

Pubblicato il 03/08/2023

N. 07512/2023REG.PROV.COLL.
N. 02731/2023 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2731 del 2023, proposto dalla società Gamesgo Limited, in persona del rappresentante legale *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Marco Serra, domiciliata presso la PEC come da Registri di giustizia ed elettivamente domiciliata presso lo studio del suindicato difensore in Roma, via Paolo Emilio, n. 57;

contro

l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, presso la cui sede domicilia per legge in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti

della società DAZN Limited, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Maurizio Pinnarò e Mauro Colantoni, domiciliata presso l'indirizzo PEC come da Registri di giustizia ed elettivamente domiciliata presso lo Studio BDL in Roma, via Bocca di Leone, n. 78;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sez. IV, 24 febbraio 2023 n. 3234, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e della società Dazn Limited ed i documenti prodotti;

Esaminate le memorie difensive, anche di replica e gli ulteriori atti depositati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 luglio 2023 il Cons. Stefano Toschei e uditi, per le parti, gli avvocati Marco Serra e Maurizio Pinnarò nonché l'avvocato dello Stato Maria Luisa Spina;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - La presente controversia, nella sede d'appello, muove dalla sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sez. IV, 24 febbraio 2023 n. 3234 con la quale è stato respinto il ricorso (n. R.g. 1078/2023) proposto dalla società Gamesgo Limited (d'ora in poi, per brevità Gamesgo) al fine di ottenere l'annullamento della deliberazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (d'ora in poi, per brevità, AGCOM) n. 189/22/CSP recante: *“provvedimento ai sensi degli articoli 8, commi 2 e 4, e 9, comma 1, lett. D), del regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, di cui alla delibera n. 680/13/cons e s.m.i.”*, adottata in data 24 novembre 2022 e pubblicata il successivo 30 novembre 2022, con la quale detta Autorità ha ordinato *“ai prestatori di servizi di mere conduit operanti sul territorio italiano, individuati ai sensi dell'art. 14 del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, di provvedere alla disabilitazione dell'accesso al sito <https://gamesgo.com>, mediante blocco del DNS, da realizzarsi entro due giorni dalla notifica del presente provvedimento, con contestuale reindirizzamento*

automatico verso una pagina internet redatta secondo l'allegato A al presente provvedimento”.

2. - Dalla documentazione versata dalle parti qui in controversia nei due gradi di giudizio e dalla lettura della sentenza qui fatta oggetto di gravame si può ricostruire la vicenda contenziosa che ha condotto a questo giudizio in sede di appello come segue (le parti virgolettate riproducono stralci di quanto indicato nel ricorso in appello e, talvolta, passaggi rilevanti della sentenza di primo grado):

- la società Gamesgo è titolare della piattaforma *web* denominata *www.gamsgo.com*, raggiungibile dal proprio sito *internet*, che ha quale finalità quella “*di creare una comunità di utenti intenzionati a sottoscrivere e condividere, un piano di abbonamento con le maggiori piattaforme di streaming audiovisivo internazionali, tra cui Netflix, Youtube Premium, HBO Max, Crunchyroll e Dazn*”;

- la predetta società riferisce che i propri clienti/fruitori hanno “*la possibilità di interagire tra loro al fine di condividere i piani di abbonamento offerti dalle piattaforme di streaming audiovisivo, accedere ai relativi contenuti e ripartire pro quota i canoni mensili ad esse dovuti; in altre parole, gli utenti si registrano alla piattaforma raggiungibile al sito internet www.gamsgo.com, la piattaforma suddivide i clienti a seconda dell'interesse manifestato in fase di registrazione, in ordine all'acquisto condiviso dei diversi piani di abbonamento elaborati dai siti di streaming audiovisivo, creando quindi un gruppo di interesse ove i singoli utenti si relazionano e accordano tra loro per ripartire i costi degli abbonamenti ed infine essi stessi provvedono a sottoscrivere o condividono il piano di abbonamento concordato direttamente con i soggetti titolari dei materiali audiovisivi*”;

- ciò che conta chiarire, sottolinea la Gamesgo, è che il sito *www.gamsgo.com* “*non vende abbonamenti di terzi, non trasmette alcun contenuto audiovisivo (protetto da copyright o meno) né permette ai propri utenti di caricare contenuti sulla propria pagina web*”, atteso che costoro, “*per l'accesso ai contenuti riservati agli abbonati, devono recarsi sulle rispettive pagine internet delle piattaforme di streaming (Netflix, Youtube Premium, HBO Max, Crunchyroll ecc.) ed accedere con username e password fornite, in sede di abbonamento, direttamente dagli stessi titolari delle piattaforme*”. Conclude su

tale punto la società appellante che, in definitiva, *“può affermarsi che l’attività di Gamesgo Limited, è quella di organizzare per i suoi utenti, la suddivisione delle spese per i servizi digitali multi-account, attraverso la propria interfaccia Web (web interface), automatizzando i pagamenti”*;

- per meglio illustrare l’operazione svolta da Gamesgo attraverso il su indicato sito *www.gamsgo.com*, la società appellante esemplifica come segue i “passaggi” ai quali si attengono gli utenti: *“il soggetto “A” (in gergo: Admin) si abbona alla piattaforma di streaming audiovisivo (esempio: Netflix) e paga direttamente alla menzionata Società il costo mensile dell’abbonamento multi-account. Il soggetto “A” si registra al sito gamesgo.com al fine di condividere il proprio multi-account e dividerne i costi di abbonamento con altro soggetto “B” coinquilino, conoscente, amico, collega, familiare ecc (in gergo: Joiner). Il soggetto “B” pagherà la sua quota direttamente a Gamesgo Limited, la quale, trattenuta una parte a titolo di compenso per il servizio di gestione del pagamento, provvederà a versare la restante al soggetto “A”. Il soggetto “A”, titolare dell’abbonamento, condivide quindi con il soggetto “B”, le credenziali del multi-account (username e password), ed entrambi hanno facoltà di accedere ai contenuti audiovisivi, solo ed esclusivamente ai relativi indirizzi internet dei titolari delle piattaforme (es. *www.netflix.it*)”*. A ciò si aggiunga che *“come da policy del sito, gli utenti di gamsgo.com, in fase di registrazione, accettano di condividere il proprio multi-account, nel rispetto delle condizioni contrattuali convenute in fase di abbonamento con le rispettive piattaforme, titolari dei contenuti audiovisivi (Netflix, Youtube Premium, HBO Max, Crunchyroll ecc.)”*;

- fermo quanto sopra, riferisce la società oggi appellante che la società Dazn Limited trasmetteva all’AGCOM, in data 8 novembre 2022, una comunicazione con la quale detta segnalava la presenza, sul sito *internet “https://www.gamsgo.com”*, di opere di carattere audiovisivo in presunta violazione della legge (sul diritto d’autore) 22 aprile 1941, n. 633;

- in conseguenza di tale segnalazione, con comunicazione del 10 novembre 2022 (prot. n. DDA/0004357), la Direzione servizi digitali dell’AGCOM dava avvio al procedimento istruttorio n. 1786/DDA/NV relativo all’istanza

presentata da Dazn, in quanto quest'ultima non risultava irricevibile, improcedibile, inammissibile, né manifestamente infondata e che dalle verifiche condotte emergeva la presunta violazione degli artt. 2, comma 1, n. 2), 12, 13, 16, 72 e ss. e 80, l. 633/1941, segnalando di avere, nel contempo, ravvisato la sussistenza delle condizioni per l'applicazione dei termini abbreviati di cui all'art. 9 del Regolamento, in ragione della gravità della violazione segnalata e del suo carattere massivo;

- in esito al procedimento di cui sopra, AGCOM adottava il provvedimento sanzionatorio n. 189/22/CSP, assunto in data 24 novembre 2022 e pubblicato il successivo 30 novembre 2022, nel quale, dopo avere dato atto che *“nei termini fissati dall'art. 9, comma 1, lett. b), del Regolamento, ovvero entro tre giorni lavorativi decorrenti dal 10 novembre 2022, non è stata presentata, né dai prestatori di servizi di cui all'art. 14 del decreto né da altri soggetti, alcuna controdeduzione in merito al presente procedimento”*, disponeva *“la disabilitazione dell'accesso al sito <https://gamsgo.com>, mediante blocco del DNS”*;

- detto provvedimento era gravato dinanzi al TAR per il Lazio con ricorso recante due complessi motivi di censura (sviluppati in quattro percorsi contestativi), ma il giudice di primo grado, con sentenza resa in forma semplificata 24 febbraio 2023 n. 3234, lo ha respinto ritenendolo infondato nel merito, perché l'AGCOM avrebbe correttamente *“applicato il regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del d.lgs. 70/2003, approvato con deliberazione n. 680 del 12 dicembre 2013”*.

3. – La società Gamesgo propone ora appello nei confronti della sentenza del TAR per il Lazio n. 3234/2023, ritenendola errata per non aver dichiarato la fondatezza dei motivi di ricorso dedotti in primo grado e, in particolare, in via di estrema sintesi, in quanto:

I) in primo luogo, sotto il profilo processuale, il giudice di primo grado, decidendo di definire il giudizio, nel merito, con sentenza in forma semplificata in assenza della costituzione in giudizio di AGCOM, senza avere

acquisito tutti gli atti della procedura svolta dall’Autorità e non tenendo conto della posizione contestativa assunta da Gamesgo (che riteneva che il provvedimento sanzionatorio fosse stato assunto sulla, errata e mai provata, circostanza che il sito *www.gamsgo.com* abbia riprodotto “una significativa quantità di opere di carattere audiovisivo”) e neppure di quella fatta propria dalla controinteressata (costituita nel giudizio di primo grado) Dazn (la quale assumeva che l’illegittimità della condotta assunta da Gamesgo sarebbe riconducibile, non alla riproduzione di materiale audiovisivo sul proprio sito *internet* ma di avere proposto “al pubblico, *inter alia*, l’acquisto di abbonamenti mensili a DAZN a 13,77 euro mensili senza alcun titolo giuridico” e che “L’illegittimità dell’attività resa da Gamesgo (e dunque il corretto operato dell’Autorità), emerge lucidamente una volta rappresentato (schematicamente, per punti) l’iter seguito dall’utente (fruitore finale, “cliente Gamesgo”) per concludere il contratto di abbonamento ai servizi offerti da DAZN, proprio attraverso la piattaforma GamsGo”), ha fatto propria una terza strada “di sostegno” al provvedimento sanzionatorio impugnato, assumendo che Gamesgo consentisse ai propri utenti il c.d. *file sharing*, ovvero la condivisione sul proprio sito *internet* di materiale audiovisivo “caricato” dai propri utenti e messo a disposizione degli altri. Detta impostazione preferita dal giudice di prime cure non solo contrasta con la tesi principale espressa da Gamesgo, secondo la quale l’attività svolta va meglio definita come di “*economy sharing*” e quindi di esclusiva condivisioni dei costi di abbonamento da parte di due o più utenti ed accesso al *multi-account* sottoscritto con le rispettive piattaforme di *streaming*, ma neppure poggia su elementi documentali acquisiti al processo di primo grado, attesa la mancata costituzione in quel giudizio di AGCOM e la modesta produzione documentale offerta dalla controinteressata Dazn, non avendoli acquisiti dall’organo giudicante in sede istruttoria, come invece avrebbe dovuto fare;

II) in secondo luogo la società appellante ribadisce che il TAR per il Lazio ha “formato il proprio convincimento sulla scorta di una errata percezione del contenuto meramente materiale del ricorso introduttivo in relazione all’attività svolta da Gamesgo

Limited, che ha indotto lo stesso organo giudicante a decidere sulla base di un falso presupposto fattuale” (così, testualmente, a pag. 26 del ricorso in appello). Mentre la Gamesgo, fin dal ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, ha chiaramente qualificato la legittima attività svolta dalla società e posta sotto il faro di osservazione dell’AGCOM nei corretti termini tecnici dello “*Sharing account*” o di “*Economy Sharing*”, il giudice di primo grado non ha proceduto ad un approfondito esame di detta attività come sopra qualificata, preferendo richiamare, sia in senso normativo (ad esempio l’art. 17 della direttiva UE 790/2019 del 17 aprile 2019) che giurisprudenziale, una diversa attività imputata alla Gamesgo ritenuta applicabile al caso in esame, “arbitrariamente ed erroneamente”, quale è quella dei “*prestatori di servizi di condivisione di contenuti online*”. Tale ultima attività, ribadisce l’odierna appellante, non corrisponde a quella effettivamente svolta da Gamesgo. Più in particolare, se si considerano le definizioni contenute nell’art. 102-*sexies*, comma 1, d.lgs 177/2021 di recepimento della direttiva 2019/790/UE (secondo il quale “*si intende per prestatore di servizi di condivisione di contenuti online un prestatore di servizi della società dell’informazione che presenta cumulativamente i seguenti requisiti: a) ha come scopo principale, o tra i principali scopi, di memorizzare e dare accesso al pubblico a grandi quantità di opere o di altri materiali protetti dal diritto d’autore; b) le opere o gli altri materiali protetti sono caricati dai suoi utenti; c) le opere o gli altri materiali protetti sono organizzati e promossi allo scopo di trarne profitto direttamente o indirettamente*”), appare evidente che la Gamesgo, nell’attività oggetto del provvedimento sanzionatorio adottato nei suoi confronti dall’Autorità: A) non memorizza e non fornisce l’accesso al pubblico sul proprio sito *internet* a grandi quantità di opere o di altri materiali protetti dal diritto d’autore; B) non consente agli utenti di caricare alcun contenuto sul sito *www.gamsgo.com*, dal momento che non mette a disposizione alcun modulo di caricamento dei *file*; C) il profitto maturato dalla Gamesgo, viene corrisposto dagli utenti per l’automatizzazione dei pagamenti tra *admin* e *joiner*, ovvero garantendo al titolare dell’abbonamento (*admin*) sottoscritto con le rispettive piattaforme di *streaming*

la quota dovuta dal *joiner* per la condivisione del *multi-account*. In conclusione l'attività resa dalla Gamesgo Limited, attraverso la piattaforma *www.gamsgo.com*, non corrisponde a quella di un “*prestatore di servizi di condivisione di contenuti online*”;

III) sotto un terzo versante contestativo va ribadito, come già esposto nel giudizio di primo grado, che AGCOM non ha mai comunicato l'avvio del procedimento sanzionatorio alla società oggi appellante, così violando la puntuale disposizione dell'art. 7 l. 7 agosto 1990, n. 241. Se l'Autorità avesse consentito alla Gamesgo di partecipare al procedimento, ciò avrebbe permesso alla predetta società, che aveva comunque interesse a mantenere l'accessibilità al proprio sito *internet*, di “*adeguarsi spontaneamente alla richiesta del soggetto istante*”, disabilitando quindi sulla propria pagina *web* il modulo di condivisione di Dazn, consentendole di poter svolgere ancora la propria attività con gli altri moduli di condivisione (Netflix, Youtube Premium, HBO Max, Crunchyroll e Spotify), così scongiurando l'illegittimo oscuramento del proprio sito *internet* *www.gamsgo.com*.

Da qui la richiesta di riforma della sentenza di primo grado e di annullamento del provvedimento sanzionatorio dell'AGCOM n. 189/22/CSP.

4. – Nel giudizio di appello si è costituita l'AGCOM che ha contestato analiticamente le prospettazioni fatte proprie dalla società appellante, chiedendo il rigetto del gravame proposto, stante l'infondatezza dei motivi d'appello dedotti.

In particolare la difesa erariale sottolinea la corretta impostazione, anche normativa, fatta propria dal giudice di primo grado, in quanto, nel caso di specie ci si trova al cospetto di una attività di condivisione di abbonamenti per la fruizione di contenuti che “*non è un'attività lecita, quantomeno non nei termini proposti dalla piattaforma Gamesgo*”, atteso che “*il diritto d'autore e i diritti connessi rientrano nella categoria dei diritti soggettivi disponibili e, pertanto, ogni riproduzione o comunicazione al pubblico (artt. 13 e 16, 78-ter e 78-quater della legge sul diritto d'autore) può essere autorizzata o vietata solo dal titolare del diritto che – nel caso che qui*

ci occupa – è DAZN. Ed invero, l'unico soggetto titolato a disporre del diritto (cioè, DAZN) non ha concesso alcuna autorizzazione all'odierna appellante”, né DAZN ha “alcun rapporto contrattuale con la società appellante che fa, dunque, un uso illecito del logo, della denominazione sociale e dei contenuti. Altrettanto illecita è la riproduzione, diretta o indiretta, temporanea o permanente, in qualsiasi modalità, parziale o totale, delle prestazioni artistiche di sua proprietà” (così, testualmente, a pag. 3 della memoria dell'Autorità).

Quanto alla contestata mancata comunicazione di avvio del procedimento sanzionatorio la difesa erariale, premesso che, come è noto, nei casi di pirateria *on line*, sono spesso coinvolti soggetti, come i gestori dei siti *internet* (quale Gamesgo) o di pagine *internet*, ospitati in *hosting* su *server* collocati all'estero e alla cui identità è spesso difficile, se non impossibile, risalire e ancora, anche laddove essi siano identificabili, spesso risulta comunque difficile trovare i contatti a cui rintracciarli, ricorda come, nel caso di specie “una volta identificati i soggetti coinvolti, la comunicazione di avvio del procedimento n. 1786/DDA/NV veniva notificata a DAZN - in quanto soggetto che ha presentato l'istanza - al seguente indirizzo di posta elettronica: daznlimited@legalmail.it (prot. n. DDA/0004358) e ai seguenti indirizzi: team@GamsGo.com; domainabuse@service.aliyun.com; abuse@cloudflare.com; intl-abuse@list.alibaba-inc.com; abuse@alibaba-inc.com; noc@list.alibaba-inc.com (prot. n. DDA/0004357) facenti riferimento, rispettivamente, alla piattaforma Gamesgo, al soggetto che ha registrato il nome a dominio, alla società che appariva essere fornitore di *hosting* in quanto operante come *reverse proxy* per il sito e alla società che fornisce servizi di *hosting* e a cui appaiono riconducibili anche i *server* impiegati” (così, testualmente, a pag. 12 della memoria dell'Autorità). Ne deriva dunque che l'AGCOM ha puntualmente applicato quanto disposto dall'articolo 15 del Regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70 di cui alla delibera n. 680/13/CONS (il quale al comma 1 stabilisce che “Le comunicazioni di cui al presente regolamento sono effettuate esclusivamente mediante posta elettronica, ove possibile,

certificata”), avendo effettuato tutte le comunicazioni esclusivamente mediante posta elettronica, come avviene in tutti i procedimenti in materia di diritto d’autore, attraverso un indirizzo di posta elettronica certificata a tutti i soggetti all’uopo identificati, oltre ad avere pubblicato l’avvio del procedimento “*sul sito internet dell’Autorità “in ragione dell’elevato numero di destinatari, circostanza che rende particolarmente gravosa la comunicazione personale”, ai sensi dell’art. 8, comma 3, della legge n. 241/90, in quanto i soli destinatari di un potenziale ordine di disabilitazione dell’accesso al sito sono i prestatori di servizi di mere conduit di cui al decreto legislativo n. 70/2003*” (così, testualmente, a pag. 8 della memoria dell’Autorità).

In conclusione, ad avviso di AGCOM, le censure dedotte nei confronti della sentenza di primo grado e del provvedimento sanzionatorio in quella sede principalmente impugnato non sono fondate, di talché il mezzo di gravame proposto va respinto.

5. – Si è costituita la società Dazn Limited sostenendo anch’essa la correttezza della sentenza assunta in primo grado e ritenendo l’infondatezza dell’appello proposto, in seguito alla contestazione analitica dei motivi d’appello dedotti dalla società Gamesgo.

Le parti hanno presentato memorie ulteriori, anche di replica, confermando le conclusioni già illustrate negli atti processuali precedentemente depositati nel fascicolo digitale del processo.

6. – Osserva il Collegio, in via preliminare, che il *punctum pruriens* dell’intera controversia si sostanzia nella individuazione specifica e puntuale nonché nella corretta rappresentazione giuridica dell’attività svolta dalla società Gamesgo, fatta oggetto di intervento sanzionatorio da parte di AGCOM.

Secondo la società appellante il giudice di primo grado sarebbe incorso in un “errore di fatto” in quanto ha ritenuto che l’attività svolta da Gamesgo consenta ai propri utenti il c.d. *file sharing*, ovvero la condivisione sul proprio sito *internet* di materiale audiovisivo “*caricato*” da detti utenti e messo a disposizione degli altri. Al contrario, sostiene l’appellante, attraverso la

piattaforma *internet* *www.gamsgo.com*, essa ha creato null'altro che una *community* che permette a gruppi di amici, conoscenti, coinquilini, colleghi di lavoro e membri di uno stesso nucleo familiare di organizzare la suddivisione delle spese per gli abbonamenti alle piattaforme di *streaming* audiovisivo *multi-account*, tra cui Netflix, Youtube Premium, HBO Max, Crunchyroll. ecc.. In particolare: a) i fruitori dei servizi resi da *www.gamsgo.com* hanno la possibilità di interagire tra loro al fine di ripartire i costi dei piani di abbonamento e condividere i *multi-account* forniti dalle piattaforme di *streaming* audiovisivo; b) il sito di cui sopra non vende abbonamenti di terzi, non trasmette alcun contenuto audiovisivo (protetto da *copyright* o meno) né permette ai propri utenti di caricare contenuti sulla propria pagina *web*; c) ciò è tanto vero che gli utenti, per l'accesso ai contenuti riservati agli abbonati, devono recarsi sulle rispettive pagine internet delle piattaforme di streaming (Netflix, Youtube Premium, HBO Max, Crunchyroll ecc.) ed accedere, con *username* e *password* fornite in sede di abbonamento, direttamente dagli stessi titolari delle piattaforme; d) sinteticamente e in conclusione, la società Gamesgo Limited si limita ad organizzare per i suoi utenti la suddivisione delle spese per i servizi digitali *multi-account*, attraverso la propria interfaccia *Web* (*web interface*), automatizzando i pagamenti. Tale tipologia di attività, comune ad altri operatori del settore, piuttosto che alla categoria riferibile ai “*prestatori di servizi di condivisione di contenuti online*” (come erroneamente ha ritenuto il TAR per il Lazio), va più correttamente ricondotta alle categorie dello “*Sharing account*” o di “*Economy Sharing*”. Quindi nessuna violazione della legge sul diritto d'autore sarebbe stata perpetrata attraverso tale attività.

Quel che mostra di non voler cogliere la società appellante, con riferimento alla vicenda contenziosa qui in esame, è la circostanza che detta attività è svolta senza che alcun contratto “di disponibilità” sia intercorso tra la società Gamesgo e la società Dazn e che quest'ultima abbia subito, sostanzialmente ignara, un utilizzo dei suoi abbonamenti che ella non aveva autorizzato e anzi aveva espressamente vietato attraverso condizioni negoziali note agli utenti.

Se è vero che (come ha correttamente ricordato l'avvocatura erariale) “*il diritto d'autore e i diritti connessi rientrano nella categoria dei diritti soggettivi disponibili?*” tanto che “*ogni riproduzione o comunicazione al pubblico (artt. 13 e 16, 78-ter e 78-quater della legge sul diritto d'autore) può essere autorizzata o vietata solo dal titolare del diritto che – nel caso che qui ci occupa – è DAZN*” (così, testualmente, a pag. 3 della memoria), è evidente che l'unico soggetto titolato a disporre del diritto d'autore riferito alla trasmissione dei suoi programmi (nella specie sportivi) non poteva che essere, nel caso di specie, la società Dazn, che non risulta abbia concesso alcuna autorizzazione alla società Gamesgo.

7. – Come è noto, il d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70 ha dato attuazione alla direttiva 2000/31/CE, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico.

La nozione di “servizi della società dell'informazione” ricomprende i servizi prestati normalmente dietro retribuzione, a distanza, mediante attrezzature elettroniche di trattamento e di memorizzazione e a richiesta individuale di un destinatario dei servizi stessi (art. 2, lett. a), della suddetta direttiva).

Il *provider* è il soggetto che organizza l'offerta ai propri utenti dell'accesso alla rete *internet* e dei servizi connessi all'utilizzo di essa.

Si distinguono, ai sensi del decreto in esame, tre figure di soggetti che operano nel presente mercato, articolate in ragione della tipologia di prestazione resa, a cui corrisponde una specifica forma di responsabilità:

- a) attività di semplice trasporto - *mere conduit* (art. 14);
- b) attività di memorizzazione temporanea - *caching* (art. 15);
- c) attività di memorizzazione di informazione - *hosting* (art. 16).

Facendo riferimento alla previsione di cui all'art. 14 d.lgs. 70/2003 che, come si è accennato, traspone nell'ordinamento nazionale la previsione di cui all'articolo 12 della direttiva 8 giugno 2000, n. 31 (secondo la quale: “*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 è responsabile delle informazioni trasmesse a condizione che: a) non dia origine alla trasmissione; b) non selezioni il destinatario della trasmissione; c) non selezioni né modifichi le informazioni trasmesse”), l'esenzione da responsabilità del prestatore è legata alla attività che costui svolge di “semplice trasporto” (c.d. mere conduit), esclusivamente in relazione al contenuto delle informazioni trasmesse.

Essa, invece, non contempla una assoluta e indifferenziata esenzione di responsabilità in favore del prestatore laddove - come nel caso in esame - il titolo di responsabilità derivi da circostanze ulteriori e diverse rispetto a quelle afferenti la mera garanzia di correttezza ed integrità delle informazioni trasmesse.

Del resto, l'approccio in questione rinviene una puntuale conferma nell'ambito del considerando 44 della direttiva 2000/31/CE, cit., secondo cui *“il prestatore che deliberatamente collabori con un destinatario del suo servizio al fine di commettere atti illeciti non si limita alle attività di semplice trasporto ("mere conduit") (...) e non può pertanto beneficiare delle deroghe in materia di responsabilità previste per tali attività”*.

Nel caso qui in esame, in disparte le suggestive e ben congegnate rappresentazioni espresse dalla parte appellante, la società Gamesgo, mettendo in contatto possibili utenti collettivi del singolo abbonamento ad una piattaforma *web* di un soggetto terzo (nella specie Dazn, ma anche altri, come si è riferito), finisce con lo sfruttare il singolo abbonamento, dietro il pagamento di un corrispettivo per il servizio di “collegamento tra utenti” svolto, sebbene al fine di agevolare le potenzialità legate da detto singolo abbonamento intercorso tra contraenti che nessun contatto, al momento della stipula dell'abbonamento, hanno avuto con la società Gamesgo.

E' la stessa società appellante a chiarire gli elementi essenziali del surriferito sfruttamento del singolo abbonamento, laddove ne descrive i principali elementi come segue: *“l'attività di Gamesgo Limited, è quella di organizzare per i suoi utenti, la suddivisione delle spese per i servizi digitali multi-account, attraverso la propria*

interfaccia Web (web interface), automatizzando i pagamenti. Per meglio comprendere la fattispecie in esame, si esemplificano di seguito i vari passaggi a cui si attengono gli utenti: il soggetto "A" (in gergo: Admin) si abbona alla piattaforma di streaming audiovisivo (esempio: Netflix) e paga direttamente alla menzionata Società il costo mensile dell'abbonamento multi-account. Il soggetto "A" si registra al sito gamesgo.com al fine di condividere il proprio multi-account e dividerne i costi di abbonamento con altro soggetto "B" coinquilino, conoscente, amico, collega, familiare ecc (in gergo: Joiner). Il soggetto "B" pagherà la sua quota direttamente a Gamesgo Limited, la quale, trattenuta una parte a titolo di compenso per il servizio di gestione del pagamento, provvederà a versare la restante al soggetto "A". Il soggetto "A", titolare dell'abbonamento, condivide quindi con il soggetto "B", le credenziali del multi-account (username e password), ed entrambi hanno facoltà di accedere ai contenuti audiovisivi, solo ed esclusivamente ai relativi indirizzi internet dei titolari delle piattaforme (es. www.netflix.it)" (così, testualmente, a pag. 15 dell'atto di appello).

Tenendo conto, dunque, delle indicazioni che provengono dall'art. 14 d.lgs. 70/2003, Gamesgo non si comporta da semplice *mere conduit*, ma utilizza comunque l'abbonamento di un utente di una società diversa (che trasmette l'opera dell'ingegno) per conseguire un vantaggio attraverso la "messa in contatto" con un diverso potenziale utente che non stipula un autonomo contratto di abbonamento con la società proprietaria del sito *web* trasmittente, ma si limita a condividere i costi con altro utente dell'unico abbonamento stipulato.

8. – Se è vero quindi che il considerando 59 della direttiva sul diritto d'autore (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, c.d. direttiva sul diritto d'autore, seguita dalla 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, c.d. direttiva sul commercio elettronico) stabilisce che "*In particolare in*

ambito digitale, i servizi degli intermediari possono essere sempre più utilizzati da terzi per attività illecite. In molti casi siffatti intermediari sono i più idonei a porre fine a dette attività illecite. Pertanto fatte salve le altre sanzioni e i mezzi di tutela a disposizione, i titolari dei diritti dovrebbero avere la possibilità di chiedere un provvedimento inibitorio contro un intermediario che consenta violazioni in rete da parte di un terzo contro opere o altri materiali protetti. Questa possibilità dovrebbe essere disponibile anche ove gli atti svolti dall'intermediario siano soggetti a eccezione ai sensi dell'articolo 5. Le condizioni e modalità relative a tale provvedimento ingiuntivo dovrebbero essere stabilite dal diritto nazionale degli Stati membri”, è parimenti vero che l'art. 3 della surrichiamata direttiva prevede che “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” e il successivo art. 8 puntualizza che “1. Gli Stati membri prevedono adeguate sanzioni e mezzi di ricorso contro le violazioni dei diritti e degli obblighi contemplati nella presente direttiva e adottano tutte le misure necessarie a garantire l'applicazione delle sanzioni e l'utilizzazione dei mezzi di ricorso. Le sanzioni previste devono essere efficaci, proporzionate e dissuasive. 2. Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie a garantire che i titolari dei diritti i cui interessi siano stati danneggiati da una violazione effettuata sul suo territorio possano intentare un'azione per danni e/o chiedere un provvedimento inibitorio e, se del caso, il sequestro del materiale all'origine della violazione, nonché delle attrezzature, prodotti o componenti di cui all'articolo 6, paragrafo 2. 3. 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” (cfr., in argomento, anche Corte giust. UE, Grande Sezione, 22 giugno 2021, espressa nelle cause riunite C682/18 e C683/18).

Inoltre, dai considerando 3 e 31 della direttiva sul diritto d'autore risulta che l'armonizzazione da questa effettuata è intesa a garantire, in particolare nell'ambiente elettronico, un giusto equilibrio tra, da un lato, l'interesse dei

titolari dei diritti d'autore e dei diritti connessi alla protezione del loro diritto di proprietà intellettuale, garantita dall'articolo 17, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e, dall'altro, la tutela degli interessi e dei diritti fondamentali degli utenti dei materiali protetti, segnatamente della loro libertà di espressione e d'informazione, garantita dall'articolo 11 della Carta, nonché dell'interesse generale (cfr. sentenze dell'8 settembre 2016, GS Media, C160/15, punto 31, e del 29 luglio 2019, Pelham e a., C476/17, punto 32 e giurisprudenza ivi citata).

Pare evidente, dunque, che lo sfruttamento in qualsiasi modo realizzato di un abbonamento, stipulato da un utente con un operatore economico per l'utilizzo di prodotti coperti dal diritto d'autore, da parte di altro operatore economico, ricavandone un vantaggio, all'insaputa del primo operatore economico, costituisca un'attività illecita in violazione delle regole, anche eurounitarie, sulla tutela del diritto d'autore. A tacere del fatto, peraltro non insignificante, che dagli atti prodotti in giudizio emerge come manifestamente la società Dazn, nelle condizioni di utilizzo pubblicate sull'omonimo sito *web*, al punto 8.1.3., ha stabilito che l'utente si impegna a *“non copiare, registrare o memorizzare tutto o parte del Servizio DAZN (salvo per quanto da noi permesso nell'ambito della funzionalità dell'applicazione), ovvero dirottare, ricondividere, ritrasmettere, acquisire in streaming o in altro modo distribuire tutto o parte del Servizio DAZN ad altri, ovvero autorizzare, consentire a o fare in modo che altri soggetti facciano nulla di quanto sopra”*.

Non avendo ricevuto alcuna legittimazione la società Gamesgo, perché non risulta avergliela fornita la società Dazn attraverso apposita autorizzazione, a favorire condivisione dell'abbonamento tra l'abbonato e altri utenti, al di fuori dei membri conviventi all'interno del nucleo domestico dell'abbonato, l'attività contestata a Gamesgo non può ricondursi alla categoria del *mere conduit* e quindi il provvedimento sanzionatorio adottato da AGCOM appare correttamente adottato (nel merito).

9. – Neppure la contestata violazione delle regole procedurali da parte di AGCOM coglie nel segno.

Trattandosi obiettivamente di un'attività con localizzazione all'estero dei *server* ospitanti il sito, la comunicazione di avvio del procedimento è stata eseguita mediante pubblicazione sul sito *internet* della società Gamesgo, in piena attuazione della previsione recata dall'art. 8, comma 3, l. 241/1990, per le ipotesi in cui “*il numero dei destinatari la comunicazione personale non sia possibile o risulti particolarmente gravosa*”.

E' poi documentalmente dimostrato che la comunicazione di avvio del procedimento n. 1786/DDA/NV, oltre che sul sito dell'Autorità, è stata trasmessa, tramite posta elettronica certificata, a più indirizzi elettronici, a partire dall'indirizzo *daznlimited@legalmail.it* (prot. n. DDA/0004358), per poi proseguire con l'invio ai seguenti indirizzi: *team@GamsGo.com*; *domainabuse@service.aliyun.com*; *abuse@cloudflare.com*; *intl-abuse@list.alibaba-inc.com*; *abuse@alibaba-inc.com*; *noc@list.alibaba-inc.com* (prot. n. DDA/0004357). Detti indirizzi sono caratterizzati dalla circostanza di essere riferibili alla piattaforma Gamesgo, al soggetto che ha registrato il nome a dominio, alla società che appariva essere fornitore di hosting in quanto operante come reverse proxy per il sito e alla società che fornisce servizi di hosting e a cui appaiono riconducibili anche i server impiegati.

Ne consegue che le prescrizioni puntualmente riconducibili alla previsione di cui all'articolo 15 del Regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70 di cui alla delibera n. 680/13/CONS.

Da ultimo va aggiunto che, stante la gravità dell'illecito contestato alla Gamesgo e della diffusione dello stesso, tanto da estendersi a molti altri siti di operatori economici (ad esempio, Netflix, Youtube Premium, HBO Max, Crunchyroll e Spotify), l'intervento emendativo a carico della società incolpata non avrebbe (obiettivamente) potuto limitarsi alla disabilitazione sulla propria pagina *web* del modulo di condivisione di Dazn, sicché non le sarebbe stato

consentito di poter svolgere ancora la propria attività con gli altri moduli di condivisione e, quindi, non avrebbe potuto evitare l'oscuramento del proprio sito *internet www.gamsgo.com*.

10. - In ragione di tutto quanto si è sopra esposto l'appello non può trovare accoglimento a seguito della infondatezza dei motivi di gravame dedotti dalla società appellante, con conseguente conferma della sentenza di primo grado e della reiezione del ricorso in quella sede proposti.

La presente decisione è stata assunta tenendo conto dell'ormai consolidato "principio della ragione più liquida", corollario del principio di economia processuale (cfr. Cons. Stato, Ad. pl., 5 gennaio 2015 n. 5 nonché Cass., Sez. un., 12 dicembre 2014 n. 26242), che ha consentito di derogare all'ordine logico di esame delle questioni e tenuto conto che le questioni sopra vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, *ex plurimis*, per le affermazioni più risalenti, Cass. civ., Sez. II, 22 marzo 1995 n. 3260 e, per quelle più recenti, Cass. civ., Sez. V, 16 maggio 2012 n. 7663 e per il Consiglio di Stato, Sez. VI, 18 luglio 2016 n. 3176), con la conseguenza che gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

In applicazione del principio della soccombenza processuale, di cui all'art. 91 c.p.c., per come espressamente richiamato dall'art. 26, comma 1, c.p.a., la società Gamesgo Limited va condannata a rifondere le spese del presente grado di giudizio in favore dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e della società Dazn Limited, nella misura complessiva di € 5.000,00 (euro cinquemila/00), ripartite in € 2.500,00 (euro duemilacinquecento/00) per ciascuna delle suddette parti vittoriose in sede di appello, oltre accessori come per legge.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello (n. R.g. 2731/2023), lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza di primo grado oggetto di appello.

Condanna la società Gamesgo Limited, in persona del rappresentante legale *pro tempore*, a rifondere le spese del grado di appello in favore dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e della società Dazn Limited, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, nella misura complessiva di € 5.000,00 (euro cinquemila/00), ripartite in € 2.500,00 (euro duemilacinquecento/00) per ciascuna delle suddette parti vittoriose in sede di appello, oltre accessori come per legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 13 luglio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Sergio De Felice, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere

Stefano Toschei, Consigliere, Estensore

Davide Ponte, Consigliere

Marco Poppi, Consigliere

L'ESTENSORE

Stefano Toschei

IL PRESIDENTE

Sergio De Felice

IL SEGRETARIO