecnico, automatico e passivo dei dati forniti dai suoi clienti, senza svolgere un ruolo attivo atto a conferirgli una conoscenza o un controllo dei medesimi dati e, quindi, a condizione che non abbia dato un pur minimo contributo all’*editing* del materiale memorizzato lesivo di diritti tutelati (CGUE 23.03.2010, causa C-236/08 Google cs. Louis Vuitton e CGUE 12.07.2011, caso L’Oreal c. eBay, cit).

I giudici comunitari nella menzionata sentenza SNB REACT hanno anche statuito quanto segue: *“Tenuto conto delle considerazioni che precedono, occorre rispondere alla seconda questione dichiarando che gli articoli da 12 a 14 della direttiva 2000/31 devono essere interpretati nel senso che le limitazioni di responsabilità che essi prevedono sono applicabili ....in quanto l’attività di tale prestatore sia di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, con la conseguenza che detto prestatore non conosce né controlla le informazioni trasmesse o memorizzate dai suoi clienti, e in quanto egli non svolga un ruolo attivo, permettendo a questi ultimi di ottimizzare la loro attività di vendita online, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare” (punti 50, 51 e 52).*



RG 24711-2012

A simili conclusioni è arrivata anche la Suprema Corte di Cassazione, la quale nella recente sentenza n. 7708 del 19 marzo 2019, prendendo atto dell'evoluzione della giurisprudenza comunitaria, e facendo esplicito riferimento alla giurisprudenza della corte di giustizia precedentemente menzionata, ha recepito la distinzione (già ripetutamente affermata dalle corti di primo grado e segnatamente da questo Tribunale) di una figura di hosting provider attivo nei termini sopra indicati (inquadrate nella generica categoria del concorso omissivo con l'autore principale ) allorquando sia ravvisabile una condotta di interferenza con i dati stoccati da accertare in concreto ad opera del giudice il quale è chiamato a valutare “ *le attività di filtro, selezione, indicizzazione, organizzazione, catalogazione, aggregazione, valutazione, l'uso, modifica, estrazione o promozione dei contenuti, operata mediante una gestione imprenditoriale del servizio come pure l'adozione di una tecnica di valutazione comportamentale degli utenti per aumentarne la fidelizzazione: condotte che abbiano, in sostanza, l'effetto di completare per il modo non passivo alla produzione dei contributi da parte di utenti indeterminati*”.

Questi sono i canoni cui questo Tribunale si atterrà nella valutazione del caso di specie: presenza/assenza di automatismi, organizzazione del servizio, catalogazione e conoscenza/ignoranza dei dati stoccati, controllo dei dati ai fini della fidelizzazione, estraneità agli stessi/uso degli stessi nell'ambito di un'attività produttiva di reddito.

Né vale a tal fine invocare da parte di DALYMOTION la legge francese attuativa della disciplina comunitaria, la quale non sembra discostarsi molto, invero, dalla normativa di recepimento italiana.

DAILYMOTION ha caldeggiato un'interpretazione della normativa analoga a quella dei tribunali transalpini i quali “*nell'interpretare l'art. 6 par. 2 legge n. 2004-575, ....(sanciscono) che la predisposizione di un'infrastruttura tecnologica ed una interfaccia di intermediazione per facilitare la fruizione del servizio o il fatto che il servizio dell'ISP possa essere accompagnato dalla presenza di messaggi pubblicitari, non ne esclude la natura di hosting provider, tra-*



RG 24711-2012

*sformandolo in una sorta di fornitore di contenuti*” (pag. 13 della comparsa conclusionale), dimenticando come il giudice nazionale, anche quando applica la normativa estera, non sia mai vincolato all’interpretazione di detta normativa conformemente a quanto già effettuato da un giudice estero (Cass. Sez. I n. 2791-02) ma conservando un’autonoma sfera di interpretazione.

Per quanto riguarda poi la questione del trattamento difforme rispetto a quello del paese di stabilimento, e la relativa questione pregiudiziale, si richiama qui in toto l’ordinanza del 11.03.2016.

Passando ora all’esame specifico di quanto dedotto in atto di citazione, la CTU delegata a Francesco BARBONETTI ha avuto ad oggetto:

1. la durata di ciascuna delle grandi audiovisivi oggetto di lagnanza da parte della società attrice ed il tempo di permanenza complessiva sulla piattaforma Internet;
2. le modalità tecniche di erogazione del servizio pubblicitario e il modello di business adottato dalla società convenuta;
3. il calcolo degli utili realizzati della convenuta in relazione tra audiovisivi rispetto al quale appare incontestato diritto d’autore e la società attrice, parametrando gli utili agli introiti derivanti dei servizi pubblicitari e per mancato pagamento delle royalties;
4. verifica del sistema fingerprinting adottato dalla società attrice.

La prima questione che deve essere affrontata è quella relativa alla natura attiva o passiva dell’hosting provider (punto 2 della CTU), posto che l’esclusione della società convenuta dall’ambito applicativo dell’articolo 16 della legge nazionale rende superflua anche ogni valutazione relativa alla sufficienza ovvero all’insufficienza dell’URL nelle segnalazioni di abuso.

Come si è già avuto modo di osservare incombeva alla convenuta dare la dimostrazione fattuale dell’esistenza di una struttura di impresa, di un’organizzazione di dipendenti e di una modalità di gestione compatibili con quanto previsto dall’articolo 14 della direttiva e 16 della normativa nazionale.

Alla luce difatti di un principio generale di responsabilità per la pubblicazione



RG 24711-2012

e diffusione di materiale altrui protetto da diritto d'autore (DAILYMOTION è perfettamente conscia del fatto che la maggior parte del materiale divulgato sulla sua piattaforma è coperto da privativa autoriale) la convenuta era gravata dall'onere di dare fattiva dimostrazione del possedere le specifiche corrispondenti all'esimente stabilita dal Legislatore comunitario, anche (e soprattutto) alla luce dell'interpretazione restrittiva che si è andata via via sviluppando con riferimento all'art. 14 ed alla figura generale dei ISP.

Né doveva essere l'attrice gravata dell'onere di dimostrare l'assenza dei presupposti dell'esimente in capo alla convenuta; nessuno, difatti, più dell'interessata, può dare dimostrazione fattiva del meccanismo di funzionamento della propria piattaforma, del personale e dei mezzi impiegati, delle modalità di gestione e stoccaggio dei files e dei video (anche alla luce del ben noto principio riferibilità e della vicinanza della prova).

DAILYMOTION invece, ha riversato in giudizio una molteplicità di pronunce giurisprudenziali, tutte a lei più o meno favorevoli, invocando uno status, quello cioè di ISP passivo, che non le può essere riconosciuto in quanto tale. Ed in sede di formulazione delle istanze istruttorie non ha articolato alcun capitolo a sostegno di tale petizione di principio, limitandosi, come si è detto, alla produzione in giudizio di pronunce favorevoli, oltre che di una "carta di principi per la protezione del copyright online" in inglese (doc. 15) non tradotta, di un accordo in lingua francese (doc. 16) reso dall'Association des Services Communautaires e da restante documentazione in lingua straniera non tradotta.

Per il resto ha insistito per una CTU, che, come è noto, non è un mezzo di prova.

Il CTU non ha quindi potuto che prendere in considerazione la scarsa documentazione riversata nel fascicolo e comunque ha individuato numerosi elementi sintomatici che militano congiuntamente a ritenere non neutra, e quindi attiva, l'attività di hosting portata avanti dalla convenuta, almeno per quanto concerne i video oggetto di giudizio.



RG 24711-2012

Nella perizia resa nel procedimento ATP 2828-14, allegata agli atti, il consulente ha evidenziato che *“DAILYMOTION mette a disposizione numerosi servizi per rendere fruibile all’utenza internet non solo singoli video ma questi ultimi opportunamente raggruppati sotto forma di categorie ed utenti follower.....non appena l’utente esegue delle ricerche, utilizzando l’opportuno campo, il sistema acquisisce conoscenza circa le preferenze dell’utente e adatta la lista dei video inserendo dei video raccomandati oltre a quelli messi a disposizione dallo staff”*.

Il consulente tecnico d'ufficio ha poi potuto accertare che una volta creato e caricato un contenuto video sopra la piattaforma, nel giro di brevissimo tempo lo stesso risulta indicizzato e catalogato sui principali motori di ricerca.

Le conclusioni del consulente tecnico d'ufficio fanno emergere molteplici elementi indiziari che richiamano le categorie di formulazione pretoria descritte dalle Corti ed esclusive della natura passiva dell’ISP: l'organizzazione, la catalogazione, l'aggregazione e la profilazione dell’utente al fine della sua fidelizzazione.

Parte convenuta ha ripetutamente sostenuto come tutte queste attività avvenissero automaticamente e senza alcun intervento umano in ragione dell'utilizzazione dei criteri di selezione automatica dei contenuti di archiviazione che vengono attivati tramite *cookies*, ma, come si è detto, non ne ha dato prova alcuna.

Ritiene comunque questo collegio che anche l'organizzazione dell'archiviazione e della catalogazione preventiva mediante la predisposizione di *Cookies* possa costituire un elemento di manipolazione, o di assenza di neutralità, almeno nella misura in cui la predisposizione di cookies tarati ad un determinato risultato, effettuati da tecnici informatici (per esempio per la fornitura di pubblicità mirata) e la catalogazione dei contenuti, alterino la naturale collocazione dei documenti toccati e ne determinino differente visibilità e ricorrenza nelle ricerche.

Si tratta quindi di un'archiviazione forse automatica (anche se il consulente



RG 24711-2012

tecnico d'ufficio ha parlato di uno staff a ciò dedicato e risultano dal bilancio costi per il personale superiore a 3,5 milioni di euro nel 2017, circostanza questa che lascia supporre l'esistenza di un nutrito gruppo di soggetti impiegati stabilmente nelle attività collegate alla gestione della piattaforma) ma sicuramente non “neutra” nel senso inteso dalla direttiva ed interpretato dalle Corti, perché finalizzata ad una gestione dei dati ad esclusivo profitto della società convenuta e che presuppone un vaglio dei contenuti memorizzati.

Sintomatica nel caso di specie è anche la circostanza per cui i contenuti audiovisivi oggetto di causa, che sono stati mantenuti sulla piattaforma della convenuta nonostante le ripetute diffide da parte della società attrice (e si afferma qui incidentalmente che anche nell'ipotesi di configurazione di DALMOTION quale ISP passivo emergono reiterati ed ingiustificati ritardi nella rimozione dei contenuti abusivi), singolarmente rappresentano i programmi di punta della società RTI, quelli maggiormente graditi dal pubblico e conseguentemente maggiormente attrattivi per gli utenti Internet (e quindi potenzialmente maggiormente catalizzatori di introiti pubblicitari).

L'archiviazione, almeno per quanto concerne i contenuti video oggetto del presente procedimento, secondo degli specifici indici che collegano ad una determinata categoria potenziali e maggiori introiti pubblicitari, sono serio indice di coinvolgimento della società nella gestione dei contenuti.

Il modello imprenditoriale cui si ispira parte convenuta – riferisce il CTU a pag. 15 sotto la voce “modello di business della convenuta” - è difatti quello della vendita di spazi pubblicitari.

In altre parole DAILYMOTION, lungi dall'operare quale semplice intermediario, ovvero per amore della libertà di espressione e per la divulgazione del pensiero, sembra perseguire la veicolazione e la diffusione più ampia possibile di filmati a mezzo internet massimizzando le visualizzazioni, poiché da ogni video divulgato trae i suoi utili per la vendita di servizi pubblicitari collegati alla diffusione dei filmati.

La calibrazione e la profilazione pur effettuate ex ante, forse anche solo a



RG 24711-2012

mezzo di cookies, non escludono un disegno preventivo finalizzato alla gestione/manipolazione complessiva del materiale caricato.

È difatti sempre l'uomo, secondo degli schemi ben precisi, che profila i cookies di profilazione.

Questo collegio è infine dell'opinione infine che la società convenuta non possa avere ignorato, proprio in ragione della propria complessa attività imprenditoriale, delle energie profuse (testimoniate dal bilancio allegato in atti), e dalle modalità controllo e comunque sussistono all'atto del caricamento dei contenuti video, la presenza sulla propria piattaforma di almeno 995 carichi coperti da diritto d'autore riferibili a parte attrice che contemplano programmi di grandissimo seguito ed interesse del pubblico (Maurizio Costanzo Show, La Talpa, Il Senso Della Vita, Camera Caffè, Zelig, Tg5, Striscia La Notizia, Distretto Di Polizia, Scherzi A Parte, Squadra Antimafia Palermo Oggi, Mai Dire Gol, Mai Dire Grande Fratello, Paperissima, Verissimo, Le Iene), soprattutto se si considera che sono proprio tali video a determinare la maggiore attenzione dell'utente e conseguentemente i maggiori introiti economici per DAILYMOTION.

E, come è noto, anche la conoscenza dell'illecito caricamento, conseguita in ogni modo, è indice per sottrarre la società dall'alveo "protettivo" di cui all'art. 14 della direttiva E-Commerce.

Tali circostanza è ulteriormente comprovata dallo schema contrattuale sottoposto dalla società convenuta all'utente (documento 6 di parte attrice) nel quale si dà atto della circostanza che comunque la società DAILYMOTION è nella possibilità di esercitare - e di fatto esercita - un controllo preventivo sulle visualizzazioni messe sulla sua piattaforma; difatti, dove al punto 4) la convenuta scrive: "*non siamo legalmente tenuti a nessun obbligo generale di sorveglianza del contenuto trasmesso e stoccato tramite il sito; le sole obbligazioni inerenti alla qualità di host riguardano la lotta contro alcuni contenuti secondo la procedura descritta alla rubrica "contenuti abusivi", la conservazione dei dati di connessione ed il ritiro di ogni contenuto manifestamente il-*



RG 24711-2012

*lecito non appena ne avremmo avuto conoscenza effettiva”* emerge che vi sono alcuni contenuti (verosimilmente di carattere illecito: pornografia, violenza, stupefacenti, armi) che la piattaforma controlla preventivamente e che è in grado preventivamente di escludere da ogni forma di divulgazione.

Orbene ci si chiede come mai alcuni contenuti di carattere sicuramente manifestamente illecito siano oggetto di una politica di controllo preventivo da parte della piattaforma, e non lo siano parimenti le violazioni del diritto di autore che, pur non essendo illecite in maniera eclatante come quelle precedentemente descritte, costituiscono pur tuttavia sempre la violazione di norme di legge e di un principio di carattere generale.

Qualificata quindi la natura attiva di hosting provider della società convenuta, risultano superflue le considerazioni relative alla sufficienza delle diffide inoltrate da parte attrice nei confronti della convenuta.

DAILYMOTION, estranea all'ambito applicativo della speciale esenzione prevista dalla normativa comunitaria, dovrà quindi rispondere nei confronti di RTI ai sensi dell'art. 78 ter della LDA che espressamente prevede “1. *Il produttore di opere cinematografiche o audiovisive o di sequenze di immagini in movimento è titolare del diritto esclusivo: a) di autorizzare la riproduzione diretta o indiretta, temporanea o permanente, in qualunque modo o forma, in tutto o in parte, degli originali e delle copie delle proprie realizzazioni; b) di autorizzare la distribuzione con qualsiasi mezzo, compresa la vendita, dell'originale e delle copie di tali realizzazioni. Il diritto di distribuzione non si esaurisce nel territorio della Comunità europea se non nel caso di prima vendita effettuata o consentita dal produttore in uno Stato membro; c) di autorizzare il noleggio ed il prestito dell'originale e delle copie delle sue realizzazioni. La vendita o la distribuzione, sotto qualsiasi forma, non esauriscono il diritto di noleggio e di prestito;d) di autorizzare la messa a disposizione del pubblico dell'originale e delle copie delle proprie realizzazioni, in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente. Tale diritto non si esaurisce con alcun atto di messa a di-*



RG 24711-2012

*sposizione del pubblico.2. La durata dei diritti di cui al comma 1 è di cinquanta anni dalla fissazione. Se l'opera cinematografica o audiovisiva o la sequenza di immagini in movimento è pubblicata o comunicata al pubblico durante tale termine, la durata è di cinquanta anni dalla prima pubblicazione o, se anteriore, dalla prima comunicazione al pubblico dell'opera cinematografica o audiovisiva o della sequenza di immagini in movimento” e dell’art. 79, quale società che esercita l’attività di emissione televisiva.*

Per quanto concerne il calcolo del danno, il CTU ha accertato che effettivamente n. 995 firmati coperti da diritto d'autore della società attrice RTI sono stati caricati sulla piattaforma di parte convenuta e collegati alla visualizzazione della pubblicità in sovrimpressione.

Il consulente tecnico d'ufficio ha quindi elaborato un criterio di risarcimento del danno che coniuga l'elemento della permanenza sulla piattaforma dei video con il costo del consenso ovvero il prezzo astrattamente richiesto dalla società attrice per la liberatoria in relazione ai diritti di privativa di cui è titolare; tale criterio invero non appare condivisibile *in toto* da questo collegio perché basato su dati che lo stesso consulente tecnico d'ufficio ritiene imprecisi ed approssimativi (impreciso e approssimativo è il periodo in cui gran parte dei video sono rimasti accessibili giacché DAILYMOTION non si è neppure curata di dare dimostrazione compiuta di quando i video siano stati rimossi dalla piattaforma).

Il CTU ha quindi commisurato il danno sulla base del criterio della massima permanenza sulla piattaforma moltiplicato per quello che ha qualificato come “prezzo medio del consenso”, desunto da precedenti giurisprudenziali (Tribunale di Roma RTI/TMFT, Tribunale di Roma, RTI/L'Espresso s.p.a., RTI/MEGAVIDEO Ltd) che ha condotto al computo di un danno che appare a questa Corte come eccessivo, in quanto copre un lasso temporale in cui - con quasi certezza - i contenuti video risultavano essere già rimossi, secondo una valutazione probabilistica e prudenziale che è stata fatta propria anche dallo stesso CTU.



RG 24711-2012

Nè appare percorribile la teste propugnata da parte convenuta, relativa alla possibile adozione del criterio della cosiddetta *Revenue Sharing*, ovverosia la ripartizione degli utili fra parte attrice e parte convenuta, posto che, come osservato correttamente da parte attrice, la forza commerciale di RTI avrebbe potuto imporre delle condizioni molto più favorevoli di quelle generalmente praticate dalla società convenuta agli utenti del web e le trattative sarebbero anche potute addivenire al mancato raggiungimento di un accordo per assenza di un obiettivo minimo di utile per RTI.

Né comunque appare logico commisurare il danno maturatosi nella sfera giuridica di un soggetto in proporzione al vantaggio prodottosi nella sfera giuridica del danneggiante; il copyright di parte attrice avrebbe difatti potuto essere gestito dalla convenuta in maniera del tutto inefficiente e tale da ridurre significativamente gli utili di impresa.

Soccorre quindi necessariamente il criterio equitativo, ed il criterio che può essere utilizzato non è quello della massima permanenza del video sul portale bensì quello del prezzo per ogni contenuto pubblicato parametrato al minutaggio, quindi senza alcun riguardo alla data delle diffide inoltrate dall'attrice. La comunicazione/diffida ai sensi dell'articolo 16 della normativa nazionale è difatti categorizzazione tipica della hosting provider passivo, laddove DAILYMOTION, quale provider attivo, risponde della pubblicazione di contenuti autoriali altrui secondo le tradizionali norme di carattere civilistico.

Non ci si vuole qui sottrarre a un'altra questione che è stata elemento dibattuto nel corso della causa ovverosia quella della specifica indicazione delle URL dei video e che viene affrontato solo nell'ottica della ricostruzione categoriale della fattispecie; tale questione può essere, ad avviso del presente collegio, risolta comunque sempre mediante l'applicazione del principio di buona fede ex art. 1375 del codice civile, principio cui peraltro fa espresso riferimento la normativa comunitaria e che grava un soggetto dell'obbligo di garantire il diritto altrui riconosciuto dall'ordinamento nei limiti dell'apprezzabile sacrificio. Ora che non vi è chi non veda come, nel momento in cui una società abbia



RG 24711-2012

espressamente richiesto ad Hosting Provider (si suppone passivo) l'eliminazione del portale di tutti i contenuti relativi ad una determinata trasmissione, segnalando il titolo della trasmissione e anche dei dati caratterizzanti, abbia integrato con ciò quella "comunicazione" o l'essere "al corrente dei fatti", cui fa riferimento l'art. 16 della direttiva 31-00 ed abbia così posto in condizione la società convenuta con un minimo sacrificio di agevolmente rimuovere tutti i contenuti riferibile ad una determinata privativa d'autore.

Il riferimento deve quindi sempre essere soltanto all'effettiva conoscenza dei contenuti illeciti per la quale non può in alcun modo ritenersi indispensabile l'indicazione degli URL essendo sufficiente un'indicazione specifica dei files illeciti (video, programmi etc) con ogni mezzo.

Orbene, ritornando al computo del danno, la consulenza tecnica d'ufficio ha consentito di accertare che 995 video tutti riferibili al gruppo RTI e di cui comunque parte attrice pacificamente detiene i relativi diritti autoriale sono stati caricati sulla piattaforma di parte convenuta; ritiene quindi questo collegio di non doversi discostare dalle sopra accennate sentenze risarcitorie che hanno sempre liquidato un danno pari a circa 700/euro minuto per ogni video caricato sulla piattaforma (il valore esatto stimato dal CTU è di 695 euro/min), accedendo quindi al criterio del prezzo del consenso, il tutto con la sostanziale differenza che il calcolo del minutaggio non deve partire dalle diffide inoltrate dalla società attrice bensì dalla data del caricamento dei contenuti sulla piattaforma e fino al momento della rimozione.

Anche quest'ultimo momento deve soggiacere ad una valutazione logica e prudentiale.

L'illecito si è perpetuato certamente fino a tutto il 2013. È ragionevole pensare, pur non avendo DAILYMOTION fornito prova convincente della data di rimozione dei contenuti video, che la stessa non sia avvenuta nell'anno 2017, allorquando è stata positivamente accertata dal consulente tecnico di ufficio, ma in data posteriore e prossima alla notifica dell'atto di citazione.

Si ritiene quindi percorribile l'ipotesi risarcitoria formulata dal consulente



RG 24711-2012

tecnico di ufficio a pagina 26 dell'atto di citazione, opportunamente corretta, che tiene per l'appunto conto del periodo intercorrente fra la data del caricamento e l'anno 2013 con conseguente liquidazione del danno nell'importo complessivo di euro 5.521.420 ottenuto mediante la moltiplicazione dei minuti illecitamente trasmessi (7556) per il costo di euro 695/minuto, il tutto con rivalutazione ed interessi secondo i noti canoni, da computarsi dalla data della pubblicazione dei singoli contenuti.

La valutazione equitativa del danno consente di ricomprendere nella predetta somma anche gli importi calcolati dal consulente tecnico di ufficio quali conseguenti agli utili realizzati dalla convenuta derivanti dei servizi pubblicitari.

Possono trovare accoglimento anche le richieste misure inibitorie e la richiesta pubblicazione della sentenza quale misura deterrente per il reiterarsi di analoghi comportamenti illeciti.

Le spese, liquidate con il dispositivo, seguiranno la soccombenza e ricomprenderanno anche i costi dei procedimenti in corso di causa.

Le spese della disposta CTU saranno poste a carico definitivo della convenuta, nell'importo già oggetto di liquidazione.

### P.Q.M.

Il Tribunale di Roma, definitivamente pronunciando nella causa iscritta al numero 24711 del ruolo generale degli affari contenziosi dell'anno 2012, così provvede:

- accerta e dichiara che la società Dailymotion S.A., ha pubblicato brani estratti dai Programmi RTI s.p.a., in violazione dei suoi diritti autorali di sfruttamento commerciale, e conseguentemente:
- ordina a DAILYMOTION SA la rimozione (e la disabilitazione all'accesso) dalla piattaforma denominata "*Dailymotion*" e dai suoi sottodomini o derivazioni di tutti i contenuti audiovisivi riproducenti estratti dei Programmi RTI oggetto di causa, così come individuati dal CTU in corso di causa;
- inibisce a DAILYMOTION ogni ulteriore violazione, perpetrata in qualunque forma e con qualunque mezzo, avente ad oggetto brani audiovisivi estratti



RG 24711-2012

dai Programmi RTI per come individuati dal CTU in corso di causa inibendo-  
ne ogni uso e sfruttamento commerciale;

- condanna la convenuta (in persona del proprio rappresentante legale *pro tempore*) al risarcimento di tutti i danni patrimoniali, subiti dalla società attrice quantificati in euro 5.521.420,00 oltre rivalutazione ed interessi come in motivazione,

- fissa una somma di euro 5.000,00/die dovuta da DAILYMOTION SA per ogni violazione e/o inosservanza successivamente constatata;

e) ordina che il dispositivo della presente sentenza sia pubblicato con carattere grassetto "*Times New Roman n. 14*", nelle edizioni cartacee e nelle edizioni *on-line*, a cura di RTI ma ad esclusive spese della convenuta, sulla prima pagina dei seguenti quotidiani: "*Il Sole 24 Ore*", "*Il Corriere della Sera*", "*Il Giornale*", nonché nella pagina principale (*homepage*) del Portale della Dailymotion;

- Condanna DAILYMOTION SA a rifondere a RETI TELEVISIVE ITALIANE s.p.a. le spese di lite per complessivi euro 95.500,00 di cui euro 18.000,00 per lo studio, euro 10.000,00 per la fase introduttiva, euro 40.000,00 per la fase istruttoria ed euro 27.500,00 per la fase decisoria. Iva al 22% spese generali e CPA.

- pone definitivamente a carico di DALYMOTION SA le spese della disposta consulenza tecnica d'ufficio.

Così deciso in Roma il 27/06/2019

Il Presidente  
Claudia Pedrelli

L'estensore  
Andrea Postiglione

