Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
MACIEJ SZPUNAR
presentate l'8 febbraio 2017 [1]

Causa C-610/15

Stichting Brein
contro
Ziggo BV,
XS4ALL Internet BV

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dallo Hoge Raad der Nederlanden (Corte di cassazione dei Paesi Bassi)]

«Diritto d'autore e diritti connessi — Direttiva 2001/29/CE — Articolo 3, paragrafo 1 — Comunicazione al pubblico — Nozione — Sito di indicizzazione che consente la condivisione di opere protette senza l'autorizzazione dei titolari dei diritti — Articolo 8, paragrafo 3 — Utilizzo dei servizi di un intermediario da parte di terzi per violare il diritto d'autore — Provvedimento inibitorio»

Introduzione

1. «(…) the file being shared in the swarm is the treasure, the BitTorrent client is the ship, the.torrent file is the treasure map, The Pirate Bay provides treasure maps free of charge and the tracker is the wise old man that needs to be consulted to understand the treasure map» [2].

2. Mediante tale analogia, che merita di per sé la protezione del diritto d'autore, il giudice australiano Cowdroy ha illustrato il funzionamento della condivisione dei file in violazione dei diritti d'autore tramite il protocollo *bittorrent* [3]. Nella presente causa la Corte è adita al fine di definire i fondamenti giuridici e la portata dell'eventuale responsabilità, per aver commesso tali violazioni, dei «fornitori di mappe», ossia siti quali The Pirate Bay (in prosieguo: «TPB»). TPB è, infatti, uno dei siti di condivisione di file contenente il maggior numero di brani musicali e film rinomati. Tale condivisione viene eseguita gratuitamente e, per la maggior parte di tali opere, in violazione dei diritti d'autore.

3. La Commissione europea, la cui opinione mi sembra sia condivisa dal Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, sostiene che la responsabilità di siti di questo tipo è una questione relativa all'applicazione del diritto d'autore che non può essere risolta a livello del diritto dell'Unione bensì nell'ambito degli ordinamenti interni degli Stati membri. Un siffatto approccio farebbe tuttavia dipendere tale responsabilità e, quindi, la portata dei diritti appartenenti ai titolari, dalle soluzioni, molto diverse, accolte nei vari ordinamenti giuridici nazionali. Orbene, tale circostanza

1 — Lingua originale: il francese.

2 — «Il documento condiviso è il tesoro, il cliente *bittorent* è la nave, il documento *torrent* è la mappa che indica il luogo in cui si trova il tesoro, The Pirate Bay fornisce gratuitamente la mappa e il tracker è il vecchio saggio che va consultato per comprendere la mappa» (la traduzione è mia).

3 — Sentenza della Federal Court of Australia, del 4 febbraio 2010, Roadshow Films Pty Ltd c iiNet Limited (N. 3) (2010) FCA 24, punto 70. Tale passaggio è stato altresì citato da M. van Peursem, avvocato generale presso lo Hoge Raad der Nederlanden (Corte di cassazione dei Paesi Bassi) nel procedimento principale.

comprometterebbe l'obiettivo della normativa dell'Unione nell'ambito del diritto d'autore, relativamente copiosa, che consiste proprio nell'armonizzare la portata dei diritti di cui godono gli autori e gli altri titolari nel mercato unico. Questa è la ragione per cui la risposta alle problematiche sollevate dalla presente causa, a mio avviso, deve essere piuttosto ricercata nel diritto dell'Unione.

4. Desidero altresì sottolineare sin da subito che la problematica oggetto della presente causa è sostanzialmente diversa da quella oggetto delle due recenti cause relative al diritto di comunicazione delle opere al pubblico su Internet, ossia le cause che hanno dato origine alle sentenze Svensson e a.[4] e GS Media[5]. Infatti, tali cause riguardavano la comunicazione secondaria di opere già accessibili su Internet da una persona a sua volta produttore del contenuto in rete, mentre la presente causa riguarda la comunicazione originale, effettuata nell'ambito di una rete tra utenti («*peer-to-peer*»). Non ritengo dunque che il ragionamento adottato dalla Corte in tali cause possa essere direttamente applicato al procedimento principale.

Contesto normativo

5. Ai sensi dell'articolo 12 della direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («direttiva sul commercio elettronico»), intitolato «Semplice trasporto ("Mere conduit")»[6]:

«1. Gli Stati membri provvedono affinché, nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio, o nel fornire un accesso alla rete di comunicazione, il prestatore non sia responsabile delle informazioni trasmesse (…):

(…)

3. Il presente articolo lascia impregiudicata la possibilità, secondo gli ordinamenti degli Stati membri, che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa esiga che il prestatore impedisca o ponga fine ad una violazione».

6. L'articolo 14 di tale direttiva, intitolato «Hosting», recita così:

«1. Gli Stati membri provvedono affinché, nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non sia responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore:

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

o

b) non appena al corrente di tali fatti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso.

(…)

4 — Sentenza del 13 febbraio 2014, C-466/12, EU:C:2014:76.

5 — Sentenza dell'8 settembre 2016, C-160/15, EU:C:2016:644.

6 — GU 2000, L 178, pag. 1.

3. Il presente articolo lascia impregiudicata la possibilità, per un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa, in conformità agli ordinamenti giuridici degli Stati membri, di esigere che il prestatore ponga fine ad una violazione o la impedisca nonché la possibilità, per gli Stati membri, di definire procedure per la rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell'accesso alle medesime».

7. L'articolo 3 della direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione [7], intitolato «Diritto di comunicazione di opere al pubblico, compreso il diritto di mettere a disposizione del pubblico altri materiali protetti», al paragrafo 1 dispone quanto segue:

«Gli Stati membri riconoscono agli autori il diritto esclusivo di autorizzare o vietare qualsiasi comunicazione al pubblico, su filo o senza filo, delle loro opere, compresa la messa a disposizione del pubblico delle loro opere in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente».

8. L'articolo 8 di tale direttiva, intitolato «Sanzioni e mezzi di ricorso», al paragrafo 3 così dispone:

«Gli Stati membri si assicurano che i titolari dei diritti possano chiedere un provvedimento inibitorio nei confronti degli intermediari i cui servizi siano utilizzati da terzi per violare un diritto d'autore o diritti connessi».

9. L'articolo 2 della direttiva 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale [8], intitolato «Campo d'applicazione», al paragrafo 2 così dispone:

«La presente direttiva si applica fatto salvo il disposto delle norme specifiche sull'attuazione dei diritti e sulle eccezioni contenute nella legislazione comunitaria in materia di diritto d'autore e diritti connessi al diritto d'autore, segnatamente (…) nella direttiva 2001/29/CE, e in particolare (…) l'articolo 8 di quest'ultima».

10. L'articolo 11, di tale direttiva, intitolato «Ingiunzioni», dispone quanto segue:

«(…) Gli Stati membri assicurano che i titolari possano chiedere un provvedimento ingiuntivo nei confronti di intermediari i cui servizi sono utilizzati da terzi per violare un diritto di proprietà intellettuale, senza pregiudizio dell'articolo 8, paragrafo 3, della direttiva 2001/29/CE».

Fatti, procedimento e questioni pregiudiziali

11. La ricorrente nel procedimento principale, Stichting Brein, è una fondazione di diritto olandese, che mira principalmente a combattere l'utilizzazione abusiva di materiali protetti dal diritto d'autore e da diritti connessi, nonché a proteggere in tale ambito gli interessi dei titolari di tali diritti.

12. Le convenute nel procedimento principale, Ziggo BV e XS4ALL Internet BV (in prosieguo: la «XS4ALL»), sono società di diritto olandese la cui attività consiste, segnatamente, nel fornire ai consumatori l'accesso ad Internet. Secondo le informazioni contenute nelle osservazioni scritte presentate dalla Stichting Brein, esse sono i due maggiori fornitori di accesso ad Internet nel mercato olandese.

7 — GU 2001, L 167, pag. 10.
8 — GU 2004, L 157, pag. 45.

13. La Stichting Brein chiede che sia ingiunto alla Ziggo e alla XS4ALL, sulla base delle disposizioni di diritto olandese che recepiscono l'articolo 8, paragrafo 3, della direttiva 2001/29[9], di bloccare l'accesso dei destinatari dei loro servizi agli indirizzi Internet del sito TPB, un motore per la condivisione di file *peer-to-peer*. Tale domanda si fonda sul fatto che i destinatari dei servizi delle convenute nel procedimento principale, utilizzando detti servizi mediante tale motore di condivisione, violano i diritti d'autore su ampia scala, condividendo file che contengono materiali protetti (principalmente brani musicali e film) senza l'autorizzazione dei titolari di tali diritti.

14. Tale domanda, accolta in primo grado, è stata respinta in appello, in sostanza giacché, in primo luogo, i diritti d'autore sono stati violati dai destinatari dei servizi delle convenute nel procedimento principale e non da TPB, in secondo luogo, il blocco richiesto non è proporzionale allo scopo perseguito, ossia la protezione efficace dei diritti d'autore. La Stichting Brein ha proposto ricorso per cassazione avverso quest'ultima sentenza dinanzi al giudice del rinvio.

15. In tali circostanze, lo Hoge Raad der Nederlanden (Corte di cassazione dei Paesi Bassi) ha deciso di sospendere il procedimento principale e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se si configuri una comunicazione al pubblico, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29, ad opera del gestore di un sito Internet ove sul sito in parola non si trovano opere protette, ma esiste un sistema (…) con il quale vengono indicizzati e categorizzati per gli utenti metadati relativi ad opere protette disponibili sui loro computer, consentendo loro in tal modo di reperire e caricare e scaricare le opere protette.

2) Qualora la prima questione debba essere risolta negativamente: se gli articoli 8, paragrafo 3, della direttiva 2001/29 e 11 della direttiva 2004/48 consentano di emettere un'ingiunzione nei confronti di un intermediario ai sensi di tali disposizioni, ove siffatto intermediario faciliti attività illecite di terzi, come indicato nella prima questione».

16. La decisione di rinvio è pervenuta alla Corte il 18 novembre 2015. Le parti del procedimento principale, il governo spagnolo, italiano, portoghese e del Regno Unito nonché la Commissione hanno presentato osservazioni scritte. Le parti del procedimento principale, il governo spagnolo e francese nonché la Commissione sono stati rappresentati all'udienza che si è tenuta il 27 ottobre 2016.

Analisi

17. Con le sue due questioni pregiudiziali, nella presente causa, il giudice del rinvio solleva in realtà la questione della responsabilità degli operatori dei siti di indicizzazione delle reti *peer-to-peer* per le violazioni dei diritti d'autore commesse nell'utilizzare tali reti. Ci si chiede se si possa ritenere che tali operatori siano, di per sé, gli autori di tali violazioni, circostanza che implicherebbe la loro responsabilità immediata (prima questione). Oppure, anche se essi non sono direttamente responsabili, se si possa loro ingiungere di bloccare l'accesso ai loro siti Internet, il che, come illustrerò in prosieguo, richiede una forma di responsabilità indiretta (seconda questione).

18. Inizierò l'analisi esponendo una breve panoramica del modo in cui funzionano le reti *peer-to-peer* e del loro ruolo nella violazione dei diritti d'autore.

9 — Ossia, l'articolo 26d dell'Auteurswet (legge olandese sul diritto d'autore) e l'articolo 15 della Wet op de naburige rechten (legge sui diritti connessi).

Osservazioni preliminari – le reti peer-to-peer

19. Anche se Internet è stato concepito come una rete di computer che funzionano in modo indipendente, l'espressione più straordinaria di Internet, il *World Wide Web*, funziona secondo un modello diverso, ossia mediante una struttura centralizzata denominata «server-cliente». In tale modello, il contenuto (solitamente una pagina web) è memorizzato in un server e può essere consultato dagli utenti tramite i loro computer, denominati «clienti», e il loro software cliente (un navigatore Internet). È facile ritenere che una siffatta struttura del *World Wide Web* renda relativamente agevole il controllo della liceità dei contenuti e la lotta contro i contenuti illeciti: è sufficiente sequestrare il server o chiedere al suo gestore di rimuovere il contenuto incriminato. Occorre altresì notare che la normativa relativa ai servizi della società dell'informazione, ossia principalmente Internet, è particolarmente concepita per tale modello di funzionamento il quale prevede, segnatamente, che i prestatori intermediari non sono responsabili per i contenuti, ma impone agli stessi taluni obblighi di cooperazione nella lotta contro i contenuti illeciti.

20. Le reti *peer-to-peer* sono organizzate secondo un principio diverso. In tale modello, il computer di ogni utente, ossia ciascun utente (*peer*), è non solo un cliente che riceve le informazioni, ma anche un server che le memorizza e le mette a disposizione di altri utenti. La rete è quindi decentralizzata (non mediante server centrali) e presenta una «geometria variabile», giacché solo gli utenti-server connessi formano la rete in un dato momento (contrariamente a una «rete tradizionale», in cui i server sono di norma connessi in modo permanente e solo i clienti si connettono e si disconnettono temporaneamente). Una siffatta configurazione della rete presenta molteplici vantaggi, in particolare per quanto concerne l'ottimizzazione dell'utilizzo delle capacità di memorizzazione e di trasmissione di dati. Una rete del genere, grazie alla propria struttura decentralizzata, è anche più resistente agli attacchi e agli interventi delle forze dell'ordine o degli aventi diritto in forza dei diritti d'autore. In particolare, è difficile rimuovere il contenuto presente in una rete *peer-to-peer*, dal momento che esso si trova in server diversi che appartengono a varie persone fisiche in paesi diversi.

21. Le reti *peer-to-peer* si prestano a vari utilizzi, come la messaggeria in rete, la telefonia, la distribuzione di software, e anche applicazioni militari. Tuttavia, l'utilizzo più diffuso è la condivisione di file.

22. Ci si chiede se si tratti unicamente di file contenenti dati illeciti, come le opere condivise in violazione dei diritti d'autore. Non è così. Nelle reti *peer-to-peer* possono essere condivisi file di natura diversa che contengono, in particolare, dati che non sono protetti dal diritto d'autore, opere divulgate con il consenso degli aventi diritto o dai loro stessi autori, opere la cui protezione (in ogni caso per quanto concerne i diritti sostanziali) è già scaduta o ancora opere coperte da licenza libera.

23. Tuttavia, se ben intendo, secondo i dati presentati dalla Stichting Brein nel procedimento principale e che non sono stati contestati, una percentuale compresa tra il 90% e il 95% dei file condivisi sulla rete di TPB contiene opere protette e distribuite senza il consenso degli aventi diritto. Tale cifra sembra valere per la maggior parte delle reti *peer-to-peer* popolari. La ragione risiede nel fatto che i contenuti leciti hanno i propri canali di distribuzione, siano essi professionali o amatoriali (i siti Internet classici, le riviste online, le reti sociali ecc.). Le reti *peer-to-peer* sono invece spesso utilizzate per condividere contenuti che altrimenti non sarebbero disponibili gratuitamente per il pubblico. I gestori di tali reti spesso non celano nemmeno tale obiettivo, dal momento che alcune di tali reti sono state create allo scopo accertato di eludere i diritti d'autore, ritenuti abusivi[10]. Per tale

10 — Ad esempio, TPB è stato fondato dai membri della Piratbyrån, un'organizzazione svedese contraria al diritto d'autore.

motivo, le reti *peer-to-peer*, dal momento in cui sono apparse, sono state oggetto della lotta antipirateria, condotta soprattutto negli Stati Uniti, in cui tali reti hanno acquisito rapidamente popolarità. Il servizio Napster è la prima grande rete *peer-to-peer* ad essere stata rimossa per violazioni dei diritti d'autore [11].

24. Dopo Napster, sono apparse nuove generazioni di reti *peer-to-peer*. Attualmente, le reti più rinomate, almeno nel mercato europeo, sono quelle basate sul protocollo *bittorrent*. Tale tecnologia consente, mediante un software liberamente accessibile in rete (cosiddetto «cliente *bittorrent*»), di scaricare il medesimo documento, suddiviso in piccole parti, da più computer utenti. Mediante detta frammentazione del documento scaricato, i computer degli utenti che costituiscono la fonte dello scaricamento (denominati quindi «*seeders*»), che agiscono quali server, nonché le loro connessioni Internet, non sono saturi, il che consente di scaricare rapidamente file di dimensioni relativamente grandi. Dal momento che il numero di utenti che possiede e condivide il medesimo documento è fondamentale per la rapidità con cui si scarica, nella tecnologia *bittorrent* ogni frammento del documento scaricato è offerto contemporaneamente ad altri utenti che cercano il medesimo documento («*leechers*») affinché possano scaricarlo. In altri termini, ogni computer cliente che scarica il documento diventa automaticamente un server che mette tale documento a disposizione di altri utenti.

25. Non entrerò ulteriormente nel merito dei particolari sul funzionamento tecnico delle reti *peer-to-peer*, la cui descrizione dettagliata può essere facilmente rinvenuta [12]. Infatti, come in tutte le cause relative alle tecnologie dell'informazione, lo sviluppo tecnologico supera facilmente i procedimenti legislativi o giudiziari, con il rischio di rendere obsolete, ancor prima della loro adozione, le soluzioni giuridiche basate su un dato statu quo tecnologico [13]. Ciò che a mio avviso va ricercato, al fine di definire un caso come quello oggetto del procedimento principale, è il fondamento giuridico di taluni atti, indipendentemente dalle modalità tecniche con cui vengono posti in essere. Orbene, da questo punto di vista ciò che rileva è il ruolo svolto dai siti come TPB nella condivisione dei file in reti *peer-to-peer*.

26. Tale ruolo è infatti fondamentale. L'utilizzo di ogni rete *peer-to-peer* si basa sulla possibilità di reperire gli utenti disponibili per condividere il documento desiderato. Tali informazioni, indipendentemente dal fatto che abbiano tecnicamente la forma di file *torrent*, di «*magnet links*» o altra forma, si trovano su siti come TPB. Tali siti offrono non solo un motore di ricerca, ma spesso, come nel caso di TPB, alcuni indici di opere contenute in tali file, suddivise per categorie diverse, ad esempio «100 best» o «i più nuovi». Dunque, non è nemmeno necessario cercare un'opera precisa, ma è sufficiente scegliere una di quelle offerte, come nel catalogo di una biblioteca (o, per meglio dire, un'audioteca o una videoteca, giacché si tratta principalmente di brani musicali e film). Tali siti spesso forniscono anche altre informazioni, segnatamente quelle relative alla stima del tempo necessario per scaricare un dato documento e al numero di «*seeders*» e di «*leechers*» attivi per esso.

27. Se, come asseriscono le convenute nel procedimento principale, è dunque teoricamente possibile reperire i file offerti in condivisione in una rete *peer-to-peer* senza passare da un sito simile a TPB, in pratica, la ricerca di tali file conduce generalmente a un sito siffatto o a un sito che raggruppa i dati di numerose reti *peer-to-peer*. Il ruolo di siti come TPB è dunque praticamente imprescindibile nel funzionamento di tali reti, quantomeno per un utente medio di Internet.

11 — Sentenza della United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, del 12 febbraio 2001, A&M Records, Inc. c. Napster, Inc. (239 F.3d 1004).

12 — Si può citare, come primo riferimento, Wikipédia, fonte del tutto pertinente per quanto riguarda Internet (voci «*peer-to-peer*», «*bittorrent*», «The Pirate Bay»). V. altresì sentenza del giudice australiano citata alla nota 3, punti da 43 a 78, nonché L. Edwards, *The Role and Responsibility of Internet Intermediaries in the Field of Copyright and Related Rights*, documento redatto dall'Organizzazione mondiale per la proprietà intellettuale, disponibile sul sito Internet della stessa al n. WIPO-ISOC/GE/11/REF/01/EDWARDS.

13 — Pertanto, dopo il deposito della domanda di pronuncia pregiudiziale nella presente causa, il sito TPB si è dotato, oltre della possibilità di scaricare documenti, di un'opzione di flusso continuo («*streaming*») di opere condivise nella rete *peer-to-peer*, mediante un nuovo software. Tale modalità è stata presentata in udienza dal rappresentante della Stichting Brein.

Sulla prima questione pregiudiziale

28. Con la sua prima questione pregiudiziale, il giudice del rinvio intende sapere, in sostanza, se la circostanza per la quale l'operatore di un sito Internet consente di reperire file contenenti opere protette dal diritto d'autore, che sono offerti in condivisione in una rete *peer-to-peer*, indicizzando i metadati connessi a tali file e fornendo un motore di ricerca, costituisca una comunicazione al pubblico ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29.

29. Inizierò la mia analisi di tale questione esponendo una breve panoramica delle disposizioni normative e della giurisprudenza relative al diritto di comunicazione al pubblico.

Il diritto di comunicazione al pubblico

30. Tradizionalmente, gli autori, per quanto concerne la diffusione delle loro opere, godono del diritto esclusivo di autorizzare o vietare, da una parte, la distribuzione delle copie di tali opere e, dall'altra, la loro riproduzione dinanzi a un pubblico presente nel luogo della riproduzione. Ne sono esempi tipici i concerti e gli spettacoli teatrali.

31. La comparsa dei mezzi tecnici di comunicazione, il primo dei quali è stato il suono mediante la radiodiffusione, ha reso necessario proteggere i diritti degli autori per quanto concerne detta possibilità di sfruttare le loro opere. Tale diritto è stato riconosciuto per la prima volta, nel diritto internazionale, dall'articolo 11 bis della Convenzione riveduta di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche (in prosieguo: la «Convenzione di Berna») [14]. Attualmente, l'articolo 11 bis della Convenzione di Berna nella sua versione risultante dall'atto di Parigi del 24 luglio 1971, modificato il 28 settembre 1979, dispone che gli autori hanno il diritto esclusivo di autorizzare la radiodiffusione o ogni altra comunicazione al pubblico senza filo di loro opere, nonché la comunicazione «secondaria» dell'opera radiodiffusa, effettuata da un organismo diverso da quello di origine [15].

32. Tale normativa in materia di diritto di comunicazione al pubblico è stata concepita ai fini della comunicazione di tipo «lineare», per riprendere la terminologia della direttiva 2010/13/UE [16], ed è particolarmente adatta alla stessa. In tale modello di comunicazione, il segnale è «spinto» verso il destinatario (da cui deriva il termine inglese *push*) che può solamente riceverlo (o no) nel momento in cui lo stesso è diffuso. È quindi relativamente facile stabilire il momento in cui la comunicazione ha luogo, chi ne è all'origine e quali sono i destinatari, ossia il pubblico. È il modello classico di funzionamento radiofonico e televisivo.

33. Con l'avvento della televisione *on demand* (*video on demand*) e in seguito, soprattutto, di Internet, è apparso un nuovo mezzo di comunicazione, in cui il contenuto della comunicazione è solamente messo a disposizione degli utenti potenziali, dal momento che essi possono fruirne nel momento e nel luogo desiderato. In tale modello, il segnale viene effettivamente comunicato all'utente solo nel momento in cui esso decide di ricevere il contenuto (*pull*). Sussisteva un dubbio sulla questione se tale modo di procedere rispondesse alla nozione di «comunicazione al pubblico» ai sensi della Convenzione di Berna [17].

14 — Atto di Berlino del 1908.

15 — La formulazione attuale dell'articolo 11 bis della Convenzione di Berna deriva dall'atto di Bruxelles del 26 giugno 1948.

16 — Direttiva 2010/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 marzo 2010, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi (GU 2010, L 95, pag. 1). Si tratta di una comunicazione lineare nel tempo, ossia che può essere ricevuta solo nel momento stesso della diffusione [v. articolo 1, paragrafo 1, lettera e), della direttiva 2010/13].

17 — V., segnatamente, von Lewinski, S., Walter, M., *European Copyright Law. A Commentary*, Oxford University Press 2010, pag. da 973 a 980.

34. La Convenzione di Berna è stata completata dal Trattato dell'Organizzazione mondiale della proprietà intellettuale sul diritto d'autore, adottato a Ginevra il 20 dicembre 1996 (in prosieguo: il «TDA»), segnatamente al fine di adattare le sue disposizioni al progresso tecnologico [18]. La nozione della «messa a disposizione del pubblico» è stata ivi espressamente introdotta. Infatti, l'articolo 8 del TDA prevede il diritto esclusivo degli autori di autorizzare ogni comunicazione al pubblico, su filo o via etere, delle loro opere, «nonché la messa a disposizione del pubblico delle loro opere, in modo che chiunque possa liberamente accedervi da un luogo o in un momento di sua scelta». Tale disposizione non si limita dunque alla comunicazione radiofonica o televisiva, ma comprende ogni mezzo tecnico di comunicazione. Essa non si limita nemmeno alla comunicazione lineare, ma si estende alla messa a disposizione del contenuto per una ricezione differita nel tempo. È proprio quest'ultima modalità di comunicazione al pubblico che rileva in modo particolare nel caso di Internet, segnatamente delle reti *peer-to-peer*.

35. L'articolo 8 del TDA è stato recepito nel diritto dell'Unione con l'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29, disposizione la cui interpretazione è richiesta nell'ambito della presente causa. Tale disposizione riprende in modo quasi identico la formulazione accolta nel TDA.

36. La direttiva 2001/29 non contiene tuttavia alcuna definizione della nozione di «comunicazione al pubblico», né di quella di «messa a disposizione del pubblico». La Corte ha quindi dovuto delineare i contorni di tale definizione. Secondo la giurisprudenza, sono due gli elementi indispensabili per riscontrare una comunicazione al pubblico: l'atto di comunicazione e la presenza di un pubblico [19].

37. Per quanto concerne il primo elemento, la Corte mette in evidenza il ruolo imprescindibile del soggetto che ha dato origine alla comunicazione e il carattere intenzionale del suo intervento. Questi realizza infatti un atto di comunicazione quando interviene, con piena cognizione delle conseguenze del suo comportamento, per dare ai suoi clienti accesso a un'opera protetta, in particolare quando, in mancanza di questo intervento, tali clienti non potrebbero, in via di principio, fruire dell'opera diffusa [20].

38. A ciò va aggiunto, come ho rilevato sopra, che nel caso di messa a disposizione del pubblico di un'opera affinché la stessa sia ricevuta nel momento desiderato dai destinatari l'atto di comunicazione deve essere valutato prendendo in considerazione la natura specifica di tale modalità di comunicazione. Pertanto, contrariamente alla comunicazione effettuata su iniziativa del soggetto che ha dato origine a tale comunicazione, nel caso di messa a disposizione, la trasmissione effettiva dell'opera è solo potenziale e su iniziativa del destinatario. Tuttavia, la facoltà del titolare dei diritti d'autore di opporsi a tale comunicazione viene esercitata nel momento stesso della messa a disposizione, indipendentemente dall'eventualità che la trasmissione effettiva abbia luogo e dal momento in cui essa abbia luogo [21].

39. Per quanto concerne il secondo elemento, quello della presenza del pubblico, esso comprende, secondo la giurisprudenza della Corte, due requisiti. In forza del primo requisito, la comunicazione deve essere destinata a un numero indeterminato ma considerevole di potenziali destinatari. Tale criterio è di norma soddisfatto nel caso di un sito accessibile, in linea di principio, a tutti gli utilizzatori di Internet [22].

18 — Trattato approvato in nome della Comunità europea con la decisione 2000/278/CE del Consiglio, del 16 marzo 2000 (GU 2000, L 89, pag. 6).

19 — V., da ultimo, sentenza dell'8 settembre 2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, punto 32 e la giurisprudenza ivi citata).

20 — Sentenza dell'8 settembre 2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, punto 35).

21 — V., in tal senso, sentenza del 13 febbraio 2014, Svensson e a. (C-466/12, EU:C:2014:76, punto 19).

22 — V., in tal senso, sentenza del 13 febbraio 2014, Svensson e a. (C-466/12, EU:C:2014:76, punto 22).

40. In forza del secondo requisito, il pubblico cui si rivolge la comunicazione in questione dev'essere un «pubblico nuovo». Secondo la Corte, per quanto concerne la messa a disposizione su Internet, la comunicazione non è effettuata a un pubblico nuovo quando essa riguarda un'opera già messa a disposizione del pubblico, con libero accesso, su un altro sito Internet. Infatti, in una situazione siffatta, la comunicazione riguarda, almeno potenzialmente, lo stesso pubblico interessato dalla messa a disposizione originaria, ossia tutti gli utenti di Internet [23].

41. Tale libertà degli utenti di Internet è tuttavia limitata. Infatti, secondo la Corte, quando si applica il criterio del pubblico nuovo, non va considerato il pubblico che ha effettivamente accesso all'opera, bensì unicamente il pubblico che il titolare dei diritti d'autore ha previsto nel momento della comunicazione iniziale. Invece, se l'opera è stata resa disponibile, ma in assenza del consenso del titolare dei diritti, e senza che quest'ultimo abbia considerato alcun pubblico, ogni nuova messa a disposizione riguarda quindi necessariamente un pubblico nuovo e si deve pertanto ritenere una comunicazione al pubblico ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29 [24].

42. Tuttavia, non occorre esaminare se la comunicazione è destinata a un pubblico nuovo nel caso in cui essa sia effettuata tramite una modalità tecnica specifica, ossia un modo tecnico diverso da quello utilizzato per la comunicazione iniziale [25]. In un caso siffatto, dunque, sussiste sempre una comunicazione al pubblico ai sensi della direttiva 2001/29.

43. Occorre ora valutare tali elementi nell'ambito delle reti *peer-to-peer*.

La comunicazione al pubblico nelle reti peer-to-peer

44. È a mio avviso innegabile che, qualora opere protette dal diritto d'autore siano condivise in una rete *peer-to-peer*, ha luogo una messa a disposizione del pubblico di tali opere.

45. In primo luogo, le opere sono messe a disposizione sui computer degli utenti della rete, in modo tale che tutti gli altri utenti possano scaricarle. La circostanza per la quale, nel sistema *bittorrent*, i file che contengono tali opere sono frammentati e scaricati in parti da diversi computer è una specificità tecnica irrilevante. Infatti, il diritto d'autore non protegge un documento bensì l'opera. Orbene, le opere sono messe a disposizione integralmente e indirizzate agli utenti che a loro volta le scaricano integralmente, salvo imprevisti tecnici.

46. In secondo luogo, gli utenti potenziali di una rete *peer-to-peer* aperta, come quella di TPB, costituiscono senza alcun dubbio un numero indeterminato e considerevole di persone.

47. Infine, in terzo luogo, indipendentemente dal fatto che si tratti di una nuova modalità tecnica specifica, il criterio del pubblico nuovo è altresì soddisfatto, in ogni caso, per quanto concerne le opere condivise senza il consenso degli autori. Infatti, come ho già ribadito al paragrafo 41 delle presenti conclusioni, il criterio del pubblico nuovo deve essere valutato rispetto al pubblico considerato dall'autore al momento in cui quest'ultimo ha prestato il proprio consenso [26]. Orbene, se l'autore dell'opera non ha acconsentito a che questa sia condivisa in una rete *peer-to-peer*, gli utenti di tale rete costituiscono per definizione un pubblico nuovo [27].

23 — V. sentenza del 13 febbraio 2014, Svensson e a. (C-466/12, EU:C:2014:76, punti da 24 a 27).

24 — Sentenza dell'8 settembre 2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, punto 43).

25 — Sentenza del 7 marzo 2013, ITV Broadcasting e a. (C-607/11, EU:C:2013:147, punto 39).

26 — V. segnatamente sentenze del 13 febbraio 2014, Svensson e a. (C-466/12, EU:C:2014:76, EU:C:2014:76, punto 24), e dell'8 settembre 2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, punti 37 e 42).

27 — Circostanza che emerge altresì, implicitamente, dal punto 43 della sentenza dell'8 settembre 2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644).

48. Resta da stabilire quali siano le persone, in una rete *peer-to-peer*, che mettano per la prima volta a disposizione opere che sono ivi condivise: i suoi utenti oppure l'operatore di un sito di indicizzazione come TPB.

49. Gli utenti, installando e avviando il software di condivisione (il «cliente *bittorrent*») sui loro computer, fornendo a TPB i *torrent* che consentono di tracciare i file presenti sui loro computer e lasciando detti computer in funzione affinché essi possano essere attivi nella rete, mettono intenzionalmente le opere di cui sono in possesso a disposizione degli altri utenti della rete.

50. Tuttavia, tali opere non sarebbero accessibili e il funzionamento della rete non sarebbe possibile, o sarebbe in ogni caso molto più complesso ed il suo utilizzo meno efficiente, senza siti come TPB che consentono di reperire le opere e accedere alle stesse. Gli operatori di tali siti organizzano quindi il sistema che consente agli utenti di accedere a opere messe a disposizione da altri utenti. Il loro ruolo può quindi essere considerato necessario [28].

51. È vero che un sito siffatto si limita a individuare i contenuti presenti nella rete *peer-to-peer*, ossia i metadati connessi alle opere che sono offerte in condivisione dagli utenti della rete. L'operatore del sito non incide, dunque, in linea di principio, in nessun modo sulla comparsa di una data opera in tale rete. Egli non è altro che un intermediario che consente agli utenti di condividere i contenuti in modalità *peer-to-peer*. Pertanto, il ruolo decisivo nella comunicazione al pubblico di una data opera non può essergli attribuito fintantoché lo stesso non sia al corrente del fatto che detta opera è stata messa a disposizione in modo illecito, o fintantoché, una volta informato di tale illiceità, egli agisca correttamente per rimediarvi. Tuttavia, a partire dal momento in cui tale operatore è al corrente del fatto che la messa a disposizione ha luogo in violazione dei diritti d'autore e non agisce per disabilitare l'accesso all'opera in questione, il suo comportamento può essere considerato come se avesse lo scopo di consentire, espressamente, di proseguire la messa a disposizione illecita di tale opera e, dunque, un comportamento intenzionale.

52. Tengo a precisare che tale cognizione di causa dell'operatore del sito deve essere effettiva. Ciò avviene, segnatamente, nel caso in cui tale operatore sia stato espressamente informato dal titolare dei diritti del carattere illecito delle informazioni offerte nel sito [29]. Non sarebbe pertanto appropriato applicare a un sito siffatto la presunzione di cognizione di causa analoga a quella constatata dalla Corte nella sentenza GS Media con riferimento ai soggetti che hanno collocato un collegamento ipertestuale a fini lucrativi [30]. Infatti, una siffatta presunzione determinerebbe l'imposizione di un obbligo generale di sorveglianza dei contenuti indicizzati a carico degli operatori dei siti di indicizzazione delle reti *peer-to-peer* che normalmente operano a fini lucrativi.

53. L'intervento di tali operatori soddisfa dunque i criteri relativi al carattere necessario e intenzionale enunciati dalla giurisprudenza della Corte [31]. Pertanto, a mio avviso, si deve ritenere che anche tali operatori, contemporaneamente e unitamente agli utenti della rete, siano all'origine della messa a disposizione del pubblico di opere condivise nell'ambito della rete senza il consenso dei titolari dei diritti d'autore, qualora essi siano al corrente di tale illiceità e non agiscano al fine di disabilitare l'accesso a tali opere.

28 — V. altresì, a tal riguardo, i paragrafi 26 e 27 delle presenti conclusioni.

29 — Ciò avviene, alla luce delle informazioni contenute nel fascicolo, nel caso del sito TPB di cui al procedimento principale.

30 — Sentenza dell'8 settembre 2016 (C-160/15, EU:C:2016:644, punto 51).

31 — Sentenza dell'8 settembre 2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644, punto 35 e la giurisprudenza ivi citata).

54. Occorre quindi rispondere alla prima questione pregiudiziale che la circostanza per la quale l'operatore di un sito Internet consente di reperire file, indicizzando gli stessi e mettendo a disposizione un motore di ricerca, che contengono opere protette dal diritto d'autore che sono offerte in condivisione in una rete *peer-to-peer*, costituisce una comunicazione al pubblico ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29, se tale operatore è al corrente del fatto che un'opera è messa a disposizione nella rete senza il consenso dei titolari dei diritti d'autore e non agisce al fine di disabilitare l'accesso a tale opera.

Sulla seconda questione pregiudiziale

Osservazioni preliminari

55. La seconda questione pregiudiziale è stata posta dal giudice del rinvio nel caso in cui la Corte risponda in modo negativo alla prima questione, alla quale io suggerisco di fornire una risposta affermativa. Se, tuttavia, la Corte non condividesse la mia analisi suesposta, l'esame della seconda questione pregiudiziale diventerebbe necessario. Dunque, suggerirò una risposta anche a tale seconda questione.

56. La seconda questione pregiudiziale fa riferimento sia all'articolo 8, paragrafo 3, della direttiva 2001/29 sia all'articolo 11 della direttiva 2004/48. Tuttavia, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, della direttiva 2004/48, nonché, ancor più esplicitamente, ai sensi del secondo periodo dell'articolo 11 di tale direttiva, le sue disposizioni si applicano fatte salve le norme della direttiva 2001/29, in particolare l'articolo 8 di quest'ultima. Ne consegue, a mio avviso, che, per quanto concerne le materie coperte dall'articolo 8 della direttiva 2001/29, tale disposizione prevale sull'articolo 11 della direttiva 2004/48. Da ciò risulta che solo l'articolo 8, paragrafo 3, della direttiva 2001/29 rileva ai fini della risposta alla seconda questione pregiudiziale. In ogni caso, queste due disposizioni hanno un contenuto analogo.

57. Con tale seconda questione, il giudice del rinvio chiede in sostanza se l'articolo 8, paragrafo 3, della direttiva 2001/29 debba essere interpretato nel senso che esso consente di pronunciare, nei confronti di un fornitore di accesso ad Internet, un provvedimento inibitorio che ingiunga allo stesso di bloccare l'accesso dei propri utenti al sito di indicizzazione di una rete *peer-to-peer* mediante il quale sono stati violati i diritti d'autore, sebbene l'operatore di tale sito non comunichi di per sé al pubblico le opere che sono messe a disposizione in tale rete.

L'applicabilità ai siti come TPB delle misure ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 3, della direttiva 2001/29

58. Va ricordato che, ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 3, della direttiva 2001/29, i titolari dei diritti d'autore devono poter chiedere un provvedimento inibitorio nei confronti di un intermediario i cui servizi siano utilizzati da terzi per violare i loro diritti.

59. Nel procedimento principale è pacifico che le convenute, in quanto fornitori di accesso ad Internet, sono intermediari ai sensi della suddetta disposizione.

60. A mio avviso è altresì evidente che i servizi di tali intermediari sono utilizzati da terzi al fine di violare i diritti d'autore. Infatti, è stato accertato che taluni utenti di detti servizi utilizzano la rete *peer-to-peer* per condividervi opere senza l'autorizzazione dei titolari dei diritti d'autore. Tale condivisione costituisce una messa a disposizione del pubblico di un'opera senza autorizzazione del titolare di diritti d'autore e, di conseguenza, una violazione di tali diritti.

61. La peculiarità del procedimento principale consiste nel fatto che la misura richiesta, ossia il blocco dell'accesso al sito TPB, pregiudicherà non solo gli utenti che si rendono responsabili delle violazioni dei diritti d'autore ma anche il sito TPB, che non potrà offrire i propri servizi agli utenti connessi ad Internet tramite le convenute nel procedimento principale.

62. La possibilità di applicare una siffatta misura è stata certamente ammessa dalla Corte nella propria sentenza UPC Telekabel Wien [32]. Tuttavia, in tale causa si trattava di bloccare l'accesso a un sito Internet in cui l'operatore stesso era stato considerato responsabile della violazione dei diritti d'autore. Infatti, le opere messe illegittimamente a disposizione del pubblico si trovavano nel sito Internet in questione e gli utenti le scaricavano da tale sito. In tali circostanze la Corte ha potuto statuire che l'operatore del suddetto sito utilizzava, al fine di violare i diritti d'autore, i servizi del fornitore di accesso ad Internet delle persone che consultavano il sito.

63. La situazione è ben diversa nella presente causa, giacché, se è dimostrato che TPB non effettua, di per sé, la comunicazione al pubblico delle opere senza il consenso dei titolari dei diritti d'autore, non si può neppure concludere che esso utilizzi i servizi dei fornitori di accesso ad Internet degli utenti della rete *peer-to-peer* al fine di violare i diritti d'autore.

64. Orbene, il caso previsto dall'articolo 8, paragrafo 3, della direttiva 2001/29 presuppone la sussistenza di un nesso tra l'oggetto del provvedimento inibitorio e la violazione dei diritti d'autore. Una misura di blocco di un sito Internet implica che sia stata accertata la responsabilità dell'operatore del suddetto sito per aver violato i diritti d'autore mediante i servizi dell'intermediario nei confronti del quale è diretto il provvedimento inibitorio. In tal caso detto operatore ha la qualità di terzo che viola i diritti d'autore ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 3, della direttiva 2001/29.

65. Se l'operatore in questione non pone in essere l'atto oggetto del monopolio dell'autore (ad esempio la comunicazione al pubblico), tale violazione può unicamente essere indiretta. Tenuto conto del fatto che la responsabilità per tale tipo di violazioni non è armonizzata nell'ambito del diritto dell'Unione, essa deve essere espressamente prevista nel diritto nazionale. Spetta ai giudici nazionali verificare se una siffatta responsabilità sussista nel loro diritto interno.

66. Qualora sia possibile accertare una responsabilità siffatta in capo all'operatore di un sito di indicizzazione in una rete *peer-to-peer* in cui sono condivise opere protette senza l'autorizzazione dei titolari dei diritti d'autore, si deve ritenere che tale operatore utilizzi i servizi dei fornitori di accesso ad Internet, i cui clienti condividono i file in tale rete, in modo analogo al soggetto che, di per sé, viola direttamente i diritti d'autore.

67. Tale constatazione non è messa in discussione dal fatto che un sito come TPB possa rientrare nella categoria dei prestatori di servizi di hosting la cui responsabilità per le informazioni memorizzate è, in linea di principio, esclusa ai sensi dell'articolo 14, paragrafo 1, della direttiva 2000/31. Tale immunità è un effetto soggetto a condizione. Essa è concessa unicamente se il prestatore non era al corrente dell'illiceità delle informazioni memorizzate o dell'attività svolta con tali informazioni e a condizione che, non appena al corrente di tale illiceità, esso agisca immediatamente per rimuovere le informazioni in questione o per disabilitarne l'accesso.

68. Se il prestatore intermediario non soddisfa tali condizioni, ossia se era al corrente dell'illiceità delle informazioni memorizzate ma non ha agito al fine di rimuoverle o di disabilitarne l'accesso, esso può essere considerato indirettamente responsabile di tali informazioni.

32 — Sentenza del 27 marzo 2014 (C-314/12, EU:C:2014:192).

69. Ciò avviene, segnatamente, nel caso dell'operatore di un sito di indicizzazione di una rete *peer-to-peer* che era al corrente o che era stato avvertito del fatto che i file *torrent* forniti dagli utenti della rete consentivano la condivisione di opere messe a disposizione in tale rete senza l'autorizzazione dei titolari di diritti d'autore, il quale non ha agito al fine di rimuovere tali file. Orbene, è pacifico, nel procedimento principale, che ciò avviene nel caso di TPB. L'articolo 14 della direttiva 2000/31 non osta quindi alla responsabilità dello stesso per aver violato i diritti d'autore che risultano da tale messa a disposizione.

70. Occorre soffermarsi ancora sulla conformità ai diritti fondamentali di una siffatta misura.

La conformità ai diritti fondamentali del blocco dell'accesso a un sito Internet

1. Le misure adottate ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 3, della direttiva 2001/29 devono essere conformi ai diritti fondamentali applicabili [33]. La questione di tale conformità riguardo a una misura che ingiunge di impedire agli utenti dei servizi di un fornitore di accesso ad Internet la possibilità di consultazione di un sito riconosciuto responsabile di una violazione dei diritti di autore è stata analizzata dalla Corte in modo approfondito nella sentenza UPC Telekabel Wien [34]. La Corte ha ammesso la possibilità di una siffatta misura, con riferimento ai diritti fondamentali, ponendo tre condizioni [35].

2. In primo luogo, il prestatore destinatario dell'ingiunzione deve avere la facoltà di scegliere le modalità tecniche da porre in essere al fine di conformarsi alla stessa e deve poter essere esonerato dai propri obblighi dimostrando di avere adottato tutte le misure ragionevoli a tal fine. Si tratta delle condizioni imposte dal diritto nazionale e il cui rispetto rientra nella competenza dei giudici nazionali.

3. In secondo luogo, le misure adottate non devono impedire inutilmente l'accesso, in modo lecito, degli utenti di Internet alle informazioni disponibili. Orbene, è evidente che una misura di blocco di un dato sito impedisce agli utenti di Internet di accedere alle informazioni ivi disponibili, siano esse lecite o no.

4. La valutazione della legittimità di una siffatta misura deve essere pertanto effettuata, a mio avviso, caso per caso, analizzando la proporzionalità tra, da un lato, la misura e la conseguente privazione dell'accesso alle informazioni, e, dall'altro, la portata e la gravità delle violazioni dei diritti d'autore commesse mediante il suddetto sito.

5. Per quanto concerne il caso di TPB, alla luce delle informazioni fornite dalla ricorrente nel procedimento principale, che devono naturalmente essere verificate dal giudice del rinvio, oltre il 90% dei file accessibili da tale sito contiene opere messe a disposizione del pubblico senza l'autorizzazione dei titolari dei diritti d'autore. Inoltre, in numerose occasioni gli operatori di TPB sarebbero stati informati del carattere illecito dei contenuti del loro sito e intimati a rimuoverli, cosa che essi avrebbero esplicitamente rifiutato di fare.

6. A mio avviso, in tali circostanze, il fatto di impedire l'accesso alle informazioni agli utenti di Internet, a seguito della misura di blocco del sito TPB, sarebbe proporzionale alla portata e alla gravità delle violazioni dei diritti d'autore commesse in tale sito. La mia valutazione si basa sia sulla quantità dei contenuti illeciti sia sul comportamento degli operatori di tale sito. Ciò vale tanto più in quanto, se alcune opere sono condivise in una rete *peer-to-peer* in modo lecito, è molto probabile che

33 — Sentenza del 27 marzo 2014, UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, punti 45 e 46 e la giurisprudenza ivi citata).

34 — Sentenza del 27 marzo 2014 (C-314/12, EU:C:2014:192, punti da 46 a 63).

35 — Sentenza del 27 marzo 2014, UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, punto 64).

esse siano agevolmente e gratuitamente accessibili anche mediante altre modalità o che esse possano essere facilmente messe a disposizione. La situazione sarebbe del tutto diversa nel caso di un sito Internet in cui i contenuti illeciti siano solo marginali e i cui operatori cooperino in modo leale per rimuoverli.

7. Certamente, l'analisi definitiva con riferimento alla proporzionalità della misura prevista spetta ai giudici nazionali.

8. Infine, in terzo luogo, la misura deve avere l'effetto di impedire o, almeno, di rendere difficilmente realizzabili le consultazioni non autorizzate dei materiali protetti e di scoraggiare seriamente gli utenti di Internet che ricorrono ai servizi del destinatario dell'ingiunzione dal consultare tali materiali messi a loro disposizione in violazione dei diritti d'autore. In altri termini, la misura deve avere l'obiettivo di far cessare e prevenire la violazione di diritti d'autore e deve essere ragionevolmente efficace nel raggiungimento di tale obiettivo.

9. Nella presente causa, le convenute nel procedimento principale nutrono seri dubbi riguardo all'efficacia della misura che consiste nel blocco dell'accesso al sito TPB. Secondo le stesse, da un lato, tale misura sarebbe inefficace, giacché le stesse opere possono essere trovate e condivise su Internet attraverso modalità diverse da TPB. Dall'altro, la misura che consiste nel blocco di un indirizzo Internet potrebbe essere facilmente aggirata da ogni utente di Internet informato.

10. Si deve tuttavia rilevare che, in primo luogo, secondo la giurisprudenza della Corte, non è necessario che la proprietà intellettuale sia garantita in modo assoluto, ossia che la misura prevista conduca alla cessazione completa delle violazioni dei diritti d'autore. È sufficiente, infatti, che essa scoraggi seriamente gli utenti di Internet dal porre in essere siffatte violazioni rendendole difficili [36]. Orbene, tenuto conto del ruolo dei siti Internet, come TPB, nel funzionamento delle reti *peer-to-peer*, mi sembra innegabile che il blocco dell'accesso a un sito siffatto impedirebbe o renderebbe difficile, per la maggior parte degli utenti, reperire le opere messe a disposizione in una rete siffatta e quindi scaricarle violando i diritti d'autore.

11. In secondo luogo, il fatto che siti Internet diversi da TPB possano svolgere il medesimo ruolo non impedisce che la misura richiesta nel procedimento principale sia efficace, giacché possono essere richieste misure analoghe per bloccare a loro volta l'accesso a tali siti. Se si accettasse il ragionamento delle convenute nel procedimento principale si giungerebbe ad ammettere che nessuna misura intesa a prevenire una violazione della legge possa essere efficace per il fatto che nuove violazioni saranno sempre commesse da altri soggetti.

12. Infine, in terzo luogo, va ricordato che la Corte ha già valutato una misura certamente più efficace, che consisteva nell'ingiungere il blocco di tutto il traffico Internet avente ad oggetto opere condivise in modo illecito in reti *peer-to-peer*. La Corte ha respinto una siffatta misura ritenendo che la stessa fosse troppo restrittiva per i fornitori di accesso ad Internet e costituisse un'eccessiva ingerenza nei diritti degli utenti [37].

13. Se oggi si dovesse respingere una misura meno restrittiva per i prestatori dei servizi e che rappresenti una minore ingerenza nei diritti degli utenti in ragione del fatto che essa non è sufficientemente efficace, i fornitori di accesso ad Internet, in definitiva, sarebbero di fatto esonerati dal loro obbligo di cooperazione nella lotta contro le violazioni dei diritti d'autore. Orbene, le deroghe in materia di responsabilità dei prestatori intermedi previste dalla direttiva 2000/31 costituiscono uno degli elementi dell'equilibrio tra i vari interessi in gioco che rappresenta tale direttiva, ai sensi del

36 — Sentenza del 27 marzo 2014, UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, punti da 61 a 63). Secondo la Corte, soddisfa tali criteri anche una misura che non impedisce direttamente le violazioni dei diritti d'autore, ma che esige solamente che gli utenti si identifichino per accedere a Internet [sentenza del 15 settembre 2016, Mc Fadden (C-484/14, EU:C:2016:689, punti 95 e 96)].

37 — Sentenza del 24 novembre 2011, Scarlet Extended (C-70/10, EU:C:2011:771, punti da 38 a 52).

considerando 41 della stessa. Tali deroghe, nell'ambito di tale equilibrio, devono essere controbilanciate non solo dall'assenza di complicità dei prestatori intermedi nel violare la legge, ma anche dalla loro cooperazione al fine di evitare o prevenire tali infrazioni. Essi non possono sottrarsi a tale obbligo invocando, in funzione delle circostanze, né il carattere troppo restrittivo delle misure, né la loro inefficacia.

14. Pertanto, suggerisco alla Corte, in caso di risposta negativa alla prima questione pregiudiziale, di rispondere alla seconda questione che l'articolo 8, paragrafo 3, della direttiva 2001/29 deve essere interpretato nel senso che esso consente di pronunciare nei confronti di un intermediario un provvedimento inibitorio che ingiunga allo stesso di bloccare, nei confronti dei suoi utenti, l'accesso al sito di indicizzazione di una rete *peer-to-peer*, qualora l'operatore del suddetto sito, ai sensi del diritto nazionale, possa essere considerato responsabile delle violazioni dei diritti d'autore commesse dagli utenti di tale rete, a condizione che tale misura sia proporzionata alla portata e alla gravità delle violazioni dei diritti d'autore commesse, circostanza che deve essere verificata dal giudice nazionale.

Conclusione

15. Alla luce di quanto suesposto, suggerisco alla Corte di rispondere alle questioni pregiudiziali sottoposte dallo Hoge Raad der Nederlanden (Corte di cassazione dei Paesi Bassi) nel seguente modo:

La circostanza per la quale l'operatore di un sito Internet consente di reperire file che contengono opere protette dal diritto d'autore offerti in condivisione in una rete *peer-to-peer*, indicizzando gli stessi e fornendo un motore di ricerca, costituisce una comunicazione al pubblico ai sensi dell'articolo, 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, qualora tale operatore sia al corrente del fatto che un'opera sia stata messa a disposizione nella rete senza il consenso dei titolari dei diritti d'autore e non abbia agito al fine di disabilitare l'accesso a tale opera.