

DELIBERA N. 125/20/CONS

PROVVEDIMENTO AI SENSI DEGLI ARTICOLI 8, COMMI 2 E 4, E 9, COMMA 1, LETT. D), DEL REGOLAMENTO IN MATERIA DI TUTELA DEL DIRITTO D'AUTORE SULLE RETI DI COMUNICAZIONE ELETTRONICA E PROCEDURE ATTUATIVE AI SENSI DEL DECRETO LEGISLATIVO 9 APRILE 2003, N. 70, DI CUI ALLA DELIBERA N. 680/13/CONS E S.M.I.

(PROC. N. 1191/DDA/CA - DDA/2589 - <http://switchbunker.com/>)

L'AUTORITÀ

NELLA riunione di Consiglio del 16 marzo 2020;

VISTA la legge 31 luglio 1997, n. 249, recante “*Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo*” e, in particolare, l'art. 1, comma 6, lett. b), n. 4-bis;

VISTA la legge 14 novembre 1995, n. 481, recante “*Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*”;

VISTA la legge 7 agosto 1990, n. 241, recante “*Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*”;

VISTO il decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, recante “*Codice delle comunicazioni elettroniche*”;

VISTA la legge 22 aprile 1941, n. 633, recante “*Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio*”;

VISTO il decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, recante “*Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico*”, di seguito denominato anche *Decreto*;

VISTO, in particolare, l'art. 14 del *Decreto*, il quale dispone che l'autorità giudiziaria o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza può esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore di servizi, nell'esercizio delle proprie attività come ivi definite, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse;

VISTO, altresì, l'art. 17 del *Decreto*, il quale dispone, al comma 3, che “*Il prestatore è civilmente responsabile del contenuto di tali servizi nel caso in cui, richiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa avente funzioni di vigilanza, non ha agito*”;

prontamente per impedire l'accesso a detto contenuto, ovvero se, avendo avuto conoscenza del carattere illecito o pregiudizievole per un terzo del contenuto di un servizio al quale assicura l'accesso, non ha provveduto ad informarne l'autorità competente”;

VISTA la delibera n. 680/13/CONS, del 12 dicembre 2013, recante “Regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70”, come modificato dalla delibera n. 490/18/CONS, del 16 ottobre 2018, recante “Modifiche al regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, di cui alla delibera n. 680/13/CONS”, di seguito denominato anche *Regolamento*;

VISTO l'articolo 2 del decreto legge 30 dicembre 2019, n. 162, recante “Disposizioni urgenti in materia di proroga di termini legislativi, di organizzazione delle pubbliche amministrazioni, nonché di innovazione tecnologica”, ai sensi del quale “All'articolo 7, comma 1, del decreto-legge 21 settembre 2019, n. 104, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 novembre 2019, n. 132, le parole «fino a non oltre il 31 dicembre 2019» sono sostituite dalle seguenti: «fino a non oltre il 31 marzo 2020»”.

VISTI gli atti del procedimento;

CONSIDERATO quanto segue:

1. Con istanza DDA/2589, pervenuta in data 2 marzo 2020 (prot. n. DDA/0000404), è stata segnalata dalla Digital Content Protection S.r.l., giusta delega dei titolari dei diritti di sfruttamento sulle opere oggetto dell'istanza, la presenza di una significativa quantità di opere di carattere videoludico per diversi dispositivi di videogiochi, sul sito *internet* <http://switchbunker.com/>, in presunta violazione della legge 22 aprile 1941, n. 633, di una significativa quantità di opere di carattere audiovisivo, tra le quali sono specificamente indicate, a titolo esemplificativo e non esaustivo, le seguenti:

Avente Diritto	Titolo Opera	URL
Nintendo Co. Ltd.	Mario & Sonic at the Olympic Games Tokyo 2020	https://switchbunker.com/mario-sonic-olympic-games-tokyo-2020-nsp/
Nintendo Co. Ltd.	Hyrule Warriors: Definitive Edition	https://switchbunker.com/hyrule-warriors-definitive-edition-nsp-download-update/
Nintendo Co. Ltd.	Super Smash Bros. Ultimate	https://switchbunker.com/super-smash-bros-ultimate-nsp-download-update1/
Nintendo Co. Ltd.	Super Mario Odyssey	https://switchbunker.com/super-mario-odyssey-nsp-download-update1/
Nintendo Co. Ltd.	Mario Tennis Aces	https://switchbunker.com/mario-tennis-aces-nsp-downlaod-update-v-3-1-0/
Nintendo Co. Ltd.	New Super Mario Bros U Deluxe	https://switchbunker.com/new-super-mario-bros-u-deluxe-nsp-freedld/
Nintendo Co. Ltd.	Super Mario Party	https://switchbunker.com/super-mario-party-nsp1/
Nintendo Co. Ltd.	Mario Kart 8 Deluxe	https://switchbunker.com/mario-kart8-deluxe-nsp-switchh/
Nintendo Co. Ltd.	Captain Toad Treasure Tracker	https://switchbunker.com/captain-toad-treasure-tracker-nsp-update-dlc/
Nintendo Co. Ltd.	Donkey Kong Country: Tropical Freeze	https://switchbunker.com/donkey-kong-country-tropical-freeze-nsp-update/

Nintendo Co. Ltd.	Fire Emblem Warriors	https://switchbunker.com/fire-emblem-warriors-nsp-download-update-dlc-packs/
Nintendo Co. Ltd.	FIRE EMBLEM: Three Houses	https://switchbunker.com/fire-emblem-three-houses-nsp-download-update-dlc1/
Nintendo Co. Ltd.	Kirby : Star Allies	https://switchbunker.com/kirby-star-allies-nsp-download/
Nintendo Co. Ltd.	Pokemon Shield	https://switchbunker.com/pokemon-shield-nsp-xci-free/
Nintendo Co. Ltd.	Xenoblade Chronicles 2	https://switchbunker.com/xenoblade-chronicles-2-nsp-download/
Nintendo Co. Ltd.	Pokemon Sword	https://switchbunker.com/pokemon-sword-nsp-free-dl/
Nintendo Co. Ltd.	Pokken Tournament DX	https://switchbunker.com/pokken-tournament-dx-nsp-download-update/
Nintendo Co. Ltd.	Luigi's Mansion™ 3	https://switchbunker.com/luigis-mansion-3-nsp-free/
Nintendo Co. Ltd.	Overcooked: Special Edition	https://switchbunker.com/overcooked-special-edition-nsp-download-update/
Nintendo Co. Ltd.	Pokémon: Let's Go, Eevee!	https://switchbunker.com/pokemon-lets-go-eevee-nsp-download1/
Nintendo Co. Ltd.	1-2 Switch	https://switchbunker.com/1-2-switch-nsp-download/
Nintendo Co. Ltd.	Super Kirby Clash	https://switchbunker.com/super-kirby-clash-nsp-download/
Nintendo Co. Ltd.	Splatoon 2	https://switchbunker.com/splatoon-2-nsp-download/
Nintendo Co. Ltd.	ARMS	https://switchbunker.com/arms-nsp-download/
Nintendo Co. Ltd.	The Legend of Zelda: Link's Awakening Switch	https://switchbunker.com/the-legend-of-zelda-links-awakening-nsp-free-switch/
Nintendo Co. Ltd.	Yoshi's Crafted World	https://switchbunker.com/yoshis-c-world-nsp/
Nintendo Co. Ltd.	Pokémon: Let's Go, Pikachu!	https://switchbunker.com/pokemon-lets-go-pikachu-nsp-download-update/
Nintendo Co. Ltd.	Super Mario Maker 2	https://switchbunker.com/super-mario-maker-2-nsp-full-free/
Nintendo Co. Ltd.	The Legend of Zelda: Breath of the Wild	https://switchbunker.com/tloz-bow-breath-nsp-download/
Nintendo Co. Ltd.	Mario + Rabbids® Kingdom Battle	https://switchbunker.com/mario-rabbids-kingdom-battle-nsp-download/

- Dalle verifiche condotte sul sito oggetto dell'istanza risultavano accessibili, alle pagine *internet* sopra indicate, riproduzioni delle opere videoludiche sopra indicate e le stesse apparivano diffuse in presunta violazione degli artt. 1, 12, 13 e 16, della citata legge n. 633/41. Questi elementi inducevano la Direzione a ritenere che i fatti stessi configurassero un'ipotesi di violazione grave e di carattere massivo;
- Dalle suddette verifiche risultava, altresì, quanto segue: il nome a dominio del sito *internet* risulta verosimilmente registrato dalla società Name.com, Inc., raggiungibile all'email support@name.com, per conto del Sig. Mehmet Cayirovali, di cui non risultano disponibili contatti; i servizi di *hosting* risultano afferenti verosimilmente alla società Cloudflare Inc., con sede a Dallas, Texas, Stati Uniti d'America, il cui indirizzo di posta elettronica è abuse@cloudflare.com, alla medesima società sono riconducibili anche i *server* impiegati, che risultano localizzati a Dallas, Texas, Stati Uniti d'America.
- Con comunicazione del 4 marzo 2020 (prot. n. DDA/0000427), la Direzione contenuti audiovisivi ha dato avvio al procedimento istruttorio n. **1191/DDA/CA** relativo all'istanza DDA/2589, rilevando che la stessa non risultava irricevibile, improcedibile, inammissibile, né manifestamente infondata e che dalle verifiche

condotte emergeva la presunta violazione degli artt. 1, 12, 13 e 16 della citata legge n. 633/41. Nella predetta comunicazione la Direzione rappresentava, altresì, di aver ravvisato la sussistenza delle condizioni per l'applicazione dei termini abbreviati di cui all'art. 9 del *Regolamento*, in ragione della gravità della violazione segnalata, del suo carattere massivo;

5. Considerata la localizzazione all'estero dei *server* ospitanti il sito, è stata data comunicazione dell'avvio del procedimento ai prestatori di servizi della società dell'informazione di cui all'art. 14 del *Decreto*, mediante pubblicazione sul sito *internet* dell'Autorità, ai sensi dell'art. 8, comma 3, della legge n. 241/90, in ragione dell'elevato numero di destinatari, circostanza che rende particolarmente gravosa la comunicazione personale. La comunicazione di avvio è stata altresì inviata agli indirizzi attraverso i quali è stato possibile stabilire un contatto con il soggetto richiedente il nome a dominio per il sito medesimo, alla società che verosimilmente risulta essere il fornitore di servizi di *hosting* e a cui appaiono riconducibili i *server* impiegati. Con la medesima comunicazione di avvio le parti sono state informate della possibilità di adeguarsi spontaneamente alla richiesta del soggetto istante;
6. Nei termini fissati dall'art. 9, comma 1, *lett. b)*, del *Regolamento*, ovvero entro tre giorni lavorativi decorrenti dal 4 marzo 2020, non è stata presentata, né dai prestatori di servizi di cui all'art. 14 del *Decreto* né da altri soggetti, alcuna controdeduzione in merito al presente procedimento;
7. Dai riscontri effettuati in corso di istruttoria sul sito oggetto dell'istanza, risulta confermata l'accessibilità alle opere, configurando una fattispecie di violazione grave e di carattere massivo degli artt. 1, 12, 13 e 16 della citata legge n. 633/41;
8. Non si ritiene, peraltro, che l'accesso a tali opere digitali sul medesimo sito, possa ritenersi giustificato alla luce del regime di eccezioni e limitazioni al diritto d'autore previsto dal Capo V, Sezione I, della legge n. 633/41;
9. L'art. 8, comma 2, del *Regolamento* stabilisce che, qualora ritenga sussistente la violazione del diritto d'autore, l'Autorità esige, nel rispetto dei criteri di gradualità, di proporzionalità e di adeguatezza, che i prestatori di servizi destinatari della comunicazione di avvio del procedimento impediscano la violazione medesima o vi pongano fine. La stessa norma prevede altresì che, a tale scopo, l'Autorità adotta i pertinenti ordini, ai quali i prestatori dei servizi devono ottemperare entro tre giorni dalla notifica del relativo provvedimento. Tale termine è ridotto a due giorni, ai sensi dell'art. 9, comma 1, *lett. e)*, del *Regolamento*, nell'ipotesi di procedimento abbreviato, come nel caso di specie;
10. L'art. 8, comma 4, del *Regolamento* prevede, inoltre, che qualora il sito sul quale sono rese accessibili opere digitali in violazione del diritto d'autore o dei diritti connessi sia ospitato su un *server* ubicato fuori del territorio nazionale, come si verifica nel caso di specie, l'Autorità può ordinare ai prestatori di servizi che svolgono attività di *mere conduit* di cui all'art. 14 del *Decreto* di provvedere alla disabilitazione dell'accesso al sito, nonché, ai sensi del successivo comma 5, di procedere a reindirizzare automaticamente verso una pagina *internet*, redatta secondo le modalità definite dall'Autorità, le richieste di accesso alla pagina *internet* su cui è stata accertata la presenza di opere digitali diffuse in violazione del diritto d'autore;

RITENUTA, pertanto, nel rispetto dei principi di gradualità, di proporzionalità e di adeguatezza, la sussistenza dei presupposti per l’emanazione di un ordine di disabilitazione dell’accesso al sito *internet* **<http://switchbunker.com/>**, mediante blocco del DNS, da realizzarsi da parte dei prestatori di servizi di *mere conduit* operanti sul territorio italiano entro due giorni dalla notifica del presente provvedimento, con contestuale reindirizzamento automatico verso una pagina *internet* redatta secondo l’allegato A al presente provvedimento;

CONSIDERATO che, ai sensi dell’art. 34, comma 2-bis, del *Regolamento concernente l’organizzazione e il funzionamento dell’Autorità*, le competenze assegnate alla Commissione per i servizi e i prodotti sono temporaneamente esercitate dal Consiglio;

UDITA la relazione del Commissario Francesco Posteraro, relatore ai sensi dell’art. 31 del *Regolamento concernente l’organizzazione ed il funzionamento dell’Autorità*;

ORDINA

ai prestatori di servizi di *mere conduit* operanti sul territorio italiano, individuati ai sensi dell’art. 14 del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, di provvedere alla disabilitazione dell’accesso al sito **<http://switchbunker.com/>**, mediante blocco del DNS, da realizzarsi entro due giorni dalla notifica del presente provvedimento, con contestuale reindirizzamento automatico verso una pagina *internet* redatta secondo l’allegato A al presente provvedimento.

L’ottemperanza al presente ordine si considera avvenuta con la disabilitazione del sito **<http://switchbunker.com/>** nei tempi con le modalità suesposte. Rimane fermo l’obbligo in capo ai prestatori di servizi di *mere conduit* operanti sul territorio italiano di continuare ad adeguarsi agli ordini già emanati dall’Autorità ai sensi degli artt. 8, commi 2 e 4, e 9, comma 1, lett. d), del *Regolamento* in materia di tutela del diritto d’autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, di cui alla delibera n. 680/13/CONS, i cui siti oggetto di disabilitazione all’accesso sono elencati nella lista di cui all’allegato B al presente provvedimento e a tutti i futuri nomi a dominio del medesimo sito che saranno comunicati all’Autorità dai soggetti legittimati, ai sensi dell’art.8-bis, comma 1, del *Regolamento*, nei tempi e con le modalità suesposte.

Ai sensi dell’art. 8, comma 4, del *Regolamento*, l’Autorità provvede all’aggiornamento dell’elenco in formato .txt comprendente i siti oggetto di disabilitazione all’accesso mettendo a disposizione dei prestatori di servizi la lista di cui all’allegato B al presente provvedimento.

L’inottemperanza all’ordine impartito con il presente provvedimento comporta l’applicazione della sanzione prevista dall’art. 1, comma 31, della legge 31 luglio 1997, n. 249 e la comunicazione agli organi di polizia giudiziaria ai sensi dell’art. 182-ter della legge n. 633/41.

Ai sensi dell’art. 1, comma 26, della legge 31 luglio 1997, n. 249, i ricorsi avverso i provvedimenti dell’Autorità rientrano nella giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo.

Ai sensi degli artt. 29 e 119, comma 1, *lett. b)*, e comma 2, del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, il termine per ricorrere avverso il presente provvedimento è di **sessanta** giorni dalla notifica del medesimo.

La competenza di primo grado, ai sensi degli artt. 133, comma 1, *lett. l)*, e 135, comma 1, *lett. c)*, del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, è attribuita in via esclusiva ed inderogabile al Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio.

Il presente provvedimento è notificato ai prestatori di servizi di *mere conduit* operanti sul territorio italiano, individuati ai sensi dell'art. 14 del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, mediante pubblicazione sul sito *web* dell'Autorità.

Roma, 16 marzo 2020

IL PRESIDENTE
Angelo Marcello Cardani

IL COMMISSARIO RELATORE
Francesco Posteraro

Per attestazione di conformità a quanto deliberato
SEGRETARIO GENERALE *f.f.*
Nicola Sansalone