



Giustizia amministrativa
A cura del Segretariato Generale della Giustizia amministrativa

Consiglio di Stato
Tribunali Amministrativi Regionali

News n. 74 del 31 luglio 2024
a cura dell'Ufficio del massimario

Alla Corte di giustizia UE la compatibilità col diritto dell'Unione europea delle norme del cd. "decreto dignità".

Consiglio di Stato, sezione VI, ordinanza 11 giugno 2024, n. 5235, Pres. Montedoro, Est. Vitale

Giochi, scommesse, concorsi, lotterie – Pubblicità – Divieto – Unione europea – Diritto dell'Unione europea e legislazione degli Stati membri – Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE

Vanno rimesse alla Corte di giustizia dell'Unione europea le seguenti questioni pregiudiziali:

1) *"se, in base all'art. 1, par. 5, della Direttiva 2000/31/CE, il regime di responsabilità degli hosting provider di cui all'art. 14 della Direttiva medesima sia applicabile alle attività relative alla pubblicizzazione online di giochi o scommesse con vincite di denaro nonché alla pubblicizzazione del gioco d'azzardo"; laddove la Corte di giustizia risponda in senso affermativo al primo quesito (id est ritenendo che la direttiva 2000/31/CE si applichi anche alla responsabilità degli hosting provider per la pubblicizzazione di giochi o scommesse con vincite di denaro nonché alla pubblicizzazione del gioco d'azzardo), si invita la Corte di giustizia medesima a pronunciarsi, ai sensi dell'art. 267 TFUE, anche sul seguente quesito:*

2) *"Se il regime di responsabilità di cui all'art. 14 della direttiva 2000/31/CE, sia applicabile ad un hosting provider quale Google con riferimento ai contenuti pubblicati dai titolari dei canali YouTube con cui Google abbia concluso l'accordo di partnership commerciale sopra descritto" (1).*

(1) I. – Con l'ordinanza in rassegna la sesta sezione del Consiglio di Stato ha sottoposto all'attenzione della Corte di giustizia UE, nell'ambito di una controversia avente ad oggetto l'impugnazione di un provvedimento sanzionatorio emesso dall'Autorità delle garanzie nelle comunicazioni, i quesiti interpretativi di cui in massima diretti a determinare la compatibilità col diritto dell'Unione europea (direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000, "Direttiva sul commercio elettronico") delle norme nazionali (art. 9 del d.lgs. n. 87/2018, il c.d. "Decreto dignità) che prevedono la possibilità di sanzionare la promozione di siti internet di giochi con vincite in denaro.

II. – Il collegio, dopo aver ricostruito i termini della controversia, i fatti di causa ed il diritto applicabile, ha osservato che:

a) ritiene di dover sottoporre alla Corte di giustizia un primo quesito interpretativo riguardante l'applicabilità della direttiva 2000/31/CE, nella versione *ratione temporis* vigente, alla materia della pubblicizzazione *on-line*, anche indiretta, relativa a giochi o scommesse con vincite di denaro nonché al gioco d'azzardo;

b) con riguardo ad esso va evidenziato anzitutto che:

b1) la normativa italiana (art. 9 decreto legge n. 87/2018 cit.) vieta qualsiasi forma di pubblicità, anche indiretta, relativa a giochi o scommesse con vincite di denaro nonché al gioco d'azzardo, comunque effettuata e su qualunque mezzo, e prevede la adozione di sanzioni pecuniarie nei confronti dei trasgressori;

b2) tale normativa è stata introdotta al fine di contrastare il disturbo da gioco d'azzardo, ritenuto dal legislatore nazionale un interesse particolarmente rilevante e meritevole di tutela; detto interesse non è estraneo al diritto comunitario, potendo in proposito citarsi la raccomandazione della Commissione europea 2014/478/UE che incoraggia gli Stati membri a realizzare un livello elevato di protezione per i consumatori, gli utenti e i minori grazie all'adozione di principi relativi ai servizi di gioco d'azzardo *on-line* e alla correlata attività di pubblicità e sponsorizzazione. Detti principi mirano a salvaguardare la salute e a ridurre al minimo gli eventuali danni economici che possono derivare dal gioco d'azzardo eccessivo o compulsivo;

b3) nel caso di specie è stata contestata a *Google* la diffusione, sul servizio di piattaforma per la condivisione di video "*YouTube*", di pubblicità di siti che svolgono attività di gioco e scommessa a pagamento e che i video contestati appaiono idonei a pubblicizzare il gioco d'azzardo e siti web ove è possibile giocare a pagamento, anche considerato che nei video depositati in giudizio l'utente *Spike* indossa una maglietta, ben visibile agli spettatori, con l'indicazione del proprio sito *web*;

b4) nel caso di specie, al fine di accertare la responsabilità di *Google*, è necessario stabilire, in primo luogo, se possa trovare applicazione la direttiva 2000/31/CE e, in particolare, l'art. 14 di tale direttiva che prevede un regime di responsabilità "agevolato" per gli *hosting provider*, quale è *Google*;

c) trattandosi di questione relativa all'interpretazione del diritto unionale e rispetto alla quale non constano precedenti nella giurisprudenza comunitaria, ricorrono i presupposti per sottoporre la questione alla Corte di giustizia ex art. 267 TFUE all'uopo va evidenziato che:

c1) l'art. 1, par. 5, lett. d), della direttiva cit. stabilisce che "[l]a presente direttiva non si applica: [...] d) alle seguenti attività dei servizi della società dell'informazione: - i giochi d'azzardo che implicano una posta pecuniaria in giochi di fortuna, comprese le lotterie e le scommesse";

c2) ad avviso di *Google*, tale esclusione non riguarda il regime di responsabilità degli *hosting provider* (di cui all'art. 14 della direttiva) ma i

soli fornitori di servizi di giochi d'azzardo; *Google* giunge a tale conclusione sulla base del tenore testuale dell'art. 1, par. 5, che, nel prevedere gli ambiti esclusi dal perimetro di applicazione della direttiva, in alcuni casi fa riferimento ad alcuni "settori" (es. "il "settore tributario"), mentre in altri casi (come per il gioco d'azzardo) prende in considerazione le sole "attività"; *Google*, altresì, cita a conforto della propria tesi il par. 4.1 del documento della Commissione Europea che accompagna la "Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo verso un quadro normativo europeo approfondito relativo al gioco d'azzardo on-line" dove, con riferimento alla Direttiva cit., si afferma che "[w]hile Article 1(5)(d) excludes gambling activities which involve wagering a stake with monetary value in games of chance, including lotteries and betting transactions from the scope of the directive the liability regime for information society service providers hosting or transmitting illegal content, Articles 12 to 15 of the Directive, also applies to gambling-related content";

c3) in senso contrario rispetto all'interpretazione prospettata da *Google*, può osservarsi che il ventunesimo considerando, secondo periodo, della direttiva *E-Commerce* prevede che "[l]'ambito regolamentato comprende unicamente requisiti riguardanti le attività in linea, quali l'informazione in linea, la pubblicità in linea, la vendita in linea, i contratti in linea"; pertanto, anche la "pubblicità in linea" è considerata una "attività in linea" e, dal momento che il legislatore europeo [art. 1 (5)(d), direttiva *E-Commerce*] ha escluso *tout court* dall'ambito di applicazione della direttiva "le attività dei servizi della società dell'informazione" relative a "i giochi d'azzardo che implicano una posta pecuniaria in giochi di fortuna, comprese le lotterie e le scommesse", deve ritenersi che abbia inteso lasciare fuori dal campo di regolamentazione tutte le attività riguardanti tale settore, ivi inclusa la loro pubblicizzazione *on line*;

c4) altresì, *Google* osserva che il Regolamento (UE) 2022/2065 ("Digital Service Act" - "DSA"), il cui art. 6 sostituisce l'art. 14 della Direttiva *E-Commerce*, non menziona i giochi d'azzardo e, pertanto, pur se il DSA non è applicabile *ratione temporis* al presente giudizio, dovrebbe guidare l'interprete nell'interpretazione della Direttiva *E-Commerce*;

c5) laddove la Corte di giustizia dovesse seguire tale ultima interpretazione e ritenere che l'art. 14 della Direttiva *E-Commerce* non si applichi alla responsabilità degli hosting provider per la pubblicizzazione di giochi o scommesse con vincite di denaro nonché alla pubblicizzazione del gioco d'azzardo, il Consiglio di Stato dovrà individuare il regime di responsabilità applicabile all'*hosting provider* sulla base delle norme e dei principi europei e nazionali applicabili in materia di illeciti e sanzioni amministrative (ad esempio il principio di personalità della responsabilità, di imputazione soggettiva dell'illecito, di proporzionalità, ecc.); pertanto, ferme tutte le valutazioni che dovranno essere compiute dal giudice nazionale a seguito del rinvio pregiudiziale, può fin da ora osservarsi che l'eventuale esclusione del regime di responsabilità privilegiato di cui all'art. 14 non comporta per l'*hosting provider* una responsabilità oggettiva o,

comunque, una responsabilità “illimitata” per ogni contenuto pubblicato da terzi sulla piattaforma, dovendosi invece individuare lo standard di diligenza richiesto all’hosting provider in tale settore, anche in considerazione degli interessi coinvolti e del grado di esigibilità delle condotte;

- d) laddove la Corte di giustizia risponda in senso affermativo al primo quesito (*id est* ritenendo che la il regime di responsabilità di cui all’art. 14 della direttiva *E-Commerce* si applichi anche alla responsabilità degli hosting provider per la pubblicizzazione di giochi o scommesse con vincite di denaro nonché alla pubblicizzazione del gioco d’azzardo), si intende sottoporre alla Corte europea un secondo quesito, in ordine alla possibilità o meno di configurare *Google*, nel caso di specie, quale hosting provider passivo e, quindi, soggetto alla disciplina di cui all’art 14 della direttiva 2000/31/CE;
- e) a tal fine va evidenziato che:

e1) l’art. 14 della Direttiva 2000/31/CE ha previsto una deroga rispetto agli ordinari regimi di responsabilità – sia nei rapporti di diritto privato che di diritto pubblico – degli hosting provider, ossia di quei prestatori di servizi della società dell’informazione che “ospitano” contenuti forniti da terzi, a condizione che il prestatore di servizi non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l’attività o l’informazione è illecita (ovvero, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o circostanze che rendono manifesta l’illiceità dell’attività o dell’informazione) e, non appena a conoscenza dei fatti, dietro comunicazione delle autorità competenti, si attivi immediatamente per la rimozione delle informazioni;

e2) tale regime di responsabilità “privilegiato”, così come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, deve applicarsi al solo hosting provider cd. passivo e non anche all’hosting provider cd. attivo;

e3) difatti, la giurisprudenza comunitaria ha affermato sul punto che “[d]al quarantaduesimo ‘considerando’ della direttiva 2000/31 risulta, a tal proposito, che le deroghe alla responsabilità previste da tale direttiva riguardano esclusivamente i casi in cui l’attività di prestatore di servizi della società dell’informazione sia di ordine “meramente tecnico, automatico e passivo”, con la conseguenza che detto prestatore non conosce né controlla le informazioni trasmesse o memorizzate” (Corte di giustizia UE, grande sezione, 23 marzo 2010, n. 236, *Google France e Google*, cause da C-236/08 a C-238/08, punto 113, in *Foro it.*, 2010, IV, 458 nonché in *Giur. it.*, 2010, 1603 (m), con nota di RICOLFI; cfr. anche Corte di giustizia UE, grande sezione, 12 luglio 2011, *L’Oréal e a.*, C-324/09, punto 113, in *Foro it.*, 2012, IV, 323, con nota di DI PAOLA, PALMIERI A.; Corte di giustizia UE, sez. III, 7 agosto 2018, *Coöperative Vereniging SNBReact U.A. c. Deepak Mehta*, C-521/17, punto 47; Corte di giustizia UE, grande sezione, 22 giugno 2021, *YouTube*, cause C-682/18 e C-683/18, punto 115-116, in *Foro it.*, rep. 2021, *Unione europea e Consiglio d’Europa*, n. 1334); la giurisprudenza europea assegna a tal fine un ruolo rilevante anche all’eventuale attività svolta dall’internet provider nell’ottimizzare le vendite *online* dei propri clienti: “la mera circostanza che il gestore di un mercato online memorizzi sul proprio server

le offerte in vendita, stabilisca le modalità del suo servizio, sia ricompensato per quest'ultimo e fornisca informazioni d'ordine generale ai propri clienti non può avere l'effetto di privarlo delle deroghe in materia di responsabilità previste dalla direttiva 2000/31 [...]. Laddove, per contro, detto gestore abbia prestato un'assistenza consistente segnatamente nell'ottimizzare la presentazione delle offerte in vendita di cui trattasi e nel promuovere tali offerte, si deve considerare che egli non ha occupato una posizione neutra tra il cliente venditore considerato e i potenziali acquirenti, ma che ha svolto un ruolo attivo atto a conferirgli una conoscenza o un controllo dei dati relativi a dette offerte. In tal caso non può avvalersi, riguardo a tali dati, della deroga in materia di responsabilità di cui all'art. 14 della direttiva 2000/31" (Corte di giustizia UE, 12 luglio 2011, C-324/09, cit., punti 115-116; Corte di giustizia UE, 7 agosto 2018, C-521/17, cit., punto 48);

e4) la comunicazione della Commissione europea COM (2017) 555 del 28 settembre 2017, intitolata "Lotta ai contenuti illeciti *online*. Verso una maggiore responsabilizzazione delle piattaforme *online*", ha preso parimenti atto dell'orientamento della Corte di giustizia, secondo cui la deroga alla responsabilità di cui all'art. 14 della direttiva cit. è disponibile solo per i prestatori di servizi di hosting "che non rivestono un ruolo attivo";

f) si intende sottoporre alla Corte di giustizia un quesito interpretativo al fine di stabilire se l'art. 14 debba applicarsi anche ad un operatore quale *Google* laddove stipuli con i *content creator* dei canali *YouTube* un contratto di "partnership commerciale"; a tal fine occorre evidenziare che:

f1) dagli atti di causa emerge che tale contratto viene sottoscritto tra *Google* e il *content creator* titolare di un canale *YouTube* a fronte di una richiesta trasmessa da quest'ultimo;

f2) *Google*, ricevuta la proposta, ammette il *content creator* alla stipula del contratto laddove quest'ultimo risponda a determinati requisiti che prevedono, *inter alia*, l'aver "più di 4000 ore di visualizzazione pubbliche valide negli ultimi 12 mesi" e l'"avere più di 1000 iscritti"; *Google* verifica anche il rispetto delle norme da parte del *content creator* con un esame dei contenuti del canale medesimo; tale verifica viene condotta da *Google* in circa trenta giorni e "potrebbe includere una revisione umana. Tuttavia, nessuna revisione umana, né automatizzata, esegue un controllo completo su ogni singolo video di un Canale" (dichiarazione del direttore del dipartimento *YouTube Scaled Abuse Operations*);

f3) una volta concluso l'accordo commerciale, il *content creator* ottiene lo status di "Partner verificato" e partecipa conseguentemente ad una quota parte dei ricavi percepiti da *Google* relativi alla pubblicità (in modalità c.d. *pre-roll*) diffusa prima della fruizione di ciascun video; in forza dell'adesione alla procedura di monetizzazione di *Google*, il *creator* ha, altresì, la possibilità di consentire agli utenti di iscriversi al proprio canale, il cui canone è riscosso direttamente da *Google*, a l'utente consegue dei vantaggi da tale abbonamento (es. accesso a contenuti riservati, a *live*

streaming riservati agli abbonati, possibilità di effettuare chat dal vivo etc.), differenziati a seconda della tipologia di abbonamento prescelta;

f4) secondo l'insegnamento della giurisprudenza della Corte di giustizia UE già citata, al fine di verificare l'applicabilità dell'art. 14 della direttiva 2000/31/CE, occorre stabilire se l'*hosting provider* svolga attività di ordine "meramente tecnico, automatico e passivo, con la conseguenza che detto prestatore non conosce né controlla le informazioni trasmesse o memorizzate"; in particolare, in un precedente caso riguardante proprio l'attività svolta da *Google* tramite la piattaforma *YouTube* (in quel caso si trattava di violazioni del diritto d'autore realizzate tramite i video pubblicati sulla piattaforma), la Corte di giustizia UE ha affermato che, per stabilire la natura attiva dell'*hosting provider*, sottratto al regime di cui all'art. 14 della direttiva, il giudice nazionale deve verificare se *YouTube* "al di là della semplice messa a disposizione della [sua] piattaforma, [contribuisce] a dare al pubblico accesso a contenuti protetti in violazione del diritto d'autore" (Corte di giustizia UE, grande sezione, 22 giugno 2021, cause riunite C-682/18 e C-683/18, cit., punti 107 e 108);

g) tanto premesso si ritiene che, nel caso di specie, vi siano indici per ritenere che *Google* svolga un'attività ulteriore rispetto alla "semplice messa a disposizione della propria piattaforma", in quanto realizza un accordo di *partnership* commerciale con il titolare del canale *YouTube* a seguito di una verifica (sebbene non necessariamente umana e non necessariamente riguardante ogni video) dei contenuti del canale, riscuote gli abbonamenti al canale versati dagli utenti, condivide con il titolare del canale i profitti derivanti dalle pubblicità realizzate nell'ambito del canale *YouTube*, così incentivando il titolare medesimo ad aumentare il numero delle visualizzazioni del proprio canale; ciò in quanto:

g1) tali attività si aggiungono alle ordinarie attività effettuate da *Google* – volte ad aumentare le visualizzazioni dei contenuti e, quindi, i profitti – di indicizzazione dei contenuti e di profilazione degli utenti (consigliando agli utenti video in funzione dei loro profili o delle loro preferenze) che, se pure di per sé sono compatibili con un ruolo "passivo" dell'*hosting provider* (Corte di giustizia UE, grande sezione, 22 giugno 2021, cause riunite C-682/18 e C-683/18, cit., punto 114), assumono rilevanza laddove si aggiungano alle summenzionate attività ulteriori svolte dalla piattaforma;

g2) l'attività di *Google* non è limitata "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" (considerando n. 42, Direttiva *E-Commerce*); le complessive attività realizzate da *Google* nell'ambito della *partnership* commerciale delineano un ruolo di *Google* non meramente "neutrale" e "passivo", in quanto "controlla", nei sensi descritti, i contenuti dei propri partner e ne "ottimizza" l'attività commerciale condividendone con essi i profitti economici;

g3) di conseguenza, nel caso di specie *Google* dovrebbe essere qualificato quale *hosting provider* attivo con conseguente inapplicabilità del regime di responsabilità di cui all'art. 14 della direttiva *E-Commerce*;

h) alla luce di quanto esposto, il collegio ha, quindi, prospettato le questioni interpretative indicate in massima.

III. – Per completezza si segnala quanto segue:

- i) sulla responsabilità civile dell'*hosting provider* si veda Cass. civ., sez. I, 19 marzo 2019, nn. 7708 e 7709 (in *Foro it.*, 2019, I, 2045 con la nota di M FERRARI, *Oltre la direttiva 2000/31Cee, o forse no. La responsabilità del provider di internet nell'incerta giurisprudenza europea*);
- j) in generale, sul contrasto alla ludopatia, si vedano:
- j1) Corte cost., 23 settembre 2021, n. 185 in *Foro it.*, 2021, I, 3354 con nota, in cui la Corte costituzionale è stata chiamata a giudicare circa la proporzionalità della sanzione amministrativa, stabilita in maniera fissa, di cinquantamila euro prevista per la mancata osservanza degli obblighi informativi riguardo ai rischi derivanti per i fruitori di giochi e scommesse con vincite in denaro;
- j2) Cons. Stato, sez. III, 10 luglio 2020, n. 4464 (in *Foro it.*, Rep. 2020, *Giuochi, scommesse, concorsi, lotterie*, n. 24), secondo cui la ludopatia rappresenta oggi una forma diffusa di svilimento della dignità personale dei "ludopatici", pertanto la distanza prescritta tra la sala giochi e particolari luoghi è solo un ulteriore mezzo per evitare che il soggetto ludopatico colga l'occasione del prelievo per continuare o aggravare la sua condizione sociale, personale e patologica;
- j3) Corte cost., 11 maggio 2017, n. 108 (in *Foro it.*, 2017, I, 1789, in *Giur. costit.*, 2017, 1107, con nota di CHIEPPA nonché oggetto di News US del 12 maggio 2017 a cui si rinvia per ulteriori approfondimenti), che ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 7 l. reg. Puglia 13 dicembre 2013 n. 43, nella parte in cui vieta il rilascio dell'autorizzazione all'esercizio di sale da gioco e all'installazione di apparecchi da gioco nel caso di ubicazione a distanza inferiore a cinquecento metri pedonali dai luoghi c.d. «sensibili» ivi indicati (istituti scolastici di qualsiasi grado, luoghi di culto, oratori, impianti sportivi e centri giovanili, centri sociali o altri istituti frequentati principalmente da giovani o strutture residenziali o semiresidenziali operanti in ambito sanitario o socio-assistenziale e strutture ricettive per categorie protette);
- k) sui poteri di intervento dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni in materia di comunicazioni si veda Corte di giustizia UE, sez., I, 8 giugno 2023, C-468/20, Fastweb S.p.A., Tim S.p.A., Vodafone Italia S.p.A., Wind Tre S.p.A. c. Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (oggetto di News UM n. 87 del 7 luglio 2023 a cui si rinvia per ulteriori approfondimenti);
- l) sull'applicazione del principio unionale di proporzionalità rispetto al divieto di svolgimento di attività economiche (e, segnatamente, alla vendita dei tabacchi lavorati a minori) si veda Corte di giustizia UE, sez. I, 24 febbraio 2022, C-452/20, PJ contro Agenzia delle dogane e dei monopoli (oggetto di News UM n. 94 del 17 luglio 2023 a cui si rinvia per ulteriori approfondimenti).

