

FALSE RECENSIONI DI BENI O PRODOTTI IN INTERNET E RESPONSABILITÀ CIVILE

FALSE REVIEWS OF GOODS OR PRODUCTS ON THE INTERNET AND CIVIL LIABILITY

Geo Magri

Università degli Studi di Torino. Dipartimento di Giurisprudenza.
Post-Doc. *E-mail:* geo.magri@unito.it

Sintesi: L'articolo si sofferma sulle false recensioni *online* e sulla responsabilità del loro autore, oltre che dell'internet service provider. In particolare l'autore indaga la tematica alla luce della disciplina italiana ed europea in materia di concorrenza sleale e della protezione del consumatore dalle pratiche commerciali sleali. Particolare attenzione viene riservata alla giurisprudenza dei diversi ordinamenti europei con riferimento alla responsabilità degli ISP.

Parole-chiave: False recensioni *online*. Responsabilità dell'ISP. Pratiche commerciali ingannevoli. Concorrenza sleale.

Abstract: The article focuses on false *online* reviews and the responsibility of their author, as well as the internet service provider. In particular, the author investigates the issue in the light of the Italian and European rules on unfair competition and consumer protection from unfair commercial practices. Particular attention is paid to the jurisprudence of the various European legal systems with reference to the liability of ISPs.

Keywords: False Online Reviews. ISP Liability. Misleading Commercial Practices. Unfair Competition.

Sommario: **1** Sistemi reputazionali, tutela del consumatore e concorrenza sleale tra le imprese – **2** Il funzionamento del *reputation systems* – **3** La responsabilità dell'autore della falsa recensione tra concorrenza sleale e pratiche commerciali ingannevoli – **4** La responsabilità dell'*hosting provider* – **5** Osservazioni conclusive

1 Sistemi reputazionali, tutela del consumatore e concorrenza sleale tra le imprese

È un dato di comune esperienza che l'acquisto di beni e servizi *online* sia fortemente influenzato dai giudizi che gli altri consumatori hanno espresso con riferimento alle loro esperienze di consumo in relazione al bene o servizio.

La rilevanza dei meccanismi reputazionali potrebbe addirittura far ritenere che, con riguardo alle transazioni *online*, non occorran più specifiche previsioni normative a tutela del consumatore: questi, infatti, potendo valutare il bene o il servizio acquistato in modo positivo o negativo, possiede un'importante arma per spingere il professionista ad assecondare i suoi desiderata. Attraverso il proprio giudizio, infatti, il consumatore può influenzare le scelte d'acquisto di altri consumatori e utenti; ne consegue l'interesse del professionista ad attivarsi affinché il giudizio del consumatore sull'esperienza di consumo sia il più positivo possibile. Soltanto con una lunga serie di giudizi positivi il professionista continuerà a essere appetibile su un mercato altamente concorrenziale quale quello *online*. Il *feedback* sarebbe la mano invisibile del mercato che spinge i professionisti a soddisfare le esigenze dei loro consumatori, più di quanto non farebbero le norme di diritto positivo.

L'importanza delle recensioni è legata al fatto che, nella casa di vetro rappresentata da internet, il professionista che offre un prodotto o un servizio di successo non è più soltanto quello che investe sulla qualità del proprio prodotto, ma quello che è descritto come un produttore affidabile dai suoi consumatori. Ciò diviene assai più rilevante oggi, che il passaparola non è più limitato a parenti e amici, ma può raggiungere qualunque consumatore sia intenzionato ad acquistare il bene o il servizio offerto, in qualunque parte del mondo si trovi. Si tratta dell'effetto di *stranger sharing*, ben noto agli studiosi di *sharing economy*, in forza del quale la tecnologia finisce per avvicinare gli estranei tra loro, favorendo la diffusione delle informazioni.¹

È quindi fuori di dubbio che, per chi opera *online*, la reputazione abbia un'importanza fondamentale; il dato è dimostrato dall'interesse con il quale i professionisti valutano la possibilità di acquistare *feedback* positivi a pagamento, per incrementare il loro *appeal* nei confronti dei consumatori.²

Non solo: mentre è noto che soltanto una piccola percentuale dei consumatori rilascia un *feedback* dopo aver acquistato un bene o un servizio, è altrettanto risaputo che la stragrande maggioranza dei consumatori compie le proprie scelte di consumo alla luce delle esperienze precedenti descritte da altri consumatori.

Tutto ciò rende evidente come il sistema dei meccanismi reputazionali, nato con il lodevole intento di consentire agli acquirenti di valutare il loro partner *online* prima di concludere il contratto, si stia trasformando in uno strumento utile a incidere sui meccanismi concorrenziali tra i professionisti, favorendo l'adozione di pratiche sleali.

¹ Cfr. Schor, Juliet. *Il dibattito sulla sharing economy*, in Tiziano Bonini e Guido Smorto (a cura di). *Shareable! L'economia della condivisione*. Roma: Edizioni di Comunità, 2017, p. 41.

² Si veda, tra i tanti, l'articolo *False recensioni su Amazon: come funzionano e quanto pagano* di Biagio Simonetta, pubblicato sul quotidiano *il Sole 24 Ore* del 10 maggio 2018 <https://www.ilssole24ore.com/art/tecnologie/2018-05-10/amazon-e-lotta-inutile-contro-recensioni-false-113134.shtml?uuid=AERGJ9IE>

Scopo di questo articolo è analizzare come il meccanismo dei *feedback* falsi può influenzare il mercato e quale tipo di responsabilità possa essere ascritta agli autori dei commenti falsi e ai *provider* che li ospitano sul loro sito. È evidente che, attraverso i giudizi falsi, è possibile attribuire una posizione di particolare vantaggio a un'impresa e a discapito delle concorrenti.³

2 Il funzionamento del *reputation systems*

Le piattaforme *online* come *Amazon*, *Ebay*, *Booking*, *Airbnb*, ecc. permettono di acquistare beni o servizi *online* e, successivamente, recensire l'esperienza effettuata. Su queste piattaforme, quindi, il consumatore, prima di rilasciare il *feedback* è normalmente tenuto all'acquisto. L'espedito è evidentemente volto a combattere la possibilità di rilasciare recensioni false, ma, alla prova dei fatti non si è rivelato abbastanza efficiente a eliminare completamente il rischio di inserimento nel sistema di recensioni a pagamento.

Accanto a queste piattaforme, però, ne esistono altre che consentono, anche in assenza di un acquisto verificato, di giudicare un determinato bene o servizio. La più diffusa tra tali piattaforme è sicuramente *TripAdvisor*, che può essere considerato uno dei maggiori portali di recensione al mondo per quanto riguarda i servizi turistici e la ristorazione.

I sistemi reputazionali rappresentano una delle epifanie più evidenti di come l'evoluzione digitale abbia radicalmente trasformato le esperienze di consumo, agevolando e incentivando l'interazione critica e collaborativa tra gli utenti. Non solo: quelli che sino a ieri erano soltanto consumatori sono divenuti *prosumers*, ossia produttori dei beni e dei servizi che consumano.⁴

Anche con riguardo alle piattaforme che consentono di esprimere un giudizio sulle proprie esperienze di consumo assistiamo a una trasformazione del consumatore in produttore di informazioni utili per le scelte di consumo operate da altri consumatori. Le informazioni che i consumatori (o meglio i *prosumers*) rilasciano, consentono alla piattaforma di trarre profitto attraverso la pubblicità.

Le informazioni che vengono inserite nelle piattaforme, però, non sono soggette a controllo con riguardo alla loro affidabilità. Al più, come si è osservato,

³ Carota, Lisia. *Diffusione di informazioni in rete e affidamento sulla reputazione digitale dell'impresa*, in *Giur. comm.*, 2017, 624 ss.

⁴ Sul tema si vedano Maugeri, Maria Rosaria. *Elementi di criticità nell'equiparazione, da parte dell'Aeegsi, dei "prosumer" ai "consumatori" e ai "clienti finali"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, p. 406 e Lanni, Sabrina, Magri Geo. *Mercato digitale e nuovi paradigmi della tutela del consumatore in Brasile e Germania*, in *Annuario di diritto comparato*, 2017, p. 917 ss.

la piattaforma verifica che chi recensisce il bene o il servizio lo abbia effettivamente acquistato. Ciascun utente, però, è libero di inserire le informazioni che ritiene più opportune, senza alcun controllo o filtro.⁵

Il rischio che nel sistema si formino e vengano introdotte recensioni non genuine è quindi concreto e ciò è dimostrato dai frequenti casi nei quali si è dimostrato che le recensioni sono oggetto di un vero e proprio commercio. Esistono addirittura operatori specializzati nel fornire, per pochi euro, pacchetti di recensioni su commissione. Le false recensioni potranno essere elogiative dei beni e servizi offerti da chi le acquista sia negative per i prodotti e servizi dei concorrenti. Nel primo caso si parlerà di *boosting*, ossia dell'inserimento sul sito di auto-recensioni positive utili per acquistare maggiore visibilità e affidabilità tra gli utenti del sito. Nel secondo caso, invece, si parlerà di *vandalism*, ossia di pubblicazione di false recensioni negative volte a danneggiare i concorrenti.

In entrambi i casi è chiaro che il professionista che ricorre alle false recensioni a pagamento compie un atto di concorrenza sleale nei confronti dei concorrenti, oltre che una pratica commerciale sleale ingannevole nei confronti dei consumatori. È peraltro evidente che il ricorso all'acquisto di pacchetti *feedback* non è una forma di pubblicità, ma una pratica piuttosto subdola, perché il consumatore che legge la recensione è tendenzialmente portato a credere alla veridicità di quanto dichiarato dall'utente che l'ha rilasciata.

Un problema particolarmente delicato è rappresentato dalla necessità di conciliare l'esigenza del professionista a non essere danneggiato da recensioni false, che hanno natura denigratoria, con il diritto del consumatore a esprimere liberamente la propria opinione negativa con riguardo all'esperienza di consumo. Questo aspetto evidenzia la particolare delicatezza che connota il tema delle recensioni negative; con riguardo a esse, infatti, è estremamente difficile distinguere tra recensioni negative false, che quindi non meritano di essere tutelate in quanto incidono negativamente sulla concorrenza, e recensioni negative veritiere, che invece incidono positivamente sul mercato, in quanto consentono di avvisare altri consumatori prevenendo eventuali esperienze negative.

Ovviamente, nel caso in cui la recensione negativa sia anche diffamatoria o ingiuriosa, il problema è ancora diverso. In questa ipotesi, infatti, il diritto dell'utente a esprimere la propria opinione si scontra con il divieto di usare espressioni che siano infamanti. La recensione denigratoria, quindi, potrà addirittura essere sanzionata penalmente qualora integri gli estremi della diffamazione (art. 595 c.p.)

⁵ Carota, Lisia. *Diffusione di informazioni*, cit., p. 626 s. e di Vizzoni, Lavinia. *Recensioni non genuine su tripadvisor: quali responsabilità?*, in *R. civ. e prev.*, 2018, p. 706 ss., spec. 708.

e ciò avverrà in tutti quei casi in cui essa leda l'altrui reputazione e sia in grado di raggiungere più persone.⁶

Una recente decisione del settembre 2018 del Tribunale di Lecce dimostra, però, come gli stessi siti che ospitano le recensioni si stiano facendo parte attiva per combattere il fenomeno delle false recensioni *online*. Nel caso di specie, il portale *Tripadvisor*, attraverso il proprio servizio antifrodi, ha consentito al Tribunale di Lecce di individuare e condannare per truffa e sostituzione di persona i responsabili di un'agenzia di servizi che offriva false recensioni.

È appena il caso di osservare che i meccanismi reputazionali possono valere anche in settori diversi rispetto alla vendita di beni o servizi. Con essi possono essere promossi artisti, scrittori e anche programmi politici, influenzando direttamente la percezione della realtà degli utenti della rete. È quindi di importanza cruciale adottare un efficace sistema di prevenzione e repressione delle recensioni false, anche se, nella pratica, ciò può non essere semplice.

3 La responsabilità dell'autore della falsa recensione tra concorrenza sleale e pratiche commerciali ingannevoli

Abbiamo già accennato al fatto che il ricorso alle false recensioni da parte del professionista per elogiare i propri beni e servizi o per screditare i beni e servizi dei concorrenti rappresenta un atto di concorrenza sleale nei confronti del concorrente e una pratica commerciale ingannevole nei confronti del consumatore.

Ci si potrebbe chiedere se la concorrenza sleale possa essere esclusa quando l'imprenditore commissiona la campagna a un'agenzia. In questo caso, a rilasciare le false dichiarazioni sarebbe un terzo e non il concorrente. Alcuni autori dubitano che ciò sia conciliabile con la concorrenza sleale, che, invece, presupporrebbe che l'atto illecito sia commesso direttamente dall'imprenditore concorrente.⁷

Il dubbio che la falsa recensione (sia essa elogiativa per il professionista o denigratoria per il concorrente) commissionata dall'imprenditore, ma rilasciata

⁶ Cfr. Cass. pen., sez. V, 23 gennaio 2017, n. 8482, in *Guida al diritto* 2017, 16, p. 98, secondo la quale «L'uso dei social network, e quindi la diffusione di messaggi veicolati a mezzo internet integra un'ipotesi di diffamazione aggravata ai sensi dell'art. 595, comma 3, c.p., poiché trattasi di condotta potenzialmente capace di raggiungere un numero indeterminato o, comunque, quantitativamente apprezzabile di persone, qualunque sia la modalità informatica di condivisione e di trasmissione. Del resto, l'art. 595, comma 3, c.p., riferendo la diffamazione aggravata all'uso del mezzo della stampa ovvero disgiuntamente all'uso di ogni altro mezzo di pubblicità, rende evidente come la categoria dei mezzi di pubblicità sia più ampia del concetto di stampa, includendo tutti quei sistemi di comunicazione e, quindi, di diffusione - dal fax ai social media - che, grazie all'evoluzione tecnologica, rendono possibile la trasmissione di dati e notizie a un numero ampio o addirittura indeterminato di soggetti».

⁷ Cfr. Vizzoni, Lavinia. *Recensioni non genuine*, cit., p. 711.

da un'agenzia, possa essere qualificata come atto di concorrenza sleale non sembra giustificato. È pacifico che la pubblicità denigratoria o ingannevole sia atto di concorrenza sleale, ma essa ben difficilmente è realizzata concretamente dall'imprenditore che, nella prassi, si limita a commissionarla a un'agenzia pubblicitaria, esattamente come avviene nel caso delle false recensioni. In entrambi i casi, quindi, l'imprenditore non agisce in prima persona, ma chi agisce lo fa su suo espresso incarico. È quindi evidente che le due fattispecie siano completamente sovrapponibili e che, se la pubblicità ingannevole e denigratoria è considerata pacificamente un atto di concorrenza sleale, lo stesso deve valere per le false recensioni. La Cassazione,⁸ peraltro, ha avuto modo di precisare che, nel caso di condotta anticoncorrenziale posta in essere da un terzo, affinché la commissione del fatto lesivo da parte del terzo abbia rilievo ex artt. 2598 e ss. c.c., è necessario dimostrare l'esistenza di una relazione di interessi tra l'autore dell'atto e l'imprenditore avvantaggiato. L'illecito concorrenziale, quindi, non può considerarsi escluso per il solo fatto che l'atto lesivo sia stato posto in essere da un terzo interposto, che agisce per conto di un concorrente del danneggiato; sarà sufficiente dimostrare che l'imprenditore abbia commissionato la campagna e che abbia tratto vantaggio da essa. In questo caso, infatti, il terzo responsabile risponderà solidalmente con l'imprenditore che si sia giovato della sua condotta.⁹

Ancora diverso il caso in cui il terzo interposto sia un dipendente dell'imprenditore avvantaggiato. In questa ipotesi la responsabilità troverà la sua fonte nell'art. 2049 c.c. e ciò anche nel caso in cui l'atto non sia riconducibile alle mansioni normalmente affidate al dipendente, poiché è sufficiente un nesso di "occasionalità necessaria" derivante dall'aver il dipendente agito nell'ambito dell'incarico affidatogli, sia pure eccedendo i limiti delle proprie attribuzioni o, addirittura, all'insaputa del datore di lavoro.¹⁰

Lo stesso principio dovrebbe valere con riferimento alle pratiche commerciali ingannevoli, nel caso in cui il consumatore decida di acquistare o non acquistare il bene o il servizio sulla base di recensioni false pubblicate. L'art. 18 del codice del consumo, infatti, ai fini definitivi, adotta una nozione di professionista più ampia rispetto a quella tradizionale e tale da ricomprendere anche chiunque agisce in nome o per conto del professionista.¹¹ È evidente che il terzo che rilascia

⁸ Da ultimo Cass., 23 marzo 2017, n. 747, in *Giur. it.*, 2017, 1881, con nota di Uberti, Ilaria. *La concorrenza sleale per interposta persona* e Barbazza, Alberto. *Riflessioni sul tema della concorrenza sleale (in nota a Cass. 22 settembre 2015 n. 18691 e Cass. 15 ottobre 2015 n. 6274)* in <https://www.magistraturaindipendente.it/riflessioni-sul-tema-della-concorrenza-sleale.htm>.

⁹ Cfr. A. Barbazza, *Riflessioni sul tema della concorrenza sleale*, cit.

¹⁰ In questi termini A. Barbazza, *Riflessioni sul tema della concorrenza sleale*, cit.

¹¹ Sul punto, cfr. Guerinoni Ezio. *Le pratiche commerciali scorrette*, Milano: Giuffrè, 2010, p.98 ss.

recensioni su incarico di un professionista per avvantaggiarlo o per danneggiare i concorrenti, se non agisce in suo nome, agisce sicuramente per suo conto. Ne consegue che, oltre alla disciplina in materia di concorrenza sleale, anche quella sulle pratiche commerciali ingannevoli potrà trovare applicazione.

Il vero ostacolo al ricorso alle pratiche commerciali sleali sembra rappresentato, semmai, dall'art. 18 lett. e) del codice del consumo, in forza del quale la pratica deve essere idonea a «falsare in misura rilevante il comportamento economico dei consumatori», ossia deve essere idonea ad alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso. Il concetto viene ripreso anche dal successivo art. 20, commi 2 e 3, i quali fanno riferimento all'idoneità della pratica a «falsare in misura apprezzabile il comportamento economico» del consumatore medio. Occorrerà quindi dimostrare che la pratica ha inciso profondamente sulla scelta di consumo, a tal fine si dovrà valutare l'impatto che essa ha avuto sulla reputazione del professionista. Si potrebbe immaginare, ad esempio, a un elevato numero di *feedback* negativi rilasciati in breve tempo e che siano quindi idonei a incidere considerevolmente e in modo negativo sul gradimento del professionista, influenzando quindi gli altri consumatori. Anche in questo caso, però, come del resto in ipotesi di concorrenza sleale, la vera difficoltà sarà quella di dimostrare che il professionista ha commissionato una vera e propria campagna e che i *feedback* sono riconducibili al suo intervento o a quella di un'agenzia da lui incaricata.

3.1 La responsabilità dell'autore tra diritto all'anonimato, libertà di espressione e illecito civile

Uno degli aspetti più problematici delle recensioni diffamatorie è rappresentato dall'anonimato dell'utente che le pubblica. Generalmente, infatti, chi rilascia la valutazione lo fa con un nome di fantasia, che non consente la sua individuazione. La possibilità di rilasciare valutazioni in forma anonima è strettamente connaturale al mezzo di internet.

In una sentenza della Corte Suprema tedesca¹² è stato operato un vero e proprio bilanciamento tra il diritto all'autodeterminazione informativa, tutelato dall'art. 2, comma 1, e dall'art. 1, comma 1, del *Grundgesetz*, e la libertà di espressione in forma anonima protetta dall'art. 5, comma 1, GG, e dall'art. 10 della CEDU. Tale libertà è stata letta in connessione con quella di informazione della collettività. È

¹² BGH, 23 settembre 2014 - VI ZR 358/13, in *NJW* 2015, p. 489.

evidente, infatti, che la possibilità di fornire giudizi in forma anonima agevola la loro formazione e quindi consente una maggiore informazione della collettività, comportando una notevole utilità sociale. Proprio su questo aspetto ha fatto leva la Corte tedesca, la quale ha evidenziato come il *rating* fornisca un'integrazione delle fonti di informazione tradizionali e ciò a vantaggio della collettività che, in questo modo può contare su informazioni maggiori e più trasparenti. Per quanto riguarda, più nello specifico, la questione dell'anonimato, la Corte prende atto del fatto che esso è una caratteristica del mezzo internet e che appare addirittura agevolato dagli intermediari della rete.¹³ Non solo, la possibilità di navigare anonimamente appare un'importante forma di tutela per l'utente della rete. Imporre a chi usa internet di farlo con il proprio nome e cognome, infatti, finirebbe per consentire di correlare tutti i dati sensibili risultanti dalla navigazione con l'utente persona fisica, anziché con un più generico indirizzo IP, il che, evidentemente, non appare una soluzione auspicabile.¹⁴ Ovviamente non sempre ciò sarà possibile; si pensi, ad esempio, a *Google* che richiede ai suoi utenti di autenticarsi per poter utilizzare i suoi servizi fornendo i loro dati reali per poter accedere.

L'anonimato non è che uno dei problemi quando si analizzano i meccanismi reputazionali: qualora la recensione sia rilasciata da un'agenzia di servizi, che vende pacchetti di recensioni, non è infrequente che essa ricorra, addirittura, a una serie di un *account* falsi creati ad arte per realizzare la campagna. L'utilizzo di un *account* falso, peraltro, è sanzionabile penalmente, posto che, secondo la giurisprudenza, il suo utilizzo su un *social* può integrare la fattispecie del reato di sostituzione di persona di cui all'art. 494 c.p.¹⁵

È chiaro che l'utente che abbia rilasciato un commento diffamatorio sarà tenuto a rispondere dei danni che il suo commento ha cagionato, in forza delle regole generali in materia di responsabilità civile e quindi, in base all'art. 2043 c.c.

Peraltro, qualora il commento sia diffamatorio o offensivo, la possibilità di ancorare in capo all'autore una responsabilità in base alle regole generali in materia di illecito civile non sembra particolarmente ardua con riguardo all'elemento soggettivo: è chiaro che in questa ipotesi sussiste il dolo. Più delicato, invece, è il caso in cui il commento sia considerato non corrispondente al vero dal soggetto

¹³ Giannone Codiglion, Giorgio. *Reputazione on line, sistemi di rating e anonimato in una recente decisione della Corte di Cassazione tedesca*, in *Dir. inf. inform.*, 2015, p.169 ss.

¹⁴ Sul tema dell'anonimato si rimanda a Rodotà, Stefano. *Il mondo della rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Roma – Bari: Laterza, 2014, p. 21.

¹⁵ Secondo Cass. pen., 15 dicembre 2011, n. 12479, in *Cass. pen.* 2013, p. 1488 «Integra il reato di sostituzione di persona (art. 494 c.p.) la condotta di colui che crei ed utilizzi un account ed una casella di posta elettronica servendosi dei dati anagrafici di un diverso soggetto, inconsapevole, con il fine di far ricadere su quest'ultimo l'inadempimento delle obbligazioni conseguenti all'avvenuto acquisto di beni mediante la partecipazione ad aste in rete».

interessato: in questa circostanza, infatti, occorrerà accertare la veridicità di quanto affermato nella recensione e si dovrà comunque bilanciare il diritto dell'autore del commento a esprimere la propria opinione con il diritto del professionista a non essere danneggiato da *feedback* falsi.

L'aspetto più problematico è rappresentato dai profili probatori con riguardo al danno e alla sua quantificazione in concreto. In altri termini, il professionista dovrà dimostrare che, in seguito alla recensione e a causa di essa, il numero di clienti è calato. Si tratta di applicare le normali regole che presidiano l'onere della prova in tutte le cause di risarcimento del danno; ne consegue che il danneggiato potrà valersi anche di presunzioni al fine di dimostrare l'*an* e il *quantum* risarcitorio.¹⁶ La difficoltà e l'aleatorietà della prova, nel caso di specie, risiede nel fatto che si deve provare che i clienti hanno cessato di acquistare il bene o il servizio proprio a causa della recensione negativa e non per altri motivi indipendenti da essa. Apparentemente più semplice sarà la prova nel caso in cui le recensioni siano molteplici e ravvicinate nel tempo, magari perché rilasciate in seguito all'intervento di un'agenzia che ricorre ad *account* falsi o a utenti prezzolati. Evidentemente, in questo caso, il risarcimento potrà essere richiesto sia al concorrente che ha commissionato la campagna sia all'agenzia che ha materialmente curato l'organizzazione dei *feedback* sia a chi ha rilasciato le singole recensioni. Evidentemente, come nell'ipotesi della concorrenza sleale, la difficoltà risiederà nell'individuazione di tali soggetti, posto che difficilmente chi rilascia la recensione lo farà con il suo vero nome e che ancor più difficilmente il danneggiato sarà in grado di risalire a chi ha commissionato la campagna o l'ha coordinata.

4 La responsabilità dell'*hosting provider*

Se le recensioni vengono rilasciate e pubblicate su una piattaforma, viene naturale chiedersi se essa abbia una responsabilità e, in caso di risposta affermativa, di quale di responsabilità si tratti. Ricondurre la responsabilità per la recensione falsa o diffamatoria alla piattaforma sulla quale viene pubblicata appare particolarmente vantaggioso per il danneggiato, posta la già accennata difficoltà nell'individuare, concretamente, l'autore della recensione.

È evidente che il *provider* risponderà, civilmente e/o penalmente, degli illeciti che commette direttamente (si pensi al *content provider* editoriale),¹⁷ più opinabile,

¹⁶ Vizzoni, Lavinia. *Recensioni non genuine*, cit., p. 710.

¹⁷ Sul tema cfr. Cocuccio, Mariafrancesca. *La responsabilità civile per fatto illecito dell'Internet Service Provider*, in *Riv. civ. e prev.*, 2015, 1312; e Pollicino, Oreste. *Tutela del pluralismo nell'era digitale: ruolo e responsabilità degli internet service provider*, in www.Consultaonline.it, 2014. Per un'analisi comparatistica del tema cfr. Lanni, Sabrina e Magri, Geo *Mercato digitale e nuovi paradigmi*, cit. loc. cit.

invece, il fatto che un *hosting provider* debba rispondere dei contenuti prodotti e pubblicati da terzi.

Non vi è dubbio che il sito che ospita la recensione possa essere considerato un soggetto che «presta un servizio della società dell'informazione», ossia una persona fisica o giuridica che svolge un'attività economica *online* o un servizio (prestato normalmente dietro retribuzione), a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi, così come previsto dall'art.1, comma 1, lett. b), legge 21 giugno 1986, n. 317. Agli *Internet Service Provider* (ISP) sarà altresì applicabile il d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, che ha recepito in Italia la direttiva 2000/31/CE, concernente «taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno».

L'imputazione di una forma di responsabilità in capo agli ISP è frutto di un percorso articolato e complesso, che deriva, sostanzialmente, dalle scelte operate dal legislatore europeo, che era combattuto tra la necessità di evitare un totale esonero di responsabilità per gli ISP, nel caso in cui venissero lesi diritti di terzi, e la necessità di non irrigidire lo sviluppo della rete con forme di responsabilità troppo severe. Si è venuta così a consolidare una forma di irresponsabilità articolata, che si declina in relazione a quelle che sono state considerate le principali attività dei *provider*: l'attività di trasporto dell'informazione (c.d. *mere conduit*, art. 14 d. l.vo e art. 12 direttiva), l'attività di memorizzazione temporanea (c.d. *caching*, art. 15 d. l.vo e art. 13 direttiva), l'attività di memorizzazione duratura (c.d. *hosting*, art. 16 d. l.vo e art. 14 direttiva). Proprio a tale ultima forma di responsabilità è riconducibile l'attività di quelle piattaforme che forniscono agli utenti uno spazio sui propri *server* per l'immissione di dati che possono essere utilizzati da tutti gli utenti della rete.

Il d.lgs. 70/2003 non prevede un principio generale in forza del quale i *provider* sono tenuti a un obbligo di sorveglianza o di ricerca degli eventuali contenuti illeciti memorizzati o messi in rete da terzi (art. 17). Il che, però, non vuole dire che i prestatori di servizi *online* siano esonerati dall'obbligo di informare prontamente le pubbliche autorità di eventuali presunte attività o materiali illeciti caricati dagli utilizzatori dei loro servizi e dei quali vengano a conoscenza o di comunicare alle autorità competenti le informazioni che consentano di identificare i soggetti dei quali memorizzano i dati.

In sostanza, quindi, gli ISP non hanno responsabilità per le informazioni trattate e le operazioni compiute da chi fruisce del loro servizio, a meno che essi non intervengano direttamente sul contenuto pubblicato o sullo svolgimento delle attività. A questo riguardo appare piuttosto significativa una pronuncia della Corte Suprema tedesca, nella quale si condannava un *host-provider* per aver modificato il

contenuto del commento di un suo utente.¹⁸ Nella fattispecie oggetto del giudizio, il paziente di una clinica aveva espresso alcune critiche nei confronti della struttura, la quale si era rivolta all'*host-provider* per la modifica del commento ritenendolo non conforme a verità. L'*host-provider*, senza contattare l'autore del commento, aveva provveduto ad alterarne il contenuto, ma la clinica, non soddisfatta dalle modifiche, aveva agito in giudizio per la rimozione del commento. La Corte Suprema, nell'accogliere la richiesta, ha stabilito che, in questo caso, avendo il *provider* provveduto direttamente alla modifica del commento, senza contattare l'autore, doveva essere considerato come responsabile diretto (*unmittelbarer Störer*) nei confronti della clinica.¹⁹ L'aver valutato il contenuto del post e averne modificato il contenuto, infatti, esclude, secondo la Corte, la responsabilità dell'autore originale. Inoltre, il diritto a esprimere il proprio pensiero in rete deve trovare un limite nel rispetto della personalità altrui. La decisione della Corte tedesca pare conciliabile anche con l'ordinamento italiano, pertanto è ragionevole ritenere che un giudice nazionale, di fronte a un caso quale quello descritto, prenderebbe la stessa decisione.

L'art. 15 della direttiva 2000/31/CE prevede un generale esonero di responsabilità per l'ISP che svolga attività di *hosting*, posto che questi non è tenuto a conoscere le informazioni trasmesse e memorizzate dagli utenti e non risponde della loro eventuale illiceità, salvo che non ne conosca il contenuto. In conformità a tale principio, l'art. 16 del d. l.vo 70/2003 prevede una generale esenzione di responsabilità dell'ISP, a condizione che esso «non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene le azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione»; e «non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso». L'esenzione dalla responsabilità è esclusa «se il destinatario del servizio agisce sotto l'autorità o il controllo del prestatore».

La neutralità dell'ISP appare più discutibile quando esso interviene attivamente o qualora configuri i contenuti prodotti dall'utente. Ne consegue la necessità di distinguere due diverse fattispecie: la prima in cui il *provider* svolge un ruolo passivo, fornendo all'utente spazi virtuali nei quali registrare dati e informazioni;

¹⁸ BGH, 4 aprile 2017 - VI ZR 123/16, la sentenza è ancora inedita, si veda il comunicato stampa sul sito della Corte: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2017&Sort=3&nr=77915&pos=0&anz=49>.

¹⁹ La sentenza è un tipico esempio in cui si è fatto ricorso alla *Störerhaftung* per fondare la responsabilità dell'ISP, sul punto e sul concetto di *Störerhaftung* cfr. Lanni, Sabrina e Magri, *Geo Mercato digitale e nuovi paradigmi*, cit., passim.

la seconda in cui il *provider* svolge attività ulteriori, quali indicizzazione, selezione, organizzazione, filtraggio dei contenuti o raccolta pubblicitaria. In quest'ultima ipotesi, evidentemente, il ruolo attivo dell'ISP non consente di esonerarlo dalla responsabilità per l'eventuale illiceità dei contenuti pubblicati.²⁰ Per questo motivo la giurisprudenza ha creato la figura del c.d. *hosting provider* attivo, al quale sono applicabili le regole generali in materia di responsabilità civile, contenute negli artt. 2043 ss. c.c.²¹

Si potrebbe obiettare che la creazione di una tale figura contrasti con il regime di sostanziale irresponsabilità designato dal legislatore europeo e nazionale. L'evoluzione normativa, infatti, non va di pari passo con quella tecnologica e la disciplina in materia di responsabilità degli ISP è stata scritta con riguardo a un *provider* che si presumeva davvero neutrale rispetto ai contenuti pubblicati dagli utenti. Se la neutralità viene meno si giustifica anche il venir meno dell'irresponsabilità che tale neutralità presupponeva. Del resto, il considerando 42 della Direttiva 2000/31/CE dispone espressamente che le deroghe alla responsabilità che la direttiva introduce «riguardano esclusivamente il caso in cui l'attività di prestatore di servizi della società dell'informazione si limiti al processo tecnico di attivare e fornire accesso ad una rete di comunicazione sulla quale sono trasmesse o temporaneamente memorizzate le informazioni messe a disposizione da terzi al solo scopo di rendere più efficiente la trasmissione. Siffatta attività è di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, il che implica che il prestatore di servizi della società dell'informazione non conosce né controlla le informazioni trasmesse o memorizzate». È evidente che, al mutare delle circostanze presupposte dalla

²⁰ Sica, Salvatore, *Responsabilità del provider: per una soluzione "equilibrata" del problema*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 505.

²¹ Sul tema si vedano tra le tante: Corte appello Roma, sez. spec. impresa, 29 aprile 2017, n. 2833, in banca dati *DeJure*: «In tema di violazione del diritto d'autore mediante immissione su piattaforma digitale di contenuti coperti dal copyright, l'esenzione di responsabilità, prevista per il provider dall' art. 14 Direttiva 2000/31/UE e dall' art. 16 D.Lgs. n. 70/2003 opera solo se il servizio di c.d. *hosting*, abbia carattere meramente tecnico, automatico e passivo, quando cioè abbia svolto un'attività neutra rispetto ai contenuti illeciti immessi nella propria piattaforma digitale. Tale esenzione, peraltro, non può trovare applicazione quando il titolare del diritto d'autore abbia segnalato al provider l'illecito, consistente in una illegittima diffusione e utilizzo di programmi audio e video mediante piattaforma digitale.

Pertanto, sussiste la responsabilità del provider c.d. attivo (*content-provider*), quando l'attività, lungi dal limitarsi a un servizio neutro di *hosting provider*, si concretizza in un servizio di intrattenimento audiovisivo, in concorrenza con l'attività imprenditoriale del titolare dei diritti d'autore sui contenuti diffusi, mediante la cernita e la diffusione, a fini economici, di tali contenuti». Sulla nozione di ISP attivo la Corte d'appello di Milano, Sez. spec. Impresa, 07 gennaio 2015, in *Riv. dir. ind.* 2017, 1, II, p. 4, ha precisato che «L'evoluzione tecnologica dei servizi resi nelle reti di comunicazione elettronica dalla Direttiva CE/31/2000 ad oggi, in mancanza di altri elementi in grado di provare una vera e propria manipolazione dei dati immessi da parte dell'*hosting provider*, di per sé non determina il mutamento della natura del servizio di *hosting provider* di tipo passivo in servizio di *hosting provider* di tipo attivo in ragione della mera presenza di sofisticate tecniche di intercettazione del contenuto dei file caricati attraverso un motore di ricerca e di un interesse economico del gestore del sito».

direttiva e che determinano l'irresponsabilità del *provider*, esso debba rispondere delle condotte illecite che vengono compiute grazie al suo utilizzo.

Resta da chiedersi se l'ISP sia tenuto a rimuovere le informazioni illecite e, in caso di risposta affermativa, il momento in cui tale obbligo scatti. In proposito il considerando 46 della direttiva lascia un certo margine di libertà ai legislatori nazionali, limitandosi a stabilire un generale obbligo di rimozione, che però può essere circoscritto e ridefinito a livello diritto nazionale.²²

Il legislatore italiano, all'art. 16 del d. l.vo 70/2003, ha stabilito che l'*hosting provider* non può essere ritenuto responsabile della violazione se, non appena venga a conoscenza di essa, «su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso». Dalla norma si desume che perché scatti la responsabilità non dovrebbe essere sufficiente una conoscenza generica della violazione, ma che essa dovrebbe essere qualificata, ossia provenire dall'autorità giudiziaria o comunque da un'autorità preposta. La scelta di optare per una conoscenza qualificata dell'illiceità della pubblicazione appare giustificata dal fatto che, se si optasse per una conoscenza generica, si correrebbe il rischio che, su semplice richiesta del danneggiato, l'ISP elimini contenuti degli utenti per evitare conseguenze pregiudizievoli. La «comunicazione delle autorità competenti», invece, dovrebbe essere quel filtro che consente di coniugare il rispetto dei diritti del danneggiato con il diritto ad esprimere liberamente la propria opinione dell'autore del post. Nonostante l'espressa formulazione normativa, tuttavia, la giurisprudenza dà un'interpretazione dell'art. 16 in forza della quale l'obbligo di rimozione del contenuto scatta anche quando il *provider* ha avuto una conoscenza generica della sua illiceità; per la giurisprudenza è quindi sufficiente a imporre la rimozione, anche la semplice conoscenza dell'illiceità avuta tramite una diffida del danneggiato, che lamenta una violazione del suo diritto.²³

²² La norma così dispone: «Per godere di una limitazione della responsabilità, il prestatore di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni deve agire immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitare l'accesso alle medesime non appena sia informato o si renda conto delle attività illecite. La rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell'accesso alle medesime devono essere effettuate nel rispetto del principio della libertà di espressione e delle procedure all'uopo previste a livello nazionale. La presente direttiva non pregiudica la possibilità per gli Stati membri di stabilire obblighi specifici da soddisfare sollecitamente prima della rimozione delle informazioni o della disabilitazione dell'accesso alle medesime».

²³ In questi termini vd. Tribunale Napoli Nord sez. II, 4 novembre 2016, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, p. 529: «Pur non sussistendo a carico dell'*hosting provider* un obbligo preventivo di sorveglianza dei contenuti memorizzati né una posizione di garanzia, egli è assoggettato ad un obbligo successivo di attivazione, con la conseguenza che la sua responsabilità a posteriori sorge per non aver ottemperato — come per l'appunto verificatosi nella fattispecie in esame — ad una richiesta (diffida) di rimozione dei contenuti illeciti proveniente dalla parte che assume essere titolare dei diritti, ovvero per non aver ottemperato ad un ordine dell'autorità, sia essa giurisdizionale o amministrativa, cui si sia rivolto il titolare del diritto per ottenere il medesimo effetto» e, in modo ancor più articolato, Corte appello Milano Sez. spec. Impresa, 7 gennaio 2015, in *Riv. dir. ind.*, 2017, 1, II, 4, «Il titolare dei diritti di proprietà intellettuale non può

Un simile orientamento giurisprudenziale, per quanto poco rispettoso del dato normativo, può essere comprensibile con riguardo ai contenuti protetti dal diritto d'autore, per i quali la verifica dell'illiceità è più semplice e oggettiva. Ed infatti esso è nato proprio con riguardo agli ISP operanti in quel particolare settore. Con riferimento alle recensioni *online*, invece, sembrerebbe necessaria una maggiore cautela nell'imporre all'ISP la rimozione del contenuto dopo una semplice diffida del presunto danneggiato. In questo caso, infatti, il rischio che per non incorrere in sanzioni risarcitorie, l'ISP rimuova il contenuto, violando contestualmente il diritto fondamentale alla libertà d'espressione del suo autore, si fa piuttosto concreto. Sarebbe quindi auspicabile che, nell'ipotesi di recensioni asseritamente dannose, la giurisprudenza rimanesse più fedele al dato normativo, pretendendo che l'ISP rimuova il contenuto solo una volta che gli è giunta comunicazione dall'autorità preposta, così come prevede l'art. 17 del d. l.vo 70/2003.

pretendere dal prestatore di servizi della società dell'informazione l'osservanza di un obbligo generale e preventivo di controllo della liceità dei contenuti pubblicati nelle reti di comunicazione elettronica. L'hosting provider è tenuto esclusivamente ad ottemperare a un obbligo specifico e a posteriori di sorveglianza, attivato su segnalazione dei singoli illeciti mediante diffida per violazione dei diritti di proprietà intellettuale a mezzo della rete Internet: solo l'inadempimento di tale obbligo specifico e a posteriori di sorveglianza può costituire fonte di responsabilità. Anche per i soggetti rientranti nel campo delle esenzioni di responsabilità stabilite in particolare dall'art. 16 del D.Lgs. 70/2003 l'informazione sulla presenza di diritti di terzi — tramite diffida stragiudiziale analitica — determina l'insorgenza di obblighi per il prestatore di servizi, in particolare l'obbligo di informare l'autorità competente ai sensi dell'art. 17, comma 3 D.Lgs. 70/2003, ancor prima della ricezione da parte dell'autorità giudiziaria od amministrativa dell'ordine di rimozione del contenuto illecito. La diffida per essere efficace a tal fine non può essere generica ma deve essere specifica e individuare i contenuti illeciti da rimuovere con indicazione dei rispettivi indirizzi telematici (*Uniform Resource Locator* o *link* relativi) al fine di consentire all'hosting provider — che non può essere legittimamente gravato, alla luce della normativa comunitaria e interna, da un obbligo di ricerca ed estrapolazione — una pronta rimozione. Non è, quindi, idonea allo scopo una diffida generica per nome o titolo commerciale dell'opera considerata illecitamente riprodotta. La responsabilità a posteriori dell'hosting provider sorge per non avere ottemperato a una richiesta di rimozione dei contenuti illeciti proveniente non solo dall'autorità giudiziaria o amministrativa ma anche proveniente dalla parte che assume essere titolare dei diritti mediante diffida analitica e circostanziata. L'ingiunzione di predisporre idoneo sistema di filtraggio non rispetterebbe, infatti, l'esigenza di garantire un giusto equilibrio tra la tutela del diritto di proprietà intellettuale, di cui godono i titolari dei diritti d'autore e quello della libertà d'impresa, appannaggio dei prestatori di servizi della società dell'informazione. A fortiori tale inammissibilità discenderebbe dalla circostanza per la quale il sistema di filtraggio sarebbe idoneo ad essere lesivo dei diritti fondamentali di potenziali utenti di tale operatore, ossi il diritto alla tutela dei dati personali e la loro libertà di ricevere o comunicare informazioni, diritti tutelati dagli art. 8 e 11 della Costituzione». Più correttamente e in ossequio al dato normativo, il tribunale di Roma, con ordinanza 20 ottobre 2011 (reperibile all'indirizzo <https://www.leggioggi.it/wp-content/uploads/2011/11/Ordinanza-Choop-a.pdf>), richiedeva per la rimozione del contenuto un ordine dell'autorità giudiziaria o amministrativa. Tale orientamento pare, però, essere nettamente minoritario.

4.1 *Dueling with uncertainty*: responsabilità e aresponsabilità delle piattaforme reputazionali di fronte alle Corti europee

Con riguardo alla responsabilità degli ISP appare di notevole interesse l'analisi del formante giurisprudenziale. Essa appare particolarmente utile per verificare come si sia ben lontani dal trovare una soluzione effettiva dei problemi connessi ai servizi reputazionali e alla responsabilità dei *provider* nel caso di recensioni false. Le decisioni delle Corti italiane ed europee, nonostante un quadro normativo sostanzialmente uniforme, appaiono discrezionali e variabili, testimoniando una sostanziale indifferenza del diritto vivente nei confronti dello *ius condito*.

In un'ordinanza del Tribunale di Venezia datata 24 febbraio 2015 ed emessa durante un procedimento cautelare ex art. 700 c.p.c., ad esempio, il Tribunale qualifica Tripadvisor come ISP attivo, escludendo, quindi che potesse operare nei suoi confronti la limitazione di responsabilità prevista dal d. l.vo 70/2003 con riguardo agli *internet provider*. Il ragionamento svolto dalla Corte appare piuttosto rigoroso nei confronti del *provider*. La decisione pone particolare enfasi sul fatto che TripAdvisor si faccia vanto dell'affidabilità delle recensioni pubblicate, definendole frutto dell'esperienza di veri viaggiatori; in questo modo il sito genererebbe nei suoi utenti la sicurezza che i giudizi espressi corrispondano a verità e questo consentirebbe di escludere la neutralità del *provider* rispetto ai contenuti postati, trasformandolo da «mero intermediario di dati ed informazioni» a ISP attivo. Ne consegue la responsabilità risarcitoria dell'ISP quando, con la sua condotta omissiva, abbia favorito l'illecito commesso da uno degli utenti registrati e quindi il riconoscimento di un generale obbligo di vigilare sulla veridicità delle recensioni postate dagli utenti.²⁴ L'ordinanza del Tribunale di Venezia ha, infatti, riconosciuto sia la legittimazione passiva dell'ISP sia il contenuto diffamatorio e non veritiero della recensione che esso pubblicava, ordinandone la rimozione.

L'idea per cui Tripadvisor svolge una funzione di ISP attivo è stata successivamente ripresa anche dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, chiamata a valutare gli effetti del suo operato sul mercato. Il provvedimento al quale si fa riferimento è piuttosto noto e risale al 19 dicembre 2014, quando l'Autorità ha dichiarato la scorrettezza della pratica commerciale realizzata da TripAdvisor LLC (società di diritto statunitense che gestisce il sito www.TripAdvisor.it) e da TripAdvisor Italy S.r.l., inibendone la continuazione e irrogando ai due operatori la sanzione amministrativa di 500.000 Euro. Il ragionamento che ha determinato la condanna da parte dell'Autorità è analogo a quello svolto dal

²⁴ Cfr. Vizzoni, Lavinia. *Recensioni non genuine*, cit., passim.

Tribunale di Venezia: TripAdvisor induce nei consumatori l'idea che i giudizi che pubblica siano attendibili e affidabili in quanto frutto di reali esperienze di consumo. Ciò determina una particolare vulnerabilità nei consumatori e la loro propensione a prendere acriticamente per vero il contenuto delle varie recensioni. L'Autorità rileva anche il fatto che TripAdvisor, pur essendo dotata di un sistema piuttosto evoluto di lotta alle recensioni fraudolente, non è in grado di individuarle materialmente, accertandone genuinità e affidabilità.

A nulla vale, secondo l'AGCM, l'argomentazione difensiva per cui i consumatori sarebbero comunque in grado di pesare le recensioni, valutandone l'attendibilità e l'affidabilità, per cui la presenza di informazioni false avrebbe un grado di fisiologicità tale, da non incidere sulle scelte di consumo. Secondo l'Autorità TripAdvisor finisce, per le modalità con le quali offre il suo servizio, per svolgere «un'attività di classificazione e sistematizzazione delle informazioni», che, definendosi «la più grande community di viaggiatori» e dichiarando di fornire solo recensioni veritiere, non può avere un effetto neutrale sulle scelte dei consumatori e non può essere considerato un ISP neutrale rispetto al mercato. Per questo motivo la condotta del *provider* può integrare l'ipotesi di una pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 20,²⁵ 21 e 22 del cod. cons.

Avverso la decisione dell'AGCM è stato proposto appello avanti al TAR Lazio,²⁶ che ha ribaltato completamente il giudizio dell'Autorità, sostenendo che la pratica commerciale non poteva essere qualificata come scorretta. Il TAR osservava, infatti, che la percentuale di recensioni false pubblicate è marginale rispetto al numero totale di recensioni pubblicate, sicché deve ritenersi che il servizio offerto sia nel complesso veritiero e realisticamente proveniente, nel suo complesso, da utenti reali, piuttosto che falsi. Il tribunale attribuisce rilevanza anche al fatto che il provider si sia dotato di tecnologie antifrode evolute per tentare di arginare il più possibile il fenomeno delle false recensioni.

Il TAR si sofferma, infine, su un punto particolarmente interessante, ossia quello dell'individuazione delle caratteristiche del consumatore medio di servizi offerti dalle piattaforme reputazionali. Secondo i giudici amministrativi, il

²⁵ La contrarietà alla diligenza professionale contemplata dall'art. 20.2 cod. cons. consiste nel fatto che il provider, pur sapendo di non essere in grado di verificare la correttezza delle recensioni pubblicate, non ha avvisato adeguatamente i consumatori del rischio connesso alle attività prestate.

²⁶ Tar Roma, Lazio 13 luglio 2015, n. 9355, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2015, p. 494, secondo la quale «Il mancato sistematico controllo della autenticità dei commenti degli utenti su un servizio di informazioni turistiche (nella specie Trip Advisor) non è idoneo per sé a far ritenere che tutte le informazioni fornite siano ingannevoli in violazione degli art. 20 ss d.lg. n. 205 del 2006, in considerazione sia del limitato numero di recensioni false sia delle chiare avvertenze fornite dal servizio in ordine alla natura orientativa dei commenti. Va pertanto annullato il provvedimento sanzionatorio disposto dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato».

consumatore che si rivolge a tali servizi è un consumatore abitualmente propenso a utilizzare la tecnologia ed è quindi ben consapevole del fatto che non tutto ciò che viene pubblicato corrisponde alla realtà; egli è preparato mentalmente a “tarare” i giudizi espressi sulle piattaforme reputazionali, ben sapendo che una parte di essi non corrisponde alla realtà. Ne consegue che da un consumatore medio ci si attende che egli non si limiti a leggere una parte delle recensioni, ma a valutarle nel loro complesso, insospettendosi in caso di recensioni anormalmente positive o negative concentrate nel tempo, analoghe nei contenuti, o che comunque possono apparire sospette per la loro formulazione.

Una simile accezione di consumatore medio è forse nella realtà un po' troppo ottimistica rispetto alle capacità critiche dell'utente medio della rete, ma sembra essere l'unica davvero conciliabile con la necessità di offrire adeguata protezione ai consumatori e alla concorrenza, senza finire per paralizzare le attività dei *provider*; è evidente, infatti, che non attribuire al consumatore quella dose minima di capacità critiche finirebbe per estendere in maniera pericolosa la responsabilità degli ISP con riguardo alle pratiche commerciali ingannevoli.

Anche il Tribunale di Grosseto ha qualificato Tripadvisor come semplice *hosting provider*, che, in base alle regole vigenti nel nostro ordinamento, non solo non ha obbligo di vigilare su quanto postato dagli utenti, ma neppure può essere chiamato a rispondere dell'eventuale illiceità dei loro commenti. Nel caso di specie, una struttura alberghiera conveniva in giudizio TripAdvisor per una recensione negativa ritenuta falsa e diffamatoria. Il proprietario della struttura riteneva il *provider* responsabile della diffamazione, poiché non aveva impedito la pubblicazione del *feedback*, non lo aveva rimosso immediatamente dopo la segnalazione e non aveva permesso l'identificazione dell'autore materiale della recensione.

Il Tribunale, in questo caso, però, ha respinto la domanda, considerando il provider un ISP passivo e, come tale, non tenuto al controllo della liceità dei contenuti pubblicati ed esente da responsabilità nei confronti della struttura.

In Germania, come in Italia, di regola, l'*hosting provider* non risponde di quanto viene pubblicato, a meno che egli non abbia avuto un'effettiva conoscenza della lesione del diritto di terzi, abbia nutrito seri dubbi sulla liceità del contenuto pubblicato e non abbia fatto nulla per accertarne la liceità o, qualora fosse a conoscenza dell'illiceità e non abbia fatto nulla per impedire l'accesso alla pagina o per rimuovere il contenuto (§10 *Telemediengesetz*, TMG).²⁷ Gli *host-provider* hanno l'obbligo di impedire l'accesso alle pagine che presentino contenuti illeciti e a rimuovere tali contenuti. L'obbligo di oscurare o rimuovere il contenuto scatta, però, solo nel momento in cui l'*host-provider* viene a conoscenza della

²⁷ Sul tema si veda *funditus* Lanni, Sabrina e Magri, *Geo Mercato digitale e nuovi paradigmi*, cit., p. 955 e s.

sua illiceità; indipendentemente dal fatto che vi sia stata una segnalazione, una diffida (*Abmahnung*) o che la conoscenza sia avvenuta semplicemente navigando su internet. Il diritto tedesco, quindi, è molto più rigoroso di quello italiano nell'imporre l'obbligo di rimozione, accogliendo una soluzione ancor più severa di quella introdotta dalla nostra giurisprudenza, posto che si deve procedere alla rimozione anche qualora l'illiceità sia scoperta autonomamente dal *provider*, con un semplice controllo della rete.

Con riguardo alla responsabilità degli *host-provider*, in Germania ha suscitato un grande dibattito il caso *GEMA c. RapidShare*.²⁸ Nella fattispecie oggetto del giudizio, il fornitore di servizi, anche se filtrava i dati in modo da bloccare il caricamento di opere tutelate dal diritto d'autore, non aveva adottato misure sufficienti per impedire che i propri utenti caricassero sui suoi *server* file musicali protetti in modo da renderli accessibili ai terzi. Il Tribunale ingiungeva a *RapidShare* di rimuovere i contenuti illecitamente caricati sul proprio *server* e di impedire ai propri utenti di caricare nuovamente le opere rimosse.

Particolarmente interessante appare anche la già citata pronuncia del BGH che condannava un *host-provider* per aver modificato il contenuto del commento di un suo utente.²⁹ Nel caso sottoposto alla Corte, come abbiamo già detto, il paziente di una clinica aveva espresso alcune critiche nei confronti della struttura, la clinica si era rivolta all'*host-provider* richiedendo la modifica del commento ritenuto falso e l'*host-provider*, senza rivolgersi all'autore del commento, aveva modificato il giudizio. La clinica, non soddisfatta, aveva agito in giudizio per la rimozione del commento e la Corte Suprema aveva riconosciuto il *provider* come *unmittelbarer Störer*, poiché aveva agito senza contattare l'utente, il quale, anzi, doveva andare esente da responsabilità, poiché non era stato informato di nulla.³⁰

Se la giurisprudenza italiana appare oscillare tra responsabilità e irresponsabilità dell'ISP, le cose non sono più chiare a livello europeo. Nel caso

²⁸ *Landgericht Hamburg*, sentenza Az. 310 O 93/08 del 12 giugno 2009, in *ZUM* 2009, p. 863, nel caso *GEMA c. RapidShare AG*. Sulla fattispecie si è pronunciato anche l'*Oberlandesgericht* di Amburgo, il quale ha confermato il dovere dell'*hosting-provider* di vigilare sui link che vengono postati sul sito, cfr. *Oberlandesgericht Hamburg*, 14 marzo 2012 - 5 U 87/09, in *K&R* 2012, p. 353. Lo stesso principio è peraltro ribadito in altre decisioni della giurisprudenza di merito: cfr., tra le tante, *Oberlandesgericht Hamburg*, 14 gennaio 2012 - 5 U 214/11, in *NJW* 2013, 3245; *Landgericht Düsseldorf*, 23 gennaio 2008 - 12 O 246/07, in *ZUM* 2008, p. 338 e dalla giurisprudenza di legittimità cfr. BGH, 15 agosto 2013 - I ZR 79/12; - I ZR 80/12; - I ZR 85/12, in *K&R* 2013, p. 655. In dottrina Hoeren, Thomas e Bensinger, *Haftung im Internet*, Berlin: DeGruyter, 2014, p. 353 ss.

²⁹ BGH, 4 aprile 2017 - VI ZR 123/16, la sentenza è ancora inedita, si veda il comunicato stampa sul sito della Corte: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2017&Sort=3&nr=77915&pos=0&anz=4>.

³⁰ La sentenza è un tipico esempio in cui si è fatto ricorso alla *Störerhaftung* per fondare la responsabilità dell'ISP.

Papasawas,³¹ la Corte di giustizia UE era chiamata a pronunciarsi su alcuni articoli, apparsi sul sito internet di un quotidiano, che il ricorrente riteneva diffamatori nei suoi confronti. La sentenza dichiarò che i limiti alla responsabilità civile previsti agli articoli da 12 a 14 della direttiva 2000/31 non possono essere estesi a una casa editrice che, sul proprio sito internet, pubblica la versione *online* di un giornale se essa è retribuita con i proventi derivanti dalle pubblicità commerciali diffuse sul sito, se è a conoscenza delle informazioni pubblicate e se esercita un controllo sulle stesse. Ai fini della responsabilità dell'editore non rileva il fatto che l'accesso al sito sia gratuito o a pagamento. Il ragionamento operato con riguardo all'editore potrebbe essere trasposto anche alle piattaforme che consentono di recensire servizi e prodotti, qualora si dimostrasse che sono a conoscenza delle recensioni e che esercitano un controllo su di esse.

Decisamente più severa nel riconoscere la responsabilità degli ISP appare, invece, la giurisprudenza della Corte EDU. Nel caso *Delfi vs. Estonia*,³² la Corte ha affermato che l'imposizione di una multa a carico di un giornale *online*, per aver ospitato dei commenti diffamatori e incitanti all'odio dei visitatori del sito, non costituisca violazione dell'articolo 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo che tutela e garantisce la libertà di espressione, anche se tali commenti erano stati rimossi dal sito. In altre parole, la Corte EDU, nel bilanciamento tra il diritto fondamentale alla libertà di espressione e quello all'onore e alla reputazione del soggetto diffamato, ha dato prevalenza al secondo. Nella successiva pronuncia *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete e Index.hu Zrt c. Ungheria*,³³ però, la Corte ha stabilito che la *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete* (MTE), ente di autoregolamentazione dei fornitori di contenuti internet ungherese, e il portale di notizie internet *Index.hu Zrt*, non potevano essere ritenuti responsabili per i commenti offensivi postati dagli utenti dei loro siti web.

Nel gennaio del 2010 la *MTE* e la *Index.hu* pubblicarono delle critiche con riguardo a delle pratiche commerciali ingannevoli poste in essere da due siti immobiliari; molti utenti commentarono anonimamente tali giudizi con espressioni volgari rivolte alle due agenzie, le quali decisero di rivolgersi al giudice civile convenendo in giudizio la *MTE* e la *Index* in qualità di responsabili del danno alla

³¹ CGUE 11 settembre 2014, Causa C-291/13, *Sotiris Papasawas contro O Fileleftheros Dimosia Etaireia Ltd e a.*

³² CEDU, Grande Chambre, n. 64569/09, 16 giugno 2015, la Grande Chambre confermava la sentenza del 2013 (ric. n. 64569/09) pubblicata con commento di Vigevani, Giulio Enea. *La responsabilità civile dei siti per i commenti anonimi: il caso Delfi vs. Estonia*, pubblicato in *Quaderni Cost.*, 2014, p. 457 ss.

³³ Cfr. la sentenza della Corte EDU del 2 febbraio del 2016, ric. n. 22947/13, *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete e Index.hu Zrt c. Ungheria*, e la relativa nota di commento di Vimercati, Silvia. *Magyar c. Ungheria: la Corte europea ritorna sulla responsabilità dei portali web*, in *Quad. cost.*, 2016, pp. 393 ss.

loro reputazione. I giudici del *Kuria* (la Corte Suprema ungherese) condannarono i convenuti alla rimozione dei commenti e al pagamento di 250 euro.

MTE e *Index* si rivolgevano quindi alla Corte EDU lamentando che la sentenza comportava una violazione della libertà di espressione tutelata dall'art.10 della Convenzione Europea; la quarta Sezione della Corte si è pronunciata giungendo a conclusioni opposte rispetto a quelle del caso *Delfi AS. vs. Estonia*, ma ha anche evidenziato i motivi del discostamento da tale pronuncia.

Nel caso *MTE* e *Index*, infatti, a differenza di quanto avvenuto in *Delfi AS.*, i commenti incriminati, ancorché offensivi e volgari, non costituivano incitamento all'odio e minacce all'integrità fisica di terzi. *MTE* e *Index*, inoltre, avevano preso accorgimenti volti a rimuovere i commenti diffamatori dai loro portali; entrambi avevano un *disclaimer* nelle condizioni generali e un sistema di rimozione dei commenti offensivi basato sul *notice-and-take-down*.

Secondo la Corte, nel caso *MTE* e *Index*, i giudici ungheresi non hanno correttamente bilanciato il diritto alla libertà di espressione (art. 10 della Convenzione) e il diritto al rispetto della reputazione (art.8 della Convenzione), poiché vi è differenza tra la reputazione di una società e quella di un individuo: la diffamazione dell'individuo si riflette sul suo *status social* (come nel caso *Delfi AS.*) e ha ripercussioni dirette sulla dignità dell'uomo, che deve essere immediatamente tutelata. Nel caso *MTE* e *Index*, infine, le parti offese, contrariamente a quanto avvenuto in *Delfi AS. vs. Estonia*, non avevano mai richiesto la rimozione dei commenti direttamente ai portali, ma si erano rivolte direttamente al giudice.

La Corte EDU in *MTE* e *Index* si riavvicina ai principi che ispirano il diritto eurounitario, affermando che ritenere i *provider* responsabili di quanto postato da terzi potrebbe avere ripercussioni negative sui fornitori di servizi in internet e sulla libertà di espressione *online*.³⁴ La decisione sembra, quindi, un precedente più pertinente, rispetto a *Delfi*, per individuare i criteri in base ai quali parametrare la responsabilità del *provider* reputazionale ai sensi della CEDU.

La correttezza della decisione *MTE* e *Index* pare essere confermata anche dalla successiva sentenza *Rolf Anders Daniel Pihl c. Svezia*,³⁵ nella quale la Corte ha stabilito che il gestore di un *blog* non può essere chiamato a rispondere della pubblicazione di un commento diffamatorio postato da un utente anonimo, a

³⁴ Cfr. il par. 86. «In any event, the Court is of the view that the decisive question when assessing the consequence for the applicants is not the absence of damages payable, but the manner in which Internet portals such as theirs can be held liable for third-party comments. Such liability may have foreseeable negative consequences on the comment environment of an Internet portal, for example by impelling it to close the commenting space altogether. For the Court, these consequences may have, directly or indirectly, a chilling effect on the freedom of expression on the Internet. This effect could be particularly detrimental for a non-commercial website such as the first applicant (compare and contrast *Delfi AS*, cited above, §161).»

³⁵ Corte EDU, 9 marzo 2017, ric. n. 74742/2014, *Rolf Anders Daniel Pihl c. Svezia*.

meno che tale commento non contenga espressioni che incitino all'odio e alla violenza e abbia provveduto tempestivamente alla sua rimozione, a seguito della segnalazione della persona offesa.

È appena il caso di precisare che la Corte EDU si basa sulle norme della Convenzione dei diritti dell'Uomo e non su quelle del diritto eurounitario; la sua giurisprudenza, tuttavia, è da prendere in attenta considerazione perché il contemperamento tra i diritti fondamentali alla libertà di espressione e all'onore è questione di primaria importanza anche per il diritto UE.

5 Osservazioni conclusive

La possibilità di recensire *online* le proprie esperienze di consumo incide sensibilmente sulla consapevolezza dei consumatori e sulla trasparenza del mercato. Cartina di tornasole di quanto i sistemi reputazionali incidano sulle scelte di consumo e quindi sul mercato è offerta dal successo delle campagne volte ad alterare i giudizi espressi dai consumatori, in modo che la propria impresa appaia più attraente o le imprese concorrenti sembrino meno affidabili. È evidente che se il sistema dei *feedback* non orientasse fortemente le scelte di consumo, nessun imprenditore investirebbe il proprio denaro in campagne volte a modificare la propria reputazione *online*. Arginare tale fenomeno rappresenta un imperativo se si vuole che il sistema continui a funzionare in modo positivo per i consumatori e il mercato.

Una prima tecnica per rendere più affidabili le recensioni è quello di verificare l'effettiva esistenza della transazione. È la via seguita da piattaforme come *Amazon* o *Ebay*: la prima, infatti, distingue tra recensioni frutto di un acquisto verificato e quelle che non sono verificate, mentre la seconda consente di rilasciare il *feedback* solo una volta che si sia effettivamente acquistato un bene. Anche questo sistema, tuttavia, non è completamente esente da rischi: sono dimostrati i casi di acquisti su commissione, effettuati da falsi consumatori, pagati da un professionista, che ha interesse a far divenire più appetibile la propria merce sulle piattaforme di *ecommerce*.

I problemi posti dalle false recensioni sono lontani dall'essere risolti; come abbiamo visto nel corso di questa breve analisi, il quadro normativo, peraltro ormai obsoleto, fatica a ricondurre all'ISP una forma di responsabilità per le recensioni false che vengono pubblicate suo tramite. La giurisprudenza non ha saputo fornire una risposta univoca, oscillando tra decisioni molto rigorose nei confronti dei *server* e altre, più conformi allo *ius conditio* europeo, che escludono una responsabilità del *server* per i contributi che vengono pubblicati dagli utenti. In questo secondo

caso, però, è evidente che la mancanza di responsabilità del *provider* finisce per tradursi anche in una mancanza di tutela per il danneggiato.

La Commissione Europea, nella «Strategia per il mercato unico digitale in Europa», ha indicato un cambiamento di prospettiva e auspicato un maggior rigore nel valutare la responsabilità dei *provider*, inserendo nuovi obblighi a loro carico.³⁶ Del resto dall'adozione della direttiva 2000/31/CE è passato decisamente molto tempo, soprattutto se si considera la rapidità con la quale la tecnologia si è evoluta; pertanto un regime di quasi totale irresponsabilità del *provider* appare oggi meno giustificata di quanto non lo fosse all'inizio del millennio.

Più semplice, invece, è la questione che si pone con riferimento alla responsabilità dell'autore per la pubblicazione di commenti falsi e/o diffamanti. Qualora essi siano riconducibili a un privato, che ha come unico scopo quello di diffamare un soggetto, non vi saranno particolari difficoltà: la responsabilità sarà riconducibile alle regole generali in materia di fatto illecito (per il diritto italiano all'art 2043 c.c.) e, eventualmente, a forme di responsabilità di tipo penalistico. Qualora il commento sia stato postato da un concorrente (o su richiesta di quest'ultimo) entreranno in gioco regole più specifiche, la cui applicazione impone di distinguere a seconda che il danneggiato sia il concorrente o un consumatore che ha visto limitato il proprio diritto ad assumere decisioni di natura commerciale consapevoli. Il concorrente potrà invocare la disciplina in materia di concorrenza sleale (in diritto italiano l'art. 2598 c.c.); il consumatore, invece, non potrà evidentemente valersi di tale disciplina, ma di quella introdotta in attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali ingannevoli dalla direttiva 2005/29/CE e dalle leggi nazionali che l'hanno recepita. Con riguardo alla responsabilità dell'autore di

³⁶ Così si esprime la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, {SWD(2015) 100 final}: «Lo sviluppo di internet in Europa ha poggiato sul principio, affermato nella direttiva sul commercio elettronico, che i prestatori intermediari di servizi via internet non sono responsabili dei contenuti che trasmettono, conservano o ospitano purché mantengano al riguardo un comportamento di rigorosa passività. Allo stesso tempo, gli intermediari sono tenuti ad intervenire efficacemente per rimuovere i contenuti illeciti individuati, siano essi informazioni inerenti ad attività illegali quali il terrorismo o la pedopornografia oppure informazioni che violano i diritti di proprietà intellettuale altrui (ad es. il diritto d'autore). Attualmente la disattivazione dell'accesso a contenuti illeciti e la rimozione di questi da parte dei prestatori di servizi di hosting può rivelarsi un processo lungo e complicato, con il rischio che siano rimossi per errore anche contenuti che sono invece leciti. Secondo il 52,7% dei portatori d'interesse, gli interventi contro i contenuti illeciti sono spesso inefficaci e poco trasparenti. Le divergenze tra le diverse prassi nazionali possono ostacolare il controllo del rispetto delle norme (con conseguenze negative per la lotta alla criminalità in rete) e minare la fiducia nel mondo *online*. Via via che aumentano i contenuti digitali disponibili su internet saranno sempre più messe alla prova le modalità operative attuali. Non sempre è facile tracciare il limite dell'intervento che gli intermediari possono operare sui contenuti che trasmettono, conservano o ospitano, oltre il quale perdono il beneficio dell'esenzione dalla responsabilità previsto dalla direttiva sul commercio elettronico».

una siffatta pubblicazione, gli aspetti più problematici appaiono collegati, semmai, alla quantificazione del danno e all'individuazione dell'autore della pubblicazione stessa, che appaiono tecnicamente assai difficoltosi alla luce delle peculiarità del mezzo internet.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MAGRI, Geo. False Recensioes di Beni o Prodotti in Internet e Responsabilit  Civile. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 20, p. 113-135, abr./jun. 2019. DOI: 10.33242/rbdc.2019.01.020

Recebido em: 15.01.2019

1^o parecer em: 05.02.2019

2^o parecer em: 08.02.2019