



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

SCUOLA DI DOTTORATO IN SCIENZE GIURIDICHE
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PRIVATO E STORIA DEL DIRITTO
CURRICULUM DI DIRITTO INDUSTRIALE
CICLO XXVIII

**Linking e comunicazione al pubblico
nel Sistema della Corte di Giustizia dell'Unione Europea**

TESI DI DOTTORATO DI

Alberto Bellan

COORDINATRICE
Prof.ssa Silvia Giudici

TUTOR
Prof.ssa Maria Lillà Montagnani

ANNO ACCADEMICO 2015/2016

INDICE

I TECNICA, PRATICA E DIRITTO DEL LINKING

1. I link e internet	1
2. Controllare i link per controllare le informazioni	4
3. Le guerre dei link	8
4. Linking e diritto d'autore	13
5. Comunicazione al (e messa a disposizione del) pubblico	17
6. Modelli non uniformi	23

II LINK A CONTENUTI LECITI

1. E ora, qualcosa di completamente diverso	30
2. Link a contenuti leciti: il caso Svensson	33
3. Una comunicazione e un pubblico: il two-step test nel contesto digitale	35
4. Trasmissione, offerta e paracopyright.	37
5. Il link come comunicazione: il solito "alto livello di protezione" e un problema non risolto	47
6. Mezzo tecnico diverso o pubblico nuovo	52
7. Linking: stesso media tecnico	61
8. Il pubblico nuovo nel contesto digitale	63
9. Misure restrittive tecniche e giuridiche	67
10. La comunicazione al pubblico è dinamica e intermittente	78
11. Neutralità tecnologica	82
12. L'irrelevanza dell'ordinanza BestWater	88

III LINK A CONTENUTI ILLECITI

1. Riproduzione e comunicazione di contenuti illeciti	96
2. Link a contenuti illeciti: il caso GS Media	97
3. La necessità di "discostarsi" da Svensson	100
4. La sentenza GS Media: non cambiare niente per cambiare tutto	106
5. La conoscenza dell'illecito come elemento costitutivo della comunicazione al pubblico	113
6. Link privati e professionali: un sistema di presunzioni problematico	120
7. Carattere lucrativo e diritto d'autore in the course of trade	126
8. L'elemento oggettivo dell'intervento tra GS Media e Filmspelers	131
9. Link a copie illecite di contenuti pubblicati dai titolari	137

IV IL SISTEMA

1. La Corte di Giustizia è un legislatore	145
2. Il Sistema e i titolari dei diritti	147
3. Il Sistema e i fornitori professionali di link	158
4. Il Sistema e gli internet service provider	162
5. Il Sistema e gli utenti privati	172
6. Il Sistema e il diritto d'autore	178

BIBLIOGRAFIA

188

CAPITOLO I

TECNICA, PRATICA E DIRITTO DEL LINKING

1. I link e internet

Internet è una rete di dispositivi e contenuti connessi tra loro. Nel mondo fisico, quei contenuti sono ospitati su server, memorie temporanee o permanenti. Il collegamento tra quei server è reso possibile dall'adozione di protocolli di rete comuni, denominati TCP/IP. E' grazie a quei protocolli che i server possono comunicare tra loro a prescindere dall'hardware e dai software applicativi adottati su base remota. Il World Wide Web è uno dei principali servizi applicativi disponibili sulla rete internet. Sviluppato all'inizio degli anni novanta da due ricercatori del CERN, esso si fonda sul linguaggio HTTP ("*HyperText Transfer Protocol*").¹ Si tratta di una serie di protocolli che connette le informazioni presenti su internet in un unico grande ipertesto che ne permette la lettura non sequenziale.² La scelta dei contenuti cui accedere, in altre parole, dipende dalla sola volontà dell'utente e prescinde da elementi ulteriori, quali la loro particolare collocazione sui server che li ospitano o la sequenza decisa dal loro autore.³ L'ipertesto in questione può essere immaginato come una rete in cui i documenti, che ne costituiscono i nodi, sono connessi tra loro tramite un sistema di collegamenti.

I collegamenti ipertestuali che permettono la connessione delle informazioni presenti sul web e la navigazione agevole e non sequenziale sono anche detti "link". E' su di essi che si concentra il presente lavoro.

In linea generale, i link sono collegamenti a un'informazione presente su internet. Ad essi si è fatto riferimento come alle "sinapsi" del world wide web,⁴ le *essential facility* della rete.⁵ Senza di essi, l'accesso all'informazione dovrebbe avvenire attraverso metodi complicati e difficilmente praticabili dagli utenti meno esperti. Nelle moderne modalità di navigazione, il passaggio da una risorsa a un'altra, il reperimento di un'informazione, l'accesso a un contenuto e, come si vedrà, la stessa fruizione delle opere presenti su internet si fondano in

¹ Sulla struttura "stellare" di internet sui protocolli TCP/IP e HTML si veda Renato Borruso - Carlo Tiberi, *L'informatica per il giurista - Dal bit a internet*, seconda edizione, Giuffrè, 2001, pp. 457 e ss.

² Per un approfondimento di questi aspetti si vedano Chris Reed, *Internet Law - Text and Materials*, seconda edizione, Cambridge University Press, 2004, pp. 8 e ss. e Paul Todd, *E-Commerce Law*, Routledge-Cavendish, 2005, pp. 6 e ss.

³ Sulla natura non sequenziale e reticolare del web si veda Alberto Musso, "Ipertesti e thesauri nella disciplina del diritto d'autore", in *AIDA* 1998, pp. 212 e ss. Sull'aspetto istituzionale di internet, riguardante le istituzioni coinvolte nella *governance* della rete si veda Davide Sarti, "I soggetti di Internet", in *AIDA* 1996, pp. 5 e ss.

⁴ Così Matthew Collins, *The Law of Defamation and the Internet*, Oxford University Press, 2010, terza edizione, par. 5.42.

⁵ Così Emanuela Arezzo, "Hyperlinks and Making Available Right in the European Union - What Future for the Internet After Svensson?", in *IIC* 2014, p. 525: "Hyperlinks, or more simply links, represent – borrowing the legal term improperly – a sort of essential facility of the internet. Although, technically speaking, hyperlinks are not an 'asset' (no matter whether tangible or intangible), they represent an essential tool, free access to which is fundamental for the internet architecture to exist and to be enjoyed by its users."

gran parte su questo strumento.⁶

I testi, le immagini, i video, i siti e le singole pagine web ospitati su un server connesso a internet sono associate a una sequenza di caratteri che li identifica in modo univoco. Si parla, in merito, di "indirizzo" della risorsa, anche detto "URL" ("*Uniform Resource Locator*").⁷ L'URL costituisce il "cuore" del link.

I link, infatti, permettono all'utente di accedere all'informazione cui rinviano semplicemente "attivando" il collegamento attraverso un clic del mouse o passando sopra all'oggetto che include il link con il puntatore. L'operazione di collegamento si sostanzia in una richiesta al server remoto di inviare sul computer dell'utente che attiva il link ("*client*") una copia dell'informazione cui il link rinvia. La richiesta in questione è, in buona sostanza, un'"istruzione" che il link fornisce al server remoto tramite il programma di navigazione ("*browser*") impiegato dall'utente. L'identificazione univoca dell'oggetto di tale istruzione, vale a dire dell'informazione cui il link indirizza, è effettuata tramite il suo URL. Ricevuta la richiesta, il server remoto invia una copia temporanea dell'informazione target tramite pacchetti al computer del *client*, che può così accedervi, visualizzarla sul suo schermo, farne ulteriori copie, e via dicendo.

Il processo appena descritto è comune a tutti i tipi di collegamenti. Alcune tipologie di link, tuttavia, possono comportare effetti estetici diversi dalle altre.⁸ In merito, si distingue tra hyperlink, da un lato, ed embedded (o inline) e framing link, dall'altro.⁹

⁶ Si veda ancora Emanuela Arezzo, "Copyright enforcement on the internet in the European Union: Hyperlinks and making available right", in Paul Torremans (a cura di), *Research Handbook on Cross-border Enforcement of Intellectual Property*, Edward Elgar Publishing 2014, p. 819: "Hyperlinks, or more simply links, represent a fundamental instrument for programmers to build websites and for users to navigate the web. The internet, as we know it today, is a complex and interrelated net of contents and the disposal of surfers, and hyperlinks represent the wires through which such net is waved".

⁷ Alain Strowel - Nicolas Ide, "Liability with Regard to Hyperlinks", in *Columbia Journal of Law and the Arts* 2001, pp. 104, e ss., rilevano la doppia natura dell'URL quale indirizzo IP numerico e nome alfabetico di *host*: "The term URL refers to two ways of noting the address of a site: 'http://128.59.59.56', which is four chunks of numbers locating, for example, the server hosting the site of the Columbia University among all the servers connected to the Internet, which is actually replaced on the Internet user's screen by the second way of noting the URL: 'http://www.columbia.edu'. However, the set of four chunks of numbers may appear in the space where the browser displays the progress of the connection to a server on the Internet".

⁸ Alain Strowel - Nicolas Ide, "Liability with Regard to Hyperlinks", *cit.*, p. 104, identifica un'altra doppia natura (e definizione), questa volta rispetto al link, che ha una dimensione tecnica ed una estetica. Da un lato, infatti, il link è un'istruzione HTML che si risolve nel processo tecnico sopra descritto. Dall'altro, il link è anche un oggetto di collegamento esteticamente visibile all'utente: "In the broad sense, a 'hypertext link' covers two concepts, one relating to the hidden and the other to the visible aspect of the link. In the technical sense of the term, a hyperlink is the HTML instruction which tells the browser to go to another document (external link) or another part of the same document (internal link). In this understanding, a hyperlink takes the form of an HTML code, which includes the domain name of the linked site. This is the hidden side of the link. Nevertheless, an Internet user can view the HTML code by activating the navigator's 'View' and then 'Source' commands. In its customary sense, the term hyperlink refers to the visible part of the link, the word(s) or image(s) used to inform visitors of the web page that they can follow a link".

⁹ Javier Garrote, "Linking and framing: a comparative law approach", in *European Intellectual Property Review* 2002, 24(4), p. 184, distingue invece tra hyperlink e embedded link, da un lato, e framing link, dall'altro. La scelta sembra essere dovuta da ragioni giuridiche: l'Autore, infatti, si sofferma sulle implicazioni che i framing link possono avere in termini di creazione di un'opera derivata. La quasi totalità dei contributi in materia, invece, adotta la divisione qui proposta tra hyperlink, da un lato, ed embedded/inline e framing link, dall'altro, che si fonda sull'effetto finale che l'attivazione di quei collegamenti hanno sul computer dell'utente che ne ha usufruito. Si

Gli hyperlink sono collegamenti che, di regola, trasferiscono l'utente sulla pagina dove si trova l'informazione target. Visivamente, quindi, l'utente che attiva un hyperlink lascia la pagina che lo ospita. Al suo posto, il programma di navigazione visualizzerà la pagina cui il collegamento indirizza.

Gli hyperlink sono essenziali per la navigazione da un sito a un altro, ma anche tra risorse ospitate sullo stesso sito.¹⁰ Ogni pagina, come si è visto, è associata a un indirizzo URL. Un singolo sito è normalmente composto da molte pagine diverse. Il rinvio da una pagina all'altra del medesimo sito avviene proprio attraverso gli hyperlink.

Dal punto di vista estetico, gli hyperlink possono essere incorporati in diversi oggetti ipertestuali. Possono prendere la forma di una o più parole, replicando gli URL cui rinviano (ad esempio, www.unimi.it) o in associazione a una qualsiasi espressione in un testo HTML (per esempio, il sito dell'Università degli Studi di Milano è raggiungibile cliccando [su queste parole](#)). Gli hyperlink possono essere incorporati anche in contenuti multimediali, come le foto restituite dalle sezioni "immagini" dei motori di ricerca.¹¹

Gli embedded (o "inline") link e i framing link permettono all'utente la visualizzazione dell'informazione target nella stessa pagina che ospita il collegamento. Gli embedded link hanno a oggetto una singola opera. I framing link, invece, un'intera pagina internet o a parte di essa. In entrambi i casi, il singolo contenuto (nel caso di embedded link) o la pagina internet (nel caso di framing link)¹² sono visualizzati in una cornice del sito che ospita il

veda, ad esempio, Emanuela Arezzo, "Hyperlinks and Making Available Right in the European Union - What Future for the Internet After Svensson?", *cit.*

¹⁰ Giacomo Bonelli, "Il sito web quale opera dell'ingegno", in *Dir. Informatica* 2002, p. 213, descrive la dinamica non sequenziale dei collegamenti interni a un sito o riferiti a pagine esterne alla pagina in cui sono ospitati impiegando le espressioni "linking in" e "linking out": "per link si intende il particolare meccanismo che consente di 'saltare' molto rapidamente da una pagina all'altra del medesimo sito Web (linking in) o da un sito ad un altro (linking out)". Come osserva l'Autore, le controversie in materia di linking riguardano esclusivamente il "linking out", considerato che per la questione della liceità dei collegamenti a pagine dello stesso sito "non si pone neppure, dal momento che in questo caso il link è programmato ed effettuato dal titolare del sito per così dire in casa propria".

¹¹ Renato Borruso - Carlo Tiberi, *L'informatica per il giurista - Dal bit a internet*, *cit.*, p. 476, osservano che, con il termine "link", si indichi "tanto la funzione svolta da tale istruzione di programma (che consente di passare istantaneamente ad un altro documento, anche se archiviato in un altro 'server' in qualunque punto della Rete), quanto la parola o l'immagine o il suono la cui presenza nei vari documenti costituisce la ragione del collegamento ipertestuale e che di solito è posta in evidenza mediante 'flash' (rilievo luminoso) o colorazione diversa o sottolineature ovvero con immagini che rappresentano frecce o pulsanti".

¹² Si veda, sul punto, Emilio Tosi, "Le responsabilità civili", in Emilio Tosi (a cura di), *I problemi giuridici di Internet. Dall'E-commerce all'E-business*, Giuffrè 2003, pp. 281 e ss. Sempre Emilio Tosi, "Domain grabbing", 'linking', 'framing' e utilizzo illecito di 'meta-tag' nella giurisprudenza italiana: pratiche confusorie online 'vecchie' e nuove tra contraffazione di marchio e concorrenza sleale", in *Riv. Dir. Ind.* 2002, parte IV-V, p. 383, definisce il "framing" come un sistema che permette all'utente di far visualizzare una pagina internet "all'interno della cornice ('frame') del [proprio] sito: pertanto i segni distintivi e gli avvisi pubblicitari posti su questo continueranno a circondare la pagina agganciata ed ogni pagina successiva che gli utenti intenderanno visualizzare. Molto spesso, il sito che funge da 'cornice', detto 'framer', non offre alcun contenuto proprio, bensì si limita a sfruttare il contenuto dei siti altrui cui si aggancia, traendo la propria fonte di guadagno dalla vendita dello spazio pubblicitario posto sui lati della cornice all'interno della quale si materializzano i contenuti informativi altrui e dalla confusione ingenerata negli utenti dall'associazione con i segni distintivi contenuti nelle pagine del sito oggetto di 'frame'. Chi scrive non è in grado di verificare tale informazioni. La tecnica del framing sembra essere caduta in disuso, almeno degli ultimi anni. I riferimenti che a essa vengono fatti anche dalla Corte di Giustizia sembra più che altro frutto di errori terminologici: per "framing" la Corte intende "embedding".

collegamento. L'utente, quindi, non lascia la pagina su cui si trova il link e non visualizza la l'effetto visivo che si produce è tale da far sembrare che il contenuto o la pagina oggetto del link siano ospitate sul medesimo sito su cui è fornito il collegamento. In verità, il contenuto e la pagina oggetto degli embedded e framing link continuano a essere ospitate sul server cui il link indirizza, mentre i contenuti che compaiono sul sito che ospita il link altro non sono che copie temporanee di quelle informazioni che gli embedded/framing link "richiamano" dal sito target, permettendone la visualizzazione attraverso un'interazione peculiare con il browser.

Un'ulteriore distinzione che tornerà utile nel prosieguo della presente analisi è quella tra *surface* e *deep* link. A differenza dei collegamenti embedded e framing, si tratta di hyperlink che comportano la visualizzazione intera della pagina oggetto del collegamento. Mentre i surface link rinviano alla pagina principale del sito in questione, i deep link puntano a una pagina secondaria o, comunque, diversa dalla *homepage*.¹³ La distinzione di cui si discute non ha nulla di tecnico. Surface e deep link sono venuti in rilievo nell'ambito di un filone giurisprudenziale instaurato dai titolari dei diritti sui contenuti del sito target, i quali lamentavano che la fornitura di collegamenti verso pagine diverse dalla principale, dove viene ospitata la pubblicità più remunerativa, causasse loro un danno ingiusto in termini di mancati introiti promozionali. Ad essere messa in questione, come ben si comprende, è la natura stessa di navigazione non sequenziale che caratterizza il web e che i link stessi permettono.¹⁴

2. Controllare i link per controllare le informazioni

Internet è probabilmente il più straordinario sistema di comunicazione mai realizzato.¹⁵

¹³ Sostanzialmente tutti i contributi giuridici in materia di link esordiscono con le definizioni di hyperlink, embedded (o inline) link, framing link, surface e deep link. In un primo periodo sembra siano sussistite delle incertezze in merito, riporta Javier Garrote, "Linking and framing: a comparative law approach" *cit.*, p. 184: "One of the main problems presented in the analysis of the Law of Linking is the confusion of categories. Almost every commentator has his own definition and classification of links". Oggi quella confusione terminologica sembra dipanata, e le definizioni riportate nel testo sembrano essere pacifiche tra la maggior parte degli Autori. Adottano gli stessi concetti di hyperlink, embedded (o inline) link, framing link, surface e deep link, ad esempio, Emilio Tosi, "Domain grabbing", 'linking', 'framing' e utilizzo illecito di 'meta-tag' nella giurisprudenza italiana: pratiche confusorie online 'vecchie' e nuove tra contraffazione di marchio e concorrenza sleale", *cit.*; Emanuela Arezzo, "Hyperlinks and Making Available Right in the European Union - What Future for the Internet After Svensson?", *cit.*; Paul Todd, *E-Commerce Law*, *cit.*, pp. 90 e ss.; e Alain Strowel - Nicolas Ide, "Liability with Regard to Hyperlinks", *cit.*, pp. 105 e ss., che si sofferma anche sull'analogia tra l'attività di fornitura delle categorie di collegamenti sopra elencate e quella di mera indicazione di un indirizzo URL: "Lastly, a word should be said about a related problem. It is clear that any medium using text can simply communicate a web address for information without creating a link. Although the technique is not the same (unlike a link, a web address that is just indicated on a web page is not active, meaning that if you click on it, nothing will happen), the result is similar. Indeed, the user only has to type the web address in the address box and instruct the browser to go to that site. Although this practice obviously differs from that of creating hyperlinks, it has given rise to lawsuits".

¹⁴ In merito, si rimanda a Miguel Peguera, "Copyright issues regarding Google images and Google cache", in Aurelio Lopez Tarruella (a cura di), *Google and the Law*, Springer, 2012, pp. 185 e ss.

¹⁵ La definizione di internet come un "*communication system*" è adottata, tra gli altri, da John Cahir, "The structure of control - Communication systems and copyright law", in Guido Westkamp (a cura di), *Emerging issues in intellectual property: trade, technology and market freedom : essays in honour of herchel smith*, Edward Elgar,

L'importanza che i link rivestono quali elementi strutturali del world wide web si riflette anche nel ruolo fondamentale che i collegamenti ipertestuali giocano nelle dinamiche di circolazione, reperimento, accesso e fruizione delle informazioni presenti su internet.¹⁶

Si pensi, ad esempio, ai motori di ricerca. La funzione di quel servizio è restituire all'utente che svolge una ricerca sulla base di parole chiave una lista di hyperlink che indirizzano alle pagine web più attinenti con la ricerca svolta.¹⁷ I motori di ricerca interni ai siti o i servizi di ricerca specializzati funzionano in modo analogo, con la differenza che i link restituiti indirizzano a pagine interne al sito in cui sono implementati. Gli hyperlink restituiti dai servizi di ricerca specializzati, invece, permettono l'accesso a contenuti limitati per oggetto. I servizi di *newsfeed* e gli aggregatori di notizie, ad esempio, forniscono link ad articoli giornalistici. Diversi servizi di condivisione video, invece, collocano link che permettono la visualizzazione o lo scaricamento di contenuti multimediali.¹⁸

I moderni motori di ricerca generali sono inoltre dotati di sezioni "immagini" e "video" che fanno ampio uso di inline link. La sezione "Immagini" del servizio di ricerca Google Web Search,¹⁹ ad esempio, restituisce agli utenti una serie di immagini in formato ridotto ("*thumbnail*") che costituiscono copie a bassa definizione di contenuti ospitati su siti terzi e attinenti alla ricerca svolta dal *client*. Il click su una *thumbnail* permette l'apertura di una sezione nella stessa pagina in cui appare l'immagine nella sua definizione originale, incorporata nella sezione Immagini di Google Web Search attraverso la tecnica dell'embedded link.²⁰ L'immagine a definizione originale oggetto dell'inline link incorpora a

2007, p. 81.

¹⁶ Come sintetizzato efficacemente da Alexander Tsoutsanis, "Why copyright and linking can tango", in *Journal of Intellectual Property Law and Practice* 2014, Vol. 9, n. 6, p. 495, "while our offline environment is all about mortar and bricks, online on the internet is all about clicks. Clicking away is what surfing the web is all about, everyday. Clicking on buttons, windows, but often also on links: hyperlinks, deep links, framed links and embedded links".

¹⁷ Sui servizi di motore di ricerca si veda Eugenio Prosperetti, *L'opera digitale tra regole e mercato*, Giappichelli, 2013, pp. 108 e ss.

¹⁸ Il ruolo tecnico, economico e sociale dei servizi di aggregazione di notizie è approfondito da Raquel Xalabarder, "Google News and Copyright", in Aurelio Lopez Tarruella (a cura di), *Google and the Law*, Springer, 2012, pp. 113 e ss.

¹⁹ Disponibile all'indirizzo <https://www.google.it/imghp>.

²⁰ Il funzionamento di Google Immagini è descritto in Miguel Peguera, "Copyright issues regarding Google images and Google cache", *cit.*, p. 171: "Google Images – Google's search tool for images – [...] entails storing thumbnail images in Google's servers and showing them as search results, each thumbnail being a reference that links to the original full-size images located elsewhere in the internet". Probabilmente, nel 2012 il link/thumbnail reindirizzava direttamente alla pagina che ospita l'immagine restituita quale risultato di ricerca. Oggi, invece, l'attivazione del link/thumbnail attiva l'apertura di una sezione all'interno della pagina dei risultati di Google dove l'immagine a definizione originale è incorporata come inline link. Solo l'attivazione dell'inline link indirizza l'utente verso la pagina dove l'immagine è ospitata. A titolo di esempio, una ricerca su Google Images con parole chiave "Chet Baker" restituisce agli utenti un elenco di thumbnail nella pagina disponibile al seguente indirizzo: https://www.google.it/search?site=imghp&tbm=isch&source=hp&biw=1721&bih=979&q=chet+baker&og=chet+b&gs_l=img.3.0.0i10.1118.2632.0.3533.8.7.1.0.0.0.132.522.6j1.7.0...0...1.1.64.img..0.8.523.4GETmZh-AvI.

L'attivazione di una delle thumbnail comporta l'apertura della sezione dove viene visualizzata l'immagine a definizione originale come nella pagina disponibile qui: https://www.google.it/search?site=imghp&tbm=isch&source=hp&biw=1721&bih=979&q=chet+baker&og=chet+b&gs_l=img.3.0.0i10.1118.2632.0.3533.8.7.1.0.0.0.132.522.6j1.7.0...0...1.1.64.img..0.8.523.4GETmZh-AvI#imgrc=kxZbzfGGR3N0LM%3A. Il clic sull'embedded link porta alla pagina terza dove l'immagine ospitata, che in questo caso è <http://extravesuviana.com/chet-baker-la-passione-per-il-tormento/>.

sua volta un hyperlink. Se l'utente lo attiva, il *browser* apre una nuova scheda contenente la pagina web dove l'immagine è ospitata.

La sezione Video di un altro motore di ricerca, Bing, ricerca e seleziona i video più pertinenti con la richiesta di un utente tra quelli caricati e liberamente accessibili su diverse piattaforme di video-sharing (YouTube, Dailymotion, Vimeo, ecc.).²¹ Ospitare tutti quei video facendone delle copie comporterebbe dei costi probabilmente inaffrontabili anche per una società come Microsoft, oltre che una serie di problemi connessi alla riproduzione di quei video. Costi e problemi sono evitati grazie alla tecnica dell'embedding. Benché i contenuti multimediali che la sezione Video di Bing restituisce appaiano all'utente come se fossero ospitati sulla pagina del motore di ricerca, infatti, essi sono semplicemente "richiamati" nella sua sezione video tramite un inline link che ne permette la visualizzazione rimanendo su quel sito e senza dover aprire la pagina della piattaforma di condivisione video che ospita realmente il contenuto.²²

Senza i servizi offerti attraverso i link dai motori di ricerca generali, interni, specializzati, e dai servizi e prodotti che offrono quel tipo di servizi, il web sarebbe un coacervo di informazioni sostanzialmente introvabili ospitate su server diversi.²³ L'accesso a quei contenuti, infatti, sarebbe possibile solo per chi conosce l'esatto indirizzo URL associato all'informazione che sta cercando. In assenza del servizio di ricerca e indicizzazione delle informazioni, tuttavia, nella maggior parte dei casi gli utenti non sarebbero a conoscenza dell'esistenza dei contenuti cui potrebbero astrattamente accedere tramite l'URL.²⁴ A fronte di un accesso alle informazioni teoricamente possibile anche senza link, quindi, il reperimento dei contenuti ricercati nella moltitudine di file disponibili sul web sarebbe di fatto improbabile, se non impossibile.

Senza i link, inoltre, gli utenti sarebbero impossibilitati a operare rinvii ipertestuali a fonti che si trovano su pagine diverse. "*Do what you do best, link to the rest*", recita uno dei principi del giornalismo digitale:²⁵ il valore aggiunto di un ipertesto è proprio quello di facilitare

²¹ Disponibile all'indirizzo <http://www.bing.com/?scope=video&nr=1>.

²² Una ricerca sulla sezione video di Bing con parole chiave "Chet Baker" restituisce una pagina in cui i video che Bing ha selezionato tra le piattaforme di condivisione di contenuti di terzi sono visualizzati dall'utente come se fossero ospitati sulla pagina di Bing: <http://www.bing.com/videos/search?q=chet+baker&qsn=&form=QBLH&scope=video&sp=-1&ghc=2&pgq=chet+ba&sc=9-7&sk=&cvid=7E8314BE4FE44E11B3B70896A48132CA>. Peraltro, l'attivazione di uno degli embedded link porta all'apertura del video in un'altra sezione di Bing: <http://www.bing.com/videos/search?q=chet+baker&&view=detail&mid=303ABBB5F96D230721D0303ABBB5F96D230721D0&FORM=VRDGAR>.

²³ "Hyperlinks are the synapses connecting different parts of the World Wide Web. Without hyperlinks, the web would be like a library without a catalogue: full of information, but with no sure means of finding it". Così Matthew Collins, *The Law of Defamation and the Internet*, cit., par. 5.42.

²⁴ Come osserva Javier Garrote, "Linking and framing: a comparative law approach", cit., p. 185, il "link is a shortcut to avoid the typing of the URL".

²⁵ Il principio è stato coniato da Jeff Jarvis, "Hacks should do what they do best and link to the rest", in *The Guardian*, 30 aprile 2007, che in merito all'evoluzione del modo di fare informazione afferma: "that is how journalism will surely expand into new areas of coverage - hyperlocal, niches, specialities: News organisations can no longer afford to own, employ, and control - to vet, verify, and sanitise - everything that happens. The only

l'accesso immediato ai contenuti terzi citati in un documento. Nell'ambiente digitale, infatti, i link svolgono una funzione analoga alle note a piè di pagina, con l'ulteriore vantaggio di permettere una visualizzazione immediata della fonte citata, creando una rete di informazioni correlate che permette agli utenti una fruizione molto più completa e agile rispetto all'ambiente analogico.²⁶ Un articolo su un giornale online o un messaggio pubblicato su un forum, ad esempio, possono sostenere una tesi citando tramite hyperlink le fonti a supporto presenti su altri server, o incorporando un contenuto che approfondisce il tema trattato attraverso un collegamento inline. Grazie a quegli strumenti, il lettore ha la possibilità di approfondire e verificare il contenuto dei messaggi ipertestuali attraverso le informazioni ivi citate tramite la semplice attivazione dei collegamenti ivi forniti. Secondo le dinamiche tipiche che caratterizzano il web 2.0, l'utente potrà a sua volta prendere posizione riguardo a un determinato contenuto e contribuire a diffonderlo semplicemente facendolo oggetto di link.²⁷ Social network come Twitter e Facebook, ad esempio, permettono la condivisione di file multimediali come video e immagini attraverso embedded link. Il semplice inserimento dell'URL di un contenuto nella dedicata al proprio status "richiama" l'informazione oggetto del collegamento sulla pagina dell'utente, permettendo la fruizione del contenuto direttamente sulla pagina del social network in questione. Ogni condivisione e ogni commento al contenuto così incorporato permette l'accesso all'informazione alle cerchie di utenti che possono visualizzare il profilo di chi ha commentato o condiviso. Il numero di condivisioni di contenuti sulle reti sociali tramite hyperlink ed embedded link è nell'ordine dei miliardi al giorno.²⁸ A sua volta, i video creati e caricati su piattaforme come Facebook possono essere

way they can expand is to work cooperatively with witness-reporters, community members, experts, people who publish on their own, finding and sending readers to the best and most reliable among them. How? Via the link".

²⁶ Così Javier Garrote, "Linking and framing: a comparative law approach", *cit.*, p. 185, secondo cui "links are simply references to other documents already available on the web, and have no implied meaning in themselves. Basically they can be considered the electronic equivalent of citations in the printed book world". Nello stesso senso, anche Jeremy de Beer - Mira Burri, "Transatlantic Copyright Comparisons: Making Available via Hyperlinks in the European Union and Canada", *cit.*, p. 103: "the hyperlink is a mere reference, comparable to quotation, in particular as the operator of the target website still possesses full control over the making available of the works". Di identico avviso Emanuela Arezzo, "Hyperlinks and Making Available Right in the European Union - What Future for the Internet After Svensson?", *cit.*, pp. 524 e ss.

²⁷ Il "web 2.0" è il fenomeno secondo cui gli utenti, da soggetti che si limitavano a fruire di informazioni create da utenti professionali, si sono fatti parte attiva nelle dinamiche creative e distributive di contenuti su internet grazie ai bassi costi di realizzazione e distribuzione dei contenuti resi possibile dalle nuove tecnologie dell'informazione. In merito, sono sempre molto citati i lavori di Lawrence Lessig, *Cultura Libera*, Apogeo, 2005 e *Remix: Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy*, Penguin, 2008, tra i primi ha osservato come il ruolo dell'utente privato sia passato dalla tradizionale posizione "RO", "read only", all'approccio "RW", "read and write". Sull'impatto di questo fenomeno in termini creativi e di circolazione delle informazioni si veda anche Luigi Mansani, "Contenuti generati dagli utenti", in AIDA 2011, pp. 244 e ss. La disintermediazione, peraltro, non attiene solo al momento creativo, ma anche alle dinamiche di distribuzione dei contenuti. Osserva Marco Ricolfi, "Making Copyright Fit for the Digital Agenda", in *12th EIPIN Congress 2011 - Constructing European IP: Achievements and new Perspectives Strasbourg, February 24th – 25 th, 2011 European Parliament*, disponibile al seguente indirizzo

<http://nexa.polito.it/nexafiles/Making%20Copyright%20Fit%20for%20the%20Digital%20Agenda.pdf>

²⁸ Nel 2013, Facebook ha comunicato che il numero di condivisioni giornaliere di contenuti tramite il suo servizio aveva raggiunto i 4,75 miliardi.

incorporate in altri siti tramite un inline link.²⁹

Gli esempi di circostanze in cui i link contribuiscono in modo sostanziale alla circolazione delle informazioni su internet potrebbero continuare all'infinito, ma quanto si è visto finora è sufficiente a provare un punto. Se la messa a disposizione di un contenuto su internet richiede un atto iniziale di creazione e/o di caricamento su una piattaforma digitale da parte del *content provider*, la diffusione di quel contenuto non può prescindere dai link. Un'informazione che non è possibile individuare è priva di valore, per il suo creatore e per gli utenti. Nelle dinamiche digitali che caratterizzano il web, controllare i link significa controllare le informazioni.

3. Le guerre dei link

Il ruolo essenziale che i collegamenti ipertestuali rivestono nell'ambito della circolazione delle informazioni è la ragione dell'ampio numero di controversie che hanno avuto a oggetto la fornitura di link e che si sono succedute dagli anni novanta a oggi in diversi campi del diritto.

I collegamenti ipertestuali, ad esempio, sono stati oggetto di diversi di diverse cause per violazione di diritti alla tutela dell'onore e della reputazione. Spesso, i soggetti danneggiati dall'atto diffamatorio coinvolgono nelle azioni giudiziarie non solo chi ha creato e ospita l'informazione lesiva, ma anche chi fornisce link per accedervi.³⁰

Rimanendo nell'ambito della tutela dei diritti della personalità, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha recentemente inaugurato un filone giurisprudenziale in cui i link vengono in rilievo in quanto parte integrante di un trattamento dei dati personali.³¹ Nel caso *Costeja* che per primo ha delineato su base continentale quello che i giornalisti chiamano "diritto all'oblio", la Corte ha stabilito che l'attività dei motori di ricerca consistente nel ricercare e memorizzare temporaneamente contenuti che includono dati personali, indicizzarli e restituirli sotto forma di link all'utente che svolge una ricerca per nome e cognome del soggetto interessato integra un trattamento dei dati personali ai sensi dell'articolo 2, lettera b) della Direttiva sui Dati Personali.³² A fronte di ricerche effettuate a

²⁹ Si vedano le istruzioni alla pagina <https://developers.facebook.com/docs/plugins/embedded-video-player>.

³⁰ Si vedano, in merito, Katherine E. Beyer, "Taking the 'Hype' Out of Hyper-Linking: Linking Online Content Not Grounds for U.S. Copyright Infringement", in *Idea: The Intellectual Property Law Review*, vol. 55, I, pp. 23 e ss. In tema di linking e diffamazione si veda anche Péter Mezei, "Enter the matrix: the effects of the CJEU's case law on linking and streaming technologies", in *GRUR Int.* 2016, pp. 894 e ss., che riporta due pronunce canadesi in cui, tra le altre cose, l'idoneità del linking a costituire una forma di diffamazione è stata esclusa sulla base della circostanza che l'unico significato attribuibile al collegamento è che l'indicazione che il contenuto diffamatorio "exists somewhere". Per un ulteriore commento alle decisioni in questione, si vedano Jeremy de Beer - Mira Burri, "Transatlantic Copyright Comparisons: Making Available via Hyperlinks in the European Union and Canada", *EIPR* 2014, Vol. 2.

³¹ Si fa riferimento alla nota decisione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 13 maggio 2014, *Google Spain SL e Google Inc. contro Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González*, causa C-131/12 ("**Costeja**").

³² Sentenza *Costeja*, cit., punto 100: "l'attività di un motore di ricerca consistente nel trovare informazioni

partire dal nome di una persona fisica, ha stabilito la Corte, l'elenco di collegamenti restituiti dal motore di ricerca permette all'utente di acquisire "una visione complessiva strutturata delle informazioni relative a questa persona reperibili su Internet, che consente loro di stabilire un profilo più o meno dettagliato di quest'ultima", incidendo così "in modo significativo e in aggiunta all'attività degli editori di siti web, sui diritti fondamentali alla vita privata e alla protezione dei dati personali".³³

In quel contesto, ha stabilito la Corte, l'attività di fornitura di un link a un contenuto ha un valore autonomo rispetto alla sua creazione e caricamento sulla piattaforma internet da parte degli editori che quell'informazione hanno creato.³⁴ Di conseguenza, il soggetto interessato ha diritto a chiedere anche ai soli motori di ricerca la deindicizzazione parziale delle informazioni che non rivestono interesse pubblico.³⁵ Nella pratica, l'operazione in questione si sostanzia nell'eliminazione dei link alle notizie non più rilevanti dai risultati naturali delle ricerche svolte sulla base del nome del soggetto interessato. Sopprimere i link per sopprimere le informazioni che generano l'illecito.³⁶

Nel contesto più propriamente commerciale, i link sono venuti in rilievo come elementi coinvolti in condotte scorrette, repressi sulla base delle norme di concorrenza sleale italiana

pubblicate o inserite da terzi su Internet, nell'indicizzarle in modo automatico, nel memorizzarle temporaneamente e, infine, nel metterle a disposizione degli utenti di Internet secondo un determinato ordine di preferenza, deve essere qualificata come 'trattamento di dati personali'".

³³ Sentenza *Costeja, cit.*, punti 35 - 37: "il trattamento di dati personali effettuato nell'ambito dell'attività di un motore di ricerca si distingue da e si aggiunge a quello effettuato dagli editori di siti web, consistente nel far apparire tali dati su una pagina Internet.

[...] tale attività dei motori di ricerca svolge un ruolo decisivo nella diffusione globale dei dati suddetti, in quanto rende accessibili questi ultimi a qualsiasi utente di Internet che effettui una ricerca a partire dal nome della persona interessata, anche a quegli utenti che non avrebbero altrimenti trovato la pagina web su cui questi stessi dati sono pubblicati. [...] Per di più, l'organizzazione e l'aggregazione delle informazioni pubblicate su Internet, realizzate dai motori di ricerca allo scopo di facilitare ai loro utenti l'accesso a dette informazioni, possono avere come effetto che tali utenti, quando la loro ricerca viene effettuata a partire dal nome di una persona fisica, ottengono attraverso l'elenco di risultati una visione complessiva strutturata delle informazioni relative a questa persona reperibili su Internet, che consente loro di stabilire un profilo più o meno dettagliato di quest'ultima".

³⁴ Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati.

³⁵ Sentenza *Costeja, cit.*, punto 100: "Gli articoli 12, lettera b), e 14, primo comma, lettera a), della direttiva 95/46 devono essere interpretati nel senso che, al fine di rispettare i diritti previsti da tali disposizioni, e sempre che le condizioni da queste fissate siano effettivamente soddisfatte, il gestore di un motore di ricerca è obbligato a sopprimere, dall'elenco di risultati che appare a seguito di una ricerca effettuata a partire dal nome di una persona, dei link verso pagine web pubblicate da terzi e contenenti informazioni relative a questa persona, anche nel caso in cui tale nome o tali informazioni non vengano previamente o simultaneamente cancellati dalle pagine web di cui trattasi, e ciò eventualmente anche quando la loro pubblicazione su tali pagine web sia di per sé lecita". Per i primi commenti in merito si vedano Oreste Pollicino, "Un digital right to privacy preso (troppo) sul serio dai Giudici di Lussemburgo? Il ruolo degli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza nel reasoning di *Google Spain*", in *Dir. Informatica* 2014, fasc.4-5, 2014, pp. 569 e ss. ; Giovanni Maria Riccio, "Diritto all'oblio e responsabilità dei motori di ricerca", in *Dir. Informatica* 2014, fasc.4-5, pp. 753 e ss.; Franco Pizzetti, "Le autorità garanti per la protezione dei dati personali e la sentenza della corte di giustizia sul caso Google Spain: è tempo di far cadere il 'Velo di Maya'", in *Dir. Informatica* 2014, fasc.4-5, pp. 805 e ss.; e Andrea Stazi, "La tutela del diritto d'autore in rete: bilanciamento di interessi, opzioni regolatorie europee e 'modello italiano'", in *Dir. Informatica* 2015, fasc.1, pp. 89 e ss.

³⁶ Per un approfondimento riguardo alle operazioni di deindicizzazione parziale che il motore di ricerca è tenuto a svolgere nei casi previsti dalla sentenza *Costeja*, si vedano Cosimo Comella, "Indici sommari, ricerche e aspetti tecnici della 'de-indicizzazione'", in *Dir. Informatica* 2014, fasc.4-5, pp. 731 e ss. e Salvatore Sica - Virgilio D'Antonio, "La procedura di de-indicizzazione", in *Dir. Informatica* 2014, fasc.4-5, pp. 703 e ss.

o di istituti analoghi previsti in ordinamenti stranieri.

In Italia, ad esempio, la fornitura di hyperlink e di framing link è stata considerata idonea a integrare condotte confusorie, di appropriazione di pregi, di agganciamento e di sviamento della clientela vietate ai sensi dell'articolo 2598, c.c. In un primo caso, l'inclusione in una pagina web di *hyperlink* a contenuti ospitati sul sito di una società concorrente è stata considerata idonea ad appropriarsi dei pregi di quest'ultima e a sviarne la clientela. Il collocamento dei link in questione era stato effettuato nel contesto di una condotta abusiva consistente, tra l'altro, nella registrazione di un dominio corrispondente al marchio della società concorrente che reindirizzava al sito su cui i link erano ospitati.³⁷ Una seconda pronuncia ha invece considerato la visualizzazione non autorizzata della *homepage* del sito di una società all'interno della pagina di un'impresa concorrente tramite *framing* link come illecito confusorio in quanto idoneo a violare "l'immagine identificativa" del sito e "lo sfruttamento economico dello stesso". La pronuncia in questione ha anche accertato la sussistenza di un'ipotesi di concorrenza sleale parassitaria in ragione dello sfruttamento dei benefici collegati alla notorietà dell'impresa altrui per ottenere un profitto che il *framing* link comportava per la società che l'aveva fornito.³⁸

Il collocamento di link è stato considerato rilevante sotto il profilo della concorrenza sleale e represso in quanto illecito aquilano anche in altre giurisdizioni. Nel Regno Unito, ad esempio, una pronuncia ha stabilito che la fornitura di link a un contenuto illecito integra una condotta abusiva suscumbibile nell'istituto dell'*authorisation*.³⁹ In quel contesto, il collegamento è stato ritenuto concedere o dare l'impressione di concedere a terzi l'autorizzazione a commettere l'atto che integra una violazione diretta del diritto tutelato.⁴⁰ Anche in Germania e nei Paesi Bassi la giurisprudenza è orientata a riconoscere alla fornitura di link natura illecita qualora i collegamenti forniti facilitino in modo "strutturale,

³⁷ Tribunale di Crema, 24 luglio 2000, in *Riv. Dir. Ind.* 2002, parte II, pp. 350 e ss., con nota di Emilio Tosi, "Domain grabbing", 'linking', 'framing' e utilizzo illecito di 'meta-tag' nella giurisprudenza italiana: pratiche confusorie online 'vecchie' e nuove tra contraffazione di marchio e concorrenza sleale", *cit.* Per contro, il Giurì per l'Autodisciplina Pubblicitaria, decisione del 18 luglio 2014, n. 54, in *Rassegna di diritto farmaceutico* 2014, 5, pp. 1180 e ss., ha escluso che la fornitura di un link, se effettuato con modalità compatibili con i principi di buona fede e di trasparenza della comunicazione commerciale, possa costituire un illecito, stabilendo che "Non si pone in contrasto con l'obbligo di trasparenza della comunicazione commerciale di cui all'art. 7 del CAP l'advergame (ossia il gioco con finalità promozionali) inserito nella pagina web di un personaggio famoso, accessibile anche dal sito ufficiale dell'inserzionista, nel quale siano fornite informazioni sulla corretta alimentazione e sia data grande evidenza ad un'operazione a premi volta a promuovere un integratore alimentare, allorché la distinzione tra messaggio promozionale, informazione e gioco sia garantita dalla collocazione dei link interattivi all'interno delle pagine di co-branding e dalla locuzione, riferita all'advergame, 'powered by' seguita dal marchio del prodotto".

³⁸ Tribunale di Genova, 22 dicembre 2000, in *Dir. Informatica* 2001, pp. 529 e ss., con nota di con nota di Rosario D'Arrigo, "Concorrenza sleale a mezzo framing: il caso 'Acquario di Genova'". Nella pronuncia in questione, il Tribunale sembra escludere che lo stesso effetto confusorio possa prodursi attraverso l'impiego di un normale hyperlink, in quanto "in tali ipotesi non si pone, per l'utente della rete, alcun problema di identificazione della pagina nella quale si trova né si pone un problema di identificazione della pagina alla quale il link lo condurrà".

³⁹ England and Wales High Court, Chancery Division, *Paramount v Sky* [2013] EWHC 3479 (Ch), [2014], punto 38.

⁴⁰ Sui profili generali dell'istituto si vedano Lionel Bently - Brad Sherman, *Intellectual Property Law*, *cit.*, pp. 171 e ss.

sistematico e intenzionale" la commissione di illeciti connessi con l'accesso al contenuto oggetto del link.⁴¹

Un altro frangente in cui la giurisprudenza si è soffermata sulle implicazioni del link riguarda la violazione di marchio.

Una prima fattispecie illecita attiene ai casi in cui gli *hyperlink* siano incorporati in segni idonei a confondere il pubblico sull'origine imprenditoriale dei beni o dei servizi offerti sulla pagina cui il collegamento indirizza. Nel caso in cui tale collegamento ipertestuale riproduca un marchio altrui, l'utente medio di internet può essere portato a ritenere che la sua attivazione sia idonea a indirizzare verso una pagina internet gestita dal titolare del marchio, dove quest'ultimo offre i suoi beni o servizi. Anche nel caso in cui la pagina cui il link rinvia contiene elementi idonei a escludere la confusione, quindi, il collocamento del link integra di per sé un uso illecito del marchio effettuato nella comunicazione commerciale. Uso che il titolare ha senz'altro il diritto di vietare in virtù dei poteri di esclusiva garantitigli dal diritto di marchio.⁴²

La condotta appena descritta rileva anche nel contesto delle fattispecie complesse relative alle dinamiche di *keyword advertising*, una forma pubblicitaria peculiare della rete internet su cui la giurisprudenza europea e nazionale si è a più riprese pronunciata.

Elemento comune di questa tipologia di attività promozionale è la visualizzazione di annunci pubblicitari in associazione a parole chiave che includono, in tutto o in parte, marchi altrui. Le parole chiave che rappresentano i marchi vengono fatte oggetto di riserva da parte del soggetto che effettua la pubblicità, normalmente tramite un'asta. A fronte di *query* che includano le parole chiave, servizi come i motori di ricerca restituiscono gli annunci pubblicitari realizzati dal *bidder*. Di regola, questi annunci sono visualizzati sopra o a lato dei risultati naturali. Essi sono composti da un titolo che incorpora un hyperlink alla pagina di destinazione; dall'URL della pagina stessa; da una breve descrizione del bene o servizio pubblicizzato; e, eventualmente, da altri link a elementi rilevanti, come pagine interne del sito

⁴¹ Maurice Schellekens, "Reframing hyperlinks in copyright", in *European Intellectual Property Review* 2016, 38(7), p. 406, fa riferimento alla sentenza della Corte Suprema tedesca nel caso *Paperboy*, in cui la Corte non ha escluso che la fornitura di un link possa integrare l'istituto dell'interferenza, che l'articolo 1004 del Codice Civile Tedesco sanziona con l'inibitoria, nel caso in cui sussista un nesso causale tra la fornitura del link e l'atto illecito. Quanto alla giurisprudenza dei Paesi Bassi, l'Autore cita tre distinte pronunce, in cui il collocamento di link è stato ritenuto illecito sulla base della sua idoneità a facilitare successivi illeciti: "The latter case law is based on general tort law. In *Real Networks v Edskes*, it was held that a link facilitates the download of a work and that that is unlawful under circumstances. These circumstances include that the link structurally, systematically and intentionally facilitates the downloading of infringing content. In *X v Noordhoff*, the court found indirect infringement because the links made it much easier to access the works and they detracted from the normal exploitation by the right holder. The Appeals Court in *Sanoma v Geen Stijl* held that *Geen Stijl's* links to certain photos on public internet locations was an indirect infringement. The circumstances leading the court to this decision were *Geen Stijl's* knowledge that the photos were unlawfully publicised and the fact that *Geen Stijl's* public could not have easily found the photos without the help (i.e. the hyperlinks) of *Geen Stijl*, giving the links a highly facilitative character".

⁴² Una prima decisione, in tal senso, è quella adottata dal Tribunale di Milano il 7 marzo 2000, in *Dir. Informatica* 2000, pp. 494 e ss., con note di Giuseppe Cassano e Guido Tarizzo.

cui l'*hyperlink* indirizza, la mappa con l'indirizzo dell'attività, e via scorrendo.⁴³

In linea di principio, l'uso del marchio altrui come parola chiave nel contesto delle attività di *keyword advertising* è un'attività lecita. La condotta in questione, tuttavia, diventa illecita nella misura in cui viola una delle funzioni del marchio, prima tra tutte quella di indicatore d'origine.⁴⁴ Rispetto all'impiego di collegamenti ipertestuali, ciò avviene qualora il marchio scelto come keyword appaia "nel testo dell'annuncio sponsorizzato" anche "sotto forma di link" per accedere al sito dell'*advertiser*. L'annuncio sponsorizzato è illecito anche nel caso in cui uno o più elementi in esso contenuti, inclusi i collegamenti ipertestuali, siano predisposti in modo vago e generico, sì da non consentire all'utente medio di internet di comprendere la reale identità dell'*advertiser* o, nel caso in cui il marchio scelto come *keyword* sia rinomato, da rendere confusa la natura dei rapporti tra l'*advertiser* e il titolare di quel marchio. In entrambe le situazioni, e prescindere dal contenuto del sito cui il link rinvia, la fornitura del collegamento ipertestuale equivale ad "agganciare il sito" cui il link rinvia "al marchio altrui e a sfruttare [la] notorietà del segno" oggetto della parola chiave.⁴⁵ L'impiego del link in questa

⁴³ La questione è oggetto di ampio approfondimento in dottrina. Si rinvia, in merito, a Jeremy Phillips, "Google AdWords: Trade Mark Law and Liability of Internet Service Providers", in Aurelio Lopez Tarruella (a cura di), *Google and the Law*, Springer, 2012, pp. 37 e ss.; Jonathan Cornthwaite, "To key or not to key? The judgement of the European Court of Justice in the Google France AdWords cases", in *EIPR* 2010, pp. 352 e ss.; Jonathan Cornthwaite, "AdWords or Bad Words? A UK perspective on keywords and trade mark infringement", in *EIPR* 2009, pp. 347 e ss.; Noam Shemtov, "Searching for the right balance: Google, keywords advertising and trade mark use", in *EIPR* 2008, pp. 470 e ss. Quanto alla dottrina italiana, si vedano Giulio Sironi, "Social Network e Segni Distintivi", in *AIDA* 2011, pp. 264 e ss.; Luigi Mansani, "La pubblicità tramite parole chiave (keyword)", in *Studi in memoria di Paola Frassi*, Giuffrè 2010, pp. 471 e ss.; Marco Ricolfi, "Motori di ricerca, link sponsorizzati e diritto dei marchi: il caso Google di fronte alla Corte di giustizia", in *Giurisprudenza italiana* 2010, n. 7, pp. 1603 e ss.; Massimo Tavella - Simone Bonavita, "La Corte di Giustizia sul caso 'Ad-Words': tra normativa marchi e commercio elettronico", in *Il Diritto Industriale* 2010, pp. 441 e ss.; Emilio Tosi, "Contraffazione di marchio e concorrenza sleale in Internet: dal classico 'domain grabbing' all'innovativo 'key-word' marketing confusorio", in *Riv. Dir. Ind.* 2009, II, pp. 387 e ss.

⁴⁴ In merito, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha più volte ribadito che "allorché, a partire da una parola chiave identica a detto marchio, è mostrato agli utenti di Internet un annuncio pubblicitario di un terzo, quale un concorrente del titolare del marchio, dipende in particolare dal modo in cui tale annuncio è presentato", sussistendo "violazione della funzione di cui trattasi quando l'annuncio non consente o consente soltanto difficilmente all'utente di Internet normalmente informato e ragionevolmente attento di sapere se i prodotti o i servizi a cui l'annuncio si riferisce provengano dal titolare del marchio o da un'impresa economicamente collegata a quest'ultimo oppure, al contrario, da un terzo"; così le sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 22 settembre 2011, *Interflora*, causa C-323/09; 23 marzo 2010, *Google France*, cause riunite da C-236/08 a C-238/08; 25 marzo 2010, *BergSpechte*, causa C-278/08; 18 giugno 2009, *L'Oréal*, causa C-487/07; e 2 luglio 2010, *Portakabin*, causa C-558/08. Nelle pronunce *Google France*, *cit.*, punti 83 e 84 e *Portakabin*, *cit.*, punto 34, la Corte ha sottolineato che "qualora l'annuncio del terzo adombri l'esistenza di un collegamento economico tra tale terzo e il titolare del marchio, si dovrà concludere che sussiste una violazione della funzione di indicazione d'origine di detto marchio. Qualora l'annuncio, pur non adombrando l'esistenza di un collegamento economico, sia talmente vago sull'origine dei prodotti o dei servizi in questione che un utente di Internet normalmente informato e ragionevolmente attento non sia in grado di sapere, sulla base del link promozionale e del messaggio commerciale ad esso allegato, se l'inserzionista sia un terzo rispetto al titolare del marchio o, al contrario, sia economicamente collegato a quest'ultimo, si deve parimenti concludere che sussiste violazione della funzione del marchio".

⁴⁵ In questo senso, si vedano le decisioni del Tribunale di Milano, 11 marzo 2009, in *Giur. Ann. Dir. Ind.* 2009, pp. 769 e ss.; Tribunale di Milano, 20 ottobre 2010, Tribunale di Milano, 23 ottobre 2010, Tribunale di Bologna, primo luglio 2011 e Tribunale di Milano, 23 novembre 2012, tutte disponibili nella banca dati *Darts IP*; Tribunale di Milano, 23 aprile 2013 e Tribunale di Palermo, 7 giugno 2013, entrambe in *Giurisprudenza Commerciale* 2015, 1, II, pp. 179 e ss., con nota di Diego Guardì, "La responsabilità dell'inserzionista e del service provider nell'ambito del keyword advertising"; Tribunale di Milano, 22 aprile 2016, in *Foro it.* 2016, 9, I, pp. 2944 e ss.

tipologia di comunicazione commerciale, quindi, onera l'*advertiser* di obblighi di chiarezza e di buona fede nella formulazione stessa del collegamento. Proprio alla luce dell'idoneità dell'*hyperlink* di collegare un testo alla pagina pubblicizzata, l'*advertiser* è chiamato ad adottare tutte le cautele possibili affinché il collegamento non si traduca in un agganciamento illecito all'indicazione d'origine o alla reputazione dell'altrui marchio.

4. Linking e diritto d'autore

Oltre a costituire un uso nella comunicazione commerciale rilevante ai sensi del diritto di marchio, l'attività di linking è stata considerata anche in merito alla possibile violazione di alcune delle facoltà esclusive tutelate dal diritto d'autore.

In alcuni frangenti, la fornitura di collegamenti potrebbe coinvolgere la riproduzione di un'opera protetta.

Una riproduzione potrebbe ad esempio verificarsi nelle ipotesi in cui l'URL cui il collegamento indirizza include un insieme di parole idonee ad essere tutelate come opera dell'ingegno secondo il diritto d'autore. In una buona parte dei casi, gli indirizzi internet sono composti da un numero di termini piuttosto ridotto. Tale circostanza, tuttavia, non esclude che l'URL possa integrare una riproduzione di un'opera dell'ingegno. Da un lato, infatti, la letteratura offre diversi esempi di opere che, per quanto brevi, sono senz'altro idonee a ricevere tutela autoriale. Si pensi, ad esempio, alla poesia "Mattina" di Giuseppe Ungaretti.⁴⁶ L'URL "www.milluminodimmenso.it", seppur breve, includerebbe integralmente l'opera. E potrebbe non trattarsi di un caso isolato.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, infatti, ha recentemente ribadito che possono accedere alla protezione conferita dal diritto d'autore non solo le opere intere, ma anche le singole parti di un'opera nella misura in cui "partecipino, in quanto tali, all'originalità dell'opera nel suo insieme". Frammenti di un'opera così ristretti da poter essere inclusi in un URL, quindi, possono ben costituire, in via autonoma, contenuti dotati di originalità in quanto "risultato della creazione intellettuale dell'autore".⁴⁷

La creazione di un collegamento ipertestuale comporta l'incorporazione in un oggetto (una o più parole, un'immagine, ecc.) dell'indirizzo internet associato alla pagina web cui il link indirizza.⁴⁸ Tale operazione, a sua volta, comporta la memorizzazione dell'URL in questione

⁴⁶ Pubblicata per la prima volta nella raccolta di poesie *L'Allegria* del 1931.

⁴⁷ Sentenza del 16 luglio 2009, *Infopaq International A/S contro Danske Dagblades Forening*, causa C-5/08 ("**Infopaq**"), punti 36 e 37. Nella pronuncia in questione, la Corte ha stabilito che un'opera letterale composta da sole undici parole può accedere alla tutela autoriale nella misura in cui essa integri una "creazione intellettuale" dotata di originalità, da intendersi come "espressione della creazione intellettuale" dell'autore. Per un commento alla decisione e una comparazione del concetto di originalità con le nozioni di "*originality*" anglosassone e di "carattere creativo" adottata negli ordinamenti dell'Europa continentale, si veda Eleonora Rosati, *Originality in EU Copyright - Full Harmonization through Case Law*, Edward Elgar, 2013 pp. 97 e ss.

⁴⁸ Renato Borruso - Carlo Tiberi, *L'informatica per il giurista - Dal bit a internet*, cit., p. 476. Si rinvia, in merito,

nel codice HTML della pagina internet che ospita il link.⁴⁹ Il codice sorgente HTML della pagina che ospita un hyperlink all'indirizzo www.milluminodimmenso.it, ad esempio, conterrà la seguente stringa di testo: `<a href="http://www.milluminodimmenso.it"`.

La stringa in questione, che a sua volta include l'URL cui il link indirizza, viene quindi memorizzata sul codice sorgente HTML della pagina che ospita il collegamento in cui l'URL è incorporato e che appare agli utenti che visitano la pagina. Una siffatta memorizzazione ben potrebbe rilevare ai fini del diritto di riproduzione digitale, prevedendo una copia dell'opera letteraria inclusa nell'URL della pagina oggetto del collegamento ipertestuale su un supporto fisso.⁵⁰

Un altro ordine di casi in cui l'attività di linking potrebbe coinvolgere la riproduzione di un'opera attiene all'oggetto in cui l'URL viene incorporato, che può senz'altro essere passibile di protezione con il diritto d'autore. Come si è visto in precedenza, il collocamento di un link comporta spesso la memorizzazione informatica di un oggetto ipertestuale su una pagina internet, a sua volta ospitata su un server connesso alla rete. Anche questa memorizzazione potrebbe rilevare ai fini del diritto di riproduzione qualora l'oggetto ipertestuale sia costituito da un'immagine o da un testo che riproduce in tutto o in parte un'opera dell'ingegno. A prescindere dall'URL cui il link indirizza e dal contenuto del sito di destinazione, il collocamento di un ipertesto potrebbe integrare una riproduzione ogniqualvolta l'*hyperlink* sia incluso in elementi dotati di carattere creativo (o "originalità", secondo il lessico adottato dalla Corte di Giustizia), rappresentando l'espressione della creazione intellettuale del loro autore. Tali ipotesi possono ad esempio riguardare ipertesti incorporati in un'immagine⁵¹ o in insiemi di parole idonei a costituire un'opera dell'ingegno autonoma dotata di carattere creativo.

La riproduzione di opere dell'ingegno quali stringe HTML o collegamenti ipertestuali visualizzati nel layout di una pagina internet può avere natura temporanea o permanente. Nel primo caso rientrano le riproduzioni effettuate da servizi come i motori di ricerca, che memorizzano quelle informazioni in via meramente temporanea nei loro database *cache*.

all'approfondimento svolto *supra*, paragrafo 1.

⁴⁹ Che, nella definizione di Giacomo Bonelli, "Il sito web quale opera dell'ingegno", *cit.*, p. 200, costituisce la traduzione "in linguaggio di programmazione informatica" del layout della pagina visibile a tutti gli utenti che vi fanno accesso.

⁵⁰ Per una trattazione della riproduzione in ambiente digitale, si veda Giovanni Guglielmetti, "Riproduzione e riproduzione temporanea", in *AIDA 2002*, pp. 27 e ss. L'Autore osserva che "costituisce anzitutto riproduzione il caricamento (*uploading*) dell'opera o di altro materiale protetto mediante memorizzazione su server, a prescindere dallo scopo per il quale tale caricamento avviene: sia cioè che si tratti di una comunicazione personale tramite posta elettronica, o di una comunicazione rivolta a una cerchia più estesa ma comunque limitata, di persone (ad esempio nell'ambito di un gruppo di discussione o di una bacheca elettronica), sia che serva a rendere l'opera o gli altri materiali pubblicamente accessibili su internet. In ogni caso, infatti, il caricamento realizza una nuova fissazione (permanente o temporanea) dell'opera o del materiale sulla memoria del server".

⁵¹ Come avviene nel caso delle *thumbnail* di cui si è detto *supra*, paragrafo 2.

Oltre alle esenzioni di responsabilità di cui si dirà in seguito,⁵² per gli internet service provider potrebbe applicarsi l'eccezione che l'articolo 5, comma 1, della Direttiva sulla Società dell'Informazione⁵³ prevede per gli atti tecnologici di riproduzione temporanea.⁵⁴ Ha carattere permanente, invece, la memorizzazione coinvolta nel collocamento di link su una pagina internet da parte di un normale *content provider* quale potrebbe essere il *webmaster* di un sito. Vista la natura "pubblica" di tale riproduzione, la copia effettuata da un *content provider* potrà difficilmente essere coperta in quanto tale da un'eccezione.⁵⁵

Sotto un ulteriore profilo, l'attività di linking può svolgere un ruolo indiretto nella riproduzione e nella distribuzione di opere dell'ingegno effettuate da soggetti diversi rispetto a quelli che forniscono il collegamento.

Al di là delle ipotesi che si sono viste pocanzi, il collocamento di un link non integra alcun atto di riproduzione.⁵⁶ Una riproduzione, invece, viene effettuata in un momento successivo all'attivazione del link. Una volta attivato il collegamento, infatti, il *browser* invia al server remoto la richiesta di ricevere l'informazione oggetto del link. Ricevuta l'istruzione, il server remoto suddivide il contenuto in questione in pacchetti e lo invia sul computer dell'utente che ha attivato il link. Sulla memoria *cache* di quel terminale, i pacchetti vengono ricomposti e viene effettuata una copia temporanea del contenuto del link al fine di permetterne la visualizzazione sullo schermo dell'utente.⁵⁷

L'attività di riproduzione temporanea in questione è stata oggetto di una recente sentenza

⁵² Si veda *infra*, capitolo IV, paragrafo 4.

⁵³ Direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione. Nel prosieguo, si farà riferimento a tale testo normativo con l'espressione "**Direttiva sulla Società dell'Informazione**" o "**InfoSoc**".

⁵⁴ Ai sensi della norma in questione, "Sono esentati dal diritto di riproduzione di cui all'articolo 2 gli atti di riproduzione temporanea di cui all'articolo 2 privi di rilievo economico proprio che sono transitori o accessori, e parte integrante e essenziale di un procedimento tecnologico, eseguiti all'unico scopo di consentire: a) la trasmissione in rete tra terzi con l'intervento di un intermediario o b) un utilizzo legittimo di un'opera o di altri materiali".

⁵⁵ Non sembra, ad esempio, potersi applicare il regime della copia privata. E ciò innanzitutto perché l'eccezione in questione, come implementata dall'articolo 71-*sexies* della Legge n. 633/1941 (nel prosieguo, "**L. Aut.**"), riguarda unicamente videogrammi e fonogrammi, così escludendo elementi testuali come gli URL. Ma, soprattutto, perché la memorizzazione di un'opera su un supporto messo a disposizione su internet può difficilmente considerarsi "privata". Sull'istituto in generale e sulle ragioni storiche ed economiche per la sua limitazione oggettiva e soggettiva si vedano, da ultimi, Davide Sarti, "Copia privata e apprendisti stregoni", in *AIDA* 2014, pp. 410 e ss. Ulteriori spunti critici attinenti all'applicazione dell'istituto nel contesto tecnologico e digitale sono forniti da Cesare Galli - Alberto Contini, "Stampanti 3D e proprietà intellettuale: opportunità e problemi", in *Riv. Dir. Ind.* 2015, fasc.3, 2015, pp. 115 e ss., nonché da Quattrone - Tozzi - D'Amico, "La riproduzione privata ad uso personale", in Cesare Galli - Alberto Gambino (a cura di), *Codice commentato della Proprietà Industriale ed Intellettuale*, Giuffrè 2011, pp. 3150 e ss.

⁵⁶ Così Péter Mezei, "Enter the matrix: the effects of the CJEU's case law on linking and streaming technologies", *cit.*, p. 889: "The essence of linking in all of its forms is that the service providers do not reproduce the content accessible at the other end of the path. In practice, the infringement of the economic right of reproduction is excluded". In linea con questa conclusione, tra gli altri, anche Javier Garrote, "Linking and framing: a comparative law approach", *cit.*, p. 185, che sottolinea come i link "do not create an "extra copy of the work" other than the one created in the RAM of the user's computer that enables him to browse the web pages. The HREF link is a shortcut to avoid the typing of the URL, and in that sense it does not grant the exclusive right of reproduction of the copyright owner more than browsing a web page does".

⁵⁷ Sulla comunicazione a commutazione di pacchetti si vedano Renato Borruso - Carlo Tiberi, *L'informatica per il giurista - Dal bit a internet*, *cit.*, pp. 457 e ss.

della Corte di Giustizia. In quel frangente,⁵⁸ la Corte ha qualificato le copie visualizzate sullo schermo dell'utente e ospitate nella memoria *cache* di un computer come idonee a beneficiare della limitazione prevista dall'articolo 5, comma 1, della Direttiva sulla Società dell'Informazione proprio in quanto temporanee, transitorie, accessorie e "parte integrante ed essenziale di un procedimento tecnologico".⁵⁹ Ad ogni modo, i soggetti coinvolti nel processo di riproduzione appena descritto sono il server remoto e l'utente che attiva il link. La sua semplice fornitura di un collegamento e la persona che la effettua, invece, sembrano rimanere estranee alle attività di riproduzione strettamente intese.

Il link può essere impiegato anche nella distribuzione della copia di un'opera digitale. Nell'ambiente internet, risulta alquanto complicato distinguere tra questo diritto esclusivo e la comunicazione al pubblico.⁶⁰ Né il diritto di distribuzione in ambito digitale risulta particolarmente indagato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, che ne ha accertato la sussistenza in un solo caso, riguardante lo scaricamento di una copia non temporanea di un programma per elaboratore.⁶¹ Se la possibilità stessa di configurare una distribuzione di beni digitali diversi dai software è dibattuta,⁶² maggiori certezze sembra dare la circostanza che la

⁵⁸ E a dispetto da quanto sostenuto da alcuni Autori, tra cui Giovanni Guglielmetti, "Riproduzione e riproduzione temporanea", *cit.*, pp. 25 e ss.

⁵⁹ Sentenza del 5 giugno 2014, *Public Relations Consultants Association Ltd v Newspaper Licensing Agency Ltd and Others*, causa C-360/13, ove la Corte di Giustizia ha concluso che "L'articolo 5 della direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, dev'essere interpretato nel senso che le copie sullo schermo del computer dell'utente e le copie nella «cache» del disco fisso di tale computer, realizzate da un utente finale durante la consultazione di un sito Internet, soddisfano i requisiti in base ai quali tali copie devono essere temporanee, transitorie o accessorie e costituire una parte integrante ed essenziale di un procedimento tecnologico, nonché i requisiti stabiliti all'articolo 5, paragrafo 5, di tale direttiva, e possono pertanto essere realizzate senza l'autorizzazione dei titolari di diritti d'autore." Come sottolinea Stefan Bechtold, in Thomas Dreier - P. Bernt Hugenholtz (a cura di), *Concise European Copyright Law*, Seconda Edizione, Wolters Kluwer 2016, p. 458, l'approccio della Corte è in linea con il principio generale che tenderebbe a escludere il mero uso delle opere tutelate dall'ambito degli atti che il titolare del diritto d'autore ha facoltà di vietare.

⁶⁰ Così Marco Ricolfi, "Comunicazione al pubblico e distribuzione", in *AIDA* 2002, pp. 72 e ss.

⁶¹ Sentenza della Corte di Giustizia, 3 luglio 2012, *UsedSoft GmbH contro Oracle International Corp.*, causa C-128/11 ("**Usedsoft**"). In quella pronuncia, punto 47, la Corte di Giustizia ha stabilito che il download della copia su un supporto informatico via Internet di una copia di un programma per elaboratore integra un atto di distribuzione ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 2009/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2009, relativa alla tutela giuridica dei programmi per elaboratore, essendo "irrelevante, in una fattispecie come quella oggetto della causa principale, il fatto che la copia del programma per elaboratore sia stata messa a disposizione del cliente da parte del titolare del diritto di cui trattasi per mezzo di download dal sito Internet di quest'ultimo ovvero per mezzo di un supporto informatico tangibile quale un CD-ROM o un DVD. [...] l'operazione consistente nel download, da tale supporto, della copia del programma e quella consistente nella conclusione di un contratto di licenza restano indissociabili per l'acquirente [...]. Considerato che l'acquirente, che scarica una copia del programma di cui trattasi per mezzo di un supporto informatico tangibile quale un CD-ROM o un DVD e che conclude un relativo contratto di licenza di utilizzazione, riceve il diritto di utilizzare tale copia per una durata illimitata a fronte del versamento di un prezzo, si deve ritenere che queste due operazioni implicino parimenti, nel caso di messa a disposizione di una copia del software de quo per mezzo di un supporto informatico tangibile quale un CD-ROM o un DVD, il trasferimento del diritto di proprietà della copia stessa".

⁶² La Direttiva sui Programmi per Elaboratore su cui si fonda la sentenza *Usedsoft*, *cit.*, non prevede alcun diritto di comunicazione al pubblico, mentre i considerando 28 e 29 della Direttiva sulla Società dell'Informazione definiscono la distribuzione come "diritto esclusivo di controllare la distribuzione dell'opera incorporata in un supporto *tangibile*" (enfasi aggiunta), escludendone l'esaurimento rispetto ai "servizi online". Nell'ambito di un dibattito ancora in corso, ci si è chiesti quindi se di "distribuzione" rispetto ai beni digitali diversi dai programmi per elaboratore e oggetto della Direttiva sulla Società dell'Informazione possa parlarsi *tout court*. Per un inquadramento di quel dibattito si vedano Stojan Arnerstål, "Licensing digital content in a sale of goods

semplice fornitura di un collegamento non possa integrare di per sé un atto di distribuzione. Analogamente a quanto si è visto accadere nel contesto della riproduzione temporanea delle opere, infatti, solo il distributore e l'acquirente sono coinvolti nel trasferimento di una copia dell'opera, mentre il fornitore di link e l'attività di collocamento dello stesso si pongono su un piano diverso e cronologicamente antecedente rispetto a quelle attività.

La sostanziale esclusione⁶³ dell'attività di linking dall'ambito di applicazione dei diritti di riproduzione e di distribuzione di un'opera è da attribuirsi alla tipicità degli atti che caratterizzano quei due diritti di sfruttamento esclusivo. Non c'è violazione del diritto di riproduzione senza una copia dell'opera. Il diritto di distribuzione non viene chiamato in causa in mancanza di immissione sul mercato di un esemplare dell'opera. La fornitura di link non copia né immette opere sul mercato. Di conseguenza, il collocamento di collegamenti ipertestuali può dirsi sostanzialmente estraneo agli ambiti di applicazione delle due esclusive.

Un discorso diverso, invece, merita il diritto di comunicazione al pubblico che costituisce l'oggetto principale del presente lavoro.

Rispetto a quell'esclusiva, i confini certi che gli atti di copia e distribuzione garantiscono nel caso dei diritti affrontati nel presente paragrafo fanno posto a una formulazione volutamente ampia, che sembra avere a oggetto agli effetti delle condotte di comunicazione, più che agli atti che caratterizzano la sua apposizione in essere. E' grazie a questa flessibilità che il diritto di comunicazione al pubblico è stato considerato idoneo a ricomprendere un ampio ventaglio di nuovi metodi di diffusione delle informazioni. Tra cui, in alcuni casi, il linking.

5. Comunicazione al (e messa a disposizione del) pubblico

Il diritto di comunicazione al pubblico distante disciplinato, tra gli altri, dall'articolo 3, comma 1, della Direttiva sulla Società dell'Informazione e dall'articolo 16 della L. Aut. italiana comprende un'ampia gamma di atti di sfruttamento immateriale dell'opera dell'ingegno⁶⁴ che

context", in *GRUR Int.* 2015, pp. 887 e ss.; Andreas Wiebe, "The Principle of Exhaustion in European Copyright Law and the Distinction Between Digital Goods and Digital Services", *GRUR Int.* 2009, pp. 114 e ss.; e Stefan Bechtold, in Thomas Dreier - P. Bernt Hugenholtz (a cura di), *Concise European Copyright Law*, cit., pp. 446 e ss. Prima della Direttiva sulla Società dell'Informazione, Davide Sarti, *Diritti esclusivi e circolazione dei beni*, Giuffrè, 1996, pp. 379 e ss., aveva sostenuto l'opportunità di ritenere la comunicazione delle opere online una forma di distribuzione. Da ultimo, Eleonora Rosati, "Online copyright exhaustion in a post-Allposters world", in *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 2015, 10(9), pp. 673 e ss. sembra escludere che una distribuzione di beni intangibili ai sensi dell'articolo 4 della Direttiva sulla Società dell'Informazione possa configurarsi alla luce della sentenza della Corte di Giustizia del 22 gennaio 2015, *Art & Allposters International BV contro Stichting Pictoright*, causa C-419/13 ("Allposters").

⁶³ Se non, rispetto al diritto di riproduzione, dei casi particolarissimi che si sono visti all'inizio di questo paragrafo.

⁶⁴ Giovanni Guglielmetti, "Il diritto di comunicazione e messa a disposizione del pubblico", in *AIDA 2010*, p. 147, sottolinea che il diritto di riproduzione e di distribuzione si distinguono dal diritto di comunicazione al pubblico innanzitutto alla luce della natura "materiale" dello sfruttamento che ne è oggetto. A differenza della comunicazione al pubblico, infatti, gli atti oggetto del diritto di riproduzione e di distribuzione dell'opera non possono prescindere dalla fissazione di essa su un supporto "materiale".

hanno in comune due elementi: la "trasmissione" di un'opera;⁶⁵ e la sussistenza di un pubblico (distante) in condizione di ricevere la trasmissione.⁶⁶

L'adozione di una nozione ampia e idonea a includere condotte molto diverse fra loro è strettamente connessa alla continua necessità di modernizzazione che ha segnato lo sviluppo storico dell'esclusiva. Mentre la riproduzione ha potuto contare su un atto caratteristico, la copia, il cui contenuto essenziale non ha subito stravolgimenti nemmeno con l'avvento di internet, le innovazioni intervenute nel settore delle tecnologie dell'informazione dagli inizi del '900 a oggi hanno obbligato il diritto di comunicazione al pubblico a una continua evoluzione. La storia di quel diritto, in altre parole, si sostanzia in una serie di continue e affannate rincorse all'evolversi della tecnologia, nel tentativo di preservare la facoltà del titolare di autorizzare e vietare ogni trasmissione della sua opera a fronte dei mezzi sempre nuovi con cui lo sfruttamento immateriale veniva posto in essere.⁶⁷

Nella prima versione della Convenzione di Berna, il diritto di comunicazione a un pubblico distante non era nemmeno previsto. Lo stato della tecnologia di allora non permetteva particolari diffusioni dell'opera via etere o via cavo. Di conseguenza, il legislatore internazionale preferì concentrarsi sull'introduzione, negli Stati unionisti, di un diritto uniforme relativo alle rappresentazioni della propria opera teatrale o musicale a un pubblico presente, tuttora previsto dall'articolo 11 della Convenzione. Il diffondersi della tecnologia radiofonica portò, nel 1928, all'introduzione di un nuovo articolo 11-*bis* che ampliava l'ambito delle esclusive garantite agli autori includendovi il "diritto esclusivo di autorizzare la comunicazione al pubblico delle [...] opere mediante radiodiffusione". Nel 1948, la diffusione della tecnologia televisiva costrinse l'esclusiva a una nuova evoluzione. Alla comunicazione al pubblico tramite radiodiffusione furono così affiancati il più generale diritto di autorizzare ogni "comunicazione al pubblico [...] mediante qualsiasi altro mezzo atto a diffondere senza filo segni, suoni od immagini", l'esclusiva avente a oggetto "ogni comunicazione al pubblico, con o senza filo, dell'opera radiodiffusa, quando tale comunicazione sia eseguita da un ente diverso da quello originario" e la "comunicazione al pubblico, mediante altoparlante o qualsiasi altro analogo strumento trasmettitore di segni, suoni od immagini, dell'opera

⁶⁵ Significativo, in merito, il tenore letterale del considerando 23 della Direttiva sulla Società dell'Informazione, secondo cui il diritto di comunicazione al pubblico "deve essere inteso in senso lato in quanto concernente tutte le comunicazioni al pubblico non presente nel luogo in cui esse hanno origine. Detto diritto dovrebbe comprendere qualsiasi trasmissione o ritrasmissione di un'opera al pubblico, su filo o senza filo, inclusa la radiodiffusione, e non altri atti". La necessaria sussistenza della trasmissione è enfatizzata anche da Paolo Galli, *Artt. 15, 16 e 17 l.a.*, in Luigi Carlo Ubertazzi (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, quinta edizione, CEDAM, 2012, p. 1400: "il diritto di comunicazione al pubblico riunisce in sé diverse modalità di sfruttamento di un'opera in forma immateriale che si realizzano attraverso la sua trasmissione ad un pubblico".

⁶⁶ Per una riflessione sul requisito del "pubblico" in generale, si veda Alessandro Cogo, "La comunicazione al pubblico negli alberghi", in *AIDA* 2007, pp. 518 e ss.

⁶⁷ Giovanni Guglielmetti, "Il diritto di comunicazione e messa a disposizione del pubblico", *cit.*, sottolinea che "il diritto di comunicazione al pubblico si è storicamente plasmato assecondando gli sviluppi di nuovi mezzi tecnologici per la diffusione a distanza delle opere ed è stato quindi progressivamente ampliato".

radiodiffusa".⁶⁸ La tecnica legislativa "a strati" di cui si è appena detto ha portato all'adozione, sul piano internazionale, di una norma frammentaria e disomogenea⁶⁹ che conferisce esclusive su condotte piuttosto diverse,⁷⁰ tanto da sollevare dei dubbi sulla stessa possibilità di considerare la comunicazione al pubblico come un diritto unitario.⁷¹

La più recente evoluzione del diritto di comunicazione al pubblico è legata all'introduzione delle tecnologie digitali.

Com'era avvenuto in precedenza per la radiofonia e la televisione, l'avvento di internet ha portato il legislatore internazionale a ripensare ancora una volta il diritto di cui si tratta e a trovare una soluzione per un suo ulteriore ammodernamento al fine di ricomprendere nel relativo ambito di applicazione anche gli atti di sfruttamento immateriale effettuati con le nuove tecnologie dell'informazione.⁷² La riformulazione della comunicazione al pubblico ha preso corpo in sede di negoziazione dei cosiddetti "Trattati WIPO" adottati nel 1996.⁷³

⁶⁸ Il che ha portato l'articolo 11-*bis* ad assumere sostanzialmente la forma attuale: "Gli autori di opere letterarie ed artistiche hanno il diritto esclusivo di autorizzare: (i) la radiodiffusione delle loro opere o la comunicazione al pubblico di esse mediante qualsiasi altro mezzo atto a diffondere senza filo segni, suoni od immagini; (ii) ogni comunicazione al pubblico, con o senza filo, dell'opera radiodiffusa, quando tale comunicazione sia eseguita da un ente diverso da quello originario; (iii) la comunicazione al pubblico, mediante altoparlante o qualsiasi altro analogo strumento trasmettitore di segni, suoni od immagini, dell'opera radiodiffusa." Sull'evoluzione storica del diritto di comunicazione al pubblico distante e sulle negoziazioni che ne sono state oggetto si vedano Adrian Sterling, *World copyright law*, terza edizione, Sweet & Maxwell, 2008 e Sam Ricketson - Jane C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, Oxford University Press, 2006, pp. 725 e ss.

⁶⁹ Sulla scelta di dettagliare i singoli atti che integrano una comunicazione al pubblico potrebbe aver influito l'idea anglosassone di copyright come eccezione al regime di libera concorrenza, sostiene Angelo Maria Rovati, "Appunti su alcune clausole generali nel diritto d'autore", disponibile all'indirizzo <http://orizzontideldirittocommerciale.it/media/11071/rovati.pdf>, p. 2, secondo cui il sistema anglosassone "concepisce allora il copyright (tradizionalmente) come un eccezionale monopolio che deroga alla generale libertà di concorrenza: per cui i diritti di utilizzazione economica rappresentano un catalogo chiuso ed esaustivo con il corollario dell'applicabilità analogica delle norme sulle libere utilizzazioni. Quindi il sistema latino-germanico utilizza la tecnica legislativa delle clausole generali per disciplinare l'ambito dei diritti patrimoniali; quello anglo-americano la fattispecie a costruzione casistica.

⁷⁰ Vale a dire la comunicazione al pubblico senza filo (articolo 11-*bis* (i)); la ritrasmissione con o senza filo da parte di ente differente dal titolare (articolo 11-*bis* (ii)); e la comunicazione mediante altoparlanti o strumenti analoghi (articolo 11-*bis* (iii)), che nella tradizione italiana coincide spesso con l'idea della comunicazione a un pubblico presente. Si veda, sul punto, Alessandro Cogo, "La comunicazione al pubblico negli alberghi", *cit.*, pp. 518 e ss.

⁷¹ L'opportunità di adottare a livello internazionale una nozione unitaria di comunicazione al pubblico omnicomprensiva degli atti di comunicazione al pubblico presente e distante è invece sostenuta da Makeen Fouad Makeen, *Copyright in A Global Information Society: the Scope of Copyright Protection Under International, US, UK and French Law*, Kluwer Law, 2000, pp. 302 e ss.

⁷² E' lo stesso preambolo del WIPO Copyright Treaty del 20 dicembre 1996 a dichiarare che l'adozione del Trattato era legata alla necessità di "introduce new international rules and clarify the interpretation of certain existing rules in order to provide adequate solutions to the questions raised by [...] technological developments" e dal "profound impact of the development and convergence of information and communication technologies on the creation and use of literary and artistic works". Si vedano, sul punto, Jorg Reinbothe - Silke von Lewinski, *The WIPO Treaties 1996*, Oxford University Press, 2002, pp. 24 e ss.;

⁷³ Si tratta di due distinti trattati: il WIPO Copyright Treaty ("**WCT**") e il WIPO Performances and Phonograms Treaty ("**WPPT**"), entrati in vigore, rispettivamente, il 6 marzo e il 20 maggio 2002. Dal 1945 all'adozione dei Trattati WIPO il diritto di comunicazione al pubblico ha subito diverse revisioni a vari livelli, anche in quel caso legate all'introduzione di tecnologie come i videoregistratori e le cassette. Come sottolinea Mihaly Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet*, Oxford University Press, 2002, pp. 5 e ss., però, le innovazioni non erano state tali da indurre gli Stati Unionisti a prefigurare l'introduzione di nuovi diritti, preferendo invece affidarsi alla strategia del "guided development".

Rispetto al diritto di comunicazione al pubblico delineato nella Convenzione di Berna, i Trattati WIPO introducono due innovazioni di grande momento.

La prima è il superamento dell'approccio composito che caratterizza l'articolo 11-*bis* della Convenzione di Berna. Optando per una soluzione che un Autore ha definito "integrazionistica",⁷⁴ l'articolo 8 del WCT presenta una nozione unitaria del diritto di comunicazione al pubblico. In quella norma, il diritto di comunicazione al pubblico viene concepito come un'esclusiva omnicomprensiva, applicabile a prescindere dallo specifico mezzo tecnico usato e, soprattutto, riguardante indistintamente tutte le opere dell'ingegno.⁷⁵

La seconda⁷⁶ novità introdotta dai trattati WIPO è la menzione esplicita della facoltà, per i titolari del diritto di comunicazione al pubblico, di autorizzare anche la "messa a disposizione" al pubblico delle loro opere "in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente".⁷⁷

Vi è ampio consenso, in dottrina, in merito alla circostanza che il diritto di "messa a disposizione" abbia la funzione di garantire al titolare la possibilità di esercitare i suoi diritti di esclusiva nei confronti delle nuove forme di sfruttamento interattive dell'opera introdotte dalle tecnologie digitali.⁷⁸ Nell'approccio frammentario e dettagliato dell'articolo 11-*bis* della Convenzione di Berna, infatti, molti dei nuovi mezzi di circolazione digitale sarebbero potuti rientrare nell'ambito dell'esclusiva autoriale solo per via analogica.⁷⁹ L'enfasi sulla possibilità

⁷⁴ Così Marco Ricolfi, "Comunicazione al pubblico e distribuzione", *cit.*, pp. 55 e ss.

⁷⁵ Come osserva Jane C. Ginsburg, (New?) Right of Making Available to the Public", in *Columbia Public Law & Legal Theory Working Papers* 2004, p. 1, "The Berne Convention 1971 Paris Act covered the right of communication to the public incompletely and imperfectly through a tangle of occasionally redundant or self-contradictory provisions on 'public performance,' 'communication to the public,' 'public communication,' 'broadcasting,' and other forms of transmission. Worse, the scope of rights depended on the nature of the work, with musical and dramatic works receiving the broadest protection, and images the least; literary works, especially those adapted into cinematographic works, lying somewhere in between. The 1996 WIPO Copyright Treaty rationalized and synthesized protection by establishing full coverage of the communication right for all protected works of authorship". L'articolo è disponibile all'indirizzo http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1003&context=columbia_pllt.

⁷⁶ "Seconda" solo per esigenze espositive: Sam Ricketson - Jane C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, *cit.*, p. 746, infatti, descrivono l'introduzione del diritto di messa a disposizione al pubblico come "the WCT principal innovation".

⁷⁷ L'articolo 8 del WCT recita: "Without prejudice to the provisions of Articles 11(1)(ii), 11*bis*(1)(i) and (ii), 11*ter*(1)(ii), 14(1)(ii) and 14*bis*(1) of the Berne Convention, authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access these works from a place and at a time individually chosen by them". Al diritto di messa disposizione del pubblico il WPPT dedica una disposizione apposita, l'articolo 10, rubricato "Right of Making Available of Fixed Performances", ai sensi del quale "Performers shall enjoy the exclusive right of authorizing the making available to the public of their performances fixed in phonograms, by wire or wireless means, in such a way that members of the public may access them from a place and at a time individually chosen by them". Sulle differenti sfumature dei due diritti si veda Mihaly Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet*, *cit.*, pp. 628 e ss.

⁷⁸ Così, tra molti, Jorg Reinbothe - Silke von Lewinski, *The WIPO Treaties 1996*, *cit.*, pp. 108 e ss.; Mihaly Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet*, *cit.*, parr. 4.112 e ss.; Marco Ricolfi, "Comunicazione al pubblico e distribuzione", *cit.*, p. 52, prefigura la possibilità di riferirsi al diritto di messa a disposizione come alla "modalità interattiva della comunicazione al pubblico".

⁷⁹ Jane C. Ginsburg, (New?) Right of Making Available to the Public", *cit.*, pp. 4 e ss., simula l'applicazione a diverse forme di diffusione di opere in ambiente digitale dei regimi previsti, rispettivamente, nella Convenzione di Berna e nel WCT, con particolare riferimento alla messa a disposizione del pubblico.

di avere "accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente" mira proprio a superare questa impostazione e a includere esplicitamente nel contesto di tale diritto condotte digitali come lo *streaming*, il *webcasting* e la condivisione di opere tramite *email*.⁸⁰

Condiviso è anche il fatto che la definizione ampia del diritto che si è adottata in sede WIPO sia il frutto di una precisa scelta politica del legislatore internazionale.

La mera aggiunta alle condotte già elencate dall'articolo 11-*bis* della Convenzione di Berna di un'ulteriore serie di atti specifici da considerarsi compresi nell'ambito di applicazione di quel diritto, infatti, avrebbe esposto qualsiasi nuova formulazione al rischio di vedersi superata dalla sempre più rapida evoluzione della tecnica e dal continuo sviluppo di nuovi metodi di circolazione delle informazioni sulla rete. Per scongiurare il rischio di dare vita a un diritto nato vecchio, il legislatore internazionale ha così optato per quella che è stata definita "*umbrella solution*".⁸¹ Vale a dire una formulazione ampia del diritto di messa a disposizione del pubblico, che fa riferimento all'aspetto interattivo degli atti rilevanti e poco più, sì da lasciare gli Stati firmatari e i tribunali liberi di procedere a una categorizzazione flessibile nel tempo degli atti che rientrano in tale esclusiva e da permettere a quel diritto di tenere il passo dell'evoluzione tecnica.⁸²

⁸⁰ Sulle possibili modalità di diffusione interattiva delle opere, si vedano Ugo Patroni Griffi, "Il diritto di distribuzione", in *AIDA* 2010, p. 1898 e ss. Sull'ampiezza del diritto di messa a disposizione, Martin Senftleben, in Thomas Dreier - P. Bernt Hugenholtz (a cura di), *Concise European Copyright Law*, cit., p. 119, individua l'atto tipico che caratterizza le condotte di messa a disposizione del pubblico nell'"offerta di un'opera per permettere l'accesso individuale degli utenti" (traduzione di chi scrive). In linea anche Sam Ricketson - Jane C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, cit., p. 746 e ss.: "Simply offering the work on an undiscriminating basis, so that any member of the general public may access the work, should come within the scope of the right. [...] It is not necessary that such offer be accepted: 'making available' embraces incipient as well as effected communications". Individuano l'atto tipico della comunicazione al pubblico nella fornitura delle opere su internet anche Michel Walter - Silke von Lewinski, *European Copyright Law. A Commentary*, Oxford University Press, 2010, par. 11.3.30: "The making available is accomplished in providing the possibility of interactively accessing the work or other subject matter offered by a content provider in a network. Similar to broadcasting, the making available is completed by the mere provision of the material on the net. It is not necessary, therefore, that members of the public in fact access the copyright material".

⁸¹ A questa esigenza si aggiunge anche la circostanza che l'*umbrella solution* era la soluzione che meglio si prestava a costituire un'opzione di compromesso tra Paesi con concezioni diverse del diritto d'autore. Si vedano, sul punto, Jeremy de Beer - Mira Burri, "Transatlantic Copyright Comparisons: Making Available via Hyperlinks in the European Union and Canada", cit., p. 103: "This freedom of legal classification is the constructive ambiguity preserved in order to facilitate an agreement between jurisdictions with different conceptions of the bundle of rights that constitute copyright. Countries implementing the umbrella solution reflected in the WIPO Internet Treaties may choose to characterize making available as an authorization, communication, distribution, reproduction, sui generis activity, or some combination of those possibilities". Non è un caso, d'altra parte, che i Paesi firmatari abbiano adottato tecniche di implementazione di tale diritto molto diverse, mentre alcuni di essi hanno optato per non implementare esplicitamente tale diritto nella loro legge nazionale. Nel report dello U.S. Copyright Office, *The making available right in the United States*, febbraio 2016, pp. 57 e ss., i Paesi firmatari del WTC sono suddivisi, al riguardo, in tre gruppi: "(i) countries that adopted the WIPO Internet Treaties language near verbatim to implement the making available right, (ii) countries that adopted alternative language to implement the right, and (iii) countries that, like the United States, have not adopted explicit making available language, but instead have implemented the right through an existing right or rights".

⁸² Si vedano, al riguardo, Maria Lillà Montagnani, *Il diritto d'autore nell'era digitale - La distribuzione online delle opere dell'ingegno*, Giuffrè, 2012, p. 90; Jorg Reinbothe - Silke von Lewinski, *The WIPO Treaties 1996*, cit., pp. 108 e ss.; Mihaly Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet*, cit., pp. 499 e ss. Enfatizzano il punto anche Jeremy de Beer - Mira Burri, "Transatlantic Copyright Comparisons: Making Available via Hyperlinks in the European Union and Canada", cit.: "The treaties' flexible approach to making available, capable of different domestic implementations via various new or existing rights or combinations of rights, is known as the 'umbrella

Alla flessibilità che l'*ombrella solution* può garantire, tuttavia, fa da contraltare una sostanziale incertezza in merito alla natura e ai confini di quel diritto. Incertezza che si riflette sulla stessa portata del diritto di comunicazione al pubblico in generale e che riguarda da vicino il rapporto tra quell'esclusiva e l'attività di linking oggetto del presente lavoro.

In merito, alcuni Autori hanno sostenuto la tesi rassicurante secondo cui il diritto di messa a disposizione del pubblico altro non sarebbe che una specificazione digitale e interattiva del diritto di comunicazione al pubblico, cosicché l'ambito di applicazione del primo non potrebbe estendersi oltre i confini del secondo. La lettera delle norme che fanno espresso riferimento alla messa a disposizione del pubblico sembra avallare detto rapporto di genere a specie,⁸³ e l'impostazione secondo cui il diritto di messa a disposizione altro non sarebbe che un "chiarimento"⁸⁴ del diritto di comunicazione al pubblico è stata fatta propria, almeno a parole, anche dalla Direttiva sulla Società dell'Informazione e dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.⁸⁵ Per contro, altre voci hanno proposto un'interpretazione del diritto di messa a disposizione come un'esclusiva molto più ampia rispetto al diritto di comunicazione al pubblico. Un "super diritto",⁸⁶ che l'esigenza di flessibilità avvertita in sede di elaborazione internazionale avrebbe delineato come una sorta di clausola in bianco idonea a comprendere tutte le condotte in qualche modo connesse all'offerta di un contenuto su internet. Anche quelle che, che la nozione comune di "comunicazione al pubblico", digitale o analogica, hanno davvero poco a che fare.⁸⁷

La giurisprudenza degli Stati firmatari dei Trattati WIPO non ha preso una posizione netta in favore dell'una o dell'altra tesi. O meglio: come dimostrano le decisioni adottate in tema di linking, di posizioni ne ha prese molte.

solution'. Under the umbrella solution, how a country might address making available may depend upon different factors, including the nature of the use of the work made by a member of the public".

⁸³ L'articolo 8 del WCT parla di "right of authorizing any communication to the public of their works, by wire or wireless means, *including* the making available to the public of their works" (enfasi aggiunta). Sostiene il rapporto di genere a specie anche Jane Ginsburg, "Hyperlinking and 'making available'", in *EIPR* 2014, 36(3), p. 148.

⁸⁴ Secondo Jane C. Ginsburg, (New?) Right of Making Available to the Public", *cit.*, p. 11, rispetto alla Convenzione di Berna, il diritto di messa a disposizione non è "neither a reaffirmation nor a novelty, for it resolves an ambiguity as to whether the old communication to the public rights accommodated or excluded 'pull technologies'. [...] As a result, it is appropriate to mark the "making available" right as a clarification".

⁸⁵ La Corte di Giustizia, infatti, ha a più riprese ribadito che tra comunicazione al pubblico e messa a disposizione intercorrerebbe un rapporto di genere a specie. Nella decisione del 26 marzo 2015, *C More Entertainment AB contro Linus Sandberg*, causa C-279/13 ("**C-More**"), ad esempio, è stato sottolineato che, "come deriva dalla formulazione dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29, e segnatamente dai termini 'qualsiasi comunicazione al pubblico (...) compresa la messa a disposizione del pubblico', che la nozione di 'messa a disposizione del pubblico', parimenti utilizzata all'articolo 3, paragrafo 2, di tale direttiva, rientra in quella più ampia di 'comunicazione al pubblico'".

⁸⁶ Parla di "super-protected exclusive right" Emanuela Arezzo, "Hyperlinks and Making Available Right in the European Union - What Future for the Internet After Svensson?", *cit.*, p. 536, secondo cui "among the exclusive rights dealt with by the Directive, the new making available right surely plays a key role in preserving rightholders' interests on the net. This assumption finds confirmation, on the one hand, in that the making available right – together with the right of communication by wire or wireless means – is not subject to the principle of exhaustion and, on the other, in that the circulation of works made available in such a way that persons may access them from a place and time individually chosen by them is further protected by the special legal protection conferred by TPMs".

⁸⁷ Del dibattito tra le distinte posizioni in merito si è dato conto *infra*, capitolo II, paragrafo 4.

6. Modelli non uniformi

Negli Stati Uniti, ad esempio, il diritto di messa a disposizione non è stato trasposto in modo espresso nella legge copyright.⁸⁸ Il diritto di comunicazione al (e messa a disposizione del) pubblico, per contro, viene tradizionalmente ricondotto nell'ambito dell'esclusiva di *public display*,⁸⁹ che il Titolo 17 U.S.C. § 101 descrive come l'atto di "mostrare la copia" di un'opera, "direttamente o attraverso un film, una slide, un'immagine televisiva, o ogni altro dispositivo o processo" o, nel caso di un prodotto audiovisivo, come l'atto di "mostrare singole immagine in modo non sequenziale".⁹⁰

E' proprio quel riferimento alla "copia" da mostrare che ha portato la più rilevante pronuncia statunitense a escludere che un link, anche se embedded o framing, possa integrare una violazione del diritto di *public display*.⁹¹

La decisione in questione è quella adottata nel 2007 dalla United States Court of Appeals for the Ninth Circuit nel caso *Perfect 10 contro Amazon*.⁹² In quella vicenda, Amazon e Google erano state chiamate in causa da una società titolare dei diritti su una serie di immagini di nudo. I software automatici delle convenute indicizzavano e memorizzavano temporaneamente copie illecite di quelle opere trovate su internet, trasformandole in

⁸⁸ D'altra parte, come riportano Sam Ricketson - Jane C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, cit., p. 747, durante la negoziazione dei Trattati WIPO gli Stati Uniti adottarono l'approccio secondo cui il diritto di messa a disposizione si sarebbe dovuto applicare attraverso il diritto di distribuzione. Una posizione, questa, che l'Ufficio Copyright Statunitense sembra sostenere tutt'oggi: "The Office maintains its longstanding view that the act of making a copyrighted work available in such a way that members of the public may access it at a time and place of their choosing will implicate one or more of the exclusive rights under Section 106 of the U.S. Copyright Act. In general, where a party offers members of the public access to a work in the form of a download, the offer implicates the right of distribution"; così il report dell'U.S. Copyright Office, *The making available right in the United States*, febbraio 2016, p. 74.

⁸⁹ Confermano tale circostanza i componenti del gruppo di lavoro AIPPI che ha recentemente approfondito il tema del linking nell'ambito di uno studio comparatistico volto a indagare il rapporto tra quell'attività e il diritto di messa a disposizione. Così, Sarah Matheson e Altri, in "Linking and making available on the Internet", *AIPPI Study Question (Copyright)*, 6 giugno 2016, che alla domanda se vi fosse un diritto analogo a quello di comunicazione e messa a disposizione del pubblico previsto dall'articolo 8 del WCT hanno risposto: "Yes. Section 106 of the Copyright Act, 17 U.S.C. § 106(4)–(6), establishes the exclusive rights of a copyright owner to perform or display a work publicly. Section 101 of the Copyright Act provides the definition that to perform or display a work 'publicly' includes 'to transmit or otherwise communicate a performance or display of the work . . . to the public, by means of any device or process, whether the members of the public capable of receiving the performance or display receive it in the same place or in separate places and at the same time or at different times.' This analogous right provides authors the exclusive right to communicate a performance or display a work by making the performance or display available to the public through means of any device or process, including the Internet. Section 106(3) of the Copyright Act may protect the author's exclusive right of making available of the copyrighted work through copies by establishing the exclusive right of the copyright owner to distribute copies of the copyrighted work to the public. Depending on the facts, the reproduction right may also be implicated".

⁹⁰ Traduzione di chi scrive della norma in questione, che recita: "To 'display' a work means to show a copy of it, either directly or by means of a film, slide, television image, or any other device or process or, in the case of a motion picture or other audiovisual work, to show individual images nonsequentially".

⁹¹ Prima e dopo quella decisione, tuttavia, vi sono state un numero di pronunce di Corti minori con esiti contrastanti. Per una rassegna di quelle decisioni si rimanda a Victoria Geronimo, "Tarantino v Gawker: the news, hyperlinking, & contributory infringement liability", in *Fordham Intellectual Property Media & Entertainment Law Journal* 2014, 25, pp. 328 e ss.

⁹² *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc.*, 508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007) ("**Perfect 10**").

thumbnail che venivano a loro volta impiegate come hyperlink sui motori di ricerca. Tali condotte, secondo la società attrice, avrebbero integrato una violazione del suo diritto di *public display*.⁹³

La Corte d'Appello ha escluso la sussistenza di una violazione di quel diritto sulla base di quello che è diventato poi noto come "*server test*". Secondo quell'approccio, il motore di ricerca che fornisce un hyperlink o un embedded link non memorizza in modo definitivo una copia dell'opera sui suoi server. Mancando una copia da "mostrare", non può esserci violazione del diritto "to 'display' a work", che significa appunto "to show a copy" dell'opera.⁹⁴ Quanto ai link in generale, la Corte ha inoltre escluso che essi possano configurare una "comunicazione" di una copia dell'opera, trattandosi di mere istruzioni espresse in linee di testo che indicano al *browser* (non l'immagine, ma) l'indirizzo internet dove le immagini in violazione si trovano.⁹⁵ La Corte d'Appello, infine, ha condivisibilmente sottolineato l'irrelevanza che le tecniche di embedding e framing possano dare agli utenti l'impressione che le immagini illecite siano ospitate sui siti che ospitano i collegamenti. A differenza del diritto di marchio, hanno chiosato i Giudici, il copyright non tutela l'indicazione di origine imprenditoriale di un servizio.⁹⁶

Dopo la sentenza della Corte Suprema nel caso *Aereo*,⁹⁷ più di qualche Autore ha osservato che la posizione della giurisprudenza americana in materia di linking potrebbe cambiare.⁹⁸

⁹³ Per un approfondita analisi della decisione si rimanda a Katherine E. Beyer, "Taking the 'Hype' Out of Hyper-Linking: Linking Online Content Not Grounds for U.S. Copyright Infringement", in *Idea: The Intellectual Property Law Review*, vol. 55, pp. 27 e ss.

⁹⁴ Sentenza *Perfect 10, cit.*, punti 1160 e ss.: "Google does not [...] display a copy of full-size infringing photographic images for purposes of the Copyright Act when Google frames in-line linked images that appear on a user's computer screen. Because Google's computers do not store the photographic images, Google does not have a copy of the images for purposes of the Copyright Act. In other words, Google does not have any 'material objects [...] in which a work is fixed...and from which the work can be perceived, reproduced, or otherwise communicated' and thus cannot communicate a copy".

⁹⁵ Sentenza *Perfect 10, cit.*, punto 1162: "Instead of communicating a copy of the image, Google provides HTML instructions that direct a user's browser to a website publisher's computer that stores the full-size photographic image. Providing these HTML instructions is not equivalent to showing a copy. First, the HTML instructions are lines of text, not a photographic image. Second, HTML instructions do not themselves cause infringing images to appear on the user's computer screen. The HTML merely gives the address of the image to the user's browser. The browser then interacts with the computer that stores the infringing image. It is this interaction that causes an infringing image to appear on the user's computer screen. Google may facilitate the user's access to infringing images. However, such assistance raised only contributory liability issues and does not constitute direct infringement of the copyright owner's display rights".

⁹⁶ *Ibid.*: "While in-line linking and framing may cause some computer users to believe they are viewing a single Google webpage, the Copyright Act, unlike the Trademark Act, does not protect a copyright holder against acts that cause consumer confusion".

⁹⁷ Corte Suprema degli Stati Uniti, decisione del 25 giugno 2014, *American Broadcasting Cos. v. Aereo, Inc.* In tale pronuncia, la Corte ha dichiarato che un servizio di ritrasmissione non autorizzata di segnali televisivi via internet violasse i diritti esclusivi dei titolari.

⁹⁸ Secondo lo U.S. Copyright Office, *The making available right in the United States*, cit., p. 48, "Aereo's construction of the Clause establishes that the display right extends to the delivery of a copyrighted image to the public in individualized communications. And, based on the above analysis of the Clause, the Copyright Office concludes that the right is properly construed to encompass the offering to transmit such an image. Thus, consistent with the making available obligation, Section 106(5) provides an exclusive right to offer the public access to images on demand". A conclusioni analoghe giunge anche Kimberlianne Podlas, "Linking to Liability: When Linking to Leaked Movies, Scripts, and Television Shows Is Copyright Infringement", in *Harvard Journal of*

Ad oggi, tuttavia, la domanda se la fornitura di collegamenti ipertestuali possa integrare il diritto che più si avvicina alla comunicazione al pubblico nella legislazione americana sembra avere una risposta univoca: "no".⁹⁹

Molto meno univoca, prima degli interventi della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, era invece la giurisprudenza in tema di linking dei tribunali dei Paesi membri.

Nella decisione *Paperboy*, ad esempio, la Corte Suprema tedesca aveva escluso che l'introduzione del diritto di making available avesse potuto estendere l'ambito di applicazione dell'esclusiva autoriale sino a ricomprendere i semplici hyperlink. Aderendo all'approccio che vede nella messa a disposizione una specie del diritto di comunicazione al pubblico, la Corte aveva così osservato che anche la questo "nuovo" diritto dovesse avere a oggetto "l'uso delle opere nell'ambito della loro comunicazione al pubblico". Siccome la fornitura di collegamenti ipertestuali non permette né la permanenza dell'opera su internet né la trasmissione interattiva della stessa all'utente, la Corte aveva concluso per l'inidoneità dei link a integrare una comunicazione al pubblico ai sensi dell'articolo 3, comma 1, della Direttiva sulla Società dell'Informazione.¹⁰⁰

Analogamente, una delle prime decisioni italiane in materia di linking e diritto d'autore aveva escluso che la fornitura di collegamenti a siti web dove erano disponibili contenuti multimediali potesse costituire una messa a disposizione del pubblico ai sensi dell'articolo 171, comma 1, (a-bis) L. Aut.. Secondo il Tribunale di Milano, la natura agevolatrice dell'accesso alle opere illecite dei collegamenti non integrava un'"immissione nella rete telematica" da parte del linker, la cui attività si limitava a "indicare", in un momento successivo a tale immissione da parte di un terzo, il luogo in cui si trovavano i contenuti illeciti (in quel caso, ulteriori collegamenti per visionare partite di calcio). Quei contenuti, aveva sottolineato la Corte, erano comunque già presenti in rete "e quindi scaricabili da chiunque" a prescindere dalla sussistenza o meno dei collegamenti.¹⁰¹

Sports & Entertainment Law 2015, 6, pp. 41 e ss.

⁹⁹ Significative, in merito, sono ancora le risposte del gruppo statunitense di AIPPI composto da Sarah Matheson e Altri, in "Linking and making available on the Internet", *cit.*: "We are aware of no U.S. holding that the mere provision of a hyperlink to copyrighted content that had been uploaded to the public Internet with the authorization of the copyright owner, such as by a search engine, infringes the exclusive rights of the copyright owner, nor are we aware that any court has considered the question". Alla domanda "would such an act be considered as communication 'to the public'?", la risposta fornita dal gruppo è, semplicemente "no".

¹⁰⁰ Si veda, sul punto, Mira Burri, "Permission to Link: Making Available via Hyperlinks in the European Union after Svensson", in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law* 2014, Vol. 5., p. 23, dove l'Autore riporta anche un'altra decisione analoga della Suprema Corte norvegese in data 27 gennaio 2005, *Tono et al v Frank Allan Bruvik d/b/a Napster*, in *IIC* 2006, pp. 120 e ss. In quella pronuncia, la Corte aveva enfatizzato che il link a un sito dove sono disponibili file audio illeciti ha l'unica funzione di "rendere nota" tale pagina web, non certo quella di rendere disponibile l'opera in violazione del diritto d'autore. Dall'altro lato, con la successiva decisione nel caso *Session-ID* [2010] BGH I ZR 39/08, la Corte Suprema tedesca ha ritenuto illeciti link che eludono misure di restrizione. Si veda, in merito Alexander Tsoutsanis, "Why copyright and linking can tango", *cit.*, p. 498: "This ruling of 2010 builds upon Paper-boy and explains the flipside: illicit hyperlinks gaining access to restricted sources by circumventing technical protection measures do violate the exclusive rights of the author".

¹⁰¹ Tribunale di Milano, Sezione XI Penale, 9 marzo 2006, in *Foro ambrosiano* 2006, 1, 76: "Indicare collegamenti attraverso i quali è possibile visionare le partite di calcio costituisce attività di agevolazione, successiva e non

Poco tempo dopo, in relazione agli stessi fatti, la Corte di Cassazione ha stabilito principi opposti. Anche se la fornitura di link non integra un'immissione delle opere illecite ed è quindi inidonea a integrare un atto di messa a disposizione del pubblico, ha osservato la Corte, essa si risolve nella messa a disposizione di un'informazione "avente efficienza causale sulla lesione del bene tutelato". Pur non avendo compiuto l'azione tipica costituita dal "mettere a disposizione" l'opera illecita caricandola sulla rete, il fornitore dei collegamenti è stato quindi condannato per concorso nel reato.¹⁰² Un'impostazione, questa, che la Suprema Corte sembra aver adottato anche nella sentenza *Pirate Bay*. Sebbene non faccia riferimento espresso agli hyperlink, quella pronuncia affronta una fattispecie complessa che coinvolgeva attività di indicizzazione e fornitura di collegamenti, condannando il linker in base ai principi che reggono il concorso di persone nel reato.¹⁰³

L'esclusione della fornitura di collegamenti dal novero delle attività di comunicazione e messa a disposizione del pubblico e, al contempo, la sua natura agevolatrice dell'illecito altrui è stata ribadita in altre due decisioni riguardanti la fornitura di link a siti che ospitavano o permettevano l'accesso a contenuti illeciti. Nel primo caso, i link in questione venivano forniti regolarmente e consapevolmente da un importante giornale online, *Il Post*, e indirizzavano a piattaforme che trasmettevano eventi sportivi in *streaming*. Il collocamento di quei link è stato descritto dal Tribunale di Roma come offerta al pubblico di "uno strumento per l'immediata e facile individuazione dei siti ove è possibile vedere gratuitamente l'evento". La consapevolezza del fornitore di link rispetto alla natura illecita dell'attività svolta dai siti di live *streaming* cui i collegamenti indirizzavano ha portato alla condanna (benché in sede solo

concorsuale rispetto all'unica attività incriminata di immissione, non essendo sanzionata dalla norma la mera diffusione di un'opera già presente e quindi scaricabile da chiunque. È irrilevante che l'immissione in rete sia avvenuta quand'anche abusivamente attraverso network esteri (cinesi) e l'indicazione delle istruzioni per connettersi attraverso portali italiani, poiché, giusta l'intrinseca transnazionalità dello spazio virtuale di comunicazione rappresentato da internet, attraverso la mera indicazione del 'link' di collegamento non viene realizzata alcuna immissione nella rete telematica nazionale".

¹⁰² Cassazione penale, sez. III, 04/07/2006, n. 33945, in *Dir. informatica* 2006, 6, pp. 741 e ss., massimata come segue: "L'attività agevolatrice consistente nel fornire informazioni sui link e nel predisporre un sistema di guida on line diretto a facilitare la sincronizzazione e la visione di emissioni televisive oggetto di diritti di esclusiva (nella specie, partite di calcio) attraverso Internet, pur non costituendo l'azione tipica sanzionata dall'art. 171 lett. f) l. n. 633 del 1941, rappresenta una forma di concorso nel detto reato in quanto condotta consapevole avente efficacia causale sulla lesione del bene tutelato".

¹⁰³ Cassazione penale, 29 settembre 2009, n. 49437, in *Foro it.* 2010, 3, II, pp. 136 e ss., in cui il *quid pluris*, nella condotta dei gestori di *Pirate Bay*, che ha portato la Corte a concludere per il concorso, era il fatto che il sito "indicizza le informazioni che gli vengono dagli utenti, che sono tutti potenziali autori di uploading, sicché queste informazioni (i.e. chiavi di accesso agli utenti periferici che posseggono, in tutto o in parte, l'opera), anche se ridotte al minimo, ma pur sempre essenziali perché gli utenti possano orientarsi chiedendo il downloading di quell'opera piuttosto che un'altra, sono in tal modo elaborate e rese disponibili nel sito, ad es. a mezzo di un motore di ricerca o con delle liste indicizzate - il sito cessa di essere un mero 'corriere' che organizza il trasporto dei dati. C'è un *quid pluris* in quanto viene resa disponibile all'utenza del sito anche una indicizzazione costantemente aggiornata che consente di percepire il contenuto dei file suscettibili di trasferimento. A quel punto l'attività di trasporto dei file (file transfert) non è più agnostica; ma si caratterizza come trasporto di dati contenenti materiale coperto da diritto d'autore. Ed allora è vero che lo scambio dei file avviene da utente ad utente (peer-to-peer), ma l'attività del sito web (al quale è riferibile il protocollo di trasferimento e l'indicizzazione di dati essenziali) è quella che consente ciò e pertanto c'è un apporto causale a tale condotta che ben può essere inquadrato nella partecipazione imputabile a titolo di concorso di persone ex art. 110 c.p.".

cautelare) del resistente alla luce dell'"apporto causale alla commissione degli illeciti" offerto, "sia pure in via mediata".¹⁰⁴ Nell'altro caso cui si è fatto sopra cenno, i link forniti indirizzavano a pagine web dove erano ospitati testi di canzoni senza il consenso dei titolari. Anche in quel frangente, il Tribunale ha descritto l'attività di linking come "agevolatrice" e "amplificatrice" dell'attività di violazione diretta.¹⁰⁵

In due altre pronunce, entrambe riguardanti la collocazione di link a siti ospitanti opere illecite, invece, i Tribunali sembrano aver concluso per la (possibile) violazione *diretta* del diritto di messa a disposizione. E' possibile, tuttavia, che tale conclusione sia dovuta più a una scelta poco consapevole delle parole che a un'interpretazione ragionata dell'ambito di applicazione del diritto di messa a disposizione del pubblico.¹⁰⁶

Sempre in riferimento alla fornitura di hyperlink verso siti terzi che ospitano contenuti multimediali illeciti, avevano concluso per la violazione in via diretta del diritto comunicazione o di messa a disposizione del pubblico sia il *Tribunal de Grande Instance* di Parigi,¹⁰⁷ sia la *England and Wales High Court* – benché, in quest'ultimo caso, il servizio su cui la Corte si era pronunciata era più complesso della mera fornitura di link, coinvolgendo attività di indicizzazione e accesso a contenuti illeciti su internet, sempre ospitate su piattaforme di soggetti terzi.¹⁰⁸

¹⁰⁴ Tribunale di Roma, 5 luglio 2013, in *Redazione Giuffrè* 2013. Interessante, in merito, è l'enfasi posta dal Tribunale sull'elemento soggettivo del soggetto che colloca i link e sul rilievo di quell'elemento ai fini dell'integrazione della responsabilità secondaria o "mediata": "Benché il singolo articolo di informazione in ordine al fenomeno della diffusione gratuita in streaming delle partite di calcio di maggiore interesse costituisca legittimo esercizio del diritto di cronaca e di informazione (che si estende anche all'indicazione puntuale degli estremi dei fatti e dei loro autori), il sistematico e ripetuto rinvio, mediante il link contenuto nel comunicato informativo delle singole partite in procinto di svolgimento, sembra avere l'effetto non tanto di porre a conoscenza il pubblico dell'illiceità del fenomeno, quanto quello di offrire al pubblico uno strumento per l'immediata e facile individuazione dei siti ove è possibile vedere gratuitamente l'evento. D'altro canto, per l'assolvimento della finalità di informare sull'illiceità del fenomeno non appare necessario il ricorso ad un link ipertestuale; essa può essere soddisfatta in modo più corretto ed efficace, attraverso il mero riferimento all'illiceità della diffusione delle partite su siti internet diversi da quelli dei licenziatari. Pertanto, non decisivo risulta essere il fatto che il link presente nel comunicato informativo rinvia non già ai siti che mettono a disposizione contenuti tutelati dalle esclusive vantate dalla ricorrente, ma ad un articolo contenente l'indicazione di tali fini, in quanto non può ragionevolmente escludersi che, anche mediante tale modalità, venga offerto un apporto causale alla commissione degli illeciti, sia pure in via mediata".

¹⁰⁵ Tribunale di Roma, 2 luglio 2010, in *Dir. Aut.* 2010, 4, pp. 389 e ss.

¹⁰⁶ La prima è la decisione del Tribunale di Roma, 11 luglio 2011, detto anche caso *About Elly*, in *Riv. Dir. Ind.* 2012, 1, II, pp. 19 e ss., che riguardava la fornitura di link a pagine che ospitavano opere audiovisive asseritamente illecite da parte di un motore di ricerca. Mentre la controversia è stata decisa sulla base dei principi della responsabilità del provider, il Tribunale ha incidentalmente descritto l'attività di link come "messa a disposizione dei siti" che ospitavano i contenuti in violazione. La seconda pronuncia è stata adottata dal Tribunale penale di Arezzo, 15 marzo 2013, in *Dir. Aut.* 2013, 3, pp. 288 e ss., che in merito a un sito che ospitava collegamenti a piattaforme su cui era possibile accedere a film in streaming ha giudicato "incontestabile la condotta posta in essere dall'imputato che contravvenendo alla legge, al fine di lucro, permetteva a un indifferenziato numero di utenti l'accesso a opere d'autore tutelate. 171-ter" L. Aut.

¹⁰⁷ Tribunal de Grande Instance de Paris, 28 novembre 2013, *APC et autres contro Auchan Telecom et autres*. Senza fornire troppe spiegazioni in merito, la Corte aveva concluso che "Procurando agli internauti la possibilità di vedere le opere a partire da collegamenti ipertestuali presenti sui siti per cui è causa, i fornitori hanno effettuato degli atti di rappresentazione delle opere contestate fornendo la messa a disposizione dei contenuti", e ciò a prescindere dal fatto che "i contenuti siano memorizzati su server o su piattaforme di terzi" (traduzione di chi scrive).

¹⁰⁸ *Football Association Premier League v BSKyB* [2013] EWHC 2058 (Ch) at [42], che al punto 3 così descrive il

Ancora meno uniforme, nella giurisprudenza dei Paesi europei, è l'approccio in merito agli inline e ai framing link.

Nella già citata sentenza del Tribunale di Genova relativa al framing link che incorporava nella pagina di un terzo l'intero sito dell'Acquario cittadino,¹⁰⁹ il collegamento in questione era stato dichiarato illecito non solo alla luce dei suoi effetti confusori e parassitari, ma anche perché avrebbe asseritamente violato un non ben definito diritto di riproduzione del "codice (software) e delle immagini, con le quali la pagina del sito dell'Acquario di Genova è stata costruita e viene attivata".¹¹⁰

Anche la giurisprudenza tedesca presenta dei casi in cui gli embedded link sono stati dichiarati illeciti, ma su altre basi. Il Tribunale di Monaco, ad esempio, ha accertato che il collocamento di un link embedded da parte di una società verso un'immagine ospitata sul sito di una concorrente violava il diritto di messa a disposizione del pubblico anche in ragione dell'effetto confusorio sull'origine dell'opera.¹¹¹ Un'impostazione, questa, che sembra¹¹² avere avuto spazio anche nel procedimento avanti alla Corte Suprema che ha portato al rinvio pregiudiziale nel caso *BestWater*.¹¹³ Al contrario, la Corte Suprema austriaca aveva escluso che l'embedding, accompagnato da una chiara "copyright notice" che indichi l'origine dell'immagine incorporata, potesse violare il diritto d'autore.¹¹⁴

A dispetto dell'intento uniformatore dei Trattati Wipo, quindi, la riformulazione del diritto di comunicazione al pubblico e l'introduzione di quello di messa a disposizione hanno comportato applicazioni molto difformi tra loro. E' in questo quadro di sostanziale frammentarietà che la Corte di Giustizia dell'Unione Europea si è inserita con la serie di decisioni che costituiscono l'oggetto principale di questo lavoro.

Il Sistema con cui la Corte ha regolato i rapporti tra linking e diritto di comunicazione al (e messa a disposizione del) pubblico prevede due approcci sostanzialmente diversi a seconda che i contenuti cui i link indirizzano siano stati messi a disposizione su internet con o senza il consenso del titolare dei diritti. Seguendo quella dinamica, nel prossimo capitolo si

servizio in questione, concludendo per la sussistenza di una comunicazione: "FirstRow aggregates together a large number of streams from a variety of streamers, indexes them for the convenience of the user and provides a simple link for the user to click on in order to access a specific stream. It is true that the technical effect of clicking on the link is to direct the stream from the UCG site to the user's computer, but even so the stream is presented in a frame provided by FirstRow. In all the circumstances, I consider that FirstRow is responsible for the communication". Su questa decisione e su quella del *Tribunal de Grande Instance* si veda Jane Ginsburg, "Hyperlinking and 'making available'", *cit.*, pag. 148.

¹⁰⁹ Tribunale di Genova, 22 dicembre 2000, in *Dir. Informatica* 2001, pp. 529 e ss., con nota di con nota di Rosario D'Arrigo, "Concorrenza sleale a mezzo framing: il caso 'Acquario di Genova'", citata *supra*, paragrafo 3.

¹¹⁰ Tecnicamente, i link non riproducono alcun "codice" o immagine. L'utente che attiva il collegamento, invece, fa una copia temporanea delle immagini del contenuto oggetto dell'embedding o del framing link. Si vedano l'analisi svolta *supra*, paragrafo 5.

¹¹¹ Tribunale di Monaco, 10 gennaio 2007, 21 O 20028/05 ("*Nutzung eines Werks im Internet mittels Framing*").

¹¹² Così, almeno, sostiene Alexander Tsoutsanis, "Why copyright and linking can tango", *cit.*, p. 498.

¹¹³ Su cui si veda *infra*, capitolo II, paragrafo 12.

¹¹⁴ Corte Suprema austriaca, 17 dicembre 2002, 4 Ob 248/02b ("*Metadate*"). Su questa decisione e su quella Tribunale di Monaco si veda Miguel Peguera, "Copyright issues regarding Google images and Google cache", *cit.*, p. 179.

affronteranno i principi che reggono l'analisi relativa ai link a contenuti leciti. Nel capitolo III, invece, ci si soffermerà sulla fornitura di collegamenti a contenuti illeciti. L'ultimo capitolo è dedicato all'impatto che il Sistema delineato dalla Corte di Giustizia potrebbe avere sui principali soggetti coinvolti e sul diritto d'autore in generale.

Oggetto del presente lavoro è solo il diritto di comunicazione e di messa a disposizione del pubblico di cui all'articolo 3, comma 1, della Direttiva sulla Società dell'Informazione. Non verrà considerato, invece, il diverso e autonomo diritto connesso di messa a disposizione del pubblico previsto dall'articolo 3, comma 2 della stessa Direttiva.¹¹⁵

¹¹⁵ Considerato, invece, nella sentenza *C-More*, *cit.*, che ha escluso che un link a una partita di hockey trasmessa in diretta streaming potesse integrare una messa a disposizione del pubblico ai sensi del diritto connesso di cui all'articolo 3, comma 2, della Direttiva sulla Società dell'Informazione. Secondo la Corte, essendo il contenuto in diretta, gli utenti avrebbero potuto selezionare il luogo ma non il tempo in cui accedervi. In quella pronuncia, la Corte ha sottolineato l'autonomia del diritto connesso di messa a disposizione del pubblico di cui all'articolo 3, comma 2, rispetto al diritto d'autore di messa a disposizione del pubblico previsto dall'articolo 3, comma 1, della Direttiva sulla Società dell'Informazione. Sul punto, si vedano Eleonora Rosati, "Unauthorized hyperlinks to live TV broadcasts not infringements under the InfoSoc Directive", in *Journal of Intellectual Property Law and Practice* 2015, 10, pp. 582 e ss., e Christof Koolen, "The Use of Hyperlinks in an Online Environment: Putting Links in Chains?", in *GRUR Int.* 2016, p. 870: "In that case the CJEU argued at para. 24 that 'making available' is part of the broader concept communication to the public as set forth in Art. 3(1) InfoSoc Directive. The Court continued by stating that the concept of 'making available to the public' is also used independently in Art. 3(2) InfoSoc Directive".

CAPITOLO II

LINK A CONTENUTI LECITI

1. E ora, qualcosa di completamente diverso

Ricezione e ritrasmissione di segnali televisivi nelle camere di un albergo;¹ uso di apparecchi televisivi, antenne² e altoparlanti³ per diffondere programmi e musica d'ambiente; messa a disposizione di televisori, stereo e CD⁴ e invio di segnali radiotelevisivi, sempre nelle camere di un albergo; diffusione di trasmissioni radiofoniche⁵ e di programmi televisivi⁶ via satellite; trasmissione di partite calcistiche in bar e ristoranti;⁷ comunicazione, rappresentazione ed esecuzione di opere musicali durante spettacoli circensi;⁸ ritrasmissione di programmi radiotelevisivi in studi dentistici privati;⁹ trasmissione televisiva di un'interfaccia utente grafica;¹⁰ E' indubbio che "né l'art. 3, n. 1, della direttiva 2001/29, né alcun'altra sua disposizione definisce la nozione di 'comunicazione al pubblico'".¹¹ Una rassegna delle fattispecie affrontate dalla Corte

¹ CGUE, 3 febbraio 2000, *Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (Egeda) contro Hostelería Asturiana SA (Hoasa)*, causa C-293/98. La sentenza è stata emessa antecedentemente all'entrata in vigore della Direttiva sulla Società dell'Informazione. La decisione in questione aveva escluso l'applicazione della Direttiva del Consiglio 27 settembre 1993, 93/83/CEE "per il coordinamento di alcune norme in materia di diritto d'autore e diritti connessi applicabili alla radiodiffusione via satellite e alla ritrasmissione via cavo" ai fini della qualificazione della ricezione da parte di un'azienda alberghiera di segnali televisivi via satellite o via terrestre e la successiva distribuzione via cavo nelle camere dell'albergo quale "comunicazione al pubblico", concludendo che la questione dovesse risolversi sulla sola base dei diritti nazionali degli Stati Membri.

² CGUE, ordinanza del 18 marzo 2010, *Organismos Sillogikis Diacheirisis Dimiourgon Theatrikon kai Optikoakoustikon Ergon*, causa C-136/09 ("**Organismos**").

³ CGUE, 7 dicembre 2007, *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) contro Rafael Hoteles SA*, causa C-306/05 ("**SGAE**"). Si tratta della prima decisione che ha portato la Corte a considerare il concetto di "comunicazione al pubblico" ai sensi della Direttiva sulla Società dell'Informazione.

⁴ CGUE, 15 marzo 2012, *Phonographic Performance (Ireland) Limited contro Irlanda*, causa C-162/10 ("**Phonographic Performance**").

⁵ CGUE, 14 luglio 2005, *Lagardère Active Broadcast contro Société pour la perception de la rémunération équitable (SPRE) e Altri*, causa C-192/04.

⁶ CGUE, 13 ottobre 2011, *Airfield NV e Canal Digitaal BV contro Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (Sabam) e Agicoa Belgium BVBA*, cause riunite C-431/09 e C-432/09 ("**Airfield**").

⁷ CGUE, 4 ottobre 2011, *Football Association Premier League Ltd (FAPL) e Altri contro QC Leisure e Altri*, cause riunite C-403/08 e C-429/08 ("**FAPL**").

⁸ CGUE, 24 novembre 2011, *Circul Globus București (Circ & Variete Globus București) contro Uniunea Compozitorilor și Muzicologilor din România – Asociația pentru Drepturi de Autor (UCMR-ADA)*, causa C-283/10.

⁹ CGUE, 15 marzo 2012, *Società Consortile Fonografici (SCF) contro Marco Del Corso*, causa C-135/10 ("**SCF**").

¹⁰ CGUE, 22 dicembre 2010, *Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany contro Ministerstvo kultury*, causa C-393/09.

¹¹ Un assunto, questo, che la Corte di Giustizia ha più volte ribadito. Si vedano, ad esempio, le decisioni *FAPL, cit.*, punti 184 e 185; *Circul Globus București, cit.*, punto 30; *SGAE, cit.*, punto 33; *TVCatchup, cit.*, punto 22, dove la Corte, probabilmente in virtù delle precedenti sentenze, sembra acquisire sicurezza in merito alla definizione del diritto di cui si discute, che da "non definita" diventa non definita "in modo esaustivo". Come si vedrà, l'assenza di una definizione dettagliata è di cruciale importanza anche ai fini della qualificazione dell'attività di linking come comunicazione al pubblico affrontata nelle decisioni CGUE,

di Giustizia a quel riguardo,¹² tuttavia, qualche indicazione sembra fornirla.

A prescindere dal mezzo usato (radio, televisione, satellite, impianto stereo) e dall'ambiente in cui l'opera viene comunicata (camere o hall di alberghi, studi dentistici, piattaforme internet), infatti, le fattispecie in relazione a cui ci si è chiesti se una "comunicazione al pubblico" fosse o meno integrata sono accomunate dalla presenza di un soggetto emittente, di una moltitudine di soggetti riceventi e, soprattutto, di una "trasmissione" o "ritrasmissione" di un'opera via cavo o via etere. Una circostanza, questa, che affonda le radici nel contesto giuridico e tecnologico in cui il diritto di comunicazione al pubblico è stato concepito e si è successivamente sviluppato, che difficilmente sembrava poter configurare una "comunicazione al pubblico" in mancanza di "diffusione a distanza" con strumenti di comunicazione fisici "quali il telegrafo, il telefono, la radio, la televisione ed altri mezzi analoghi".¹³ Questa visione classica della nozione di comunicazione al pubblico trova corrispondenza in diversi testi normativi, dove si fa spesso riferimento ai concetti di trasmissione e ritrasmissione. Un esempio, in tal senso, è fornito dalla lettera della Direttiva sulla Società dell'Informazione,¹⁴ il cui considerando 23 sottolinea come il diritto di comunicazione al pubblico debba "comprendere qualsiasi trasmissione o ritrasmissione di un'opera al pubblico, su filo o senza filo, inclusa la radiodiffusione, e non altri atti".

Rispetto a questo contesto, il *linking* è qualcosa di completamente diverso.¹⁵

A differenza delle fattispecie "classiche" di comunicazione al pubblico oggetto dei precedenti di cui si è dato conto, infatti, l'attività di fornitura di collegamenti ipertestuali coinvolge solo marginalmente strumenti fisici di diffusione. Non ci sono ambienti fisici in

27 febbraio 2014, *Nils Svensson e Altri contro Retriever Sverige AB*, causa C-466/12 ("**Svensson**") e 8 settembre 2016, *GS Media BV contro Sanoma Media Netherlands BV e Altri*, causa C-160/15 ("**GS Media**") e, ancora prima, nelle Conclusioni rese dall'Avvocato Generale in quest'ultimo procedimento il 26 marzo 2015.

¹² Prima di pronunciarsi sul tema del *linking* e, in verità, anche dopo. Oggetto della sentenza del 27 febbraio 2014, *Ochranný svaz autorský pro práva k dílům hudebním o.s. (OSA) contro Léčebné lázně Mariánské Lázně a.s.*, causa C-351/12 ("**OSA**"), infatti, era la diffusione di opere radiotelevisive nelle stanze di istituti termali. Il 15 novembre 2015, nel caso *SBS Belgium NV contro Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers (SABAM)*, causa C-325/2014 ("**SBS**") la Corte ha considerato che non costituisce comunicazione al pubblico la trasmissione di programmi effettuata da un operatore di diffusione radiotelevisiva esclusivamente verso società che distribuiscono tali segnali. Con la decisione del 31 maggio 2016, nel caso *Reha Training Gesellschaft für Sport- und Unfallrehabilitation mbH contro Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte eV (GEMA)*, causa C-117/15 ("**Reha Training**"), la Corte ha dichiarato costituire comunicazione al pubblico la diffusione di programmi televisivi attraverso apparecchi installati nei locali di un centro di riabilitazione. L'ordinanza emessa il 14 luglio 2015 nel caso *Sociedade Portuguesa de Autores CRL contro Ministério Público e Altri*, causa C-151/15 ("**SPA**") ha ribadito che costituisce comunicazione al pubblico la trasmissione, da parte dei gestori di un bar-ristorante, di opere musicali e musico-letterarie per mezzo di un apparecchio radio collegato a altoparlanti e/o ad amplificatori ai clienti presenti in quella tipologia di esercizi commerciali.

¹³ Così Vittorio M. De Sanctis, *Manuale del Nuovo Diritto d'Autore*, Editoriale Scientifica, 2010, p. 64.

¹⁴ Direttiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 22 maggio 2001 sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione. Nel prosieguo, anche "**Direttiva sulla Società dell'Informazione**" o "**InfoSoc**".

¹⁵ Rispetto alle forme classiche di comunicazione al pubblico, il *linking* costituisce un "di fenomen[o] di per sé controvers[o]", osserva Marco Ricolfi, "Comunicazione al pubblico e distribuzione", *cit.*, p. 54.

cui il fornitore di ospita lo strumento di comunicazione, ovvero il link, e in cui l'opera viene comunicata. Le stesse definizioni di soggetto emittente e soggetti riceventi sembrano potersi difficilmente conciliare con le figure di una persona che condivide un link su internet e di un utente che lo attiva. Inoltre (e soprattutto) non c'è una "trasmissione" o "ritrasmissione" dell'opera secondo i canoni classici che hanno contraddistinto quelle nozioni nel corso dello sviluppo tecnologico e del diritto d'autore.¹⁶

Rispetto ad altre esclusive comprese nel fascio di diritti garantiti ai titolari, tuttavia, il diritto di comunicazione al pubblico è storicamente caratterizzato da una natura flessibile, resa ancora più duttile e adattabile alle evoluzioni tecnologiche dall'introduzione del diritto di "messa a disposizione" del pubblico avvenuta con i Trattati WIPO. Per questa ragione, sin dagli anni novanta, diversi autori¹⁷ e tribunali europei e statunitensi hanno preso in considerazione l'ipotesi che la fornitura di collegamenti ipertestuali potesse integrare una comunicazione al pubblico, giungendo a conclusioni spesso molto diverse.

A fronte di diverse e contrastanti decisioni dei tribunali degli Stati Membri in materia, la possibilità di inquadrare l'attività di linking nella nozione di comunicazione al pubblico è stata portata all'attenzione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea ("**CGUE**") solo in tempi recenti. La Corte ha affrontata la questione in modo non unitario, attraverso alcune decisioni emesse tra il febbraio del 2014 e il settembre del 2016.

Congiuntamente considerate, le decisioni in questione introducono un sistema secondo cui l'idoneità di un link a integrare una comunicazione al pubblico viene valutata in base a criteri estremamente diversi a seconda che i collegamenti indirizzino a contenuti leciti – in quanto precedentemente messi a disposizione con il consenso del titolare del diritto d'autore – o a opere illecite – in quanto messe a disposizione su internet senza il consenso dei titolari.

La possibilità che un link integri una violazione della comunicazione al pubblico qualora il suo oggetto sono opere lecite è stata affrontata nella sentenza della Corte nel caso *Svensson*¹⁸ e dell'ordinanza assunta ai sensi dell'articolo 99 del Regolamento di

¹⁶ Elemento, questo, riscontrato anche da Lionel Bently e Altri della European Copyright Society, "The Reference to the CJEU in Case C-466/12 Svensson", *University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 6/201*, 15 febbraio 2013, punto 12: "hyperlinking fundamentally differs in nature from any act of intervention which the Court has previously treated as a communication of a work".

¹⁷ Indagini in merito alla riconducibilità del linking e di altri fenomeni digitali quali le condivisioni *peer-to-peer* nell'alveo della comunicazione al pubblico o della sua "articolazione interattiva" costituita dal diritto di messa a disposizione del pubblico trovano riscontro anche nella dottrina anche italiana sin dalla seconda metà degli anni novanta. Tra i primi tentativi di approccio alla questione si vedano Marco Saverio Spolidoro, "Il sito WEB", in *AIDA* 1998, pp. 178 e ss.; Rosaria Romano, *L'opera e l'esemplare*, CEDAM, 2001, pp. 251 e ss., che conclude per l'illiceità del linking quale forma di messa a disposizione del pubblico; in senso contrario, invece, Alberto Musso, "Ipertesti e thesauri nella disciplina del diritto d'autore", *cit.*, pp. 211 e ss.

¹⁸ CGUE, 27 febbraio 2014, *Nils Svensson e Altri contro Retriever Sverige AB*, causa C-466/12.

Procedura nel caso *BestWater*¹⁹.

Il rapporto tra il diritto di comunicazione al pubblico ai sensi dell'articolo 3, comma 1, della Direttiva sulla Società dell'Informazione e la fornitura di collegamenti cliccabili a contenuti illeciti è invece stato affrontato dalla recentissima decisione *GS Media*²⁰ dell'otto settembre scorso, che è peraltro l'unica ad essere stata preceduta da un'opinione dell'Avvocato Generale.²¹ La stessa questione è oggetto di un ulteriore rinvio pregiudiziale nel caso *Stichting Brein contro Filmspeler*, rispetto a cui l'Avvocato Generale ha presentato le sue Conclusioni l'8 dicembre 2016.²²

In linea con l'approccio della Corte, l'analisi qui proposta prenderà in considerazione, nel presente capitolo, le conclusioni cui la Corte è giunta in merito ai collegamenti a contenuti leciti. Nel capitolo successivo, si entrerà nel merito del linking a contenuti illeciti e dei possibili rapporti tra essi e la presenza in rete di contenuti resi disponibili dal titolare del diritto d'autore.

2. Link a contenuti leciti: il caso *Svensson*

La sentenza *Svensson* è la prima in cui la Corte di Giustizia ha affrontato la questione se la fornitura di link possa costituire o meno una comunicazione al pubblico ai sensi dell'articolo 3, comma 1, della Direttiva sulla Società dell'Informazione.²³

Il procedimento principale che ha portato al rinvio pregiudiziale era stato instaurato da alcuni redattori del giornale online svedese *Göteborgs-Posten*. Questi ultimi lamentavano la violazione del loro diritto di comunicazione al (e messa a disposizione del) pubblico rispetto ad alcuni articoli su cui detengono i diritti patrimoniali d'autore. Il convenuto nel procedimento principale era Retriever Sverige AB, un aggregatore di notizie. Quest'ultima fornisce un servizio che ricerca e seleziona, tra migliaia di contenuti giornalistici pubblicati su siti terzi (tra cui il *Göteborgs-Posten*), gli articoli che possono essere di interesse dei suoi utenti – che hanno precedentemente segnalato i

¹⁹ CGUE, 21 ottobre 2014, *BestWater International GmbH contro Michael Mebes e Stefan Potsch*, causa C-348/13, "**BestWater**".

²⁰ Sentenza *GS Media*, *cit.* Pochi mesi prima, nella decisione del 26 marzo 2015, *C-More Entertainment AB contro Linus Sandberg*, causa C-279/13, la Corte aveva affrontato il tema del linking rispetto a un contenuto in violazione costituito da una partita di hockey su ghiaccio trasmessa in diretta. Il caso in questione non riguardava il diritto di comunicazione al pubblico, ma il diritto connesso di messa a disposizione del pubblico ai sensi dell'articolo 3, comma 2, della Direttiva sulla Società dell'Informazione.

²¹ Conclusioni dell'Avvocato Generale nel caso *GS Media*, *cit.*

²² Conclusioni dell'Avvocato Generale nel caso *Stichting Brein v Jack Frederik Wullems - Filmspeler* ("**Filmspeler**"), causa C-527/15, 8 dicembre 2016.

²³ La norma in questione, rubricata "Diritto di comunicazione di opere al pubblico, compreso il diritto di mettere a disposizione del pubblico altri materiali protetti", così dispone: "Gli Stati membri riconoscono agli autori il diritto esclusivo di autorizzare o vietare qualsiasi comunicazione al pubblico, su filo o senza filo, delle loro opere, compresa la messa a disposizione del pubblico delle loro opere in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente".

loro ambiti di preferenza tramite parole chiave o criteri semantici. Gli articoli in questione vengono proposti agli utenti sotto forma di liste di link che reindirizzano al sito dove la notizia è stata originariamente pubblicata. Nel caso oggetto del procedimento di rinvio, i link forniti sul sito di Retriever Sverige indirizzavano al giornale online *Göteborgs-Posten*.²⁴

Dal punto di vista tecnico, la fattispecie oggetto del caso in questione presentava due elementi di rilievo. Sotto un primo profilo, i contenuti giornalistici di cui i ricorrenti lamentavano la violazione erano liberamente accessibili sul sito del *Göteborgs-Posten*. In assenza di un *paywall* o di un procedimento di registrazione, quindi, gli utenti potevano accedere ai contenuti oggetto dei link anche direttamente, attraverso il sito del *Göteborgs-Posten*. Inoltre, gli attori del procedimento principale sostenevano che l'utente, dopo aver cliccato sui collegamenti offerti dal servizio di Retriever Sverige, non potesse rendersi conto "*di essere trasferito su un altro sito per accedere all'opera di suo interesse*".²⁵ Non risultando domande di violazione del diritto di riproduzione,²⁶ la ricostruzione proposta nella sentenza *Svensson* sembra suggerire che i link forniti da Retriever Sverige potessero essere, in tutto o in parte, collegamenti *embedded* o *framing*²⁷ che facevano apparire gli articoli in questione come se fossero stati ospitati direttamente sul sito dell'aggregatore di notizie.

A seguito di un primo rigetto delle loro domande in primo grado, i giornalisti hanno portato la questione avanti alla Corte d'Appello di Svea. Quest'ultima ha sospeso il procedimento e chiesto alla Corte di Giustizia se fornire un link a un'opera altrui potesse configurarsi come una comunicazione al pubblico ai sensi dell'articolo 3, comma 1, della Direttiva InfoSoc e se, a tali fini, potessero rilevare due ulteriori elementi che contraddistinguevano la fattispecie fattuale di quel procedimento, ovvero (i) la circostanza che l'opera linkata era liberamente accessibile al pubblico o, viceversa, era soggetta a sistemi che limitavano l'accesso degli utenti; e (ii) la circostanza che l'utente, dopo aver azionato il collegamento, abbia l'impressione di rimanere sullo stesso sito che quel collegamento ospita per effetto dell'uso del collegamento *embedding* o *framing* contestato nel procedimento principale.²⁸

²⁴ Sentenza *Svensson*, *cit.*, punto 8.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Che sarebbe stato verosimilmente stato chiamato in causa se l'incertezza in merito alla piattaforma che ospitava i contenuti giornalistici fosse derivata da una copia di quei contenuti effettuata da (o, comunque, sul) sito di Retriever Sverige.

²⁷ Sulla definizione di *embedded* link e *framing* link si veda *supra*, capitolo I, paragrafo 1.

²⁸ Oltre a un'ultima domanda, volta a ottenere chiarimenti in merito alla possibilità per uno Stato Membro di adottare una comunicazione al pubblico più ampia rispetto a quella prevista dalla Direttiva. Le domande formulate nel rinvio pregiudiziali sono le seguenti: "1) Se il fatto che un soggetto diverso dal titolare del diritto d'autore su una determinata opera fornisca un collegamento cliccabile alla stessa sul proprio sito Internet si configuri come comunicazione al pubblico dell'opera ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della [direttiva 2001/29].

3. Una comunicazione e un pubblico: il *two-step* test nel contesto digitale

La soluzione del quesito posto dalla Corte d'Appello di Svea, ha esordito la Corte di Giustizia, deve essere indagata alla luce di un principio fondamentale dettato dalla stessa lettera dell'articolo 3, comma 1, della Direttiva sulla Società dell'Informazione. Nel prevedere il diritto dei titolari di autorizzare o vietare "*qualsiasi*" comunicazione e messa a disposizione del pubblico delle loro opere, infatti, la norma in questione intende assicurare che *ogni* comunicazione al pubblico sia effettuata con il consenso degli aventi diritto. La necessità di ottenere un'autorizzazione al titolare, tuttavia, è sempre subordinata alla sussistenza di una comunicazione al (o messa a disposizione del) pubblico ai sensi dell'articolo 3, comma 1, della Direttiva sulla Società dell'Informazione. Nel caso di specie, la necessità per Retriever Sverige di ottenere il consenso da parte dei giornalisti del *Göteborgs-Posten* prima di fornire collegamenti ai loro articoli era subordinata alla circostanza che tale servizio possa integrare una comunicazione al pubblico.

Per stabilire se una determinata condotta integra una comunicazione al pubblico, ha continuato la Corte, è necessario procedere a un'analisi in due fasi. In particolare, al giudice viene richiesto di verificare, singolarmente e separatamente, il soddisfacimento di due requisiti cumulativi, vale a dire (i) l'esistenza di un atto di "comunicazione" dell'opera; e (ii) la circostanza che quest'ultima sia effettivamente comunicata a un "pubblico".²⁹

Il *two-step* test adottato dalla Corte è sembrato a molti troppo "meccanico" e poco adatto a cogliere le peculiarità tecniche sottese a una fattispecie complessa come quella del linking.³⁰ La semplice, oggettiva sussistenza di una comunicazione e di un pubblico mal si concilierebbe con la necessità di operare un attento bilanciamento dello spettro di interessi coinvolti in un tema nuovo e sensibile come quello che coinvolge un'*essential facility* di internet, motivo per cui la questione si sarebbe dovuta affrontare

2) Se sia rilevante, ai fini della soluzione della prima questione, il fatto che l'opera alla quale rimanda il collegamento si trovi su un sito Internet accessibile a chiunque senza limitazioni oppure che l'accesso sia in qualche modo limitato.

3) Se, ai fini della soluzione della prima questione, si debba distinguere il caso in cui l'opera, dopo che l'utente abbia cliccato il collegamento, sia presentata su un altro sito Internet da quello in cui l'opera sia presentata con modalità tali da offrire al cliente l'impressione di restare nello stesso sito Internet.

4) Se uno Stato membro possa stabilire una maggiore tutela del diritto esclusivo dell'autore includendo nella nozione di comunicazione al pubblico più forme di messa a disposizione di quante stabilite all'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29". Sentenza *Svensson, cit.*, punto 13.

²⁹ Sentenza *Svensson, cit.*, punto 16.

³⁰ Alessandro Cogo, "Linking e framing al vaglio della Corte di Giustizia dell'Unione Europea", in *Giur. It.* 2014, p. 2203, sottolinea come la sentenza *Svensson* eluda una "*valutazione troppo stringenti dal punto di vista tecnico ed edita al contempo voli pindarici nell'apprezzamento degli interessi in gioco, limitandosi in sostanza ad un'applicazione quasi meccanica delle norme della direttiva alla luce dei suoi considerando*".

alla luce di una serie di più ampia di criteri già adottati dalla Corte in precedenti decisioni in materia di comunicazione al pubblico ai sensi dell'articolo 3, comma 1, della Direttiva sulla Società dell'Informazione.³¹

Contrariamente alle obiezioni di meccanicità e scarsa consapevolezza del contesto tecnico che le sono state rivolte, la scelta di adottare il sopra menzionato *two-step test* appare dettata proprio dalle peculiarità tecnologiche in cui la fornitura di collegamenti ipertestuali si verifica, vale a dire la rete internet.

Prima del caso *Svensson*, infatti, l'analisi a due fasi di cui si discute era stata avvertita dalla Corte una sola volta, nella già citata decisione *TVCatchup* che per prima ha portato i Giudici europei a declinare il diritto di comunicazione al pubblico nel contesto online.³² Nelle decisioni precedenti, la Corte ha dato per scontata la sussistenza di una comunicazione,³³ potendo fare affidamento sia sulla lettera delle norme, sia su una giurisprudenza piuttosto consolidata nel ritenere "comunicazioni" le forme più tradizionali di diffusione di contenuti – come la radiofonia o la diffusione sonora e satellitare tramite apparecchi convenzionali.³⁴ Ciò ha permesso alla Corte di evitare un'analisi del primo elemento del test, la comunicazione, e di fondare la sua indagine sul concetto più controverso di quelle fattispecie analogiche, vale a dire la sussistenza di un "pubblico" a cui l'opera era comunicata.

Nelle fattispecie di diffusione digitale di contenuti, la natura innovativa delle tecnologie adottate assume un rilievo autonomo e decisivo ai fini della decisione, tanto da richiedere una trattazione separata. In questa prospettiva, nel *two-step test* su cui si reggono le decisioni *TVCatchup* e *Svensson* (così come *BestWater* e, in una certa misura, *GS Media*), l'analisi in merito all'esistenza di una "comunicazione" assume la medesima dignità dell'indagine sulla sussistenza di un "pubblico". Esso sembra quindi legato a una maggiore attenzione della Corte rispetto alla possibilità di includere nel

³¹ Alexander Tsoutsanis, "Why copyright and linking can tango", *cit.*, p. 507 e ss., menziona tra essi il criterio dell'intervento e quello del carattere lucrativo dell'attività di fornitura dei link, poi effettivamente considerati dalla Corte di Giustizia nella sentenza *GS Media*.

³² La verifica relativa alla sussistenza di una comunicazione, prima, e di un pubblico, poi, è stata adottata per la prima volta nella Sentenza *TvCatchup*, *cit.*, punti 21 e 31.

³³ Secondo Alessandro Cogo, "La comunicazione al pubblico negli alberghi", *cit.*, p. 518, l'essersi concentrati sul solo elemento del pubblico nella decisione *SGAE*, *cit.*, si è rivelato un errore che ha inficiato l'intero ragionamento della Corte.

³⁴ "The Court has in recent years on several occasions interpreted the right of communication to the public as provided in Article 3(1) of Directive 2001/29: Case C-306/05, *SGAE v Rafael Hoteles*; Case C-136/09 *Organismos Sillogikis Diacheirisis Dimiourgou Theatrikon kai Optikoakoustikon Ergon*; Joined Cases C-403/08 and C-429/08 *Football Association Premier League and Others*; Joined Cases C-431/09 and C-432/09, *Airfield NV and Canal Digitaal BV v Sabam, and Airfield NV v Agicoa Belgium*; Case C-135/10, *Società Consortile Fonografici (SCF) v Marco Del Corso*; Case C-162/10 *Phonographic Performance (Ireland) Limited v Ireland*. In most of these cases it was accepted as part of the factual background that there was a "transmission" by the relevant party". A sottolineare la natura di mero "presupposto fattuale" del concetto di comunicazione nei casi decisi dalla Corte di Giustizia precedentemente a *TVCatchup* e *Svensson* sono Lionel Bently e Altri della European Copyright Society, "The Reference to the CJEU in Case C-466/12 *Svensson*", *cit.*, punti 23 e 24.

concetto di "comunicazione" mezzi tecnologici di diffusione di contenuti online, diversi sotto svariati profili rispetto a quelli tradizionali.

Se di meccanicità si deve parlare, quindi, i risultati discutibili cui è giunta la sentenza *Svensson* sembrano riferibili più all'applicazione automatica di alcuni principi di favore rispetto alle istanze dei titolari dei diritti, che all'analisi separata dei due elementi della "comunicazione" e del "pubblico" di per sé.

4. Trasmissione, offerta e *paracopyright*.

Nella prospettiva analitica adottata dalla Corte, il primo problema ha riguardato quindi la possibilità di qualificare un link come "comunicazione" o "messa a disposizione" ai sensi dell'articolo 3, comma 1, InfoSoc. Come conferma la stessa scelta di analizzare la questione in via autonoma, si tratta di un tema di indagine decisivo e dall'esito tutt'altro che scontato.

Sotto un primo profilo, vista la natura cumulativa dei due requisiti analizzati al paragrafo precedente, infatti, se l'attività fornitura di un collegamento cliccabile non avrebbe mai potuto integrare una violazione del diritto previsto dall'articolo 3, comma 1, InfoSoc, a prescindere dalla presenza o meno di un pubblico.

Dall'altro lato, la Direttiva InfoSoc non precisa che cosa si debba intendere per "comunicazione" né per "messa a disposizione",³⁵ mentre le decisioni in tema di comunicazione al pubblico precedentemente adottate dalla Corte riguardavano fattispecie sempre caratterizzate da una trasmissione o una ritrasmissione – e, *TVCatchup* a parte, da trasmissioni e ritrasmissioni avvenute in un ambiente analogico. L'incertezza in merito alla possibilità di considerare il *linking* una comunicazione è testimoniata dalla giurisprudenza contrastante che ha preceduto la sentenza *Svensson* in Europa e negli Stati Uniti³⁶ e dall'aspro dibattito che si è sviluppato in merito nel periodo immediatamente antecedente all'adozione della decisione di cui si tratta.

Nel contesto di quel dibattito, una prima tesi ha enfatizzato la circostanza che la semplice fornitura di un collegamento non potesse considerarsi una "comunicazione" dell'opera, non coinvolgendo essa l'elemento essenziale della "trasmissione" o "ritrasmissione" di contenuti. Mentre tale elemento è sicuramente riscontrabile nelle ipotesi di ricezione e diffusione di segnali radiotelevisivi, lo stesso non varrebbe per la fornitura di link, che non prevede nemmeno l'emissione di un segnale e che si risolve in una sorta di trasposizione, nel contesto digitale, delle note a piè di pagina³⁷ da sempre

³⁵ Sentenza *TVCatchup*, *cit.*, punto 22. Per analogia, si vedano che le sentenze SGAE, *cit.*, punto 34 e *Circul Globus București*, *cit.*, punto 30.

³⁶ Su cui si rimanda alla rassegna svolta *supra*, capitolo I, paragrafo 6.

³⁷ In questo senso si è espresso quello che viene normalmente considerato il creatore del World Wide

utilizzate in ambiente analogico.³⁸

In merito, rileva il considerando 23 della Direttiva InfoSoc, secondo cui il diritto di comunicazione al pubblico, pur dovendo essere "inteso in senso lato in quanto concernente tutte le comunicazioni al pubblico non presente nel luogo in cui esse hanno origine", comprende "qualsiasi *trasmissione o ritrasmissione* di un'opera al pubblico, su filo o senza filo, inclusa la radiodiffusione, e *non altri atti*".³⁹

La necessaria sussistenza di un atto di trasmissione ai fini dell'integrazione di una comunicazione al pubblico troverebbe conferma nella stessa lettera dell'articolo 3, comma 1, della Direttiva InfoSoc. Il riferimento di tale norma agli *strumenti* tecnici "su filo e senza filo" e l'impiego dell'espressione "in maniera tale che", letti alla luce del considerando 23, rafforzerebbero la conclusione che ogni comunicazione al pubblico

Web, Tim Berners-Lee, "Links and Law", *Commentary on Web Architecture*: "Links in hypertext are new in that they can be followed automatically, but the concepts of reference and inclusion of material predate paper". Inoltre, sottolinea lo stesso autore in "Links and Law: Myths", l'idea per cui un link possa costituire uno strumento di violazione del diritto d'autore è "a serious misunderstanding. The ability to refer to a document (or a person or any thing else) is in general a fundamental right of free speech to the same extent that speech is free. Making the reference with a hypertext link is more efficient but changes nothing else. When the "speech" itself is illegal, whether or not it contains hypertext links, then its illegality should not be affected by the fact that it is in electronic form. Users and information providers and lawyers have to share this convention. If they do not, people will be frightened to make links for fear of legal implications. I received a mail message asking for "permission" to link to our site. I refused as I insisted that permission was not needed." I due testi in questione sono disponibili agli URL <https://www.w3.org/DesignIssues/LinkLaw> e <https://www.w3.org/DesignIssues/LinkMyths.html>. Condividono l'impostazione di Berners-Lee, almeno per quanto riguarda i normali hyperlink, anche Lionel Bently e Altri della European Copyright Society, "The Reference to the CJEU in Case C-466/12 Svensson", *cit.*, secondo cui "a standard hyperlink is nothing more than a reference or footnote, and that the ability to refer to a document is a fundamental right of free speech".

³⁸ "Hyperlinks are not communications because establishing a hyperlink does not amount to 'transmission' of a work, and such transmission is a pre-requisite for 'communication' [...] That transmission of the work is a sine qua non of communication to the public is also clear from the legislation and its background". Così Lionel Bently e Altri della European Copyright Society, "The Reference to the CJEU in Case C-466/12 Svensson", *cit.*, punti 6 e 11. Nello stesso senso, anche Jeremy de Beer - Mira Burri, "Transatlantic Copyright Comparisons: Making Available via Hyperlinks in the European Union and Canada", *cit.*, p. 103: "We think in particular that there has been no transmission, which is clearly a prerequisite for the communication to the public. [...] the hyperlink is a mere reference, comparable to quotation, in particular as the operator of the target website still possesses full control over the making available of the works". Di identico avviso anche Javier Garrote, "Linking and framing: a comparative law approach", *cit.*, p. 185 e Emanuela Arezzo, "Hyperlinks and Making Available Right in the European Union - What Future for the Internet After Svensson?", *cit.*, pp. 524 e ss., che sottolinea l'importanza di mantenere il riferimento alla trasmissione quale confine del diritto di comunicazione e messa a disposizione del pubblico anche ai fini di evitare una sovrapposizione i quei diritti con altre esclusive conferite ai titolari, quali il diritto di rappresentazione a un pubblico presente: "The identification of the legal concept of communication to the public with the technical notion of transmission of the work is crucial to properly understand the contours of this right, and consequently of the making available right, as it illustrates the difference from other forms of exploitation involving the communication of the work in front of the public, such as public representations of the work and public performances in general". Sono in linea con questa posizione anche le Conclusioni dell'Avvocato Generale nel caso *GS Media*, *cit.*, par. 54: "Se è vero che i collegamenti ipertestuali collocati su un sito Internet facilitano ampiamente il reperimento di altri siti nonché di opere protette disponibili su tali siti e, di conseguenza, offrono agli utilizzatori del primo sito un accesso più rapido e diretto a tali opere, ritengo che i collegamenti ipertestuali che conducono, anche direttamente, ad opere protette non le 'mettano a disposizione' di un pubblico allorché esse sono già liberamente accessibili su un altro sito, ma servano soltanto a facilitare il loro reperimento. Come indicato dalla Repubblica portoghese nelle sue osservazioni, l'atto che concretizza la 'messa a disposizione' vera e propria è imputabile alla persona che ha effettuato la comunicazione iniziale".

³⁹ Enfasi aggiunta.

presupponga, da un lato, il coinvolgimento di strumenti di diffusione e, dall'altro, la sussistenza di un'emissione e di una trasmissione di contenuti assente nell'attività di linking.⁴⁰

Anche i lavori preparatori del WCT e della Direttiva InfoSoc, è stato osservato, supporterebbero questa impostazione.

Quanto al primo testo, è stato rilevato che il Commentario Esplicativo pubblicato assieme alla *Basic Proposal* del Trattato specificasse esplicitamente che la "comunicazione coinvolge sempre una trasmissione". Al riguardo, la circostanza che "le legislazioni nazionali usano alternativamente il termine 'trasmissione' o il termine 'comunicazione' dimostrerebbe che "l'atto di "trasmettere" è il "termine fondamentale per descrivere gli atti [di comunicazione] rilevanti" ai fini dell'integrazione del relativo diritto. La scelta, operata in sede di redazione dei trattati WIPO, di usare il termine "comunicazione" in luogo di "trasmissione", sarebbe invece stata dettata dalla necessità di rimanere il più possibile coerenti con la terminologia impiegata nella Convenzione di Berna.⁴¹ Non a caso, il Commentario in questione fa salvo il fatto che, "ai fini del Trattato, la lieve differenza tra i due concetti è irrilevante", contando unicamente che "un'opera sia trasferita o comunicata".⁴²

La stessa enfasi sul concetto di trasmissione viene posta anche nella proposta di Direttiva InfoSoc elaborata dalla Commissione (allora) della Comunità Europea. Quest'ultima, infatti, descrive la nozione di "comunicazione al pubblico" come comprendente "una serie di atti di trasmissione", inclusa la comunicazione attraverso la "visualizzazione in pubblico tramite uno schermo". Così facendo, quel testo confermerebbe la necessità che le uniche condotte rilevanti ai fini dell'articolo 3, comma 1, InfoSoc siano quelle che comprendono un'emissione e una successiva

⁴⁰ Un argomento, questo, che trova maggior riscontro nella versione inglese dei testi normativi di cui si discute: "The text of Article 3 refers to 'means' by which a communication is effected. Recital 23 indicates that the means of communication involves transmission of a work; the word 'such' refers back to communication and thus serves to define its scope. Recital 23 importantly elaborates that communication does not encompass any other acts." Lionel Bently e Altri della European Copyright Society, "The Reference to the CJEU in Case C-466/12 Svensson", *cit.*, punto 13.

⁴¹ WIPO, *Records of the Diplomatic Conference on Certain Copyright and Neighbouring Right Questions*, Vol. 1, Ginevra, 1996, punto 10.15, p. 206: "As communication always involves transmission, the term 'transmission' could have been chosen as the key term to describe the relevant act. The term 'communication' has been maintained, however, because it is the term used in all relevant Articles of the Berne Convention in its English text. It deserves to be mentioned that in the French text the expression 'la transmission publique' has been used in Articles 11 and 11ter, and the expression 'la transmission par fil au public' has been used in Article 14 while "communication to the public" and 'communication to the public by wire' are the English expressions. In Article 11 bis of the French text of the Convention, the corresponding expression is 'la communication publique'".

⁴² "It seems clear that, at the treaty level, the term 'communication' can be used as a bridging term to ensure the international interoperability and mutual recognition of exclusive rights that have been or will be provided in national legislations using either the term 'transmission' or the term 'communication'. The former refers to a technical transfer while the latter implies, in addition to the technical transfer, that something is communicated. For the purposes of the proposed Treaty, this slight difference between the terms is irrelevant. What is transferred or communicated is the work". *Ibid.*, punto 10.15, p. 206.

ricezione, stabilendo una connessione imprescindibile tra tale nozione, entrati a far parte dell'*acquis* comunitario, e il concetto di "comunicazione" / "trasmissione" adottato nel Trattato WCT e nella Convenzione di Berna.⁴³

Su un diverso piano, il dibattito relativo alla qualificazione dell'attività di linking come comunicazione o messa a disposizione si è soffermato anche sulla qualificazione della fornitura di collegamenti cliccabili quale "intervento imprescindibile" al fine di permettere agli utenti la fruizione o l'accesso delle opere cui quei collegamenti indirizzano. Al riguardo, la Corte di Giustizia ha preso in esame il requisito dell'"intervento" dell'utente in maniera ambivalente. In un primo gruppo di decisioni, infatti, l'intervento imprescindibile è stato considerato ai fini della qualificazione di una determinata condotta come comunicazione o messa a disposizione di un'opera, concludendo per la sussistenza di una comunicazione nella sola misura in cui l'intervento si riveli essenziale per permettere al pubblico di usufruire delle opere stesse.⁴⁴ In altre decisioni, l'indispensabilità dell'intervento è venuta in rilievo non ai fini della sussistenza o meno di una comunicazione, ma rispetto alla sussistenza di un pubblico "nuovo" a cui una comunicazione è diretta.⁴⁵

Applicando questi principi all'attività di linking, è stato sottolineato che fornire un collegamento cliccabile non potrebbe costituire un "intervento imprescindibile" i fini dell'accesso ad opera linkata non sottoposta a *paywall*, rimanendo l'opera liberamente

⁴³ Commissione Europea, *Proposal for a European Parliament and Council Directive on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the Information Society*, COM(97) 628 final, p. 25: "The expression 'communication to the public' of a work covers any means or process other than the distribution of physical copies. This includes communication by wire or by wireless means. An act of communication to the public can involve a series of acts of transmissions as well as acts of reproductions, for instance a temporary storage of a work. With respect to the acts of reproduction, such as storage, the reproduction right (cf. Article 2) is of relevance. If, at any point of a transmission or at the end of a transmission the work is communicated to the public, including through public display on screen, each such communication to the public requires authorization of the author. The notion of 'communication to the public' has been used as in the *acquis communautaire* and the relevant international provisions, such of the Berne Convention and the WCT".

⁴⁴ Nella sentenza *FAPL*, *cit.*, punti 195 e ss., ad esempio, l'intervento del proprietario di un bar-ristorante consistente nel trasmettere volutamente opere radiodiffuse mediante uno schermo televisivo ed altoparlanti, così permettendo "volutamente ai propri clienti presenti nel locale stesso di accedere ad una emissione radiodiffusa, contenente opere protette, per mezzo di uno schermo televisivo e di altoparlanti" è stato considerato una comunicazione al pubblico proprio alla luce del fatto che "senza l'intervento del proprietario stesso, i clienti non potrebbero usufruire delle opere radiodiffuse, pur trovandosi all'interno della zona di copertura dell'emissione medesima." Nello stesso senso, anche se in relazione alla comunicazione di un fonogramma ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 2, della direttiva 2006/115 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, concernente il diritto di noleggio, il diritto di prestito e taluni diritti connessi al diritto di autore in materia di proprietà intellettuale, si vedano le sentenze *SCF*, *cit.*, punti 82 e 92, e *Phonographic Performance*, *cit.*, punto 31.

⁴⁵ Si veda, ad esempio, la sentenza *SGAE*, *cit.*, punto 42: "Orbene, la clientela di un albergo costituisce un tale pubblico nuovo. Infatti, la distribuzione dell'opera radiodiffusa a tale clientela mediante apparecchi televisivi non costituisce un semplice mezzo tecnico per garantire o migliorare la ricezione della trasmissione originaria nella sua zona di copertura. Per contro, l'albergo è l'organismo che interviene, con piena cognizione delle conseguenze del suo comportamento, per dare ai suoi clienti accesso all'opera protetta. Infatti, in assenza di questo intervento, tali clienti, pur trovandosi all'interno della detta zona, non potrebbero, in via di principio, usufruire dell'opera diffusa". Nello stesso senso le decisioni della Corte nei casi *Airfield*, *cit.*, punto 79 e *Reha Training*, *cit.*, punto 46.

accessibile al pubblico dal sito che la ospita a prescindere dall'esistenza o meno di un collegamento che a essa reindirizzi.⁴⁶ L'indissolubile rapporto tra comunicazione al pubblico e trasmissione, inoltre, escluderebbe la possibilità di interpretare il criterio di "intervento per dare [...] accesso" più volte adottato dalla Corte di Giustizia⁴⁷ nel senso di includere nel concetto di "comunicazione" atti che, senza effettuare (o facilitare) una vera e propria trasmissione, si limitino a permettere agli utenti l'accesso a un'opera. Contrariamente argomentando, si commetterebbe l'errore logico di trasformare una delle possibili conseguenze della comunicazione (l'accesso, appunto) in un elemento idoneo a stravolgere il significato di quel diritto, che diventerebbe un mostro giuridico sulla base del quale vietare l'accesso a una galleria d'arte o a una libreria al fine di non veder integrata una comunicazione al pubblico delle opere pittoriche o letterarie ivi custodite.⁴⁸ Più prosaicamente, sembra ragionevole sostenere che l'interpretazione di un diritto di comunicazione quale diritto di consentire l'accesso avrebbe l'effetto di far diventare il diritto di comunicazione un diritto all'accesso più in linea con la nozione di "*paracopyright*"⁴⁹ che con la nozione di comunicazione al pubblico delineata in sede

⁴⁶ In merito, si veda Lionel Bently e Altri della European Copyright Society, "The Reference to the CJEU in Case C-466/12 Svensson", cit.: "A *hyperlink is not an intervention which gives access to the work or a communication of the work. As we have explained, a hyperlink is a location tool, allowing a user to find where a work is [...] Given this, it is not surprising that hyperlinking fundamentally differs in nature from any act of intervention which the Court has previously treated as a communication of a work*". Il criterio dell'intervento ai fini della sussistenza di una comunicazione al pubblico viene valorizzato anche nelle Conclusioni dell'Avvocato Generale nel caso GS Media. Dopo aver sottolineato che "il criterio di indispensabilità di un intervento può essere analizzato solo in sede di esame dell'esistenza di un atto di comunicazione", essendo "in tale momento che ricorre, eventualmente, una 'messa a disposizione' ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29", l'Avvocato Generale conclude che "i collegamenti ipertestuali collocati su un sito Internet, i quali rimandano ad opere protette dal diritto d'autore liberamente accessibili su un altro sito, non possono essere qualificati come un 'atto di comunicazione' ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29, dal momento che l'intervento del gestore del sito che colloca il collegamento ipertestuale [...] non è indispensabile per mettere le fotografie in questione a disposizione degli internauti, inclusi quelli che visitano il sito GeenStijl".

⁴⁷ Il criterio in questione è stato adottato ai fini dell'individuazione del "pubblico" a cui la comunicazione è diretta, non di "comunicazione" in sé (cfr., ad esempio, la Sentenza SGAE, cit., punto 42). Questo argomento, tuttavia, sembra derivare dall'impiego del termine "accesso", riscontrabile tanto nel criterio elaborato dalla Corte di Giustizia quanto nell'articolo 3, comma 1, della Direttiva sulla Società dell'Informazione, che parla di "messa a disposizione del pubblico delle loro opere in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso" (enfasi aggiunta).

⁴⁸ "This 'intervening [...] to give access' might be interpreted as broader than 'transmitting' the work and thus to be capable of encompassing the provision of hyperlinks. In our view, that would be a logical mistake, converting a description of one of the characteristics of a 'communication' into a redefinition of 'communication'. A communication undoubtedly involves an intervention, but not every intervention is a communication. It is only those interventions that involve (at least under 2001/29, electronic) transmission of a work that are communications. If every intervention that gave access to a work were treated as a communication, the effect would be to transform the 'communication' right into an 'access right' covering any act that provides access to a work, as for example, where a bookstore or newsagent lets the public into its premises (compare Case C-456/06, Peek and Cloppenburg KG v Cassina SpA [2008] ECR I-2731 where the Court held that displaying works of applied art did not amount to distribution thereof, without mooting the possibility that it might be 'communication to the public'), or a library allows access to its collection or reading rooms. To do so would confuse 'communication' with rights such as 'distribution', 'rental', 'lending'." Così Lionel Bently e Altri della European Copyright Society, "The Reference to the CJEU in Case C-466/12 Svensson", cit., punti 25 e 26.

⁴⁹ Sul concetto di *paracopyright* si veda Jane C. Ginsburg, "From Having Copies to Experiencing Works: the Development of an Access Right in U.S. Copyright Law", in *Journal of the Copyright Society of the*

internazionale ed europea.

A dispetto di quanto sostenuto da alcuni,⁵⁰ le considerazioni sopra svolte sembrano applicabili tanto alla comunicazione al pubblico quanto al diritto di messa a disposizione di un'opera introdotto in sede di Trattati WIPO. Tale conclusione deriva dalla semplice constatazione che tra il diritto di comunicazione al pubblico e quello di messa a disposizione intercorre un rapporto di genere a specie,⁵¹ essendo il secondo una sorta di declinazione "on-demand" del primo. Se il diritto di messa a disposizione del pubblico è un diritto di comunicazione al pubblico, sembra ragionevole ritenere che anch'esso debba necessariamente includere una "*trasmissione o ritrasmissione*" ma (e soprattutto) "*non altri atti*",⁵² portando così alla alle medesime conclusioni cui è giunta la giurisprudenza statunitense con il "*server test*" adottato sin dalla decisione *Perfect10*.⁵³

A conclusione diametralmente opposte⁵⁴ erano giunti altri Autori, secondo cui l'attività

U.S.A. 2003, p. 113 e Maria Lillà Montagnani, "A new interface between copyright law and technology: how user-generated content will shape the future of online", in *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal* 2009, 26, pp. 747 e ss.

⁵⁰ Sembra operare una distinzione in questo senso Alexander Tsoutsanis, "Why copyright and *linking* can tango", *cit.*, p. 501, che imputa al parere della European Copyright Society sopra citato l'omessa analisi dei considerando 24 e 25 della Direttiva sulla Società dell'Informazione: "The Opinion also puts too much emphasis on recital 23 of the directive, which merely refers to 'communication', while failing to mention recital 24 and 25 on the right of 'making available'."

⁵¹ In questa prospettiva, si è così sottolineato che "la messa a disposizione del pubblico delle [...] opere in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente" è "compresa" nel "diritto esclusivo di autorizzare o vietare qualsiasi comunicazione al pubblico, su filo o senza filo, delle loro opere". Si veda, in merito, Jane Ginsburg, "Hyperlinking and 'making available'", *cit.*, p. 148; nello stesso senso, anche l'Association Littéraire et Artistique Internationale ("**ALAI**"), "Report and Opinion on the making available and communication to the public in the internet environment – focus on *linking techniques* on the Internet", in *EIPR* 2014, 36(3), p. 151. La versione inglese di tale disposizione e l'articolo 8 WCT sembrano legittimare la medesima conclusione, impiegando il termine "*including*". Anche la Corte di Giustizia ha a più riprese ribadito che tra comunicazione al pubblico e messa a disposizione intercorrerebbe un rapporto di genere a specie. Nella sentenza *C More*, *cit.*, punto 24, ad esempio, è stato sottolineato che, "come deriva dalla formulazione dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29, e segnatamente dai termini 'qualsiasi comunicazione al pubblico (...) compresa la messa a disposizione del pubblico', che la nozione di 'messa a disposizione del pubblico', parimenti utilizzata all'articolo 3, paragrafo 2, di tale direttiva, rientra in quella più ampia di 'comunicazione al pubblico'".

⁵² Proprio alla luce del considerando 23 della Direttiva sulla Società dell'Informazione, concorda sull'inopportunità di considerare il diritto di comunicazione al pubblico come estesa a sostanzialmente tutte le forme di messa a disposizione di contenuti anche Marco Ricolfi, "Comunicazione al pubblico e distribuzione", *cit.*, p. 58: "in negativo, occorre registrare che, secondo l'inequivoco tenore del Considerando 23, l'innovazione normativa europea sancita dall'art. 3 della Direttiva non concerne tutte le modalità di sfruttamento immateriale dell'opera"; al contrario, il considerando in questione richiederebbe il "ricorso ad un mezzo tecnico che operi la trasmissione di segnali portatori di suoni e di immagini". Nello stesso senso, Lionel Bently e Altri della European Copyright Society, "The Reference to the CJEU in Case C-466/12 Svensson", *cit.*, punto 10: "'Communication' thus occurs irrespective of whether the means of communication is by wire or wireless, but in all cases a communication presupposes an act of 'transmission', a technical act of emission (giving rise to potential reception of the work by 'the public')."

⁵³ *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc.*, 508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007), su cui vedi *supra*, capitolo I, paragrafo 6.

⁵⁴ Le posizioni di cui si è dato conto sembrano riflettere le due diverse interpretazioni del diritto di comunicazione al pubblico che Mihály J. Ficsor, *Guide to the copyright and related rights treaties administered by WIPO and glossary of copyright and related rights terms*, WIPO, Ginevra, 2003, pp. 76 e 77, definisce "communication theory" ed "emission theory": "the 'communication theory' and 'emission theory' ... differ in respect of the interpretation of the notion of broadcasting [...]. According to the

di linking dovrebbe essere considerata una messa a disposizione del pubblico di cui agli articoli 8 WCT e 3, comma 1, InfoSoc, riguardando tale condotta ogni atto che abbia l'effetto pratico di "offrire" un'opera al pubblico e di permettere agli utenti l'"accesso" alla stessa, a prescindere dai mezzi tecnici usati per porre in essere l'"offerta" e permettere l'"accesso" e, soprattutto, senza che sia necessaria alcuna reale "emissione" o "trasmissione" dell'opera.⁵⁵

Per evitare di confrontarsi con il considerando 23 della Direttiva InfoSoc, i sostenitori di questa tesi hanno enfatizzato la natura peculiare del diritto messo a disposizione del pubblico rispetto al più generale diritto di comunicazione. Cruciale, al riguardo, sarebbe il percorso storico-politico che ha portato all'introduzione di quel diritto in sede di Trattati WIPO e, in un momento successivo, nella Direttiva sulla Società dell'Informazione.⁵⁶

L'obiettivo principale dei Trattati WIPO, come si è visto, era proprio quello di modernizzare le leggi sul diritto d'autore a livello internazionale, rendendole più

"emission theory," broadcasting is equal to the mere emission of the program and it, thus, takes place at the point from where the program is emitted towards the satellite [...]. The 'communication theory' is based on the fact that broadcasting is a subcategory of 'communication to the public' and, thus, the whole process of making the program available to the public should be considered to be covered by the notion of 'broadcasting,' which starts with the emission but also includes the up-leg stage towards the satellite and the down-leg stage towards the footprint of the satellite and is only completed when the signals reach the surface of the footprint and, thus, are made available (communicated) to the public (the actual reception by the public not being considered an element of the notion of 'broadcasting)').

⁵⁵ Così, tra molti, Jane Ginsburg, "Hyperlinking and 'making available'", *cit.*, p. 148: "*The concept of 'making available' set out in WCT art.8 and InfoSoc Directive art.3(1) necessarily encompasses not only the actual transmission of a work to members of the public, but especially the offering to the public to access the work on demand*". Nel medesimo senso, anche ALAI, "Report and Opinion on the making available and communication to the public in the internet environment – focus on *linking techniques* on the Internet", *cit.*, p. 149 e ss., secondo cui il diritto di messa a disposizione riguarda ogni atto di "offerta" dell'opera che renda la stessa "percepibile" al pubblico, a prescindere dalla sussistenza di una trasmissione: "*The exclusive right of 'making available' under the WCT and the implementing EU legislation covers the offering to the public of a work for individualized streaming or downloading; in addition, where it takes place, the actual transmission of a work to members of the public also is covered [...] Article 8 WCT must then embrace any act of making a work perceptible to a public⁴ other than by distribution or display of physical copies, that is, it is not restricted to specific individuals belonging to a private group*". Propende per questa conclusione anche Mihály J. Ficsor, *Guide to the copyright and related rights treaties administered by WIPO and glossary of copyright and related rights terms*, *cit.*, p. 76, che nella bipartizione tra "emission theory" e "communication theory" di cui è detto sopra, sostiene in modo piuttosto netto la seconda: "The views about the 'communication theory' and the 'emission theory' remained quite divided. Definitely, it seems that more legal and practical arguments may be presented in favor of the former than in favor of the latter. At the level of case law, several decisions seemed to indicate the acceptance of the 'communication theory' rather than the 'emission theory'."

⁵⁶ Il considerando 15 della Direttiva sulla Società dell'Informazione dichiara espressamente che uno degli obiettivi di quest'ultima è quello di rendere le norme in materia di diritto d'autore degli Stati Membri conformi alle nuove disposizioni introdotte dai Trattati WIPO: "La conferenza diplomatica tenutasi sotto gli auspici dell'Organizzazione mondiale della proprietà intellettuale (WIPO) ha portato nel dicembre del 1996 all'adozione di due nuovi trattati, il 'Trattato della WIPO sul diritto d'autore' e il 'Trattato della WIPO sulle interpretazioni, le esecuzioni e i fonogrammi', relativi rispettivamente alla protezione degli autori e alla protezione degli interpreti o esecutori e dei produttori di riproduzioni fonografiche. Detti trattati aggiornano notevolmente la protezione internazionale del diritto d'autore e dei diritti connessi anche per quanto riguarda il piano d'azione nel settore del digitale (la cosiddetta 'digital agenda') e perfezionano i mezzi per combattere la pirateria a livello mondiale. La Comunità e la maggior parte degli Stati membri hanno già firmato i trattati e sono già in corso le procedure per la loro ratifica. La presente direttiva serve anche ad attuare una serie di questi nuovi obblighi internazionali".

flessibili e idonee a raccogliere le sfide portate dalle nuove forme di diffusione e distribuzione dei contenuti nell'era digitale e, segnatamente, dalla circolazione delle opere sulla rete internet.⁵⁷

In questa prospettiva, il diritto di messa a disposizione del pubblico rappresenterebbe "la principale innovazione" attraverso cui i trattati intendono raggiungere tale obiettivo. La sua introduzione sarebbe stata dettata proprio dall'esigenza di permettere ai titolari del diritto d'autore un controllo pieno ed esclusivo su ogni uso delle loro opere online. Come si potrebbe evincere dallo stesso articolo 3, comma 1, InfoSoc, il controllo di ogni messa a disposizione esplica la sua portata innovativa proprio rispetto ai nuovi usi online che permettono agli utenti l'accesso ai contenuti dal luogo e nel momento da loro prescelti.⁵⁸ Di conseguenza, pretendere che ogni atto di messa a disposizione del pubblico presupponga una trasmissione in senso classico e analogico del termine si risolverebbe in un sostanziale svuotamento del diritto in questione. Considerare la trasmissione quale condizione necessaria per l'integrazione di tale diritto, in altre parole, contrasterebbe con la *ratio* che ha portato all'introduzione del diritto di messa a disposizione del pubblico e con il percorso storico-politico per cui quel diritto è stato sviluppato e adottato a livello internazionale e in Europa, attraverso la Direttiva InfoSoc e le leggi di implementazione degli Stati Membri.⁵⁹

A sostegno di questa interpretazione, viene citato il *Commentario Esplicativo alla Basic Proposal* del 1996 cui si è fatto sopra cenno, secondo cui l'atto necessario e sufficiente affinché possa dirsi integrata una messa a disposizione è "la fornitura dell'accesso"

⁵⁷ Il secondo e terzo considerando del WCT sottolineano come esso sia stato adottato al fine di fornire soluzioni adeguate alle nuove sfide dettate "by new economic, social, cultural and technological developments", che hanno avuto un "profound impact of the development and convergence of information and communication technologies on the creation and use of literary and artistic works". Il punto è pacifico in dottrina, anche se pacifiche non sono le conseguenze cui l'obiettivo di digitalizzare il diritto d'autore avrebbe portato in termini di nuovi diritti o, piuttosto, di aggiornamento dei diritti esistenti. Nel primo senso, si vedano Jörg Reinbothe - Silke von Lewinski, *The WIPO Treaties on Copyright: A Commentary on the WCT, the WPPT, and the BTAP*, Oxford University Press, 2015, p. 53, secondo cui i considerando sopra riportati sarebbero funzionali all'introduzione di nuovi diritti: "The second Recital indicates some of the justifications for the introduction of new international rules and for the clarification of existing rules, namely, the adaptation of such rules to new developments of an economic, social, cultural, and technological nature". Al contrario, Jane C. Ginsburg, "The (New?) Right of Making Available to the Public", in D. Vaver - L. Bently (a cura di), *Intellectual Property in the New Millennium – Essays in Honour of William R. Cornish*, Cambridge University Press, 2004, p. 246, afferma che "The core concept of 'making available', however, can fairly be called neither a reaffirmation nor a novelty, for it resolves an ambiguity as to whether the old communication to the public rights accommodated or excluded 'pull technologies.' [...] it is appropriate to mark the 'making available' right as a clarification."

⁵⁸ Sam Ricketson - Jane Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights - The Berne Convention and Beyond*, cit., p. 746, fanno riferimento al nuovo diritto di messa a disposizione del pubblico di cui all'articolo 8 WCT come "the WCT's principal innovation". Nello stesso senso, tra molti, si veda Jörg Reinbothe, "The new WIPO treaties: a first resume", *EIPR* 1997, p. 175: "One of the main achievements of the WIPO Copyright Treaty is its Article 8, which explicitly introduces, within the scope of a broad communication right, the right to authorise on-line transmissions".

⁵⁹ Jane Ginsburg, "Hyperlinking and 'making available'", cit., p. 147: "To limit the making available right to actual transmissions is to eviscerate the right, rendering it ineffective against precisely the conduct that the right was devised to combat: in addition to the transmission, the offering over the internet of infringing content (not merely the acceptance of the offer by the end-user)".

all'opera, intesa come "atto iniziale di messa a disposizione dell'opera".⁶⁰ Dichiarazioni, queste, cui farebbero eco anche i considerando 24 e 25 della Direttiva InfoSoc, ove il diritto di messa a disposizione del pubblico viene descritto come "riguardante tutti gli atti che mettono tale materiale a disposizione del pubblico non presente nel luogo in cui hanno origine tali atti", inclusi gli atti che hanno l'effetto di "rendere accessibili al pubblico le opere protette dal diritto d'autore".⁶¹ Sempre secondo i sostenitori della tesi di cui si discute, la necessaria inclusione del *linking* tra le attività che i titolari potrebbero vietare sulla base del diritto di messa a disposizione deriverebbe anche dalla lettera degli articoli 8 WCT e 3, comma 1, InfoSoc, che fanno espressamente riferimento alla messa a disposizione e alla conseguente possibilità ("possa") di accedere ("avervi accesso") all'opera, senza chiamare in causa alcuna trasmissione di sorta e senza richiedere che vi sia un'emissione né, tanto meno, una necessaria ricezione dell'opera da parte del pubblico.⁶²

Secondo una lettura complessiva delle intenzioni del legislatore internazionale ed europeo, quindi, le formulazioni ampie impiegate per descrivere la comunicazione e messa a disposizione dimostrerebbero la volontà del WCT, prima, e della Direttiva InfoSoc, poi, di "individuare non solo e non tanto una serie di comportamenti di per sé riservati e dunque vietati, ma una serie di eventi suscettibili di essere imputati a chiunque ponga in essere qualunque condotta (anche atipica ed in concorso con altre

⁶⁰ WIPO, *Records of the Diplomatic Conference on Certain Copyright and Neighbouring Right Questions*, cit., punto 10.10, p. 204: "The second part of Article 10 explicitly states that communication to the public includes the making available to the public of works, by wire or wireless means, in such a way that members of the public may access these works from a place and at a time individually chosen by them. The relevant act is the making available of the work by providing access to it. What counts is the initial act of making the work available, not the mere provision of server space, communication connections, or facilities for the carriage and routing of signals. It is irrelevant whether copies are available for the user or whether the work is simply made perceptible to, and thus usable by, the user". Sul punto si veda Alexander Tsoutsanis, "Why copyright and *linking* can tango", cit., p. 499, che cita a sostegno della tesi in questione anche il più recente contributo di WIPO, *Copyright in the digital environment: the WIPO Copyright Treaty (WCT) and the WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT)*, febbraio 2005, p. 13, dove si specifica che il concetto di messa a disposizione di cui all'articolo 8 del WCT "extends not only to the acts that are carried out by the communicators, the transmitters themselves [...], but also to the acts which only consist of making the work or object of neighboring rights accessible to the public, and in the case of which the members of the public still have to cause the system to make it actually available to them".

⁶¹ Così, ancora, Alexander Tsoutsanis, "Why copyright and *linking* can tango", cit., p. 501. Un argomento, questo, che sembra non convincere. Da un lato, infatti, l'Autore tralascia la circostanza che il considerando 24 fa riferimento al solo diritto connesso di messa a disposizione di cui all'articolo 3, comma 2, della Direttiva sulla Società dell'Informazione. Dall'altro, il considerando 25, nel prevedere che "i titolari riconosciuti dalla direttiva hanno il diritto esclusivo di rendere accessibili al pubblico le opere protette dal diritto d'autore e i materiali protetti da altri diritti", specifica che quel diritto "di rendere accessibili" è limitato ai soli atti posti in essere "mediante *trasmissioni* interattive su richiesta ("on-demand")" (enfasi aggiunta) che, a loro volta, "sono caratterizzate dal fatto che i componenti del pubblico possono accedervi dal luogo e nel momento da essi individualmente scelto".

⁶² "The phrase 'may access' indicates that actual access to the work by a member of the public may occur at a later time, or not at all. The right covers the offering of the work for streaming or downloading, not merely the receipt of the stream or download". Così, Jane Ginsburg, "Hyperlinking and 'making available'", cit., p. 148.

condotte tipiche o atipiche) idonea a cagionarli".⁶³

Nella prospettiva di individuare gli "eventi" idonei ad integrare un atto di comunicazione o messa a disposizione, sono state poi proposte tesi intermedie in base a cui la qualificazione della fornitura di link quale fattispecie rilevante ai sensi dell'articolo 3, comma 1, della Direttiva InfoSoc dovrebbe valutarsi caso per caso, alla luce dell'oggetto del collegamento o degli effetti che quel collegamento comporta.

Secondo una prima ipotesi, sussisterebbe una "comunicazione" ai sensi della Direttiva sulla Società dell'Informazione nella sola misura in cui i collegamenti ipertestuali sono diretti in via immediata verso un'opera – o, meglio, verso il file che incorpora l'opera – mentre sarebbero estranei alla fattispecie prevista dall'articolo 3 i collegamenti a pagine o siti dove l'opera viene ospitata. In quest'ultimo caso, infatti, il link non avrebbe la funzione di mettere un'opera a disposizione, ma fungerebbe esclusivamente da "riferimento" a una fonte ove sarebbe possibile accedere all'opera attraverso azioni successive e ulteriori rispetto alla mera attivazione del collegamento ipertestuale.⁶⁴

Un'altra tesi intermedia ha poi rilevato l'opportunità di distinguere tra le diverse tipologie di link. In questa prospettiva, mentre un semplice hyperlink si limita a fungere da "nota a piè di pagina" rispetto al luogo in cui viene ospitato un determinato contenuto, *embedded* e *framing* links permettono all'utente di fruire direttamente l'opera sul sito in cui il link è ospitato, spesso senza nemmeno il bisogno di azionare il collegamento tramite il clic del *mouse*, avvicinandosi così al concetto di "trasmissione" tradizionalmente inteso. Una comunicazione al pubblico potrebbe quindi dirsi integrata solo in questo secondo novero di casi.⁶⁵

Il dibattito sorto in merito alla possibilità di considerare un collegamento come comunicazione rilevante ai sensi dell'articolo 3, comma 1, della Direttiva InfoSoc è

⁶³ In questo senso Alessandro Cogo, "Linking e framing al vaglio della Corte di Giustizia dell'Unione Europea", *cit.*, p. 2204.

⁶⁴ Così, Jane Ginsburg, "Hyperlinking and 'making available'", *cit.*, p. 149: "The latter kind of linking may be compared to pointing a potential bookstore patron to a shelf of books and identifying the requested work; the first kind offers to pull the requested book off the shelf and put it in the patron's hands". Nello stesso senso, si veda ALAI, "Report and Opinion on the making available and communication to the public in the internet environment – focus on *linking techniques* on the Internet", *cit.*, ove si specifica che "It is just as clear that such a result is not reached when the link does not make a specific protected material available, but merely works as a reference to a source where it may be possible to access it and where access to the specific work itself or otherwise protected material is not achieved. On the other hand, links which lead directly to specific protected material, thereby using its unique URL, fall normally within the framework of a copyright use".

⁶⁵ Si veda, ad esempio, Alessandro Cogo, "Linking e framing al vaglio della Corte di Giustizia dell'Unione Europea", *cit.*, p. 2208, secondo cui "quando non sia l'utente ad attivare i collegamenti ipertestuali ma direttamente il software di gestione del sito web visitato, eventualmente in sincrono con il browser dell'utente [...] non solo è più facile riconoscere nel comportamento del linker un atto di comunicazione', ma si può forse convenire che egli determini l'accesso all'opera altrui da parte di un pubblico che non avrebbe avuto accesso alla comunicazione originaria: a tacer d'altro perché raggiunge utenti che sono esposti a quel contenuto malgrado non lo abbiano necessariamente cercato e comunque richiesto". Nello stesso senso, benché nel contesto di un'analisi più complessa, si veda Alexander Tsoutsanis, "Why copyright and *linking* can tango", *cit.*

strettamente connessa alla terminologia ampia (e vaga) adottata in sede di trattati WIPO. L'"*umbrella solution*" per cui si è optato in quel frangente e gli obiettivi generali di modernizzazione quasi "in bianco" del diritto d'autore ivi perseguiti, in altre parole, hanno lasciato spazio a un'interpretazione flessibile del diritto di messa a disposizione, fornendo così una base giuridica per la giustificazione di tesi volte ad estendere il suo ambito di applicazione a qualsiasi atto di offerta di (o di permesso all'accesso a) un'opera al pubblico nel contesto digitale.⁶⁶

La tesi secondo cui il *linking* sarebbe un atto di messa a disposizione per il semplice fatto di permettere l'accesso a un'opera, tuttavia, non sembra conciliarsi in modo convincente con la circostanza che, secondo la Direttiva InfoSoc e la giurisprudenza della Corte di Giustizia, ogni atto di messa a disposizione è un atto di comunicazione.⁶⁷ Se, ai sensi del considerando 23 della Direttiva, ogni atto di comunicazione deve includere una trasmissione, e se la messa a disposizione è un atto di comunicazione, non si vede come esso possa estendersi a condotte dove una trasmissione non si verifica.⁶⁸

5. Il link come comunicazione: il solito "alto livello di protezione" e un problema non risolto

Nell'esaminare la questione se l'attività di *linking* potesse costituire un atto di comunicazione o di messa a disposizione, la Corte di Giustizia ignora del tutto il dibattito di cui si è dato conto nelle righe precedenti.

Nella sentenza *Svensson*, infatti, non viene fatto alcun riferimento ai lavori preparatori del WCT, alle conseguenze dell'*umbrella solution*, al rapporto tra comunicazione al pubblico e messa a disposizione del pubblico. La Corte non spende una parola in merito ai considerando 23, 24 e 25 della Direttiva sulla Società dell'Informazione, né al concetto di offerta o al ruolo ricoperto dalla trasmissione ed emissione ai fini dell'integrazione del diritto di cui all'articolo 3 della Direttiva. Nella decisione in commento, non trovano alcun riscontro nemmeno la valutazione degli aspetti tecnici del link o delle differenze sussistenti tra i diversi collegamenti disponibili nell'ambiente html.

Nel quarantadue paragrafi totali di cui si compone la già breve sentenza *Svensson*,

⁶⁶ Su cui si veda supra, capitolo I, paragrafo 5.

⁶⁷ Fatto, questo, riconosciuto anche dai sostenitori della tesi in commento. Si veda, in merito, Jane Ginsburg, "Hyperlinking and 'making available'", *cit.*, p. 148; ALAI, "Report and Opinion on the making available and communication to the public in the internet environment – focus on *linking techniques* on the Internet", *cit.*, p. 151: "Like the WCT, the European Information Society Directive 2001/29/EC, 7 categorizes the right of making available to the public as one component of a more general right of communication to the public".

⁶⁸ Cfr. considerando 23 della Direttiva sulla Società dell'Informazione.

l'analisi e la risposta a una questione risolutiva, inedita e tutt'altro che scontata come quella sopra esposta ne occupa appena quattro.

Ignorando l'apparente contrasto sull'interpretazione dei considerando 23, 24 e 25 emerso in dottrina, l'analisi della Corte prende le mosse dai considerando 4 e 9 della Direttiva. In merito, viene richiamata la necessità di assicurare un "elevato livello di protezione della proprietà intellettuale" ai fini della salvaguardia degli interessi dei titolari dei diritti e, di riflesso, dell'incentivazione del processo creativo e dello sviluppo economico, sociale e culturale della società.⁶⁹ Alla luce di quelle premesse, la Corte sottolinea che la nozione di "atto di comunicazione" di cui all'articolo 3, comma 1 della Direttiva InfoSoc deve essere "inteso in senso ampio".⁷⁰

Nella prospettiva di questo approccio "ampio", continua la Corte, un atto di comunicazione deve considerarsi integrato ogniqualvolta un'opera è "messa a disposizione del pubblico" in modo che tale pubblico possa avervi accesso, a prescindere che tale accesso si concretizzi o meno. Oltre all'evidente richiamo alla lettera dell'articolo 3, comma 1, InfoSoc, la giustificazione di tale assunto si fonda sul semplice richiamo al paragrafo 43 della sentenza SGAE – che aveva a oggetto il tema, non esattamente analogo a quello del *linking*, della qualificazione quale "comunicazione al pubblico" dell'installazione di televisori nelle camere di un albergo.⁷¹ Ciò detto, la Corte si limita a rilevare che la messa a disposizione sul sito di Retriever Sverige di collegamenti cliccabili verso le opere giornalistiche ospitate sulle pagine web del *Göteborgs-Posten* ha l'effetto di offrire agli utenti del primo "un accesso diretto a tali opere".⁷² Alla luce di ciò, la Corte conclude che, "in circostanze come quelle di cui al procedimento principale, il fatto di fornire collegamenti cliccabili verso opere tutelate

⁶⁹ Ai sensi del considerando 4 della Direttiva sulla Società dell'Informazione, "Un quadro giuridico armonizzato in materia di diritto d'autore e di diritti connessi, creando una maggiore certezza del diritto e prevedendo un elevato livello di protezione della proprietà intellettuale, promuoverà notevoli investimenti in attività creatrici ed innovatrici, segnatamente nelle infrastrutture delle reti, e di conseguenza una crescita e una maggiore competitività dell'industria europea per quanto riguarda sia la fornitura di contenuti che le tecnologie dell'informazione nonché, più in generale, numerosi settori industriali e culturali. Ciò salvaguarderà l'occupazione e favorirà la creazione di nuovi posti di lavoro". Il considerando 9, invece, così dispone: "Ogni armonizzazione del diritto d'autore e dei diritti connessi dovrebbe prendere le mosse da un alto livello di protezione, dal momento che tali diritti sono essenziali per la creazione intellettuale. La loro protezione contribuisce alla salvaguardia e allo sviluppo della creatività nell'interesse di autori, interpreti o esecutori, produttori e consumatori, nonché della cultura, dell'industria e del pubblico in generale. Si è pertanto riconosciuto che la proprietà intellettuale costituisce parte integrante del diritto di proprietà".

⁷⁰ Sentenza *Svensson, cit.*, punto 17, ove viene richiamata la Sentenza *FAPL, cit.*, che a sua volta stabilisce il medesimo principio.

⁷¹ Sentenza *Svensson, cit.*, punto 19, dove si adotta "per analogia", nell'ambito dell'analisi della possibile qualificazione di un collegamento ipertestuale quale "comunicazione", il principio stabilito al paragrafo 43 della Sentenza *SGAE* in materia di televisioni installate negli alberghi che segue: "Inoltre, dall'art. 3, n. 1, della direttiva 2001/29 e dall'art. 8 del trattato dell'OMPI sul diritto d'autore deriva che, affinché vi sia comunicazione al pubblico, è sufficiente che l'opera sia messa a disposizione del pubblico in modo che coloro che compongono tale pubblico possano avervi accesso. Pertanto, non è determinante a tal riguardo, contrariamente a quanto sostengono la società Rafael e l'Irlanda, che i clienti che non hanno messo in funzione l'apparecchio televisivo non hanno avuto effettivamente accesso alle opere".

⁷² Sentenza *Svensson, cit.*, punto 18.

deve essere qualificato come 'messa a disposizione' e, di conseguenza, come 'atto di comunicazione', nel senso di detta disposizione".⁷³

In dottrina, è stato giustamente osservato come il ragionamento logico che ha portato a concludere per l'applicazione dell'articolo 3, comma 1, all'attività di *linking* risulti "incredibilmente povero". E ciò alla luce non solo dell'ampio dibattito di cui si è dato conto in merito agli elementi idonei a qualificare una comunicazione al pubblico e messa a disposizione di un'opera, ma anche considerati i precedenti giurisprudenziali dei Tribunali degli Stati Membri, che avrebbero potuto offrire alla Corte di Giustizia spunti di sicuro interesse per costruire un percorso logico-giuridico meno superficiale e più consapevole della questione cruciale oggetto della decisione in commento.⁷⁴

Oltre che "povero", l'approccio della Corte assume i profili di una scelta volutamente pilatesca. Censurabile, in particolare, risulta la scelta di fondare la soluzione di un problema tecnico-giuridico così complesso su dichiarazioni di principio che la Corte, e non solo in tema di diritto d'autore, continua a ripetere nelle sue decisioni come dei mantra – peraltro privi di qualsiasi dimostrazione scientifica. Più che fornire elementi utili a indagare l'intenzione del legislatore, i riferimenti all'"alto livello di protezione" dei diritti di proprietà industriale che sarebbe necessario imporre alla luce della Direttiva sulla Società dell'Informazione si sono rivelati utili a giustificare posizioni iperprotezionistiche come quella che equipara la fornitura di link alla diffusione di un segnale radiotelevisivo nelle camere di un albergo hotel, evitando così di elaborare analisi puntuali sulle questioni poste al vaglio dei Giudici europei.⁷⁵

Nel caso di specie, in altre parole, i riferimenti ai considerando 4 e 9 hanno permesso alla Corte di trincerarsi dietro ad un'idea del diritto d'autore che si sostanzia nella concessione ai titolari di diritti di esclusiva idonei a vietare ogni condotta che in qualche modo coinvolge l'uso di opere protette, a prescindere dalla circostanza che quella condotta rientri tra i diritti specificamente previsti dalla normativa in materia di copyright. L'alto livello di protezione previsto da quelle disposizioni ha così funto da

⁷³ Sentenza *Svensson*, *cit.*, punto 20.

⁷⁴ "The idea that linking amounts to an act of communication of a protected work, which is a statement of crucial relevance in the legal assessment of linking practices, has not been explained by any in-depth legal reasoning, as the Court only asserts, in the space of two short sentences, that if linking has the effect of making the work available in such a way that the public may access it, it then constitutes an act of communication. Much in the same way, the Court has not corroborated this statement with any technological explanation about why hyperlinking would constitute a transmission of the work. The analysis appears incredibly poor, especially if compared with some national supreme courts' reasoning where judges took great care in assessing whether linking could amount to an act of transmission of the work." Così Emanuela Arezzo, "Hyperlinks and Making Available Right in the European Union - What Future for the Internet After *Svensson*?", *cit.*, pp. 524 e ss.

⁷⁵ Il che rende ancora meno bilanciato un quadro normativo, quello disegnato dalla Direttiva sulla Società dell'Informazione, già di per sé "fortemente sbilanciato a favore dei" titolari dei diritti d'autore. "[P]rivilegiando strategie di over-enforcement escludente", il regime della Direttiva comprime "gli spazi di legittime istanze di accesso" e, come si vedrà nella vicenda oggetto del presente lavoro, di diffusione e condivisione dei contenuti. Così Gustavo Ghidini, *Profili Evolutivi del Diritto Industriale*, Terza Edizione, Giuffrè Editore, 2015, pp.. 240 e 257.

pretesto per non prendere posizione in merito all'apparente contrasto tra il considerando 23 e l'attribuzione a un link della natura di comunicazione al pubblico.⁷⁶

Un conflitto, questo, che si sarebbe potuto risolvere da un punto di vista giuridico in diversi modi.

Da un lato, si sarebbe potuto sostenere che la fornitura di un link (e, in particolare, di *embedded e framing* link) effettivamente prelude a una trasmissione di dati. Come si è visto in precedenza, infatti, nel momento in cui un utente attiva il link (o nel momento in cui il link si attiva senza necessità di intervento dell'utente), viene inviata una richiesta di trasmissione dei dati relativi all'opera oggetto del collegamento al server remoto, il quale risponde trasmettendo al terminale dell'utente una serie di pacchetti che includono l'opera. La circostanza che questi pacchetti non corrispondano a un segnale radiotelevisivo potrebbe essere non determinante ai fini dell'esclusione di una trasmissione di dati ai sensi dell'articolo 3, comma 1, della Direttiva InfoSoc.

Sotto un diverso profilo, la Corte avrebbe potuto allentare il rapporto di genere a specie sussistente tra il diritto di comunicazione e quello di messa a disposizione del pubblico, estendendo la portata del considerando 24 anche al comma 1 dell'articolo 3, magari sulla base di un'interpretazione estensiva del secondo alla luce degli obiettivi perseguiti dal WCT e, di riflesso, dalla Direttiva InfoSoc, che ha come obiettivo l'implementazione dei Trattati WIPO nello spazio giuridico dell'Unione Europea.

Decidendo di non decidere sulla questione, peraltro, la Corte non si è limitata a schivare il problema, ma lo ha ulteriormente complicato. Da un lato, infatti, la sentenza *Svensson* ribadisce che l'atto di messa a disposizione deve considerarsi parte della più ampia "comunicazione al pubblico", tanto da usare in modo interscambiabile i due concetti e concludere che "il fatto di fornire collegamenti cliccabili verso opere tutelate deve essere qualificato come 'messa a disposizione' e, *di conseguenza*, come 'atto di comunicazione'".⁷⁷ Dall'altro, la decisione afferma che, "perché vi sia 'atto di comunicazione', è sufficiente che l'opera sia messa a disposizione del pubblico in

⁷⁶ Non intravede alcun conflitto, invece, Alessandro Cogo, "Linking e framing al vaglio della Corte di Giustizia dell'Unione Europea", *cit.*, p. 2204, il quale sostiene che i considerando 23 e 24 esprimono "l'intenzione del legislatore comunitario di offrire un'interpretazione ampia del concetto di 'comunicazione' e di 'messa a disposizione', così da comprendere in realtà 'tutti gli atti' capaci di determinare la trasmissione o la messa a disposizione a distanza ed *on demand* dell'opera [...] la scelta sembra essere in favore della tipizzazione del risultato, non (o non soltanto) dei comportamenti idonei a cagionarlo". In merito, giova ribadire che il considerando 24 fa esclusivo riferimento al diritto connesso di messa a disposizione al pubblico riservato "a) gli artisti interpreti o esecutori, per quanto riguarda le fissazioni delle loro prestazioni artistiche; b) ai produttori di fonogrammi, per quanto riguarda le loro riproduzioni fonografiche; c) ai produttori delle prime fissazioni di una pellicola, per quanto riguarda l'originale e le copie delle loro pellicole; d) agli organismi di diffusione radiotelevisiva, per quanto riguarda le fissazioni delle loro trasmissioni, siano esse effettuate su filo o via etere, comprese le trasmissioni via cavo o via satellite", mentre i considerando 23 e 25 sembrano fare riferimento alla comunicazione e messa a disposizione del pubblico in generale, vincolando l'interpretazione del diritto di cui all'articolo 3, comma 1 ad atti che coinvolgono una trasmissione.

⁷⁷ Sentenza *Svensson*, *cit.*, punto 20. Enfasi aggiunta.

modo che coloro che compongono tale pubblico possano avervi accesso". Sembra difficile non leggere in tale affermazione un contrasto con i considerando 23 e 25 della Direttiva sulla Società dell'Informazione, che definiscono la "comunicazione al pubblico" come "qualsiasi trasmissione o ritrasmissione di un'opera al pubblico, su filo o senza filo, inclusa la radiodiffusione, e *non altri atti*" e descrivono quel diritto come la facoltà del titolare di "rendere accessibili al pubblico le opere protette dal diritto d'autore e i materiali protetti da altri diritti *mediante trasmissioni interattive su richiesta* ('on-demand')".⁷⁸

E che un'aporia, in merito, sia effettivamente riscontrabile è testimoniato dalla circostanza che a suggerire l'esclusione dell'attività di linking dal novero degli atti qualificabili quali "comunicazione" e una "messa a disposizione" del pubblico sia stata, anche in seguito alla sentenza *Svensson*, la stessa Commissione Europea – che, come noto, ha svolto e svolge un ruolo fondamentale nella proposizione dei testi legislativi dell'Unione, ivi inclusa la Direttiva sulla Società dell'Informazione. Nelle osservazioni depositate nella causa *Svensson*, prima, e *GS Media*, poi, infatti, l'organo esecutivo dell'Unione ha giustificato tale posizione proprio in base al fatto che, nel contesto dell'attività di linking, "non ricorre né una trasmissione né una ritrasmissione nel senso di cui alla direttiva 2001/29".⁷⁹

Nell'analisi della Corte, sembrava rivestire un quale rilievo la circostanza che una comunicazione al pubblico potesse dirsi integrata solo nella misura in cui il link fornisca un "accesso *diretto*" all'opera.⁸⁰ Così facendo, la decisione in commento sembrava aver voluto escludere l'integrarsi di una comunicazione al pubblico qualora il link non punti direttamente alle opere protette ma, più in generale, ai siti o alle pagine web dove quelle opere sono ospitate.⁸¹ Tale soluzione, che sembrava in linea con la lettera dell'articolo 3, comma 1, InfoSoc (che parla di comunicazione e messa a disposizione "dell'opera", non del luogo in cui l'opera si trova) sembra essere stata sconfessata dalla

⁷⁸ Enfasi aggiunta.

⁷⁹ Agli atti in questione fanno riferimento le Conclusioni che l'Avvocato Generale ha reso nel caso *GS Media*, *cit.*, punto 25: "La Commissione ricorda che, nelle sue osservazioni nella causa sfociata nella sentenza *Svensson e a.* (C-466/12, EU:C:2014:76), essa aveva sostenuto che, in una fattispecie nella quale un collegamento cliccabile (o 'collegamento ipertestuale') su un determinato sito Internet rimanda ad un'opera protetta da un diritto d'autore ripresa su un altro sito Internet e gli utenti del primo sito Internet abbiano in tal modo accesso a tale opera, non si può parlare di un 'atto di comunicazione', dal momento che non ricorre né una trasmissione né una ritrasmissione nel senso di cui alla direttiva 2001/29".

⁸⁰ Sentenza *Svensson*, *cit.*, punto 18.

⁸¹ Un principio in linea con quanto precedentemente proposto da Jane Ginsburg, "Hyperlinking and 'making available'", *cit.*, p. 149. Alessandro Cogo, "Linking e framing al vaglio della Corte di Giustizia dell'Unione Europea", *cit.*, p. 2205, si sofferma sulle conseguenze economiche di tale approccio, osservando come la sentenza in commento non sembra "riassumibile nell'affermazione secondo cui il *linking* costituisce un 'atto di comunicazione'", avendo "la cura di precisare che tale qualificazione spetta ai collegamenti ipertestuali che consentano un 'accesso diretto' all'opera protetta; ed in questo modo sembra implicitamente lasciare da parte i c.d. *surface link*, quelli cioè che conducono l'utente alla home page del sito in cui si trova il contenuto desiderato", con l'effetto che l'utente avrà ben "chiaro che si trova in un altro 'luogo' della rete" e "costringendolo a visualizzare tutte le inserzioni pubblicitarie lì presenti".

Sentenza *GS Media*, dove la Corte prende in espressa considerazione l'ipotesi in cui la fornitura di link a pagine web (e non a singoli contenuti) possa integrare una comunicazione al pubblico.⁸²

6. Mezzo tecnico diverso o pubblico nuovo

Liquidata frettolosamente la questione se il link potesse o meno considerarsi una comunicazione, la Corte si è dedicata all'analisi del secondo elemento cumulativo necessario affinché possa dirsi integrata una comunicazione al pubblico, vale a dire la sussistenza di un pubblico a cui l'opera viene "comunicata" tramite il collegamento cliccabile.

In merito, la Corte ha ribadito il principio, consolidato nella giurisprudenza sia comunitaria che degli Stati Membri, secondo cui, affinché una comunicazione possa essere considerata diretta ad un "pubblico", essa debba innanzitutto raggiungere "un numero indeterminato di destinatari potenziali" e comprendere "un numero di persone piuttosto considerevole".⁸³ Nel caso dei collegamenti cliccabili forniti da Retriever Sverige, cha concluso la Corte, questo requisito era senz'altro soddisfatto, essendo i link in questione messi a disposizione di "tutti gli utilizzatori potenziali" del servizio di aggregazione di notizie, "vale a dire un numero indeterminato e piuttosto considerevole" di utenti.⁸⁴

Poco conta, al riguardo, la circostanza che le opere "comunicate" tramite i link fossero messe a disposizione dei singoli utenti che usufruivano dei collegamenti ipertestuali e non, come invece avverrebbe nel contesto di trasmissioni o ritrasmissioni lineari effettuate con mezzi più tradizionali come la televisione o la radio, a un numero *immediatamente* considerevole.⁸⁵ Il concetto stesso di messa a disposizione del

⁸² Sentenza *GS Media*, *cit.*, punto 46: "[...] può risultare difficile, in particolare per i privati che intendano collocare siffatti collegamenti, verificare se il sito Internet verso il quale si presume che tali collegamenti rimandino fornisca l'accesso ad opere protette e, se del caso, se i titolari dei diritti d'autore di tali opere abbiano autorizzato la loro pubblicazione su Internet. Una verifica del genere risulta ancora più difficile nel caso in cui tali diritti siano stati oggetto di sottoliscenze. Inoltre, il contenuto di un sito Internet cui un collegamento ipertestuale consente di accedere può essere modificato dopo la creazione di tale collegamento, includendo le opere protette, senza che la persona che abbia creato lo stesso collegamento ne sia necessariamente a conoscenza".

⁸³ Sentenza *Svensson*, *cit.*, punto 21. Il principio in questione è stato adottato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia sin dalla risalente decisione nel caso *Mediakabel*, *cit.*, per poi essere ribadito sostanzialmente in ogni decisione che ha affrontato il tema della comunicazione al pubblico, tra cui la sentenza *Lagardere*, *cit.*, la sentenza *SGAE*, *cit.*, fino alle più recenti decisioni *FAPL*, *cit.*, e *TVCatchup*, *cit.*

⁸⁴ Sentenza *Svensson*, *cit.*, punti 22 e 23.

⁸⁵ D'altra parte, osserva Marco Ricolfi, "Comunicazione al pubblico e distribuzione", *cit.*, p. 60, la nozione di "pubblico" deve essere delineata alla luce degli obiettivi che ogni singolo diritto si prefissa e la circostanza che la Direttiva impieghi lo stesso termine in diversi contesti e rispetto a diritti differenti, "non significa in alcun modo che la nozione di 'pubblico' adottata con riguardo alla rappresentazione, esecuzione e recitazione e quella postulata dalla previsione comunitaria dell'art. 3 della Direttiva debbano necessariamente coincidere".

pubblico di cui all'articolo 3, comma 1, InfoSoc, infatti, prevede che siano i singoli utenti (o i singoli gruppi di utenti) a poter accedere all'opera non tutti insieme, ma nel momento da essi prescelto. La parcellizzazione dell'accesso alle opere è un fenomeno ben noto al legislatore, che ha introdotto il diritto di messa a disposizione a un pubblico distante anche al fine di permettere ai titolari di autorizzare e vietare le comunicazioni *on-demand* delle loro opere.⁸⁶

Dato quindi per soddisfatto il requisito del "pubblico" inteso quale numero indeterminato di destinatari, la Corte ha aggiunto che, nel caso di specie, occorre altresì verificare che la "comunicazione" integrata dai link forniti da Retriever Sverige fosse rivolta a un "pubblico nuovo".⁸⁷

Trattandosi di un elemento che costituisce la chiave di volta della decisione in commento, sembra opportuno ripercorrerne brevemente la storia e le ragioni che lo giustificano.

Nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, l'elaborazione del requisito del pubblico nuovo deriva dal principio che ogni comunicazione di un'opera al pubblico deve essere autorizzata dal titolare del diritto d'autore su quell'opera. Nei casi in cui un'opera non sia mai stata comunicata al pubblico con il consenso del titolare del diritto d'autore, il diritto di comunicazione e messa a disposizione al pubblico di quest'ultimo è giocoforza violato. Più complessa, invece, è la fattispecie in cui il titolare abbia posto in essere la comunicazione iniziale dell'opera e, successivamente (o simultaneamente), un ente diverso dal titolare e privo della sua autorizzazione, effettui una comunicazione "di secondo grado" della stessa opera. Ciò avviene, tradizionalmente, attraverso una ritrasmissione della comunicazione iniziale oppure nel momento in cui un soggetto terzo pone in essere le condizioni affinché un numero indeterminato di soggetti abbia accesso alla comunicazione iniziale. In questo secondo ordine di casi, si è posto il problema di distinguere le comunicazioni di secondo grado che richiedono l'autorizzazione del titolare da quelle per cui l'autorizzazione non è necessaria, essendo già stata resa dal titolare rispetto alla comunicazione iniziale.

Al fine di individuare quali comunicazioni di secondo grado necessitano dell'autorizzazione del titolare, la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha elaborato un altro test a due fasi.

⁸⁶ Coglie nel segno, al riguardo, il ragionamento di ALAI, "Report and Opinion on the making available and communication to the public in the internet environment – focus on *linking techniques* on the Internet", *cit.*: "it is clearly irrelevant, in order to determine if an act is a communication to the public, whether the potential recipients access the communicated works through a one-to-one connection, at least if the technique used offers a sufficiently great number of persons to have potential access to the work being disposed of. As set out above, not only are broadcasts communications to the public, but so are online streaming to consumers where one person at a time uses his or her own device for listening or viewing at home, provided that the faculty to access the work is open to a public circle. A communication of a work in a person-to-person conversation on e.g. Skype would normally be considered private".

⁸⁷ Sentenza *Svensson, cit.*, punto 24.

In prima battuta, si devono considerare le modalità tecniche attraverso cui sono state poste in essere le comunicazioni principale e secondaria. Nel caso in cui la comunicazione di secondo grado sia effettuata con modalità tecniche diverse rispetto a quelle della comunicazione principale, ci si troverà avanti a una ritrasmissione dotata di una sua singolarità, diversa e separata rispetto a quella che il titolare aveva inizialmente posto in essere. Di conseguenza, il titolare avrà il diritto di vietarla e l'ente diverso dal titolare che intende effettuare la comunicazione di secondo grado avrà il dovere di ottenere l'autorizzazione del primo per porla lecitamente in essere.⁸⁸

Nel caso in cui la comunicazione iniziale e quella di secondo grado siano effettuate attraverso le medesime modalità tecniche, sarà invece necessario verificare di volta in volta se la comunicazione di secondo grado raggiunge o meno un pubblico "nuovo",

⁸⁸ L'impiego del criterio del pubblico nuovo è stato oggetto di diverse critiche. Tra i più contrariati, Mihály J. Ficsor, "Svensson: honest attempt at establishing due balance concerning the use of hyperlinks – spoiled by the erroneous 'new public' theory", in *Copyright See-Saw 2014*, ritiene che il criterio in questione derivi da una cattiva interpretazione della *Guida WIPO, cit.*, e si ponga in aperto contrasto con la stessa Convenzione di Berna. Secondo quell'Autore, la ritrasmissione di un'opera ai sensi dell'articolo 11-*bis*, comma 1, (ii), e la sua comunicazione attraverso altoparlanti o altri strumenti analoghi ai sensi dell'articolo 11-*bis*, comma 1, (iii), corrispondono sempre a comunicazioni "nuove" passibili di autorizzazione da parte del titolare semplicemente in quanto si risolvono in un "nuovo" sfruttamento dell'opera da parte di un soggetto diverso rispetto al titolare, non perché "nuovo" è il pubblico a cui possono riferirsi: "The text of Article 11*bis*(1) is unequivocal in that the right of broadcasting under subparagraph (i), the right of retransmission of a broadcast work by wire or by wireless means (rebroadcasting) under subparagraph (ii), and the right of public communication of a broadcast work under subparagraph (iii) are separate rights. If the term 'communication to the public' is used in a broad sense (as in Article 8 of the WCT), the retransmission of a broadcast work – in relation with the original act of broadcasting – is a new act of communication to the public, and the same is true as regards an act of 'public communication' of a broadcast work. These subsequent (but simultaneous) acts are recognized as new acts of communication to the public because they consist in new exploitation of a work by an organization different from the original broadcasting organization. This is what is new in them and not that the communication is directed to a public to which the original act of broadcasting has not been directed yet. Therefore, the Court's rulings would have only been in accordance with the Berne Convention if it had used the concept of 'new public' to mean a public to which a work is communicated by a new act of communication to the public irrespective of whether or not the works concerned have been already communicated to the same public or to a part thereof". Sostanzialmente in linea con l'impostazione di Ficsor anche ALAI, *Opinion on the criterion "New Public", developed by the Court of Justice of the European Union (CJEU), put in the context of making available and communication to the public*, 17 settembre 2014, p. 13, secondo cui l'unico criterio rilevante ai fini della presenza di un atto nuovo che l'autore può vietare ai sensi della Convenzione di Berna sarebbe l'esistenza di un "new communicator", mentre sarebbe del tutto inconferente la presenza di un "new public": "The only condition is that the re-transmission or rebroadcasting is made by an organization other than the original one. It may be made to the same public; it may be made to a part of the same public, it may be made to the same public or a part thereof along with a public not covered by the original broadcast and it may be made truly to a new public. The acts set out in subparagraphs (ii) and (iii) - the public communication by loudspeaker or any other analogous instrument transmitting, by signs, sounds or images, the broadcast of the work - are recognized as new acts of communication to the public because they consist in new exploitation of a work by an organization different from the original broadcasting organization. This is what is new in them and not that the communication is directed to a public to which the original act of broadcasting was not directed. Since the plain text of the provision is clear, [...] the requirement that the right of communication by wire or by rebroadcasting of a broadcast work only applies where the communication is directed to a 'new public' is unfounded". P. Bernt Hugenholtz - Sam C. Van Velze, "Communication to a New Public? Three reasons why EU copyright law can do without a 'new public'", in *IIC 2016*, Vol. 47, 7, sottolineano come il criterio del pubblico nuovo era stato proposto come requisito generale in sede di negoziazione della Convenzione, salvo essere poi stato rigettato in favore del criterio del nuovo ente che effettua la comunicazione, principalmente in ragione della maggiore facilità di identificazione di un soggetto giuridico nuovo rispetto ad un pubblico considerato inizialmente dalla persona che effettua la comunicazione iniziale.

inteso come pubblico che non era stato preso in considerazione dai titolari del diritto d'autore nel momento in cui avevano autorizzato la comunicazione iniziale della loro opera al pubblico.

Lo schema analitico in questione ha avuto una genesi cronologicamente inversa rispetto al percorso logico prospettato. Il requisito del "nuovo pubblico", infatti, è stato introdotto con la più volte citata sentenza *SGAE*⁸⁹ ed è rimasto il criterio principale attraverso cui la Corte ha analizzato la sussistenza di una comunicazione di secondo grado autonoma rispetto a quella iniziale effettuata dal titolare sino alla decisione della corte nel caso *TVCatchup*. E' solo in quest'ultimo caso che è stato delineata la necessità di procedere a un esame comparativo dei mezzi tecnici attraverso cui vengono effettuate le comunicazioni iniziale e secondaria.

Come si ricorderà, oggetto della sentenza *SGAE* era la possibile qualificazione quale comunicazione al pubblico della diffusione di segnali radiotelevisivi all'interno di camere di un hotel tramite l'installazione, in dette stanze, di apparecchi televisivi volte a distribuire via cavo il segnale televisivo precedentemente captato via satellite o tramite la diffusione terrestre. In quel frangente, la questione della sussistenza o meno di una comunicazione non si è nemmeno posta, coinvolgendo l'attività dei gestori dell'hotel proprio una trasmissione di segnali radiotelevisivi. Quanto all'individuazione di una comunicazione separata rispetto a quella iniziale, la Corte aveva fatto affidamento sul testo interpretativo della Convenzione di Berna pubblicato nel 1978 dalla WIPO e, in particolare, sul commento all'articolo 11-*bis*, comma 1, lettera (ii).⁹⁰ La Convenzione e

⁸⁹ Prima ancora, il criterio del "pubblico nuovo" era stato adottato dall'Avvocato Generale La Pergola nelle *Conclusioni* rese nell'ambito del caso *Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (Egeda) contro Hostelería Asturiana SA (Hoasa)*, 3 febbraio 2000, causa 293/98. Anche in quel caso, la fattispecie riguardava la ritrasmissione di segnali radiotelevisivi nelle stanze private di un hotel. Un'analisi storica dell'evoluzione del criterio è fornita da P. Bernt Hugenholtz - Sam C. Van Velze, "Communication to a New Public? Three reasons why EU copyright law can do without a 'new public'", *cit.*, pp. 797 e ss.

⁹⁰ WIPO, *Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971)*, 1978, Ginevra, che, secondo la decisione *SGAE*, punto 41, "senza avere forza giuridica vincolante, contribuisce tuttavia all'interpretazione della detta Convenzione". ALAI, *Opinion on the criterion 'New Public', developed by the Court of Justice of the European Union (CJEU), put in the context of making available and communication to the public*, *cit.*, sostiene che la stessa scelta di fondare l'analisi in questione sulla Guida del 1978 costituirebbe un errore grossolano, avendo la WIPO adottato nel 2003 una revisione della Guida stessa, vale a dire la già citata *Guide to the copyright and related rights treaties administered by WIPO and glossary of copyright and related rights terms*, curata da Mihály J. Ficsor, *cit.*. Secondo ALAI, quest'ultimo testo definirebbe la portata del diritto di ritrasmissione nel senso di escludere la sua limitazione tramite criteri non specificamente previsti da (e, anzi, rigettati in sede di negoziazione de) la Convenzione di Berna: "The new WIPO Guide [2003] confirms these findings and makes it clear that no interpretation of Article 11bis(1)(ii) would be acceptable that would suggest what was, rightly enough, rejected by the Executive Committee of the Berne Union; namely that it would be permissible to subject the application of the right of communication to the public (in particular, in the form of rebroadcasting or retransmission by cable) to any criterion, such as communication to a "new public", that is not provided in the Convention". Il testo in questione è disponibile all'indirizzo <http://www.alai.org/en/assets/files/resolutions/2014-opinion-new-public.pdf>. In linea con le critiche di ALAI anche lo stesso Ficsor, secondo cui l'errore della Corte sarebbe sia di metodo che di merito: "The single most important – and most alarming – aspect of the CJEU's lapse with the "new public" theory is that it is obvious that the judges simply did not know about all these developments. They cannot be blamed for this; subsequently, they also made honest attempts at neutralizing the unacceptable consequences. Simply,

la Guida erano stati poste a fondamento della decisione della Corte alla luce del fatto che "le norme di diritto comunitario devono essere interpretate, per quanto possibile, alla luce del diritto internazionale, in particolare quando tali norme siano dirette, precisamente, a dare esecuzione ad un accordo internazionale concluso dalla Comunità".⁹¹

Dalla lettera dell'articolo 11-*bis* della Convenzione di Berna, la Sentenza SGAE mutua il principio secondo cui ogni comunicazione al pubblico effettuata da "un'organizzazione diversa" da quella che ha effettuato la comunicazione iniziale necessita dell'autorizzazione del titolare dei diritti d'autore. Ben più decisivo, invece, l'apporto fornito a quella decisione dall'interpretazione espressa nella Guida WIPO.⁹² E' infatti nel commento all'articolo 11-*bis* contenuto nella Guida che si fa riferimento al "nuovo pubblico". Dopo aver dato atto che la ritrasmissione in pubblico di opere tramite altoparlanti e strumenti similari (negli hotel, negozi, treni, ecc.) stava diventando già allora un fenomeno molto comune, la Guida si pone la domanda se la licenza conferita dal titolare con riferimento alla prima emissione possa costituire un'autorizzazione anche in relazione alle comunicazioni di secondo grado di cui si è detto.⁹³ La Guida esclude questa possibilità sulla base della constatazione che il titolare concepisce una licenza di trasmissione quale autorizzazione a comunicare l'opera solo al "pubblico diretto, che riceve il segnale nell'ambito della cerchia familiare". Di conseguenza, conclude la Guida, nel momento in cui la ritrasmissione del segnale viene effettuata per intrattenere un pubblico più ampio, l'opera è comunicata a un gruppo ulteriore di

nobody had informed them that, if they wanted to refer to a WIPO position as a reliable source, it was not that out-of-date old Guide published as a matter of general introduction for developing countries, but rather the documents adopted by competent WIPO bodies on the issue, and that, if they still preferred a WIPO Guide to the Berne Convention, there was a much more recent and thorough one corresponding to the treaty interpretation approved by the said WIPO bodies". Così Mihály J. Ficsor, "Svensson and the CJEU's 'new public' theory: what the E.U. may learn from the U.S. to avoid judicial lapses", *Fordham Intellectual Property Law Institute & Emily C. & John E. Hansen Intellectual Property Institute, 23rd Annual Intellectual Property Law & Policy Conference*, aprile 2015.

⁹¹ Sentenza SGAE, *cit.*, punto 35.

⁹² La decisione di fondarsi in maniera maggiore sul testo interpretativo della norma che sulla norma stessa ha a sua volta attirato non poche critiche. Mihály J. Ficsor, "Svensson: honest attempt at establishing due balance concerning the use of hyperlinks – spoiled by the erroneous 'new public' theory", *cit.*, p. 7, ad esempio, enfatizza che "the Court does *not* analyze the text of the relevant provisions of Article 11 *bis*(1) of the Berne Convention or other sources mentioned in Articles 31 and 32 of the Vienna Convention. It simply summarizes certain comments contained in the old WIPO Guide and bases its ruling on this. [...] This is particularly telling since it confirms that the Court trusts itself exclusively to what is included – or more precisely what it understands to be included – in the Guide. The Court does not state what is clear under the relevant provisions of the Berne Convention but only what, according to it, the Guide makes clear".

⁹³ WIPO, *Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971)*, *cit.*, p. 68: "Finally, the third case dealt with in this paragraph is that in which the work which has been broadcast is publicly communicated e.g., by loudspeaker or otherwise, to the public. This case is becoming more common. In places where people gather (cafés, restaurants, tea-rooms, hotels, large shops, trains, aircraft, etc.) the practice is growing of providing broadcast programmes. There is also an increasing use of copyright works for advertising purposes in public places. The question is whether the licence given by the author to the broadcasting station covers, in addition, all the use made of the broadcast, which may or may not be for commercial ends [...] The Convention's answer is 'no'".

quello inizialmente considerato dal titolare. Ai sensi dell'articolo 11-*bis*, comma 1, lettera (ii), della Convenzione, quindi, il titolare deve poter avere la facoltà di controllare le ritrasmissioni dirette a questo pubblico "nuovo".⁹⁴

Benché le sentenze della Corte facciano riferimento al pubblico "inizialmente considerato" dai titolari nel momento in cui effettuano la comunicazione iniziale, quello del "pubblico nuovo" è difficilmente considerabile un criterio "soggettivo".⁹⁵ La restrizione dell'ambito di soggetti autorizzati dal titolare al gruppo più esiguo possibile, quello della cerchia familiare, stabilisce piuttosto una presunzione assoluta volta a permettere ai titolari del diritto d'autore di vietare (e, quindi, autorizzare; e, quindi, venire remunerati per) il maggior numero possibile di atti di comunicazione delle loro opere. Si tratta, in altre parole, di un criterio squisitamente economico,⁹⁶ la cui funzione non è certo quella di tutelare la volontà e le intenzioni del titolare che ha effettuato la prima comunicazione quanto, piuttosto, quella di garantire al titolare dei diritti lo sfruttamento di ogni uso possibile, tramite licenza.⁹⁷

⁹⁴ WIPO, *Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971)*, cit., pp. 68 e 69: "Just as, in the case of a relay of a broadcast by wire, an additional audience is created (paragraph (1) (ii)), so, in this case too, the work is made perceptible to listeners (and perhaps viewers) other than those contemplated by the author when his permission was given. Although, by definition, the number of people receiving a broadcast cannot be ascertained with any certainty, the author thinks of his licence to broadcast as covering only the direct audience receiving the signal within the family circle. Once this reception is done in order to entertain a wider circle, often for profit, an additional section of the public is enabled to enjoy the work and it ceases to be merely a matter of broadcasting. The author is given control over this new public performance of his work".

⁹⁵ Conclude invece per la natura soggettiva del criterio in questione Alan Baker, "EU Copyright Directive: Can a Hyperlink be a 'Communication to the Public'?", in *Computer and Telecommunications Law Review* 2014, p. 102.

⁹⁶ Sembrano concordare, sul punto, P. Bernt Hugenholtz - Sam C. Van Velze, "Communication to a New Public? Three reasons why EU copyright law can do without a 'new public'", cit.: "the 'new public' test has its origins in the valid argument that authors have a right to control uses of their works on distinct markets". Si veda, in merito, anche Sari Depreeuw, *The variable scope of the exclusive economic rights in copyright*, Information Law Series, Kluwer Law International, 2014, pp. 506 e 507, secondo cui il focus dovrebbe rimanere quello di conferire al titolare la possibilità di ottenere remunerazione da ogni sfruttamento economico dell'opera possibile.

⁹⁷ Traslando un vecchio adagio della cultura contadina, si potrebbe osservare che il diritto d'autore è come il maiale: non si butta via niente. Garantire che il titolare del diritto d'autore possa sfruttare ogni e qualsiasi minimo spazio d'uso delle opera sembra infatti un tratto comune anche nel *digital* copyright. L'analisi in merito a che cosa sia sfruttabile e cosa no, naturalmente, varia nel tempo, con i bisogni del mercato e, soprattutto, con le possibilità tecnologiche. In questa prospettiva, il criterio del "pubblico nuovo" non è che un altro dei diversi strumenti giuridici che nel corso del tempo sono stati introdotti per (o, quantomeno, interpretati sì da) garantire un'assoluta flessibilità in merito agli ambiti presenti e futuri che i titolari possono, potrebbero o potranno utilizzare al fine di ottenere soddisfazione economica. Un dibattito analogo è in corso da tempo sul significato dell'espressione "*normal exploitation of the work*" di cui al *three-step* test introdotto proprio dalla Convenzione di Berna e successivamente incluso nell'Articolo 5 della Direttiva sulla Società dell'Informazione, oltre che in diverse altre fonti nazionali, e internazionali, come gli accordi TRIPs. Anche in quel contesto, molti Autori ritengono che la normalità di un'utilizzazione debba essere valutata non tanto alla luce delle pratiche più comuni del mercato (né, tanto meno, rispetto a quello che gli utenti o un ipotetico osservatore oggettivo potrebbero considerare "ragionevole"), ma considerando primariamente quello che l'autore ha o avrà la possibilità di valorizzare dal punto di vista economico. Non si butta via niente, appunto. In questo senso, si vedano Jane Ginsburg, "Toward International Copyright Law? The WTO Panel Decision and the 'Three-Step Test' for Copyright Exceptions", in *Revue Internationale du Droit d'Auteur* 2001 e Martin Senftleben, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test: an Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, Kluwer Law International 2004, pag 193. Suggestiscono invece di considerare elementi ulteriori rispetto al

Prima della decisione in commento, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia il criterio economico del "pubblico nuovo" era aveva avuto un ruolo funzionale ad estendere il l'ambito di protezione garantito dal diritto di comunicazione al pubblico, a tutela quindi degli interessi dei titolari del diritto d'autore.⁹⁸ La sua interpretazione, quasi sempre accompagnata dall'abituale riferimento all'"alto livello di protezione" che sarebbe richiesto dai considerando 4 e 9 della Direttiva sulla Società dell'Informazione, è stata ad esempio posta alla base delle decisioni con cui la Corte ha dichiarato sussistere un "pubblico nuovo" non considerato dal titolare e, quindi, il necessario bisogno di un'autorizzazione di quest'ultimo, rispetto a ritrasmissioni di segnali radiotelevisivi nelle stanze private degli hotel,⁹⁹ nei bar e ristoranti,¹⁰⁰ nelle stanze private di un centro termale¹⁰¹ e in quelle adibite all'attesa e alla cura di pazienti in centri di riabilitazione.¹⁰²

L'applicazione di quello che sembrava essere un criterio assoluto, da adottare in tutti i casi di comunicazione di secondo grado, è stata esclusa nella decisione resa dalla Corte nel caso *TVCatchup*.

La fattispecie oggetto di quella sentenza riguardava la ritrasmissione in diretta su internet di programmi televisivi gratuiti inizialmente comunicati dal titolare via cavo. Nella ricostruzione fattuale della vicenda, la Corte dà atto della circostanza che gli utenti del servizio erano posti nella condizione di accedere alla ritrasmissione effettuata via internet solo qualora fossero già legittimati a guardare quei contenuti grazie alla loro licenza televisiva. Inoltre, un sistema di geo-localizzazione impediva agli utenti non stabiliti nel Regno Unito, ove era già accessibile la comunicazione di primo grado, di

solo interesse economico del titolare Paul Goldstein - Bernt Hugenholtz, *International Copyright: Principles, Law and Practice*, Oxford University Press, 2001, capitolo 5.5, e Pamela Samuelson, *WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment*, WIPO, 2003, p. 23.

⁹⁸ Ad affermarlo è proprio un'associazione tradizionalmente vicina agli interessi dei titolari, ovvero ALAI, *Opinion on the criterion 'New Public', developed by the Court of Justice of the European Union (CJEU), put in the context of making available and communication to the public, cit.*: "In the context of the SGAE decision [...] the Court still appears to use the concept of "new public" to mean a public to which a work is communicated by a new act of communication to the public. The concept appeared, in accordance with the wording and purport of Article 11bis of the Berne Convention, in support of extending (not limiting) the understanding of communication to the public to cover the distribution of a television signal by a hotel to guests in its rooms".

⁹⁹ Sentenza *SGAE, cit.*, punti da 40 a 42 e sentenza *Organismos, cit.*, punto 38.

¹⁰⁰ Sentenza *FAPL, cit.*, punto 197, su cui si veda anche Adrian Woods, "The CJEU's ruling in Premier League pub TV cases – the final whistle beckons: joined cases Football Association Premier League LTD v QC Leisure (C-403/08) and Murphy v Media Protection Services Ltd (C-429/08)", in *EIPR* 2012, 34(3), pp. 203 e ss.

¹⁰¹ Sentenza *OSA, cit.*, punto 40.

¹⁰² Sentenza *Reha Training, cit.*, punti 60 e 61. Il criterio del nuovo pubblico ha varcato i confini della Direttiva sulla Società dell'Informazione per trovare applicazione anche rispetto ai diritti inclusi nella Direttiva 93/83/CEE del Consiglio, del 27 settembre 1993, per il coordinamento di alcune norme in materia di diritto d'autore e diritti connessi applicabili alla radiodiffusione via satellite e alla ritrasmissione via cavo. Ciò è accaduto nella sentenza *Airfield, cit.*, punto 76, ove la Corte ha concluso per la necessaria autorizzazione del titolare rispetto a un caso di ritrasmissione via satellite di programmi radiotelevisivi.

accedere al servizio. L'interazione di restrizioni contrattuali e tecniche, quindi, faceva sì che il pubblico che poteva accedere alla ritrasmissione in diretta via internet dei programmi televisivi in questione fosse esattamente lo stesso considerato dai titolari nel momento in cui veniva posta in essere la comunicazione iniziale.¹⁰³

Considerata l'identità degli utenti cui venivano indirizzate le due comunicazioni, l'applicazione del criterio del nuovo pubblico avrebbe ben potuto portare la Corte a dichiarare la non sussistenza di una nuova comunicazione o, quantomeno, la non necessaria autorizzazione del titolare rispetto alla ritrasmissione del segnale televisivo in chiaro sulla piattaforma internet.¹⁰⁴

Così, tuttavia, non è stato.

Nel caso in cui un'opera sia fatta oggetto di molteplici comunicazioni, ha infatti sottolineato la Corte, il titolare del diritto d'autore deve essere posto nelle condizioni per autorizzare o vietare "ogni trasmissione o ritrasmissione di un'opera che utilizzi uno specifico mezzo tecnico diverso da quello della comunicazione originale".¹⁰⁵ Il rilievo di tale principio è stato duplice. Da un lato, esso consente di concludere per la sussistenza di una "comunicazione" ai sensi dell'articolo 3, comma 1, InfoSoc, ogniqualvolta la comunicazione di secondo grado venga effettuata con mezzi tecnici diversi rispetto alla comunicazione originale.¹⁰⁶ Dall'altro, esso esclude la necessità di esaminare il requisito del "pubblico nuovo".

Quest'ultimo requisito, precedentemente adottato nelle decisioni *SGAE*, *FAPL* e

¹⁰³ Sentenza *TVCatchup*, *cit.*, punto 10: "La TVC si assicura che gli utenti dei suoi servizi ottengano soltanto l'accesso ad un contenuto che essi sono già legittimati a guardare nel Regno Unito grazie alla loro licenza televisiva. Le condizioni che gli utenti devono accettare comprendono così il possesso di una valida licenza televisiva e la restrizione dell'utilizzo dei servizi della TVC nel Regno Unito. Il sito Internet della TVC dispone di un sistema che le consente di autenticare il luogo in cui si trova l'utente e che nega l'accesso qualora non siano soddisfatte le condizioni imposte agli utenti". La questione non sembra essere stata contestata dai titolari dei diritti che hanno instaurato il procedimento che ha poi dato luogo al rinvio.

¹⁰⁴ La tesi era stata sostenuta dalla convenuta nel procedimento principale. Quest'ultima aveva sottolineato come la ritrasmissione via internet da essa effettuata non soddisfacesse il requisito del pubblico nuovo necessario in base alle citate sentenze *SGAE*, *FAPL* e *Airfield* in quanto i destinatari della ritrasmissione effettuata dalla TVC avrebbero comunque potuto seguire le trasmissioni utilizzando i propri televisori. Secondo Mihály J. Ficsor, "Svensson: honest attempt at establishing due balance concerning the use of hyperlinks – spoiled by the erroneous 'new public' theory", *cit.*, la ragione per cui la Corte ha elaborato il criterio del mezzo tecnico diverso, sconosciuto alle norme nazionali e internazionali di diritto d'autore, sarebbe proprio la necessità di "eludere" il criterio del pubblico nuovo (anch'esso, come si è visto, aspramente criticato dall'Autore) e ristabilire un allineamento tra la sua giurisprudenza e la Convenzione di Berna.

¹⁰⁵ Ciò, naturalmente, sulla base del fatto che "la direttiva 2001/29 persegue quale obiettivo principale la realizzazione di un livello elevato di protezione a favore degli autori, consentendo ai medesimi di ottenere un adeguato compenso per l'utilizzazione delle loro opere, in particolare in occasione di una comunicazione al pubblico. Ne consegue che la nozione di comunicazione al pubblico dev'essere intesa in senso ampio, come espressamente affermato inoltre nel considerando 23 della direttiva medesima"; sentenza *TVCatchup*, *cit.*, punto 20.

¹⁰⁶ Sentenza *TVCatchup*, *cit.*, punti 25 e 26, dove la Corte giustifica tale tesi anche alla luce degli articoli 2 e 8 della Direttiva "93/83, che richiedono una nuova autorizzazione per una ritrasmissione simultanea, inalterata e completa, via satellite o via cavo, di una trasmissione iniziale di programmi televisivi o radiofonici che contengono opere protette, sebbene tali programmi possano essere già ricevuti nella loro zona di copertura mediante altri mezzi tecnici, come le onde radioelettriche delle reti terrestri".

Airfield, ha specificato la Corte, si rende necessario nei soli casi in cui la sussistenza di una comunicazione di secondo grado debba indagarsi "a valle", nel contesto di una ritrasmissione di un'opera precedentemente comunicata dal titolare con i medesimi mezzi tecnici. E' solo in quel genere di situazioni, quindi, che può sussistere un dubbio in merito alla necessità che il titolare abbia già autorizzato tale comunicazione e, quindi, che una comunicazione ai sensi dell'articolo 3, comma 1, InfoSoc, esista *tout court*.¹⁰⁷

"Nettamente diverso",¹⁰⁸ invece, è il caso in cui la comunicazione iniziale sia messa a disposizione del pubblico con mezzi tecnici specifici diversi da quelli che hanno interessato la comunicazione iniziale. In questa situazione, infatti, la sussistenza di una comunicazione nuova e separata rispetto a quella originaria è risolto "a monte", sulla base dell'impiego stesso di mezzi tecnici specifici diversi rispetto a quelli della comunicazione iniziale. Alla luce del principio per cui il titolare ha diritto di autorizzare e vietare ogni comunicazione nuova, quindi, la questione del pubblico nuovo è stata dichiarata irrilevante e la Corte ha concluso per la sussistenza di una comunicazione al pubblico passibile di autorizzazione per il semplice fatto che essa fosse stata effettuata con mezzi tecnici diversi rispetto alla trasmissione iniziale¹⁰⁹ – segnatamente, via internet invece che via cavo.¹¹⁰

¹⁰⁷ Sentenza *TVCatchup*, *cit.*, punto 38: "le situazioni esaminate nelle cause che hanno dato luogo a dette sentenze sono nettamente diverse da quella in esame nel presente procedimento principale. In dette cause, infatti, la Corte ha esaminato situazioni in cui un operatore aveva reso accessibile, con il suo intervento volontario, una radiodiffusione comprendente opere protette ad un pubblico nuovo, che non è stato preso in considerazione dagli autori interessati quando essi hanno autorizzato la trasmissione radiodiffusa di cui trattasi".

¹⁰⁸ Non così "nettamente", è stato osservato da P. Bernt Hugenholtz - Sam C. Van Velze, "Communication to a New Public? Three reasons why EU copyright law can do without a 'new public'", *cit.*, considerato che le fattispecie oggetto delle decisioni *SGAE* e *FAPL* riguardavano trasmissioni effettuate con determinati mezzi tecnici e messe a disposizione del pubblico con mezzi tecnici diversi. In linea con questa posizione anche ALAI, *Opinion on the criterion "New Public", developed by the Court of Justice of the European Union (CJEU), put in the context of making available and communication to the public*, *cit.*, p. 20, secondo cui "The nature of the communication at issue in the old WIPO Guide was by definition by a different technical means: an initial radio transmission retransmitted by loudspeaker. As the old WIPO Guide's commentary indicates, the initial over-the-air communication was to private homes, the re-transmission by loudspeaker is to places open to the public. Different technical means are employed to reach publics in different places. Under the CJEU's reading, the nature of the public is irrelevant if the communication is by a different technical means. But in that case, the 'new public' criterion becomes meaningless in the very example which served as the foundation for the introduction of the 'new public' criterion, because that example in fact involved different technical means".

¹⁰⁹ Sentenza *TVCatchup*, *cit.*, punto 39: "Per contro, il presente procedimento principale concerne la trasmissione delle opere incluse in una radiodiffusione terrestre e la messa a disposizione delle medesime opere su Internet. Come risulta dai punti 24-26 della presente sentenza, ognuna di queste due trasmissioni deve essere autorizzata individualmente e separatamente dagli autori interessati dato che ciascuna di esse è effettuata in condizioni tecniche specifiche, utilizzando un modo diverso di trasmissione delle opere protette, e ognuna è destinata ad un pubblico. Ciò considerato, non occorre più esaminare, in seguito, il requisito del pubblico nuovo, che è rilevante solo nelle situazioni su cui la Corte è stata indotta a pronunciarsi nelle cause che hanno dato luogo alle citate sentenze *SGAE*, *Football Association Premier League* e a., nonché *Airfield* e *Canal Digitaal*."

¹¹⁰ Dubbi in merito alla reale differenziazione dei due criteri in discussione sono stati sollevati da Maud Cock – Benoit Van Asbroeck, "Le critère du 'public nouveau' dans la jurisprudence de la Cour de Justice", in *Intellectuele Rechten - Droits Intellectuels* 2015, Vol. 4, p. 276. Secondo gli Autori, il criterio tecnologico

7. Linking: stesso *media* tecnico

Tornando alla sentenza *Svensson*, in linea con il percorso logico sopra illustrato, la Corte ha preso innanzitutto in considerazione la questione se i link offerti da Retriever Sverige potessero o meno essere considerati una comunicazione effettuata con modalità tecniche diverse rispetto a quelle della comunicazione iniziale posta in essere dai titolari.

Prima della decisione della Corte, era stato auspicato che decisione del caso *Svensson* potesse essere risolta proprio sulla base di questo criterio. In merito, è stato sostenuto che gli embedded o framing link agli articoli oggetto di causa, pur liberamente disponibili sul sito di un terzo, dovessero essere considerati una comunicazione effettuata mediante mezzi tecnici diversi rispetto alla comunicazione iniziale.¹¹¹

La prima comunicazione degli articoli su internet, in effetti, era avvenuta tramite il loro semplice caricamento sul sito del *Göteborgs-Posten*. Tecnicamente diversa, invece, sembra essere la loro visualizzazione in una finestra o come contenuto *embedded* su un sito terzo, quello di Retriever Sverige, tramite l'interazione del link con il programma di navigazione e grazie alla conseguente creazione di copie temporanee. Anche alla luce delle evidenti implicazioni in termini di diminuzione di ricavi pubblicitari connesse all'impiego delle tecniche di embedded e framing link,¹¹² sostenere che l'inclusione nel sito di Retriever Sverige degli articoli per cui era causa costituisse una modalità tecnica diversa rispetto alla loro messa a disposizione sul sito del *Göteborgs-Posten* sarebbe stato meno controverso dell'equiparazione tra un link e una trasmissione televisiva nella camera di un albergo.

Contrariamente a tali auspici, la Corte ha considerato che la comunicazione di un'opera liberamente accessibile su un sito tramite link (*qualsiasi* link) ospitato su una pagina terza avviene "con le stesse modalità tecniche" del contenuto a cui i link in questione indirizzano, essendo entrambe "effettuat[e] in internet".¹¹³

altro non sarebbe che un mezzo che la Corte ha adottato al fine di stabilire una presunzione in merito alla sussistenza di un pubblico nuovo. Essendo a sua volta il pubblico nuovo una presunzione volta a individuare la sussistenza di una nuova comunicazione, il criterio tecnologico sembra precedere logicamente quello del pubblico nuovo, di cui condivide la funzionalità ma da cui si differenzia per autonomia e posizione nell'analisi complessiva (peraltro antecedente, cronologicamente, a quella del pubblico nuovo).

¹¹¹ Così, Alexander Tsoutsanis, "Why copyright and *linking* can tango", *cit.*, p. 507.

¹¹² La visualizzazione dell'opera sulla pagina del sito che ospita i framing e, soprattutto, gli embedded link, infatti, permette agli utenti di fruire dell'opera stessa senza dover navigare sul sito ove l'opera è stata comunicata inizialmente, così evitando gli annunci pubblicitari ad essa associata. Sul punto, si veda Alessandro Cogo, "Linking e framing al vaglio della Corte di Giustizia dell'Unione Europea", *cit.*, p. 2205.

¹¹³ La questione è dovuta sembrare piuttosto banale alla Corte, che l'ha affrontata e risolta incidentalmente

Una conclusione, questa, che non sorprende. La sentenza *Svensson*, infatti, non è il primo caso in cui la comunicazione di secondo grado è caratterizzata da elementi tecnici differenti rispetto alla comunicazione iniziale e, ciò nonostante, la Corte non ha ritenuto tali elementi sufficienti a giustificare la sussistenza di una comunicazione nuova ai sensi dell'articolo 3, comma 1, InfoSoc.¹¹⁴ Nella sentenza *SGAE*, ad esempio, la trasmissione iniziale era stata effettuata via cavo, mentre la ritrasmissione veniva operata tramite antenna prima e tramite la rete interna dell'hotel poi; nella decisione *FAPL*, si trattava di una trasmissione via satellite, ricevuta e decriptata e resa accessibile in chiaro tramite gli schermi televisivi di un bar-ristorante.¹¹⁵

Una comparazione delle decisioni in questione con le conclusioni a cui si è giunti nella sentenza *TVCatchup*, sembra suggerire che, ai fini della valutazione del criterio dei "nuovi mezzi tecnici", la Corte di Giustizia non ritenga sufficiente l'adozione di "mezzi" diversi rispetto a quelli attraverso cui si è svolta la comunicazione iniziale. L'esistenza di una comunicazione nuova sembra invece richiedere che la differenza tecnica, più che i mezzi, investa il *media* utilizzato nella comunicazione di secondo grado.¹¹⁶ Media che, nel caso di *Svensson*, era internet sia in occasione della memorizzazione e messa a disposizione degli articoli giornalistici sul *Göteborgs-Posten*, sia nel caso dei link (*surface*, *deep*, *embedding*, o *framing* che siano) a quegli articoli forniti da Retrieve

al punto 24 della sentenza *Svensson*, *cit.*, descrivendo la messa a disposizione per cui era causa come "una comunicazione [...] riguardante le stesse opere della comunicazione iniziale ed effettuata in Internet come la comunicazione iniziale, quindi con le stesse modalità tecniche".

¹¹⁴ ALAI, *Opinion on the criterion "New Public", developed by the Court of Justice of the European Union (CJEU), put in the context of making available and communication to the public, cit.*, p. 19, ha invece espresso forti dubbi sulla conclusione cui è giunta la Corte di Giustizia. Secondo gli Autori, la decisione *Svensson* si pone in aperto contrasto con la giurisprudenza precedente, dove il criterio del "mezzo tecnico" era stato adottato in relazione al pubblico cui la comunicazione iniziale era indirizzata e non, come avviene in *Svensson*, con riguardo al pubblico che può effettivamente accedere a una determinata opera: "the Court's treatment of 'communication on the Internet' as a 'technical means' and the corollary that unrestricted accessibility means that 'all potential visitors to the site' constitute the initial public, are more than problematic. Notably, they are inconsistent with the Court's prior decisions distinguishing mere accessibility (all potential visitors to a site) from targeting particular audiences."

¹¹⁵ Si veda P. Bernt Hugenholtz – Sam C. Van Velze, "Communication to a New Public? Three reasons why EU copyright law can do without a 'new public'", *cit.*: "Apparently, according to the CJEU, the retransmissions in *SGAE*, *Premier League* and *Airfield*, did not take place 'under specific technical conditions, using different means of transmission.' This however can hardly be true. For example, in *SGAE*, the primary transmission was a terrestrial broadcast received by the hotel's main aerial, while the retransmission of the signal was done by means of a hotel cable network. And in *Premier League*, the primary act of transmitting the works at issue was by way of satellite transmission, while the secondary transmission occurred on television screens placed in a public bar. Were these retransmissions not done under 'specific technical conditions, using different means of transmission'?"

¹¹⁶ Pekka Savola, "Blocking injunctions and website operators' liability for copyright infringement for user-generated links", in *EIPR* 2014, p. 282, enfatizza la differenza tra "condizioni" e "mezzi" tecnici: "differentiation and that the new public would not need to be evaluated with embedding and framing because the content is made available 'under different technical conditions'. It is not obvious that 'conditions' are of relevance. In *ITV v TVCatchup* 'mere technical means' not requiring permission (such as means to improve reception) were distinguished from 'specific technical means' requiring permission (such as converting a satellite TV signal to an internet broadcast). Linking seems to be more of the first category".

Sverige.¹¹⁷

8. Il pubblico nuovo nel contesto digitale

Ritenendo che l'attività di linking di Retriever Sverige e la comunicazione iniziale degli articoli sul sito del *Göteborgs-Posten* fossero stati posti in essere attraverso le medesime modalità tecniche, la Corte si è quindi posta la domanda se la comunicazione di secondo grado effettuata da Retriever Sverige fosse rivolta ad un pubblico nuovo, ovvero a "un pubblico che i titolari del diritto d'autore non abbiano considerato, al momento in cui abbiano autorizzato la comunicazione iniziale al pubblico".¹¹⁸

In merito, la Corte ha sottolineato che, quando si tratta di opere la cui prima comunicazione è stata posta in essere dai titolari del diritto d'autore su internet, il pubblico considerato da questi ultimi debba essere identificato – non, come sembrerebbe pretendere la Guida WIPO, automaticamente nella cerchia familiare degli utenti, ma – alla luce del regime di accesso che i titolari stessi hanno adottato (o adottano) in relazione a tali opere.

Nel caso in cui, come era avvenuto nella fattispecie oggetto della decisione in commento, i titolari delle opere hanno pubblicato i loro contenuti su internet senza assoggettarne l'accesso ad alcuna "misura restrittiva", sì da renderli "liberamente disponibili" a qualsiasi utente che acceda al loro sito. In questo genere di situazioni, la Corte ha stabilito che i titolari devono considerarsi a conoscenza del fatto che il pubblico a cui è diretta la comunicazione iniziale è "costituito dal complesso dei potenziali visitatori del sito considerato, poiché, essendo a conoscenza del fatto che l'accesso alle opere su tale sito non [è] assoggettato ad alcuna misura restrittiva, tutti gli internauti [possono] avere liberamente accesso ad esse".¹¹⁹ L'insieme di "tutti gli internauti", comprende ovviamente anche gli utenti del fornitore di link a quelle opere, anche in ragione del fatto che essi avrebbero comunque potuto accedervi attraverso il sito dei titolari e, quindi, a prescindere dall'esistenza dei link forniti in un momento successivo.

¹¹⁷ L'adozione di un concetto di così ampio da comprendere quale "mezzo tecnico" non le singole "modalità tecniche" con cui viene effettuata la comunicazione di secondo grado ma, più in generale, la stessa rete internet porterebbe alla conseguenza di svuotare completamente il criterio di significato: "If the communication to the public right were to be inapplicable if the work is communicated anew to the same intended audience [...], then, at the very least, the Court should not have grossly declared that audience to be all users of 'the Internet.' If 'the Internet' is the relevant 'technical means,' then the 'means' becomes so vast as to be almost meaningless". Così ALAI, *Opinion on the criterion "New Public", developed by the Court of Justice of the European Union (CJEU), put in the context of making available and communication to the public*, cit., p. 19.

¹¹⁸ Sentenza *Svensson*, cit., punto 24.

¹¹⁹ Sentenza *Svensson*, cit., punto 26.

Qualora, in virtù dell'assenza di misure restrittive, "il complesso degli utilizzatori di un altro sito, ai quali siano state comunicate le opere di cui trattasi tramite un collegamento cliccabile, potesse direttamente accedere a tali opere sul sito sul quale siano state inizialmente comunicate, senza intervento del gestore dell'altro sito", quegli utenti devono quindi essere considerati come facenti parte dei "potenziali destinatari della comunicazione iniziale e, quindi, ricompresi nel pubblico previsto dai titolari del diritto d'autore al momento in cui hanno autorizzato la comunicazione iniziale".¹²⁰ In mancanza di un pubblico nuovo cui Retriever Sverige avrebbe comunicato le opere tramite l'attività di linking e alla luce della non essenzialità dell'intervento di quest'ultima ai fini dell'accesso alle opere in questione, la Corte ha escluso che potesse dirsi integrata una comunicazione al pubblico ai sensi dell'articolo 3, comma 1, della Direttiva InfoSoc.¹²¹

Nel caso di link a contenuti resi "liberamente disponibili" su internet dai titolari, quindi, nessuna autorizzazione dei titolari è necessaria, perché essa era già stata concessa "implicitamente" dal titolare attraverso l'omessa adozione di misure di misure restrittive.¹²²

Le conclusioni cui è giunta la Corte in merito al "pubblico nuovo" segnano un evidente presa di distanza rispetto alle precedenti decisioni in tema di comunicazione al pubblico.

Decisiva, in particolare, è la prospettiva con la quale è stata determinata la sussistenza di un "pubblico nuovo" e, nella specie, i criteri attraverso cui la Corte ha ricostruito quali fossero gli utenti considerati dai titolari al momento della prima comunicazione al pubblico, avvenuta con il caricamento e la messa a (libera) disposizione degli articoli sul sito del *Göteborgs-Posten*.

¹²⁰ Sentenza *Svensson*, *cit.*, punto 27.

¹²¹ Sentenza *Svensson*, *cit.*, punti 25 e 27.

¹²² Benché nel diverso contesto dell'eccezione per copia privata, Davide Sarti, "Copia privata e apprendisti stregoni", *cit.*, pp. 430 e 431 si dichiara sostanzialmente contrario ad attribuire alla mancata adozione di misure tecnologiche di protezione un significato univoco in relazione alla volontà del titolare di concedere a terzi la possibilità di sfruttare l'opera (in quel caso, attraverso la riproduzione), potendo tale scelta derivare da un insieme di fattori complessi e inidonei a essere captati da "rozze" presunzioni: "il sistema della copia privata porterebbe a interrogarsi sull'effettivo significato del comportamento di chi non applichi misure tecnologiche di protezione: significato che non può essere univoco, e porrebbe fra l'altro insormontabili problemi di quantificazione dei compensi in relazione al difficilmente accertabile contenuto di volontà diverse e pressoché infinite. Certo a queste argomentazioni la Corte potrebbe sempre obiettare che 'è legittimo presumere' la volontà di un 'agente rappresentativo' dei titolari dei diritti d'autore e connessi diretta a consentire la copia privata dietro compenso. Mi sembra tuttavia che anche sotto questo profilo il rilievo dogmatico (la copia privata è lecita per volontà del legislatore, non del titolare) sia indice di un dato sostanziale ed economico non superabile da presunzioni più o meno rozze. La mancata applicazione di misure tecnologiche di protezione non è sintomatica della volontà di consentire la copia privata; ma è piuttosto sintomatica della scarsa efficacia di queste misure. Spesso i titolari dei diritti d'autore non applicano misure tecnologiche di protezione ben sapendo che esse sarebbero facilmente aggirabili, e non meritano il relativo costo: non solo sotto il profilo della ricerca di soluzioni tecniche efficaci; ma anche sotto quello dei possibili inconvenienti che le misure tecnologiche determinano per gli utenti legittimi, frequentemente infastiditi dagli strumenti anticopia".

Una rigida applicazione del principio del "pubblico nuovo" così come delineato nella Guida WIPO e adottato in diversi precedenti della Corte, avrebbe potuto (e, sostengono alcuni, *dovuto*) portare la Corte a qualificare come esclusi dal pubblico considerato dai titolari al momento della comunicazione iniziale tutti gli utenti che non appartengono alla loro sfera privata o, con le parole della Guida, al "pubblico diretto" costituito dalla cerchia familiare degli utenti stessi.¹²³ Ammesso in ipotesi che un link integri una comunicazione, quindi, la Corte avrebbe dovuto concludere che le "comunicazioni" effettuate da Retriever Sverige, organismo diverso dai giornalisti che avevano posto in essere la comunicazione iniziale, erano rivolte a un pubblico non considerato da questi ultimi, ovvero l'insieme dei clienti di Retriever Sverige – che esorbitano per definizione dalla sfera familiare degli utenti che avevano accesso al sito del *Göteborgs-Posten*. A supporto di questa considerazione, è stato notato che, oltre a non appartenere alla cerchia familiare degli utenti del *Göteborgs-Posten*, i clienti di Retriever Sverige usufruiscono di un servizio reso a scopo di lucro e avrebbero dovuto essere trattati in modo non diverso dagli avventori di un pub o di un hotel a cui i gestori mettono a disposizione opere dell'ingegno tramite apparecchi televisivi o radiofonici.¹²⁴ In questa prospettiva, l'analisi del bacino di utenza rilevante operata dalla Corte di Giustizia in *Svensson* costituisce un significativo¹²⁵ superamento della presunzione della "cerchia familiare" della Guida WIPO, posto alla base della maggior parte dei precedenti della Corte di Giustizia in materia di comunicazione al pubblico.

La Corte non ha esplicitato le ragioni di questo cambio di rotta. Anche prima dell'emissione della sentenza, è stato sottolineato che a una conclusione siffatta si sarebbe dovuti giungere alla luce della diversa consapevolezza che caratterizzerebbe i

¹²³ "The old WIPO Guide was extremely restrictive as to the instances in which there is 'no new public'. It was limited to the owners of 'reception equipment' who, either personally or within their own private or family circles, received the programme via loudspeaker – an approach which the Court of Justice still followed in par 41 of the SGAE judgment, cited above. It is clear that the later widening of the 'no new public' circle in *Svensson* from the own private or family circle around one and the same reception equipment to the virtually unlimited audience of the internet is beyond any margin of interpretation offered by the text of the old WIPO Guide. Transposed to the digital environment, what the old Guide suggested is minimal. It consists of no more than that someone visiting the original website may show family members, or members of the private sphere, what is displayed on the computer screen (or larger screen of a smart television) which forms his or her 'reception equipment'." Così ALAI, *Opinion on the criterion "New Public", developed by the Court of Justice of the European Union (CJEU), put in the context of making available and communication to the public, cit.*, p. 18.

¹²⁴ "[T]he Court's rulings would have been in accordance with the Berne Convention only if it had used the concept of 'new public' to mean a public, other than the family or private circle, to which a work is communicated by a new act of communication to the public (irrespective of whether or not the works concerned have already been communicated to the same public or to a part thereof)." *Ibid*.

¹²⁵ Anche se non inaspettato. Avevano già concluso in questo senso, ad esempio, Alain Strowel - Nicolas Ide, "Liability with Regard to Hyperlinks", in *Columbia Journal of Law & the Arts* 2001, vol. 24, n° 4, p. 123: "as the work is already available to the entire Internet community at the linked site's web address, we cannot be dealing with a new act of making it available to the public. The link does not extend the work's audience: surfers who access the work by activating the link can also consult the page directly (as long as they know its URL). Concluding that there is a new communication to the public does not seem justified (and would cause considerable difficulties in terms of copyright management)".

titolari dei diritti che comunicano e rendono liberamente accessibile la loro opera su internet rispetto a quelli che effettuano la prima trasmissione con strumenti analogici. Mentre in quest'ultimo caso troverebbe applicazione il principio della cerchia familiare menzionato nella Guida WIPO, i titolari che rendono le loro opere liberamente disponibili su internet sarebbero pienamente consapevoli che, in assenza di misure restrittive, i loro contenuti potranno essere accessibili e ricercabili dall'universalità degli utenti. Sarebbe quindi lo stesso media di internet ad influire e a modificare il pubblico considerato dai titolari che effettuano la prima comunicazione.¹²⁶

Alla base della scelta della Corte, tuttavia, potrebbero esserci anche considerazioni di natura economica. La ragione per cui una comunicazione iniziale effettuata tramite internet presuppone la considerazione di un pubblico molto più ampio di una trasmissione analogica potrebbe essere dettata dal differente valore della prima sul mercato. Mentre le ritrasmissioni effettuate in bar, ristoranti, hotel, ecc., sono normalmente e ragionevolmente oggetto di transazioni, la fornitura di link a contenuti liberamente disponibili è un'attività rispetto a cui è difficilmente immaginabile una licenza (per ora).¹²⁷

Ragionando al contrario, tuttavia, si potrebbe argomentare che un'attività è licenziabile sul mercato anche (se non solo) perché esiste un diritto esclusivo che permette a un soggetto di vietarla. Così, se qualche anno fa la Corte di Giustizia avesse deciso che trasmettere musica e programmi televisivi nei bar o nelle camere di un hotel non integrava comunicazione al pubblico, difficilmente avrebbe potuto svilupparsi un mercato delle licenze in quel settore. Nella stessa prospettiva, dopo la decisione *Svensson* è difficilmente concepibile un mercato delle licenze di diritto d'autore sui link a contenuti liberamente disponibili su internet. Una situazione, questa, che potrebbe presto cambiare al fronte dell'introduzione del diritto connesso sugli usi digitali delle pubblicazioni a carattere giornalistico di cui si sta discutendo nell'ambito delle riforme legislative volte a modernizzare il Mercato Unico Digitale.¹²⁸ Se dovesse essere

¹²⁶ Così Lionel Bently e Altri della European Copyright Society, "The Reference to the CJEU in Case C-466/12 *Svensson*", *cit.*: "It is well-known that material placed on the Internet without e.g. firewalls can be accessed from anywhere, and can be located using a range of search tools. Consequently, the copyright holder who authorises or permits such making available, must be assumed to contemplate the access to the work from anywhere. The creation of a hyperlink will thus not normally add to the public, as the targeted public is universal".

¹²⁷ Come noto, in Spagna e Germania sono stati introdotti diritti connessi aventi a oggetto proprio (o anche) link ad articoli giornalistici liberamente disponibili su internet. Molto critica riguardo alla legge spagnola Raquel Xalabarder, "The Remunerated Statutory Limitation for News Aggregation and Search Engines Proposed by the Spanish Government - Its Compliance with International and EU Law", in *IN3 Working Paper Series*, settembre 2013. Sull'esperienza tedesca e, più in generale, sulla compatibilità di tali iniziative nazionali con il diritto dell'Unione Europea si veda Eleonora Rosati, "Neighbouring Rights for Publishers: Are National (Possible) EU Initiatives Lawful?", in *IIC* 2016, 47(5), pp. 569 e ss.

¹²⁸ Rileva, in merito, l'articolo 11 della Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sul diritto d'autore nel mercato unico digitale del 14 settembre 2016, COM(2016) 593 final - 2016/0280(COD). Tale norma, rubricata "Protezione delle pubblicazioni di carattere giornalistico in caso di utilizzo digitale",

introdotto a livello europeo un diritto connesso sulla messa a disposizione di articoli giornalistici, potrebbe ben crearsi un mercato di licenze sul la fornitura di link a contenuti liberamente disponibili. Così, le considerazioni svolte dagli autori in merito all'ampiezza del pubblico "diretto" che è autorizzato ad accedere alle loro opere potrebbero essere diverse rispetto a quanto la Corte di Giustizia ha stabilito nella sentenza *Svensson* – e con esse l'esistenza stessa di una comunicazione al pubblico.

9. Misure restrittive tecniche e giuridiche

Se fornire dei link a contenuti liberamente disponibili non comunica quei contenuti ad un pubblico nuovo, alla conclusione opposta si deve giungere nel caso in cui i titolari che hanno effettuato la comunicazione iniziale abbiano sottoposto le opere comunicate a "misure restrittive" e i collegamenti hanno l'effetto di eludere tali misure.

In queste ipotesi, ha sottolineato la Corte, l'attività di linking integra un intervento cosciente e imprescindibile di messa a disposizione del pubblico delle opere contro il volere dei titolari. Inoltre, e ciò che più importa, il pubblico che accede a tali opere attraverso i link che eludono le misure restrittive deve essere considerato un "pubblico nuovo", vale a dire un bacino di utenti che "non è stato preso in considerazione dai titolari del diritto d'autore al momento in cui hanno autorizzato la comunicazione iniziale".¹²⁹ La sussistenza di un intervento consapevole e l'esistenza di un pubblico nuovo rispetto a quello inizialmente considerato dai titolari integrano quindi il secondo requisito richiesto ai fini dell'integrazione di una comunicazione al pubblico, quello della

istituisce un diritto connesso della durata di 20 anni a favore degli editori di giornali. Il diritto in questione coinvolge anche il diritto di messa a disposizione di cui all'articolo 3, comma 2, della Direttiva InfoSoc e quindi, alla luce della sentenza *Svensson*, anche le attività di linking a quegli articoli, con ogni probabilità anche se liberamente disponibili. La norma in questione così dispone: "1. Gli Stati membri riconoscono agli editori di giornali i diritti di cui all'articolo 2 e all'articolo 3, paragrafo 2, della direttiva 2001/29/CE per l'utilizzo digitale delle loro pubblicazioni di carattere giornalistico.

2. I diritti di cui al paragrafo 1 non modificano e non pregiudicano in alcun modo quelli previsti dal diritto dell'Unione per gli autori e gli altri titolari di diritti relativamente ad opere e altro materiale inclusi in una pubblicazione di carattere giornalistico. Essi non possono essere invocati contro tali autori e altri titolari di diritti e, in particolare, non possono privarli del diritto di sfruttare le loro opere e altro materiale in modo indipendente dalla pubblicazione di carattere giornalistico in cui sono inclusi.

3. Gli articoli da 5 a 8 della direttiva 2001/29/CE e la direttiva 2012/28/UE si applicano, *mutatis mutandis*, ai diritti di cui al paragrafo 1.

4. I diritti di cui al paragrafo 1 scadono 20 anni dopo l'uscita della pubblicazione di carattere giornalistico. Tale termine è calcolato a decorrere dal 1° gennaio dell'anno successivo alla data di pubblicazione."

¹²⁹ Prima dell'emissione della sentenza, Lionel Bently e Altri della European Copyright Society, "The Reference to the CJEU in Case C-466/12 *Svensson*", *cit.*, avevano già sostenuto che la mera fornitura di un collegamento cliccabile non è una condizione necessaria né sufficiente ai fini dell'accesso degli utenti alle opere cui i link reindirizzano. Gli utenti, infatti, possono accedere alle opere rese liberamente disponibili su internet a prescindere dall'esistenza dei link in questione: "adding a hyperlink will not normally provide the possibility of access to users that they would not have in the absence of the hyperlink. The CJEU requires the intervention to be a *sine qua non* for that public to get access to the work, which is not the case with hyperlinks. The hyperlink will merely draw the potential user's attention to the existence of the material and provide an easy-to-use tool for requesting the material to be sent".

comunicazione dell'opera a un pubblico nuovo, e prefigurano una violazione del diritto di comunicazione al pubblico ai sensi dell'articolo 3, comma 1, InfoSoc.¹³⁰

Al riguardo, ci si è chiesti che cosa si debba intendere per "misure restrittive". La Corte non fornisce molti indizi in merito, limitandosi a fare riferimento a link che consentono di "eludere misure restrittive adottate dal sito in cui l'opera protetta si trova per limitare l'accesso del pubblico ai soli abbonati" e concludendo per la sussistenza di un pubblico nuovo qualora i collegamenti costituiscano un mezzo necessario per consentire l'accesso a utenti che, senza quei link, "non potrebbero beneficiare delle opere diffuse".¹³¹

Nella prospettiva di un giurista europeo, l'impiego dei termini "misure" ed "eludere" richiama subito alla mente le misure tecnologiche di protezione di cui all'articolo 6 della Direttiva InfoSoc.¹³² E in linea con quanto sostenuto dalla Corte, in effetti, le misure tecnologiche di protezione possono dirsi senz'altro idonee a "restringere" la fruibilità di un contenuto "limitandone l'accesso ai soli abbonati". Queste ultime, inoltre, includono anche "le tecnologie, i dispositivi o componenti che, nel normale corso del loro funzionamento, sono destinati a impedire o limitare atti, su opere o altri materiali protetti, non autorizzati dal titolare del diritto d'autore" e sono considerate "efficaci" proprio nella misura in cui "l'uso dell'opera o di altro materiale protetto sia controllato dai titolari tramite l'applicazione di un *controllo di accesso*"¹³³ all'opera stessa.

Se le misure restrittive di cui parla la Corte si limitassero a quelle "tecnologiche di protezione", tuttavia, la sentenza Svensson altro non farebbe che ribadire una protezione che l'articolo 6 e le leggi nazionali di implementazione già mettono a disposizione del titolare nel caso di elusione degli strumenti tecnici anti-accesso adottati con riferimento a una determinata opera.¹³⁴

¹³⁰ Sentenza *Svensson*, *cit.*, punto 31: "Per contro, nell'ipotesi in cui un collegamento cliccabile consenta agli utilizzatori del sito in cui si trova tale collegamento di eludere misure restrittive adottate dal sito in cui l'opera protetta si trova per limitare l'accesso del pubblico ai soli abbonati e, in tal modo, costituisca un intervento senza il quale tali utilizzatori non potrebbero beneficiare delle opere diffuse, il complesso di tali utilizzatori dovrà essere considerato quale pubblico nuovo, che non è stato preso in considerazione dai titolari del diritto d'autore al momento in cui hanno autorizzato la comunicazione iniziale, ragion per cui per tale comunicazione al pubblico si impone l'autorizzazione dei titolari".

¹³¹ Mihály J. Ficsor, "Svensson: honest attempt at establishing due balance concerning the use of hyperlinks – spoiled by the erroneous 'new public' theory", *cit.*, p. 34: "The judgment does not elaborate on the meaning of the expressions 'circumvent restrictions', 'restrict public access put in place by the site' and an 'intervention without which [...] users would not be able to access the works transmitted'. A plethora of comments have been published on the interpretation of these terms. Some of them have identified restrictions with technological protection measures (TPMs) applied for specific systems, such as 'paywalls', others have outlined a more general concept of restrictions."

¹³² E, prima ancora, degli articoli 11 WCT e 18 WPPT. Sulla nozione di "misure tecnologiche di protezione" e su una comparazione tra il regime europeo e quello statunitense si veda Maria Lillà Montagnani, *Il diritto d'autore nell'era digitale - La distribuzione online delle opere dell'ingegno*, *cit.*, pp. 92 e ss.

¹³³ Articolo 6, comma 3 della Direttiva sulla Società dell'Informazione, enfasi aggiunta.

¹³⁴ Così Emanuela Arezzo, "Hyperlinks and Making Available Right in the European Union - What Future for the Internet After Svensson?", *cit.*, p. 543: "From the outset, one may surely share the opinion that linking that allows users to circumvent the restriction measures placed by the content owner to impede free

Sembra invece condivisibile l'opinione secondo cui, evitando di adottare il concetto di "misura tecnologica", la Corte abbia inteso introdurre una nozione più ampia di quella oggetto dell'articolo 6 della Direttiva sulla Società dell'Informazione.

In questa prospettiva, quindi, la nozione di "misura restrittiva" adottata nella sentenza Svensson include certamente le misure tecnologiche di protezione tutelate dall'articolo 6 InfoSoc, ma potrebbe non limitarsi ad esse.¹³⁵

In merito, giova ricordare che, ai sensi dell'articolo 6, InfoSoc, la tutela contro l'elusione delle misure tecnologiche di protezione è aggiuntiva rispetto a quella attribuita all'autore dalle esclusive che fanno parte del fascio di diritti di copyright. A quella tutela aggiuntiva, il titolare ha accesso nella sola misura in cui si sia dotato di strumenti tecnologici volti a limitare l'accesso alle opere protette che siano "efficaci". In dottrina è piuttosto diffuso il convincimento che il requisito dell'"efficacia" di cui all'articolo 6, InfoSoc debba essere inteso in senso piuttosto lasco. Alla luce dello spirito della norma, si è sostenuto, l'accesso alla tutela contro l'elusione di misure tecnologiche di protezione dovrebbe essere concesso a fronte dell'adozione di ogni misura tecnologica che oggettivamente garantisce al titolare un qualche tipo di controllo rispetto all'accesso e all'uso delle opere, rilevando la loro reale "efficacia", nel senso di non difficoltà a essere eluse, in modo secondario o, comunque, strumentale.¹³⁶

Anche aderendo a questa impostazione, l'introduzione del concetto di "misura restrittiva" adottato dalla Corte sembra comunque presentare una certa portata

access to her works should be deemed illicit. Besides, such conduct would probably be found infringing anyway as the Information Society Directive recommended Member States to introduce specific legal protection against the mere act of circumvention of a technological protection measure placed to protect the copyright content".

¹³⁵ Ne è certo Mihály J. Ficsor, "Svensson: honest attempt at establishing due balance concerning the use of hyperlinks – spoiled by the erroneous 'new public' theory", *cit.*, p. 35, che ritiene che quella qui proposta sia l'unica alternativa possibile alla luce dell'alto livello di protezione imposto dall'articolo 23 della Direttiva sulla Società dell'Informazione: "The language of the judgment – in particular the use of the word 'circumvent' and a reference to the *ability* of access – *might be interpreted* as to suggest that the Court might have meant the application of some kinds of technical measures. Nevertheless, it has not truly limited the concepts of 'restriction' and 'circumvention' in any manner. Thus, the judgment may also be interpreted in a way that any kind of restrictions that limit public access in any way may be understood to be covered; not only 'paywalls' but any possible systems which restrict access, including not only subscription systems explicitly mentioned in the judgment but also simple registration systems. It is submitted that this sort of interpretation – favorable from the viewpoint of copyright – is not only possible but inevitable under the 'established case law' of the CJEU which, in this respect, correctly recognizes (and states, at least time and again) – by referring to Recital (23) of the Information Society Directive – that 'this right [the right of communication to the public as provided in Article 3(1) of the Directive] should be understood in a broad sense covering all communication to the public not present at the place where the communication originates".

¹³⁶ Come rileva Tanya Aplin, "Factoring the public interest into private enforcement of copyright", in *Proprietà Digitale - Diritti d'autore, nuove tecnologie e digital rights management*, a cura di Maria Lilla Montagnani e Maurizio Borghi, Egea, 2006, p. 170, infatti, "most of TMs are, to some extent, fallible. Indeed, the objective of the provision is to protect effective technological measures against acts of circumvention, which assumes that such measures can and will be circumvented". Dello stesso avviso Stefan Bechtold, in Thomas Dreier - P. Bernt Hugenholtz (a cura di), *Concise European Copyright Law*, *cit.*, p. 475: "the only limitation the broad understanding of the term is the requirement that the technological measure achieve the protection objective and that it control the use of a work or other subject matter. Therefore, technological measures that are completely useless are not effective".

innovativa.

Nella sentenza *Svensson*, il riferimento alle "misure restrittive" è vago e del tutto incondizionato: la loro elusione per mezzo di un link implica automaticamente l'integrazione di una comunicazione al pubblico, a nulla rilevando la soglia di efficacia di quegli strumenti. Ciò è probabilmente dovuto al ruolo stesso che la Corte conferisce all'adozione delle misure restrittive. Esse, infatti, non costituiscono il presupposto per accedere a una tutela rafforzata dell'ordinamento, quanto piuttosto un elemento dalla cui presenza viene derivata l'intenzione dell'autore rispetto al pubblico a cui intende indirizzare la comunicazione iniziale dell'opera. La loro qualità di parametro di interpretazione delle intenzioni dell'autore non lascia ovviamente spazio per valutazioni ulteriori e diverse rispetto alla loro adozione o meno. Non rileva, in altre parole, *come* le misure restrittive adempiono alla funzione di limitare l'accesso a un contenuto, essendo più che sufficiente l'intenzione del titolare che l'accesso a quel contenuto sia in qualche modo limitato.

Una lettura della nozione in questione alla luce degli obiettivi per i quali è stata concepita, in altre parole, sembra indicare che la nozione di "misura restrittiva" introdotta nella sentenza *Svensson* contempli ogni strumento tecnico idoneo a creare un regime di accesso diverso da quello "libero".¹³⁷ Tra le "misure restrittive" che il link non deve eludere, pena l'integrazione di una comunicazione al pubblico, rientrano quindi tanto le misure tecnologiche di protezione quanto ulteriori strumenti sulla cui efficacia si può dibattere – ma su cui, grazie alla nuova nozione di "misura restrittiva", *non si deve* dibattere – quali i *paywall*, i sistemi che limitano l'accesso alle opere ospitate su una piattaforma ai soli utenti registrati, a prescindere dalla circostanza che tale registrazione avvenga su base gratuita o meno¹³⁸ e, anche se con qualche difficoltà in più, i metodi per evitare l'indicizzazione di pagine web da parte dei motori di ricerca.¹³⁹ La misura restrittiva, quindi, è ogni genere di strumento tecnico idoneo a

¹³⁷ "It is not absolutely clear what the CJEU means by technological measures. The fact that the term 'circumvent' is included in the text might suggest that the CJEU made reference to effective technological measures protected by EU law. The English version of the judgment, however, does not contain the expression 'technological protection' which is part of the *acquis communautaire*, but the far more general term 'restriction'. Così Péter Mezei, "Enter the matrix: the effects of the CJEU's case law on linking and streaming technologies", *cit.*, p. 890.

¹³⁸ In merito alla qualificazione come "misura restrittiva" di procedimenti di registrazione a una piattaforma che non prevedono un corrispettivo economico da parte dell'utente esprimono dei dubbi Andrew Moir - Rachel Montagnon - Heather Newton, "Communication to the public: the CJEU finds linking to material already 'freely available' cannot be restricted by copyright owners: *Nils Svensson and Others v Retriever Sverige AB (C-466/12)*", in *EIPR* 2014, vol. 6, p. 400. Non si vede, tuttavia, come la gratuità di una misura restrittiva possa influire sulla sua qualificazione come tale.

¹³⁹ Si veda ancora Péter Mezei, "Enter the matrix: the effects of the CJEU's case law on linking and streaming technologies", *cit.*, p. 890: "there can be no doubt that the latter term not only covers effective technological measures but also paywalls, registration pages or 'robot.txt' files". Anche Taina Pihlajarinne, "Setting the limit for the implied license in copyright and linking discourse - The European Perspective", in *IIC* 2012, p. 703 considera la questione, dando conto dei diversi strumenti tecnologici che possono essere utilizzati per esprimere un consenso o un dissenso rispetto alla comunicazione delle opere tramite

limitare l'accesso a un determinato contenuto.

A dispetto di quanto hanno sostenuto alcuni,¹⁴⁰ la possibilità di agire contro i fornitori di link che eludono misure di protezione attraverso i diritti garantiti dalla tutela autoriale è una circostanza dagli importanti risvolti pratici.

Il diffuso impiego da parte delle industrie creative di sistemi di restrizione dell'accesso ai contenuti, infatti, è cosa nota.¹⁴¹ Meno nota, invece, è la circostanza che le misure tecnologiche di protezione ben possono essere eluse attraverso un semplice link.

Un primo esempio, in merito, è la vicenda occorsa al *New York Times*. Nel 2011, il quotidiano statunitense ha adottato sul suo sito online un sistema di restrizione all'accesso.¹⁴² Sulla base dell'identificazione dell'indirizzo IP degli utenti e attraverso l'utilizzo di *cookies*, il *paywall* in questione permetteva la visione gratuita di un massimo di venti articoli al mese. Quando l'utente tentava di accedere al ventunesimo articolo, il sito faceva apparire sullo schermo un riquadro che ne impediva la lettura e invitava a sottoscrivere un abbonamento.

Nel corso del tempo, diversi soggetti hanno messo a disposizione mezzi tecnici per eludere tale misura restrittiva. Il primo di essi consisteva proprio nel modificare l'URL degli articoli che si volevano raggiungere, così da "azzerare" il contatore del numero

strumenti informatici. Tra questi, l'autore si sofferma sull'impiego dei *feed RSS*, uno strumento molto utilizzato nella diffusione di notizie online, che consente la presentazione e l'aggiornamento in un formato omogeneo di contenuti provenienti da fonti diverse. Esprime dubbi in merito a questa conclusione Alessandro Cogo, "Linking e framing al vaglio della Corte di Giustizia dell'Unione Europea", *cit.*, p. 2206, secondo cui il problema "se le misure tecniche qui considerate debbano presentare le caratteristiche per godere della protezione offerta dall'art. 6, Dir. 2001/29/CE (recepito all'art. 102 quater l.a.) e, in particolare, se debbano essere efficaci nel senso di non facilmente aggirabili da parte dei soggetti contro cui sono dirette" non viene affrontato dalla Corte.

¹⁴⁰ Secondo ALAI, *Opinion on the criterion "New Public", developed by the Court of Justice of the European Union (CJEU), put in the context of making available and communication to the public, cit.*, p. 22, l'individuazione di un nuovo pubblico nei casi indicati dalla Corte sarebbe privo di significato, avendo l'effetto di permettere ai titolari di vietare degli atti sostanzialmente impossibili: "In effect, if linking is no longer possible because of restrictions, or because there is no longer anything to link to, then the communication to the public right provides a right to control (or authorize) linking. But this variant of the 'new public' criterion is ultimately meaningless. There is no point in a right to authorize acts which can't be done in any event. The utility of a

right is to prohibit conduct in which, but for the right, anyone could otherwise engage".

¹⁴¹ Tra i moltissimi che hanno trattato il tema, si vedano: Roberto Caso, "Il Signore degli Anelli nel ciber spazio: controllo delle informazioni e Digital Rights Management", in *Proprietà Digitale - Diritti d'autore, nuove tecnologie e digital rights management, cit.*, p. 112, che dà conto della circostanza secondo cui "il controllo dell'informazione ha sempre fatto leva sulla tecnologia"; Maria Lillà Montagnani, "Dal 'peer-to-peer' ai sistemi di Digital Rights Management: primi appunti sul Melting Pot della distribuzione on line", in *Dir. Aut.* 2007, pp. 1 e ss.; sempre Maria Lillà Montagnani, *Il diritto d'autore nell'era digitale - La distribuzione online delle opere dell'ingegno, cit.*, p. 137, sottolinea come "mentre l'impiego di digital rights management, pur avendo inizialmente preso piede nel settore della musica, ha subito un significativo calo in ragione dell'ostilità manifestata dai consumatori verso questo tipo di tecnologie"; anche Eugenio Prosperetti, *L'opera digitale tra regole e mercato, cit.*, pp. 43 e ss., dà conto dell'adozione di modelli di distribuzione alternativi a quelli che limitano l'accesso alle opere, pur definendo le restrizioni all'accesso come "il miglior modo di gestire la fruizione delle opere su internet per quanto riguarda il profilo della attribuzione del diritto d'autore".

¹⁴² Si tratta di un modello di distribuzione adottato da diverse testate online. Dal gennaio 2016, ad esempio, anche il *Corriere della Sera* permette la lettura gratuita di soli venti articoli mensili. Si veda, in merito, Davide Casati, "Nuovo Corriere della Sera: il sito, i video gli smartphone - L'informazione cambia volto", in *Corriere della Sera*, 26 gennaio 2016.

degli articoli mensili letti in un determinato momento.¹⁴³ Molti servizi, professionali e non, si sono cimentati nella creazione e messa a disposizione di questo tipo di URL sotto forma di collegamenti cliccabili.¹⁴⁴ Alla luce dei principi adottati nella sentenza *Svensson*, la fornitura di quei link avrebbe certamente integrato una comunicazione al pubblico, rilevando, in merito, il semplice fatto dell'elusione di una misura restrittiva adottata ai fini di limitare l'accesso ai soli abbonati – a prescindere, cioè, dalle considerazioni sulla scarsa efficacia del *paywall* allora adottato dal *New York Times*.¹⁴⁵ Altre ipotesi di elusione di misure restrittive tramite link sono connesse all'uso massiccio, nel contesto della diffusione di contenuti su internet, dei servizi di memorizzazione di contenuti su server remoti, le cosiddette piattaforme *cloud*.¹⁴⁶

Dopo aver effettuato la copia di un contenuto su *cloud* pubblici quali i *cyberlocker* e gli *individual public cloud*, i servizi in questione assegnano al contenuto un URL, corrispondente alla pagina del server dove il contenuto è stato caricato. I siti in questione non presentano un'interfaccia di navigazione dei contenuti come avviene per le piattaforme di condivisione dei video. Essi, inoltre, non adottano motori di ricerca interni. L'unico modo attraverso cui un contenuto può essere reso accessibile e fruibile a terzi è la fornitura dell'URL corrispondente alla pagina del servizio cloud dove esso si trova.¹⁴⁷ La possibilità di accedere ai contenuti ospitati su quei cloud e fruirne, quindi,

¹⁴³ Gli URL in questione, infatti, contenevano nella loro parte finale il numero degli articoli letti usando un determinato indirizzo IP. Modificando manualmente tale numero e inserendo un valore inferiore al 20, si faceva intendere al *paywall* che la cifra massima di articoli mensili non fosse ancora stata raggiunta. Ciò garantiva un accesso sostanzialmente illimitato agli articoli del *New York Times*, eludendo la misura restrittiva adottata.

¹⁴⁴ Kamaila Sanders, "7 Ways To Beat The New York Times Paywall", in *Business Insider*, 20 marzo 2012, elencava sette strumenti, anche professionali quali applicazioni da installare sul browser o sul cellulare, per ottenere link che eludevano le misure restrittive adottate dal *New York Times*. Tra essi, è interessante il caso dei link al tempo forniti dallo stesso *New York Times* tramite le sue piattaforme *social* quali Facebook e Twitter che, secondo l'opera citata, avrebbero permesso l'aggiramento del *paywall* apposto dalla testata. Benché si fosse probabilmente trattato di un (grossolano) errore tecnico, sembra lecito domandarsi se i link forniti dal titolare non potessero ristabilire il regime di libera accessibilità di contenuti precedentemente sottoposti a misure di restrizione.

¹⁴⁵ Sul punto, si vedano Vineet Kumar - Bharat Anand - Sunil Gupta - Felix Oberholzer-Gee, "The New York Times Paywall", in *Harvard Business School Case* 512-077, febbraio 2012.

¹⁴⁶ Sulla definizione del fenomeno, si veda Maria Lilla Montagnani, "Primi orientamenti in materia di responsabilità dei fornitori di servizi *cloud* per violazione del diritto d'autore in rete", in *Il Diritto Industriale* 2014, pp. 179 e ss. Nell'ambito dell'ampia nozione di "servizi *cloud*", l'Autrice individua diverse categorie di memorizzazione remota. La prima è quella dei servizi "IaaS" ("Infrastructure as a Service"), definita come l'offerta di capacità di elaborazione o memoria, usufruita perlopiù da intermediari internet professionali. La seconda è definita "PaaS" (Platform as a Service) e consiste "nell'offerta di un ambiente di sviluppo che permette all'utente di creare applicazioni web senza installare alcun strumento sul proprio computer". L'ultima categoria, quella maggiormente utilizzata dagli utenti privati per la fruizione di opere dell'ingegno, va sotto il nome di "SaaS" (Software as a Service) e si caratterizza per la semplice fornitura di software e applicazioni ospitate su un server remoto. La stessa Autrice sottolinea come l'uso di server remoti per la diffusione e fruizione di contenuti non sia certo un fenomeno nuovo: "la nuvola è sempre stata ampiamente utilizzata anche nel settore dell'intrattenimento. E, in effetti, il cloud era – ed è – alla base dei servizi di online streaming, quali quelli offerti ad esempio dalla piattaforma YouTube e da Spotify." *Ibidem*, p. 185.

¹⁴⁷ I "cyberlocker", o "one-click hoster", sono siti che forniscono servizi di hosting remoti caratterizzati dal fatto che i file caricati sono memorizzati su una porzione indiscriminata della nuvola. Negli *individual public cloud*, invece, il servizio di memorizzazione e accesso viene fornito attribuendo una porzione del server ad

coincide con la conoscenza dell'URL a essi relativo.

In questo contesto, la "misura restrittiva" adottata dal titolare al fine di "limitare l'accesso del pubblico" a una determinata opera coincide con la scelta di caricare e diffondere il contenuto su servizi che, a differenza di altri servizi *cloud-based* come YouTube, escludono per loro stessa natura la generalità degli utenti internet dalla fruizione delle opere memorizzate sui loro server, prevedendo un metodo di accesso limitato solo a coloro che sono in possesso degli URL associati a specifici contenuti memorizzati sui loro server. L'elusione della "misura restrittiva" costituita dalla scelta di quel genere di servizi cloud, a sua volta, viene integrata con la semplice fornitura del link a un contenuto contro il consenso del titolare dei diritti che quel contenuto ha creato e memorizzato sul server remoto.

Prima della sentenza *Svensson*, la semplice condivisione di un URL a un contenuto lecito memorizzato su un *cloud* avrebbe difficilmente potuto integrare una violazione del diritto d'autore. In base ai principi di quella decisione, il titolare ha ora a disposizione gli incisivi strumenti dell'esclusiva autoriale per reprimere questo tipo di condotte.

Sempre in tema di server remoti, rilevano poi i *Content Delivery Network*.¹⁴⁸ Come noto, i file contenenti opere dell'ingegno, soprattutto immagini ad alta risoluzione e contenuti audiovisivi, sono decisamente ingombranti in termini di spazio. La loro diffusione, inoltre, può risultare molto impegnativa in termini di banda. La memorizzazione, funzionale e prodromica alla messa a disposizione degli utenti di un determinato sito, può richiedere memorie fisse di ingenti dimensioni. La circostanza che molti file di grandi dimensioni siano memorizzati su e trasmessi da un unico server può a sua volta influire negativamente sulla velocità di trasmissione di quei contenuti e, in ultima istanza, sulla qualità del servizio di una determinata piattaforma.¹⁴⁹ Per ridurre

uso esclusivo dell'utente. In entrambi i casi, i contenuti non sono pubblici e l'accesso agli stessi può avvenire solo attraverso la condivisione degli URL a essi associati dai servizi cloud. Si veda, in merito, Maria Lillà Montagnani, "Primi orientamenti in materia di responsabilità dei fornitori di servizi *cloud* per violazione del diritto d'autore in rete", *cit.*, pp. 185 e ss. Con specifico riferimento ai cyberlocker, interessante è lo studio di Tobias Lauinger - Kaan Onarlioglu - Abdelberi Chaabane - Engin Kirda - William Robertson - Mohamed Ali Kaafar, "Holiday Pictures or Blockbuster Movies? Insights into Copyright Infringement in User Uploads to One-Click File Hosters", in Salvatore J. Stolfo - Angelos Stavrou - Charles V. Wright (a cura di), *Research in Attack, Intrusions, and Defenses*, Springer, 2013, pp. 369 e ss., che analizza la relazione tra contenuti illeciti e leciti memorizzati su quelle nuvole, concludendo per una netta prevalenza dei primi.

¹⁴⁸ Il concetto è efficacemente illustrato da Erik Nygren - Ramesh K. Sitaraman - Jennifer Sun. "The Akamai Network: A Platform for High-Performance Internet Applications", in *ACM SIGOPS Operating Systems Review* 2010, vol. 44, n. 3: "Conceptually, a delivery network is a virtual network built as a software layer over the actual Internet, deployed on widely distributed hardware, and tailored to meet the specific systems requirements of distributed applications and services [...]. A delivery network provides enhanced reliability, performance, scalability and security that is not achievable by directly utilizing the underlying Internet. A CDN, in the traditional sense of delivering static Web content, is one type of delivery network".

¹⁴⁹ *Ibid.*, dove si fa riferimento alla serie di problematiche a livello di costi e prestazioni relative alla diffusione di file di grosse dimensioni con l'espressione "*Internet Delivery Challenge*".

i costi relativi alla creazione e alla gestione di server proprietari e per ovviare ai problemi di efficienza delle prestazioni di una piattaforma, è pratica comune tra le società coinvolte nella distribuzione di contenuti quella di memorizzare i file più pesanti su server (o su una rete di server; da cui "*Content Delivery Network*") gestiti da società terze. Ogni contenuto memorizzato su questi server terzi ha uno specifico indirizzo URL, diverso rispetto all'URL della pagina della piattaforma dove il titolare lo ha messo a disposizione del pubblico.¹⁵⁰

Nel momento in cui il titolare dovesse impostare una misura restrittiva per limitare l'accesso alle opere dalla piattaforma principale, ma non sul server remoto, gli utenti a conoscenza degli URL dei contenuti memorizzati sul *Content Delivery Network* potrebbero aggirare tale misura di restrizione, accedendovi direttamente dal server CDN. Anche in questo caso, la fornitura di questo tipo di URL sotto forma di link permetterebbe di eludere le misure di restrizione adottate dal titolare sul suo sito principale e integrerebbe una violazione del diritto di comunicazione al pubblico ai sensi della sentenza *Svensson*.

Sotto un ulteriore profilo, l'impiego dell'espressione "misure restrittive" e l'assenza di riferimenti espressi alla "tecnologia" da parte della Corte ha portato alcuni Autori a ventilare la possibilità che il pubblico di riferimento preso in considerazione dal titolare al momento della messa a disposizione iniziale dell'opera linkata potesse essere "limitato" anche attraverso misure restrittive non tecnologiche.¹⁵¹ In particolare, ci si è interrogati sulla possibilità che i contenuti oggetto di link possano essere resi indisponibili non a seguito dell'adozione di paywall o misure tecnologiche analoghe, ma in virtù di misure restrittive di tipo "giuridico", ovvero contrattuale.¹⁵²

¹⁵⁰ Per meglio far comprendere la questione, si prenda l'esempio delle fotografie memorizzate su un profilo Facebook le cui impostazioni privacy impediscano a chiunque non faccia parte della rete di "amici" di accedere a quelle opere. Si tratta, senza dubbio, di una tipologia di strumenti tecnologici che rientra nelle "misure restrittive" di cui parla la Corte. Una di queste opere è sottoposte alle misure di restrizione di cui si è detto (iscrizione alla piattaforma e status di "amico") e accessibile tramite la pagina Facebook al link <https://www.facebook.com/photo.php?fbid=32275790035&set=a.32275620035.43929.534575035&type=3&theater> . Chiunque, tuttavia, può accedere alla medesima fotografia attraverso l'URL associato al medesimo contenuto sul server terzo (Content Delivery Network) di cui Facebook si serve e dove è "fisicamente" memorizzata tale opera, ovvero https://scontent-mxp1-1.xx.fbcdn.net/v/t1.0-9/10401093_32275790035_745_n.jpg?oh=9db36d01104024f98041137082e2451c&oe=58FC7784 .

¹⁵¹ "The scope of those restrictive measures is unclear. Does this solely refer to technical measures on the website such as a paywall¹¹² or user authentication page? Or should legal measures such as a website linking policy or a mandatory pop-up window also be taken into account?". Così Christof Koolen, "The Use of Hyperlinks in an Online Environment: Putting Links in Chains?", *cit.*, p. 873. Ne hanno discusso Pekka Savola, "Blocking injunctions and website operators' liability for copyright infringement for user-generated links", *cit.*, p. 283; Alan Baker, "EU Copyright Directive: Can a Hyperlink be a 'Communication to the Public'?", *cit.*, p.104; e Alessandro Cogo, "Linking e framing al vaglio della Corte di Giustizia dell'Unione Europea", *cit.*, p. 2206.

¹⁵² Una prospettiva, questa, presa in considerazione nel più ampio ambito delle licenze implicite di linking da Taina Pihlajarinne, "Setting the limit for the implied license in copyright and linking discourse - The European Perspective", *cit.*, pp. 702 e 703. Tra gli altri, si dicono convinti che le misure restrittive cui fa riferimento la Corte siano anche le sole "restrictive website terms and conditions" Joel Smith - Heather Newton, "Hyperlinking to material on the internet: the CJEU expands on the circumstances when it may

Potrebbe avvenire, ad esempio, che il titolare di una piattaforma dove viene messa a disposizione una determinata opera adotti tra i termini e condizioni del sito una "linking policy" che vieti o, comunque, limiti la possibilità per utenti terzi, o per determinate categorie di utenti terzi, di accedere o fornire dei link che indirizzano alle opere in questione senza prima aver ottenuto il consenso del titolare. Dichiarazioni analoghe potrebbero essere incluse con riferimento a una o più specifiche opere ospitate sul sito.¹⁵³ In questa prospettiva, il titolare potrebbe includere un'informativa *ad hoc* che esprima la sua contrarietà a che un contenuto sia fatto oggetto di link sulla pagina del sito in cui le opere sono visualizzate.¹⁵⁴

Ipotesi di questo genere potrebbero sembrare aderenti alla concezione "soggettiva" del requisito del pubblico nuovo di cui si è dato conto, secondo cui l'unico elemento che rileverebbe, nella definizione della cerchia di utenti a cui era rivolta la comunicazione iniziale, sarebbe davvero ciò che il titolare "aveva in mente" (nel senso di: "personalmente pensava") nel momento in cui la poneva in essere. In questo contesto, ogni espressione della volontà del titolare sarebbe determinante ai fini dell'individuazione delle cerchie di utenti a cui egli intende mettere a disposizione la comunicazione. E, per converso, chiunque intendesse comunicare quell'opera al pubblico tramite il linking dovrebbe indagare tale volontà oggettiva e adeguarsi di conseguenza.

L'approccio adottato dalla Corte di Giustizia, tuttavia, sembra andare in una direzione diversa.

Sotto un primo profilo, sembra preferibile l'opinione secondo cui requisito del "pubblico nuovo" e, di conseguenza, quello della "libera disponibilità" delle opere, hanno natura oggettiva.¹⁵⁵ Più che alla reale intenzione interiore del titolare, infatti, essi mirano a

amount to copyright infringement", in *EIPR* 2016, vol. 12, pp. 768 e ss.

¹⁵³ Non, quindi, nei termini e condizioni d'utilizzo della pagina, ma nelle pagine che ospitano le opere in questione.

¹⁵⁴ Alan Baker, "EU Copyright Directive: Can a Hyperlink be a 'Communication to the Public'?", *cit.*, p.104, esclude a priori la rilevanza di questo tipo di dichiarazioni sulla base del fatto che esse sarebbero poste in essere solo in un momento successivo rispetto alla comunicazione iniziale, che dovrebbe invece essere l'unico momento rilevante ai fini dell'individuazione del pubblico contemplato dal titolare: "technically speaking, the moment of initial communication occurs before contractual restrictions 'bite' – so that, unless the website also contains technical restrictions, it will remain a freely accessible website for the purposes of the initial communication (since all Internet users could have free access to the website without reference to any contractual restrictions) and so any contractual restrictions, while they might give rise to a breach of contract claim as between the website owner and the hyperlink provider, would likely not prevent a communication to the public using hyperlinks on Article 3(1) grounds, since that communication would not be made to a 'new public'".

¹⁵⁵ Anche chi, come P. Bernt Hugenholtz - Sam C. Van Velze, "Communication to a New Public? Three reasons why EU copyright law can do without a 'new public'", *cit.*, prefigura la natura soggettiva del requisito del pubblico nuovo, sottolinea come essa si pone in contrasto con la natura tradizionalmente oggettiva propria della violazione di un diritto di utilizzazione economica del diritto d'autore: "It thus introduces a subjective – either contractual or mental – element in the definition of the exclusive right. Following the CJEU's interpretation, an act of secondary communication to the public occurs whenever the authors' permission for the initial act of communication did not extend to the secondary act, or rather – in

identificare con un ragionevole grado di certezza la cerchia di soggetti cui sono rivolte le opere comunicate inizialmente attraverso un sistema di presunzioni legali di natura prettamente economica, volte cioè a permettere ai titolari del diritto d'autore di vietare il maggior numero possibile di atti d'uso delle loro opere.¹⁵⁶ La natura e i fini economici degli elementi in questione sembrano ribaditi anche nella sentenza *Svensson* che, da un lato, non lascia presagire in nessun punto l'opportunità di un'indagine veramente soggettiva delle personali intenzioni dei titolari e, dall'altro, fa espresso riferimento alla circostanza che le misure restrittive siano adottate dal titolare al fine di "limitare l'accesso del pubblico ai soli abbonati", che è un fatto oggettivo e non (unicamente) legato allo stato mentale del soggetto che pone in essere la comunicazione iniziale.¹⁵⁷ Né sembra possibile che tali presunzioni abbiano natura relativa e possano essere scardinate da una semplice affermazione da parte del titolare che dichiara di non desiderare che uno o più contenuti siano oggetto di link.

In linea con il ragionamento svolto nel paragrafo che precede, infatti, delle semplici dichiarazioni comunicate sul sito del titolare non potrebbero in alcun modo "restringere" l'accesso ai contenuti ivi ospitati, limitando la possibilità degli utenti a fruirne. In assenza di misure tecnologiche, infatti, gli utenti potrebbero comunque accedere alle opere liberamente disponibili su un sito a prescindere dalla circostanza che lo stesso sito contenga delle dichiarazioni con cui il titolare esprime la contrarietà alla condivisione delle opere in questione.

In questa prospettiva, verrebbero a mancare delle misure realmente restrittive idonea a "limitare l'accesso". Né potrebbe nemmeno parlarsi di reale "elusione" di misure di qualunque tipo, non essendo i termini e le condizioni di accesso a un'opera una "misura" ma, a tutto voler concedere, una semplice dichiarazione di volontà, e non integrando un link contrario a una dichiarazione di volontà un'"elusione", quanto piuttosto una violazione di tipo contrattuale.

VI è poi un ulteriore elemento giuridico di non poco conto.

Se anche fossero presenti dichiarazioni che vietano la possibilità di linkare a

the imprecise parlance of the Court – if this secondary act 'was not taken into account' by the author. This makes the CJEU's 'new public' conceptually unsound. The exclusive rights protected under copyright are absolute rights that apply to, and can be enforced against third parties. Like property rights, these rights should be crafted in precise and objective terms, the meaning of which ought not depend on contractual dealings or right holders' intentions that cannot be known by third parties. Note that in the EU copyright licenses are not recorded in public registers or otherwise publicized, in the same way as trademark and design right licenses.⁶⁷ How then should a right holder express his intent, if not by posting the terms and conditions of use on a website, by means of a Creative Commons license, or perhaps – implicitly – by imposing technical restrictions?"

¹⁵⁶ In questo senso si vedano, tra molti, Jane Ginsburg, "Toward International Copyright Law? The WTO Panel Decision and the 'Three-Step Test' for Copyright Exceptions", *cit.*, e Martin Senftleben, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test: an Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, *cit.*, pag 193.

¹⁵⁷ Sentenza *Svensson*, *cit.*, punto 31.

determinati contenuti, l'assenza di misure tecnologiche volte a "limitare l'accesso" agli stessi farebbe venir meno "l'intervento imprescindibile" del soggetto che fornisce il collegamento.

Senza un *paywall* o una misura analoga, in altre parole, gli utenti "potrebbero beneficiare delle opere diffuse"¹⁵⁸ dal titolare a prescindere dalla circostanza che esso abbia (contraddittoriamente) espresso la sua volontà a che ciò non avvenga. La Corte di Giustizia non fa riferimento alcuno alla circostanza che le modalità di fruizione dell'opera oggetto del collegamento siano "in linea con le dichiarazioni del titolare", concentrandosi invece sulla circostanza oggettiva dell'idoneità del link a permettere agli utenti l'accesso ai contenuti nonostante la sussistenza di misure idonee a "limitarne l'accesso". Una dichiarazione non è idonea a "limitare l'accesso" e un link ad opere liberamente disponibili non influisce sulla possibilità degli utenti di accedere a delle opere, a prescindere dalla sussistenza di dichiarazioni in senso contrario. Anche in questo caso, quindi, l'intervento che tecnologicamente permette tale fruizione deve essere considerato in modo oggettivo – o, se si vuole, *tecnologico*.

Oltre ad apparire giuridicamente scorretta, la pretesa secondo cui la libera disponibilità di un contenuto possa essere limitata in base a restrizioni contrattuali non sembra nemmeno auspicabile. Innanzitutto, non è verosimile che gli utenti, soprattutto privati, possano analizzare un sito web alla ricerca delle dichiarazioni del titolare in merito alla disponibilità dei contenuti ivi ospitati ad essere fatti oggetto di link. Dall'altro lato, è tecnicamente impossibile che tali dichiarazioni siano lette dalle "macchine", ovvero dai software che, come quelli dei programmi di ricerca, scandagliano la rete per reperire contenuti da indicizzare successivamente proprio tramite i link. Pretendere che delle linking policy possano, in assenza di misure tecnologiche restrittive, superare la presunzione di "libera disponibilità" per "tutti gli utenti di internet" riconosciuta dalla sentenza *Svensson*, costituirebbe un grave ostacolo al buon funzionamento della rete nel suo complesso.¹⁵⁹ La presunzione secondo cui il titolare che non adotta misure

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ Un punto, questo, che Taina Pihlajarinne, "Setting the limit for the implied license in copyright and linking discourse - The European Perspective", *cit.*, pp. 702, aveva già evidenziato anche prima della sentenza *Svensson*, con riferimento all'approccio della licenza implicita adottato dalla Corte Suprema tedesca nella decisione *Paperboy*, *cit.*: "Implied license can gain significance only in a situation in which linking is deemed an act of reproduction or communication to the public. Implied license is given at the moment a rightholder or someone with his/her consent places freely available material on the internet. The rightholder could announce his/her intent of the linking with terms of use set on the site and also by, for instance, specific announcement to certain service providers. The use of these possibilities can, however, be complicated by the difficulties the search engines have in taking the terms of use set on the site into consideration. Automatic linking techniques can be problematic with regard to observing the declarations of intent of the rightholder. It would not be feasible to weaken the operational prerequisites of search engine service providers by obliging them to take individual terms of use on the site into consideration". Dopo la decisione della Corte di Giustizia, l'approccio è stato condiviso da Alessandro Cogo, "Linking e framing al vaglio della Corte di Giustizia dell'Unione Europea", *cit.*, p. 2206, che ritiene la prospettiva della Corte di Giustizia in *Svensson* ragionevole: "appare convincente la limitazione del concetto di 'misure restrittive' agli accorgimenti di carattere tecnico o, se si preferisce, *machine readable*

restrittive tecnologiche intende mettere l'opera a disposizione di tutti gli utenti di internet, quindi, deve considerarsi assoluta nello stesso senso in cui è assoluta la presunzione del pubblico confinato alla "cerchia della famiglia" costantemente adottata in ambiente analogico.

Alla luce dei principi della sentenza *Svensson*, di quanto sia ragionevolmente possibile pretendere dagli utenti privati che condividono contenuti e della necessità di garantire un buon equilibrio tra tutela del diritto d'autore e circolazione delle informazioni su internet, quindi, non sembra configurabile un "diritto di vietare i link" in maniera non tecnologica.¹⁶⁰

10. La comunicazione al pubblico è dinamica e intermittente

La conclusione cui è giunta la Corte sembra un bilanciamento tra i diversi interessi in gioco significativamente sbilanciato a favore dei titolari dei diritti.¹⁶¹

Se, da un lato, la fornitura di collegamenti cliccabili verso opere liberamente disponibili è libera (o, secondo alcuni, *liberalizzata*), il titolare che intende esercitare un controllo più pervasivo sulla diffusione dei – e sull'accesso ai – contenuti che immette in rete può agilmente avvalersi di strumenti che ne restringano la disponibilità, comportando così l'integrazione del diritto di comunicazione al pubblico di cui all'art. 3 della Direttiva InfoSoc ogni qualvolta un terzo, contro la sua volontà o senza la sua autorizzazione, tenti di accedere a tali contenuti (anche) tramite un link.

Il controllo sulla diffusione dei contenuti che la sentenza *Svensson* attribuisce ai titolari, inoltre, appare estremamente aderente alle esigenze di questi ultimi. Esso, infatti, non sembra esaurirsi con la scelta relativa all'adozione o meno di misure di restrizione al momento della prima comunicazione, dovendo l'identificazione del pubblico considerato dal titolare essere operata in modo dinamico.

[...] bene ha fatto la Corte ad escludere invece (pur implicitamente) rilevanza ai divieti di linking che siano presenti soltanto nelle condizioni d'uso del sito web: diversamente, ne sarebbe derivato un ostacolo al buon funzionamento della rete difficile da superare".

¹⁶⁰ In questo senso, Pekka Savola, "Blocking injunctions and website operators' liability for copyright infringement for user-generated links", *cit.*, p. 283, secondo cui il ragionamento contrario "might also lead to issues if one accepts that the author would have the possibility of withdrawing consent (i.e. the right to forbid linking) without withdrawing the material (i.e. without restricting access), for example by placing an explicit note on the website. It seems obvious that such exclusive right does not exist at least when it comes to hyperlinking, again barring certain moral rights aspects".

¹⁶¹ Anche se, a conclusioni analoghe a quelle della Corte (pur attraverso un percorso normativo che escludeva la rilevanza dell'articolo 11-*bis*, comma 1, par. (ii), della Convenzione di Berna), era giunto parecchi anni prima Marco Ricolfi, "Comunicazione al pubblico e distribuzione", *cit.*, pp. 77 e 78: "Il pubblico che accede ai siti navigando interattivamente è tipicamente quello che si vale della struttura reticolare e non sequenziale della rete e, quindi, particolarmente anche dei links, siano essi normali o 'deep', cosicché mi pare che si debba concludere che l'autorizzazione all'accesso include anche l'accesso attraverso un link e quindi che la pratica debba considerarsi lecita quante volte non siano predisposte le pur possibili misure tecnologiche che la impediscano".

Tra le situazioni in cui è possibile riscontrare un "nuovo pubblico" rispetto a quello considerato dal titolare, infatti, la Corte di Giustizia ne menziona una di particolare momento. In particolare, afferma la Corte, la fornitura di un collegamento integra un intervento senza il quale gli utenti non potrebbero beneficiare dell'opera comunicata e interessa un pubblico nuovo rispetto a quello preso in considerazione dal titolare anche quando l'opera non è "più" a disposizione del pubblico sul sito in cui è stata comunicata inizialmente o è "ormai" disponibile su tale sito" esclusivamente per una cerchia ristretta di utenti.¹⁶²

Benché nella decisione in commento si faccia spesso riferimento alla comunicazione "iniziale", quindi, la scelta che i titolari adottano in merito all'apposizione di misure restrittive nel momento della prima immissione dell'opera su internet è tutt'altro che definitiva. Il requisito del pubblico nuovo può essere integrato anche qualora le opere inizialmente liberamente disponibili non lo "siano più", o lo siano "ormai" solo per pubblico limitato.¹⁶³ E viceversa. Le conclusioni sulla qualificazione del link come intervento imprescindibile e del pubblico che grazie a esso ha accesso all'opera come nuovo, quindi, sembrano poter mutare nel tempo con il variare del regime cui è sottoposto l'opera comunicata dal titolare.¹⁶⁴ La circostanza che la liceità di un link debba essere considerata in modo solo temporaneo, inoltre, sembra confermata dalla sentenza *GS Media*, in cui la Corte considera la possibilità che il collegamento a una pagina internet inizialmente priva di contenuti in violazione diventi illecito solo in un secondo momento, a fronte del caricamento di opere contrarie al diritto d'autore da parte del gestore del sito cui il link indirizza.¹⁶⁵

¹⁶² Sentenza *Svensson*, *cit.*, punto 31, dove si specifica che un link costituisce un intervento imprescindibile per consentire agli utilizzatori di eludere le misure restrittive adottate dal titolare "in particolare, allorché l'opera non sia più a disposizione del pubblico sul sito in cui sia stata comunicata inizialmente o sia ormai disponibile su tale sito esclusivamente per un pubblico ristretto, mentre sia accessibile su un altro sito Internet senza autorizzazione degli aventi diritto".

¹⁶³ Sottolinea la natura dinamica del requisito del "nuovo pubblico" anche Gemma Minero, "Are hyperlinks covered by the right to communicate works to the public? The *Svensson* case", *Queen Mary Journal of Intellectual Property* 2014, Vol. 4 No. 4, p. 325: "where the public targeted by the initial communication consists of all Internet users then linking to that communication cannot be considered to be a communication to a 'new' public. The opposite result might arise where a hyperlink accesses a site which is protected by technical protection measures. This is because the communication of the work is only for a limited public – that is, its subscribers. Such a link could be found to be communicating the work to all those users that are not subscribers to the initial site – and so a new public – and therefore the use of a hyperlink would amount to copyright infringement. The result may be the same where a work has been freely accessible online on its original website for a period of time, but is subsequently taken down or made subject to access restrictions so that there is no longer any authorized communication to the public".

¹⁶⁴ In questo senso, Emanuela Arezzo, "Hyperlinks and Making Available Right in the European Union - What Future for the Internet After *Svensson*?", *cit.*, p. 547: "in holding linkers liable if their rerouting technical information keeps leading – exactly as it was doing before – to protected content available on unauthorized third parties' websites, although later removed from the original one where it had initially been communicated, the Court is not only implicitly stating that the lawfulness of linking ultimately depends on the legality of the linked content, but it is also practically placing upon linkers the (direct) liability that should lay on third parties disseminating protected content without authorization".

¹⁶⁵ Sentenza *GS Media*, *cit.*, punto 46:" [...] il contenuto di un sito Internet cui un collegamento ipertestuale consente di accedere può essere modificato dopo la creazione di tale collegamento, includendo le opere

Tale principio comporta delle conseguenze di sicuro rilievo¹⁶⁶ per tutte quelle situazioni in cui contenuti messi "inizialmente" a disposizione della totalità degli utenti di internet sono sottoposti a misure restrittive in un secondo momento.

Soprattutto nel campo dell'editoria, ad esempio, accade spesso che le notizie liberamente disponibili per un primo periodo vengano poi confinate nell'archivio online della testata, accessibile ai soli utenti premium e, quindi, sottoposti a misure restrittive. Secondo altri modelli di business adottati nello stesso settore, accade viceversa che i contenuti maggiormente interessanti siano inizialmente sottoposti a misure restrittive per poi essere messi nella libera disposizione di tutti gli utenti internet quando la loro attrattività per il pubblico diminuisce ma essi possono ancora giocare un ruolo commerciale, soprattutto in termini di promozione dell'offerta nel suo complesso.¹⁶⁷

Un'altra categoria di situazioni in cui la modifica del regime di accesso a un contenuto può venire in rilievo attiene all'uso dei servizi cloud a cui si è fatto riferimento in precedenza.

L'unico modo per accedere a un contenuto memorizzato su un *cyberlocker* o su un *individual public cloud* è l'attivazione del link contenente l'URL associato a quel contenuto sul server remoto. Ora, il titolare può inizialmente scegliere di rendere il contenuto liberamente accessibile sul suo sito tramite la pubblicazione dell'URL che permette agli utenti l'accesso all'opera memorizzata sul servizio cloud. In un secondo momento, lo stesso titolare potrebbe decidere di eliminare l'URL dal suo sito (così facendo, il contenuto non sarebbe "più a disposizione del pubblico sul sito in cui sia stata comunicata inizialmente") o di sottoporre la pagina del suo sito dove l'URL è stata pubblicata a misure restrittive (rendendola così, con le parole della Corte, "disponibile su tale sito esclusivamente per un pubblico ristretto").

In assenza di una rimozione del contenuto dal server remoto, gli URL per accedere

protette, senza che la persona che abbia creato lo stesso collegamento ne sia necessariamente a conoscenza".

¹⁶⁶ Se il titolare dovesse cancellare i file cui il link indirizza dal server remoto, il problema non si porrebbe, in quanto il link cesserebbe semplicemente di funzionare. Lungi dal rivelarsi insensato, come sostengono Nick Bolter - Gareth Dickson "Courts address the social media-copyright clash", in *Managing Intellectual Property* 2014, p. 40, tuttavia, il principio espresso dalla Corte troverebbe applicazione rispetto ai link che reindirizzano a copie non autorizzate dell'opera, su cui vedi *infra*, capitolo III, paragrafo 9. Nel caso in cui il file in questione fosse mantenuto e sottoposto a una misura di restrizione, invece, il fornitore del link potrebbe permettere agli utenti di eluderla. Ciò accadrebbe, ad esempio, nel caso in cui il link fosse modificato a tali fini oppure nell'ipotesi in cui il link utilizzi l'URL del *Content Delivery Network* impiegato dal titolare sin dal periodo in cui l'opera era liberamente disponibile.

¹⁶⁷ Si tratta di un modello di business molto diffuso in diversi settori dell'industria creativa. David J. Teece, "Business Models, Business Strategy and Innovation", in *Long Range Planning*, 2010, p. 179, definisce "*freemium*" il modello di business consistente nell'offerta contestuale di contenuti gratis e a pagamento, individuando nei primi un importante strumento di promozione dei contenuti che, con le parole della Corte, sono sottoposti a misure di restrizione: "vendors' get customers hooked on the free product, and then subsequently convert them into paying customers through the sale of complementary [product] [...] Give your service away for free, possibly ad supported but maybe not, acquire a lot of customers very efficiently through word of mouth, referral networks, organic search marketing, etc., then offer premium priced value added services or an enhanced version of your service to your customer base".

all'opera continuerebbero a funzionare a prescindere dal mutamento del regime di accesso intervenuto sul sito del titolare. Di conseguenza, gli utenti che avessero diffuso l'URL al contenuto memorizzato sul server remoto potrebbero continuare ad accedervi, mentre la fornitura di quel collegamento, in seguito al mutamento del regime di accesso adottato dal titolare, integrerebbe una comunicazione al pubblico ai sensi dell'articolo 3, comma 1, della Direttiva sulla Società dell'Informazione.

In questa prospettiva, la comunicazione al pubblico delineata dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Svensson* ha natura "intermittente". Sussiste nel solo periodo di tempo in cui il titolare mantiene le misure di restrizione; per poi scomparire quando i contenuti vengono resi liberamente disponibili; per poi ristabilirsi se e quando le misure restrittive sono adottate nuovamente; e così via.

Il regime così descritto ha l'indubbio pregio di garantire ai titolari uno strumento dinamico per esercitare un controllo sui contenuti flessibile ed adattabile alle strategie commerciali maggiormente diffuse sul mercato. Al contempo, esso presenta dei profili decisamente problematici.

In prima battuta, un diritto proprietario che c'è e non c'è a seconda delle azioni di un terzo (il titolare) influisce negativamente sulla certezza del diritto di internet e, in particolare, sulla possibilità degli utenti di fare affidamento sulla liceità delle loro attività di linking alla luce del regime di accesso adottato dal titolare al (solo) momento della comunicazione iniziale. La natura intermittente della comunicazione al pubblico, è stato osservato, sembrerebbe imporre in capo ai soggetti che forniscono i link un onere di controllo periodico sul regime d'accesso adottato dal titolare. Un onere che, come recentemente sottolineato nella sentenza *GS Media*, non può ragionevolmente essere richiesto agli utenti privati che forniscono i link senza scopo di lucro e che, anche con riferimento agli utenti professionali, si tradurrebbe in un'attività di monitoraggio probabilmente insostenibile dal punto di vista economico.¹⁶⁸

E' per questa ragione che, nella giurisprudenza degli Stati Membri, è stato sottolineato come l'unico atto rilevante ai fini della determinazione del consenso implicito all'uso di un'opera è quello iniziale, dovendosi per contro considerare gli atti successivi come contrastanti con il principio di buona fede.¹⁶⁹

¹⁶⁸ "The fact that the work was initially communicated with no restriction measure will not suffice to grant immunity against copyright liability, and "linkers" will be required to constantly monitor the linked content, to make sure it has not been removed from the original website where it was placed or whether it is still available there but only in a restricted. A duty to monitor that the linked content stays openly accessible on the website where it was initially uploaded with the copyright holder's consent would have the effect of impairing the functioning of the internet, as such monitoring would be extremely cumbersome for individual users and technically unfeasible for internet service providers". Così, Emanuela Arezzo, Emanuela Arezzo, "Hyperlinks and Making Available Right in the European Union - What Future for the Internet After *Svensson*?", *cit.*, p. 545.

¹⁶⁹ In questo senso, si veda Philipp Zimbehl, "Google Images", in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law* 2010, p. 192. L'Autore commenta la decisione della Corte

Tale circostanza è aggravata dal contesto in cui le attività di linking si inseriscono, già di per sé molto liquido.

Diverse ricerche hanno infatti dimostrato che una parte considerevole dei link forniti su internet rimane valido solo per un periodo limitato di tempo, salvo poi cessare di indirizzare ai contenuti originariamente linkati a causa di vari eventi, primo tra tutti l'intervento su quei contenuti da parte di terzi.¹⁷⁰ Se all'inaffidabilità funzionale connaturata al linking come mezzo di diffusione di comunicazione in sé si aggiunge l'incertezza giuridica derivante dalla sua liceità intermittente, ben si comprende come le attività soprattutto imprenditoriali che fanno uso di questi collegamenti, primi tra tutti i siti di aggregazione di notizie, potrebbero avere qualche riserva sulla creazione di un mercato unico digitale caratterizzato chiaro e favorevole alle attività "creatrici ed innovatrici", che pur la Direttiva InfoSoc si pone come obiettivo.¹⁷¹

11. Neutralità tecnologica

I principi sopra esposti, ha infine stabilito la Corte nella sentenza *Svensson*, sono applicabili in tutti i casi in cui oggetto dei link siano contenuti messi a disposizione dal

Suprema tedesca del 29 aprile 2010, I ZR 69/08 ("**Vorschaubilder I**"), riguardante la riproduzione da parte del motore di ricerca di immagini che il titolare ha reso inizialmente liberamente disponibili, salvo poi ritirare il suo consenso tramite una dichiarazione inviata al motore di ricerca stesso: "The consent was also not withdrawn, when the applicant informed Google about her opposition to the listing of her pictures. Since the essential declaration was the act of putting the pictures on the internet without protection and this declaration is directed at the general public, the act of withdrawing this declaration would have to be in the same way. A declaration of withdraw just addressed to Google would constitute an act against the principle of equity and good faith (protestatio facto contraria)".

¹⁷⁰ Nella letteratura americana, si fa riferimento a questo problema come "link rot": "The link, a URL, points to a resource hosted by a third party. That resource will only survive so as long as the third party preserves it. And as websites evolve, not all third parties will have a sufficient interest in preserving the links that provide backwards compatibility to those who relied upon those links. The author of the cited source may decide the argument in the source was mistaken and take it down. The website owner may decide to abandon one mode of organizing material for another. Or the organization providing the source material may change its views and 'update' the original source to reflect its evolving views. In each case, the citing paper is vulnerable to footnotes that no longer support its claims". Così, Jonathan Zittrain - Kendra Albert - Lawrence Lessig, "Perma: Scoping and Addressing the Problem of Link and Reference Rot in Legal Citations - How to make legal scholarship more permanent", in *Harvard Law Review* 2014, 127, F. 176, disponibile al (perma)link http://cdn.harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2014/03/forvol127_zittrain.pdf. Gli stessi autori hanno accertato che il *link rot* interessa il 70% dei link contenuti nella *Harvard Law Review* e il 50% dei link inclusi nelle sentenze della Suprema Corte statunitense. In generale, l'aspettativa di vita di un link varia a seconda del tipo di contenuto oggetto del collegamento e, in particolare, della cura con cui viene gestito l'archivio in cui si trovano i contenuti linkati. Come ha dimostrato Wallace Koehler, "A Longitudinal Study of Web Pages Continued: A Consideration of Document Persistence", in *Information Research* 2004, 9(2) paper 174, disponibile all'URL <https://perma.cc/8767-F7NG>, l'ordine temporale è comunque molto ridotto, nell'ordine dell'anno e mezzo - due per i link a contenuti "generalisti".

¹⁷¹ Cfr., ad esempio, il considerando 4 della Direttiva sulla Società dell'Informazione: "Un quadro giuridico armonizzato in materia di diritto d'autore e di diritti connessi, creando una maggiore certezza del diritto e prevedendo un elevato livello di protezione della proprietà intellettuale, promuoverà notevoli investimenti in attività creatrici ed innovatrici, segnatamente nelle infrastrutture delle reti, e di conseguenza una crescita e una maggiore competitività dell'industria europea per quanto riguarda sia la fornitura di contenuti che le tecnologie dell'informazione nonché, più in generale, numerosi settori industriali e culturali".

titolare del diritto d'autore, a prescindere dalla tipologia di link impiegata dal fornitore del collegamento.

Non rileva, in altre parole, che il collegamento fornito sia un link semplice o che, per converso, il fornitore del collegamento impieghi un embedded o un framing link. Sia nel caso in cui il link reindirizzi l'utente verso al sito del titolare dove è ospitata l'opera, sia in quello in cui l'utente può visionare l'opera rimanendo sulla pagina dove si trova il collegamento, il pubblico rientra nella cerchia considerata dai titolari del diritto d'autore nel momento in cui hanno effettuato la comunicazione iniziale e non vi rientra se l'opera è sottoposta a misure restrittive. Come è stato efficacemente sottolineato in una precedente decisione americana sul punto, il diritto d'autore, a differenza del diritto dei marchi, non tutela la corretta indicazione di origine imprenditoriale dei servizi.¹⁷² Per tale ragione, poco conta che gli utenti, ignari dell'esistenza di un framing o embedded link, abbiano l'impressione che l'opera sia messa a disposizione direttamente dal gestore del sito che ospita il (framing o embedded) link invece che dall'effettivo titolare del diritto d'autore.

Adottando un approccio tecnologicamente neutro rispetto alle diverse tipologie di link esistenti e alle divergenti impressioni che essi possono causare sugli utenti che li usano, la Corte ha così concluso che, a fronte di opere liberamente disponibili, non c'è un pubblico nuovo. E che, senza pubblico nuovo, non vi può essere una comunicazione al pubblico ai sensi dell'articolo 3, comma 1, InfoSoc a prescindere dalla tecnica di linking impiegata.¹⁷³

La posizione della Corte sembra in linea con l'analisi bifasica e meccanica di cui si è detto sopra.¹⁷⁴ Se gli unici elementi che contano, infatti, sono quelli dell'esistenza di una comunicazione e di un pubblico nuovo, la circostanza che il collegamento a

¹⁷² Il concetto è espresso dalla U.S. Court of Appeal for the Ninth Circuit nella causa *Perfect 10 v. Google, Inc.*, 416 F.Supp.2d 828 (C.D.Cal.2006), 487 F.3d 701 (USCA, 9th Cir. 2007): "Perfect 10 argues that Google displays a copy of the full-size images by framing the full-size images, which gives the impression that Google is showing the image within a single Google webpage. While in-line linking and framing may cause some computer users to believe they are viewing a single Google webpage, the Copyright Act, unlike the Trademark Act, does not protect a copyright holder against acts that cause consumer confusion".

¹⁷³ Sentenza *Svensson, cit.*, punti 29 e 30, ove la Corte ha adottato l'approccio tecnologicamente neutro di cui si è detto, ribadendo che la mancata integrazione di una comunicazione al pubblico dovuta all'assenza di un pubblico nuovo "non potrebbe essere rimessa in discussione nel caso in cui [...], quando gli internauti cliccano sul collegamento in esame, l'opera appare dando l'impressione di essere a disposizione sul sito in cui si trova tale collegamento, mentre in realtà proviene da un altro sito. [...] tale circostanza aggiuntiva non modifica affatto la conclusione secondo cui la fornitura su un sito di un collegamento cliccabile verso un'opera protetta, pubblicata e liberamente accessibile su un altro sito, ha l'effetto di mettere a disposizione degli utilizzatori del primo sito l'opera medesima e costituisce, quindi, una comunicazione al pubblico. Tuttavia, dal momento che non vi è un pubblico nuovo, per tale comunicazione al pubblico in ogni caso non è necessaria l'autorizzazione dei titolari del diritto d'autore".

¹⁷⁴ Ed è, peraltro, completamente in linea con quanto auspicato da Lionel Bently e Altri della European Copyright Society, "The Reference to the CJEU in Case C-466/12 *Svensson*", *cit.*, punto 53: "In principle, we are unable to see why 'framing' as it is often called, should be treated any differently for copyright purposes from hyperlinking".

un'opera sia fornito attraverso un link ordinario o con un embedded o framing link non influisce sull'integrazione o meno di una comunicazione al pubblico. Da un lato, tutte le diverse tipologie di link citate offrono "un accesso diretto"¹⁷⁵ alle opere oggetto del collegamento e, quindi, possono essere considerate un atto di messa a disposizione "e, di conseguenza, [un] 'atto di comunicazione'" ai sensi dell'articolo 3, comma 1, InfoSoc.¹⁷⁶ Dall'altro lato, la circostanza che il pubblico acceda all'opera tramite un link ordinario o un embedded link non influisce sulla presunzione secondo cui, non adottando misure di protezione, il titolare ha considerato il bacino dei suoi potenziali utenti come comprensivo di tutti gli utenti internet.

Eppure, prima e dopo l'adozione della sentenza *Svensson*, non sono mancate voci che hanno criticato la scelta di trattare allo stesso modo tutti i tipi di link, sottolineando che un approccio tecnologicamente neutro non terrebbe in debito conto le dinamiche tecnologiche e di mercato che sottendono alla differenza tra link ordinari, da un lato, e framing/embedded link, dall'altro.¹⁷⁷

In questa prospettiva, è stato sostenuto che, se tutti i link offrono un "accesso diretto", per alcune categorie di essi l'accesso sarebbe più "diretto" di altri e meriterebbe, quindi, un'analisi diversa. In particolare, mentre i collegamenti alla home page del sito dove si trova l'opera (*surface link*) potrebbero effettivamente considerarsi dei meri rinvii, gli embedded/framing link mettono l'utente nella posizione di "attirare" l'opera sullo schermo del suo *device* senza passare dal via, ove per "via" si intende il sito del titolare del diritto d'autore dove quest'ultimo ha la possibilità di sfruttare i contenuti tramite inserzioni pubblicitarie.¹⁷⁸ Benché i normali hyperlink e gli embedded/framing link condividono il medesimo processo tecnologico di collegamento, essi comportano conseguenze economiche diverse, essendo gli embedded/framing link idonei ad

¹⁷⁵ Sentenza *Svensson*, *cit.*, punto 18.

¹⁷⁶ Sentenza *Svensson*, *cit.*, punto 20.

¹⁷⁷ La definiscono "sorprendente" Andrew Moir - Rachel Montagnon - Heather Newton, "Communication to the public: the CJEU finds linking to material already 'freely available' cannot be restricted by copyright owners: Nils Svensson and Others v Retriever Sverige AB (C-466/12)", *cit.*, p. 401.

¹⁷⁸ "[D]eep links and framing links make the referenced work available to the public, and therefore, in the absence of an exception or limitation, would require authorization. These links offer the works to the public in such a way that the members of the public may access the works at a place and time chosen by them. Those who furnish these kinds of links make it possible to bring the works directly to the computer or device screens of the user, or to download them directly to the computer or device, without further intermediation. By contrast, a hyperlink to the home page of a website hosting the contested work is not itself a communication of a specific work to the public because what is communicated is the homepage, not directly the work. Another step, taken on the host site, is needed before the user accesses the work via the linking measure. In that case, there is a communication to the public, but solely by the linked-to site, not also by the linker". Così, ALAI, *Report and Opinion on a Berne-compatible reconciliation of hyperlinking and the communication to the public right on the internet*, p. 2. Sostanzialmente in linea anche i precedenti pareri dell'Association, "Report and Opinion on the making available and communication to the public in the internet environment – focus on *linking techniques* on the Internet", *cit.*, e *Opinion on the criterion 'New Public', developed by the Court of Justice of the European Union (CJEU), put in the context of making available and communication to the public*, *cit.* Dello stesso segno anche le considerazioni di Alexander Tsoutsanis, "Why copyright and *linking* can tango", *cit.*, pp. 497 e ss.

influire negativamente sul traffico acquisito dal sito ove le opere sono state inizialmente comunicate dal titolare.¹⁷⁹ Secondo alcuni Autori, tale circostanza renderebbe opportuno un trattamento degli embedded/framing link che si avvicini di più a quello del diritto di riproduzione che a quello di comunicazione – o che, comunque, permetta al titolare del diritto d'autore di poterli vietare – e, soprattutto, licenziare la possibilità di rendere le opere oggetto di embedded/framing link.¹⁸⁰

Dalle medesime considerazioni fattuali muove l'opinione secondo cui agli embedded e framing link non potrebbe nemmeno applicarsi il criterio del nuovo pubblico, consistendo essi in modalità tecniche profondamente diverse rispetto a quelle usate dal titolare al momento della prima comunicazione. In questa prospettiva, il principio adottato in *TVCatchup* avrebbe dovuto portare a concludere per la sussistenza di un pubblico diverso rispetto a quello contemplato dal titolare al momento della comunicazione iniziale. Se dalla mancata adozione di misure restrittive potrebbe derivarsi la conclusione che il titolare era consapevole che l'opera comunicata potesse essere fatto oggetto di hyperlink, lo stesso ragionamento non varrebbe per gli embedded/framing link, che integrerebbero "condizioni tecniche differenti" rispetto a quelle che hanno caratterizzato la comunicazione iniziale e sarebbero di per sé sufficienti ad integrare una comunicazione al pubblico.¹⁸¹

Un'altra tesi ancora propone una suddivisione, all'interno delle categorie degli

¹⁷⁹ Così Thomas Höppner - Felicitas Rieger, "Moving Towards a World of Selfies? – A Critical View of the European Legal Framework for the Online Use of Third Party Images", in *GRUR Int.* 2016, p. 635: "Hyperlinks and frames share the same hyperlinking technology. Yet there are profound economic differences between the two: Hyperlinks merely help users to visit the source website containing the relevant content. Frames with images, in contrast, are designed to render any such visit unnecessary as they make the content available directly on the website embedding the frame. Unlike the situation where hyperlinks are concerned, the source-website does not receive any relevant traffic from the website that uses its content". Sull'opportunità di adottare un regime differenziato tra surface link, da un lato, e deep link o framing link, dall'altro, si vedano anche Giacomo Bonelli, "Il sito web quale opera dell'ingegno", in *Dir. Informatica* 2002, *cit.*, p. 213; Alessandro Cogo, "Linking e framing al vaglio della Corte di Giustizia dell'Unione Europea", *cit.*, pp. 2207 e 2208 e Javier Garrote, "Linking and framing: a comparative law approach", *cit.*, p. 196.

¹⁸⁰ *Ibid*, pp. 635 e 636: " While the upload of a work would infringe copyright, the mere framing would not. This contradicts the general equivalence between these two forms of exploitation, which is demonstrated by the fact that nowadays framing is increasingly used to replace and circumvent the upload of the framed image. The reason for this trend is mainly that it makes no difference to visitors of a website whether an image has been uploaded to the website's respective servers or whether it is only being displayed by framing. Those visiting a website simply cannot tell the difference. From the perspective of the website provider, framing images entails several advantages, in particular the possibilities of saving server capacity and of avoiding licence fees. There is no justification for treating upload and framing differently."

¹⁸¹ "In situations involving framed and embedded linking, it is also generally not necessary to determine whether the content made available addresses a 'new' public as the content is made available under different technical conditions, displayed in a different frame or environment than it was initially made available in. This does not necessarily mean that any embedded link is necessarily objectionable, as many established video platforms, such as YouTube, require anyone posting a video, under its default public video sharing settings, explicitly to allow others to also use, display and embed such content. While this provides for the necessary authorization in cases where the copyright owner posted such video and agreed to such licensing terms, this obviously does not apply in situations such as in BestWater where the copyright owner did not put the contested video on YouTube, or authorize that emplacement." Così, Alexander Tsoutsanis, "Why copyright and linking can tango", *cit.*, p. 507.

embedded o framing link, tra i collegamenti che richiedono un intervento (clic) dell'utente al fine di fruire dell'opera e quelli che, per loro natura (framing) o in virtù dei criteri impostati dal fornitore del link (embedded), mettono l'opera a disposizione (ad esempio, facendo iniziare un video) non appena l'utente entra sulla pagina dove il collegamento è ospitato. Se la Corte sembra liberalizzare i primi, ha sostenuto un Autore, i continui riferimenti in quella decisione ai collegamenti "cliccabili" e al momento in cui "gli internauti cliccano sul collegamento"¹⁸² farebbe ritenere che il pubblico che fruisce di embedded e framing link che si attivano automaticamente dovrebbe essere considerato nuovo in quanto, in presenza di link "automatici", l'utente non avrebbe bisogno di "cliccare" alcunché e avrebbe accesso alla comunicazione originaria non avendola nemmeno cercata o richiesta.¹⁸³

Le critiche all'approccio tecnologicamente neutro adottato dalla Corte non sembrano cogliere nel segno.

Da un lato, la circostanza che gli embedded/framing link possano limitare la possibilità di sfruttare le inserzioni pubblicitarie sul sito dei titolari non è un argomento di particolare efficacia. Il diritto d'autore e, nella specie, il diritto di comunicazione dell'opera al pubblico, infatti, non prevedono il diritto del titolare di ottenere *tutti i benefici economici possibili* dallo sfruttamento dell'opera, ma solo quelli "adeguati", cioè appropriati alla luce del bilanciamento tra i diversi interessi in gioco.¹⁸⁴ Gli interessi in gioco, nel caso della fornitura di collegamenti, includono anche l'opportunità di

¹⁸² Si veda, ad esempio, sentenza *Svensson*, *cit.*, punti 29, 30, 31 e 32.

¹⁸³ La tesi è di Alessandro Cogo, "Linking e framing al vaglio della Corte di Giustizia dell'Unione Europea", *cit.*, pp. 2207 e 2208: "La Corte sembra infatti legittimare certamente il deep linking e probabilmente anche il framing [...] Su questo punto è tuttavia consigliabile una certa prudenza. [...] D'altra parte, la Corte riferisce con una precisazione e una frequenza alquanto sospette le sue statuizioni al caso in cui l'utente 'clicchi' sul collegamento ipertestuale ed acceda così all'opera protetta. Per questa via, induce quantomeno a dubitare che il medesimo atteggiamento liberale possa trovare applicazione quando non sia l'utente ad attivare i collegamenti ipertestuali ma direttamente il software di gestione del sito web visitato eventualmente in sincrono con il browser dell'utente. In questo modo [...] si può forse convenire che [il fornitore del link] determini l'accesso all'opera altrui da parte di un pubblico che non avrebbe avuto accesso alla comunicazione originaria: a tacer d'altro perché raggiunge utenti che sono esposti a quel contenuto malgrado non lo abbiano necessariamente cercato e comunque richiesto".

¹⁸⁴ Così Gustavo Ghidini, "Exclusion and Access in Copyright Law: The Unbalanced Features of the European Directive 'On Information Society' (InfoSoc)", in *Rivista di Diritto Industriale* 2013, Vol. 62, Fasc. 1, pp. 5 e ss., che sottolinea come anche la Corte di Giustizia nella sentenza *FAPL* abbia posto l'accento sulla circostanza che il ruolo essenziale del diritto d'autore non è garantire al titolare tutti i benefici economici possibili, ma solo quelli "adeguati": "in my view that essential function basically consists just in granting legal protection against the risk of losses from free riding activities: precisely, those free riding activities capable (unlike those of mere researchers) of frustrating the owners' interest to recoup investment and obtain a fair compensation (fair, i.e. "appropriate", not 'maximized', as ECJ in *Premier Ligue* precisés) from the exploitation of their work. In this sense, and only in this sense it can be said that IPRs provide an 'incentive' to invest". L'assunto si ritrova anche nel considerando 10 della Direttiva sulla Società dell'Informazione, alla luce del quale "Per continuare la loro attività creativa e artistica, gli autori e gli interpreti o esecutori debbono ricevere un *adeguato* compenso per l'utilizzo delle loro opere, come pure i produttori per poter finanziare tale creazione. Gli investimenti necessari a fabbricare prodotti quali riproduzioni fonografiche, pellicole o prodotti multimediali e servizi quali i servizi su richiesta ("on-demand") sono considerevoli. È necessaria *un'adeguata protezione giuridica* dei diritti di proprietà intellettuale per garantire la disponibilità di tale compenso e consentire un soddisfacente rendimento degli investimenti" (enfasi aggiunta).

evitare che una tipologia di link sia sfavorita rispetto ad un'altra senza alcuna ragione tecnologicamente valida.

Strumentale appare anche l'interpretazione secondo cui il semplice utilizzo di una tecnica di linking diversa comporterebbe un mutamento dei "mezzi tecnici" con cui il titolare ha inizialmente messo a disposizione l'opera.

Come si è visto in precedenza, infatti, nella giurisprudenza della Corte non rilevano le "tecniche" diverse di comunicazione, ma i diversi *media* in cui la comunicazione viene effettuata. Sostenere che usare un embedded link integri un mezzo tecnico diverso rispetto alla messa a disposizione di un'opera su un sito internet equivarrebbe a dire che la ritrasmissione di un segnale radio tramite degli altoparlanti è effettuata con mezzi tecnici diversi rispetto alla trasmissione iniziale del segnale tramite un'antenna, o che una televisione su cui si mette a disposizione un programma del pacchetto Sky è un mezzo tecnico diverso perché la trasmissione iniziale è effettuata via satellite. In altre parole, dovrebbero essere considerati effettuate con mezzi tecnici diversi praticamente tutte le ritrasmissioni esistenti in ambiente analogico o digitale, che di norma coinvolgono diversi dispositivi.

Non si comprende, infine, come potrebbe influire sulla definizione del pubblico nuovo l'attività dell'utente che clicca o meno sul link. L'unico intervento che rileva, nel contesto della comunicazione al pubblico, è infatti quello del soggetto che pone in essere la comunicazione di secondo grado. D'altra parte, è giurisprudenza più che consolidata che la ricezione della comunicazione rileva anche se meramente "potenziale",¹⁸⁵ il che esclude quasi del tutto l'influenza del comportamento effettivo dell'utente finale ai fini dell'integrazione di una comunicazione al pubblico.

A ciò si aggiunga che, secondo una prospettiva più generale, una differenziazione tra le distinte tipologie di collegamenti creerebbe molti più problemi della scelta tecnologicamente neutrale adottata in *Svensson*.

Da un lato, infatti, l'approccio adottato dalla Corte appare maggiormente in linea con le dinamiche comunicative e con gli strumenti che caratterizzano la rete internet. Hyperlink, framing ed embedded link, infatti, costituiscono strumenti ampiamente adottati dagli utenti e una loro differenziazione ai fini dell'integrazione di una comunicazione al pubblico avrebbe potuto tradursi in penalizzazioni arbitrarie di una tecnica rispetto alle altre, con sostanziale detrimento della libertà di diffusione e

¹⁸⁵ Si tratta di un principio pacifico, che la Corte ha adottato sin dalla sentenza *SGAE, cit.*, punto 43: "affinché vi sia comunicazione al pubblico, è sufficiente che l'opera sia messa a disposizione del pubblico in modo che coloro che compongono tale pubblico possano avervi accesso. Pertanto, non è determinante a tal riguardo [...] che i clienti che non hanno messo in funzione l'apparecchio televisivo non hanno avuto effettivamente accesso alle opere". Il punto è stato ribadito, più in generale, anche nella sentenza *Svensson, cit.*, punto 19: "perché vi sia 'atto di comunicazione' è sufficiente, in particolare, che l'opera sia messa a disposizione del pubblico in modo che coloro che compongono tale pubblico possano avervi accesso, senza che sia determinante che utilizzino o meno tale possibilità".

condivisione delle informazioni.¹⁸⁶

Sotto un diverso profilo, il rigetto della scelta tecnologicamente neutra adottata dalla Corte avrebbe comportato una disparità di trattamento rispetto a condotte identiche davvero difficile da giustificare. Dal punto di vista degli utenti, infatti, fornire un link ordinario o un embedded link comporta nella grande maggioranza dei casi la medesima azione, consistente nel riportare un URL all'interno di un contenuto multimediale.¹⁸⁷ Il collegamento rimane un semplice hyperlink o diviene un embedded link in un momento successivo e in virtù dell'interazione tra il sito su cui viene riportato l'URL, il software ivi installato e il browser di navigazione, che percepisce l'indirizzo internet come un'istruzione che comporta l'andare a recuperare e riprodurre temporaneamente un contenuto presente su un altro sito.

Anche alla luce della diffusione delle tecniche di cui si è detto, permettere che un contenuto sia linkato attraverso un collegamento semplice, vietandone invece l'embedding, avrebbe portato a una situazione di dubbia efficacia in termini di possibilità di enforcement, mentre nient'affatto dubbia sarebbe stata la perdita di credibilità di un diritto che tratta diversamente condotte identiche, vietando pratiche che costituiscono pilastri essenziali dell'architettura moderna della rete e che sono adottate ogni giorno, in buona fede, dalla grande maggioranza degli utenti.¹⁸⁸

12. L'irrilevanza dell'ordinanza *BestWater*

Sull'ordinanza della Corte di Giustizia nel caso *BestWater* sono stati scritti, invano, fiumi di inchiostro. La scarsa chiarezza della decisione e la poca consapevolezza con cui la Corte di Giustizia ha affrontato quello che sarebbe potuto essere la prima pronuncia sulla fornitura di link a contenuti illeciti ha portato diversi Autori a sostenere che l'ordinanza in questione avesse costituito una revisione radicale dei principi

¹⁸⁶ Taina Pihlajarinne, "Setting the limit for the implied license in copyright and linking discourse - The European Perspective", *cit.*, pp. 706, sottolinea come, rispetto alla tutela degli interessi legati alla libertà di espressione, "a technical-oriented approach could lead to arbitrary results. For instance, in social media services, links provided by private users can serve as important tools for social debate, and they are very often of embedded type. On the other hand, using deep links, for instance, as a systematic tool in commercial content production, is not necessarily in line with the goal to protect investments needed for production of high quality content". Sostanzialmente in linea anche l'opinione di Emanuela Arezzo, "Hyperlinks and Making Available Right in the European Union - What Future for the Internet After Svensson?", *cit.*, pp. 544: "the risks enshrined in a technologically based (or rather 'biased') approach, which would probably lead to arbitrary results and penalize, by way of harsher treatment, some of the linking techniques most widespread among internet users, such as embedding content in social platforms".

¹⁸⁷ Ciò avviene, in particolare, sui social networks, i cui software normalmente leggono in modo automatico l'inserimento di un URL come istruzione volta alla creazione di un contenuto embedded.

¹⁸⁸ Sull'importanza di evitare regole di matrice legislativa o giurisprudenziale che sterilizzino la circolazione dei contenuti sulle reti sociali si veda Marco Ricolfi, "Le utilizzazioni libere dell'IP nei social network", in *AIDA* 2011, pp. 595 e ss., dove l'autore invita a "prendere atto che il comportamento umano è regolato non solo da norme giuridiche ma anche dai mercati, dalla tecnologia e dalle norme sociali."

contenuti nella sentenza *Svensson*, al punto da considerare il framing di contenuti in violazione del diritto d'autore lecito contro il percorso argomentativo di cui si è dato atto nei paragrafi precedenti. In realtà, l'ordinanza nulla aggiunge a quanto stabilito nella sentenza *Svensson*, se non in termini di conferma del principio di neutralità tecnologica.

L'ordinanza in commento ha origine in un rinvio pregiudiziale effettuato dalla Corte Suprema tedesca, chiamata a decidere un caso riguardante la fornitura di link verso contenuti messi a disposizione senza il consenso del diritto d'autore. Benché l'ordinanza *BestWater* sia stata adottata pochi mesi dopo la sentenza *Svensson*, il rinvio effettuato dalla Corte Suprema tedesca è precedente a quello della Corte d'Appello di Svea. Il giudizio della Corte sul caso *BestWater*, tuttavia, è stato volutamente posticipato proprio in attesa della decisione *Svensson*,¹⁸⁹ il che è indicativo del fatto che già in tale pronuncia ci si aspettava una presa di posizione della Corte riguardo al link a contenuti illeciti.

L'attrice nel procedimento principale era la società tedesca BestWater International, attiva nel settore della commercializzazione di filtri per l'acqua. Per promuovere i suoi servizi, BestWater aveva realizzato un video di un paio di minuti che affrontava il tema dell'inquinamento dell'acqua. Nell'ordinanza si dà atto che il video in questione, a un certo punto, è stato reso liberamente disponibile su YouTube e che BestWater affermava che il caricamento e la messa a disposizione di quel contenuto sulla piattaforma di *video-sharing* sarebbero stati realizzati senza il suo consenso.¹⁹⁰

Due agenti di commercio che trattavano affari per un'azienda concorrente, avevano "incluso" il video creato da BestWater sui loro sito internet per mezzo di un framing link che faceva apparire il contenuto come "incastonato" sui loro siti, dando così agli utenti l'impressione che il video fosse stato caricato sulle loro pagine.¹⁹¹

BestWater aveva citato in giudizio i due agenti, lamentando la violazione del suo diritto

¹⁸⁹ Riporta tale circostanza Ingrid Silver - Katie Aitken-Quack, "CJEU Zooms In On Framing", in *Mondaq Business Briefing*, 17 novembre 2014: "BestWater had been referred to the CJEU by the German Federal Court over a year before the case was eventually heard as it was stayed pending a decision in *Svensson v. Retriever Sverige AB (C-466/12)(Svensson)*, a case that addressed the issue of hyperlinking under online copyright law."

¹⁹⁰ Ordinanza *BestWater*, *cit.*, punto 4: "BestWater International fabrique et commercialise des systèmes de filtre à eau. Pour ses besoins publicitaires, elle a fait produire un film de deux minutes environ sur le thème de la pollution des eaux, sur lequel elle détient des droits exclusifs d'exploitation. Au moment des faits ayant donné lieu au litige au principal, ce film était consultable sur la plateforme vidéo 'YouTube'. Cependant, BestWater International affirme que cette mise en ligne a été réalisée sans son consentement". Al tempo del rinvio, la prestazione del consenso da parte di BestWater in merito al caricamento del contenuto su YouTube era controversa. Si veda, in merito, Matthias Kloth, "Rechteinhaber muss Fehlen der Zustimmung zum Hochladen beim 'Framing' beweisen", in *GRUR-Prax* 2016, p. 484.

¹⁹¹ Ordinanza *BestWater*, *cit.*, punto 5: "MM. Mebes et Potsch ont permis aux visiteurs de leurs sites Internet de visualiser le film produit par BestWater International au moyen d'un lien Internet utilisant la technique de la 'transclusion'. Lorsque les utilisateurs cliquaient sur ce lien, le film, lequel provenait de la plateforme vidéo mentionnée au point précédent, apparaissait en incrustation sur les sites Internet de MM. Mebes et Potsch, donnant l'impression qu'il était montré depuis ceux-ci."

di comunicazione al pubblico e chiedendo il risarcimento del danno. Dopo due decisioni di Tribunali minori, la questione era stata portata avanti alla Corte Suprema. In linea con quanto disposto nella sentenza *Svensson*, quella Corte aveva osservato che, ai fini dell'integrazione di una comunicazione al pubblico ai sensi dell'articolo 3, comma 1, della Direttiva InfoSoc, è necessario che un'opera comunicata attraverso le medesime modalità tecniche della comunicazione principale sia rivolta a un pubblico nuovo. Di conseguenza, aveva concluso la Corte Suprema, la fornitura del framing link da parte dei due agenti non avrebbe "trasmesso" il video di BestWater a un pubblico nuovo, in quanto il contenuto era già "liberamente disponibile su una piattaforma video". Ciò detto, la Corte Suprema aveva osservato che la tecnica del framing aveva comunque permesso ai due agenti di "appropriarsi" dell'opera di BestWater e che i due soggetti, grazie a tale tecnica, erano riusciti ad evitare di ricadere nel campo di applicazione del diritto di riproduzione. Alla luce di ciò, la Corte Suprema chiedeva alla Corte di Giustizia se tale "appropriazione" effettuata tramite framing link potesse comunque considerarsi violazione del diritto di comunicazione al pubblico nonostante non fosse riscontrabile un pubblico nuovo.¹⁹²

La domanda oggetto di tale rinvio non riguardava specificamente l'aspetto del linking a contenuti illeciti.¹⁹³ In linea con le posizioni assunte in precedenza dalla giurisprudenza tedesca,¹⁹⁴ la Corte Suprema intendeva invece ottenere indicazioni in merito alla possibilità di adottare un approccio non tecnologicamente neutro rispetto all'attività di framing. Il dubbio, in altre parole riguardava la possibilità di considerare integrata una comunicazione al pubblico alla luce dell'"appropriazione" del contenuto conseguente alla particolare tecnica del framing nonostante non vi fosse un pubblico nuovo.

E' probabilmente in considerazione di questa circostanza e del principio piuttosto netto a favore della neutralità tecnologica espresso nella sentenza *Svensson* che la Corte di Giustizia ha ritenuto non fosse necessario pronunciarsi sul rinvio in commento con una sentenza. Di conseguenza, la decisione nella causa in commento è stata resa nella forma dell'ordinanza motivata ai sensi dell'articolo 99 del Regolamento di Procedura

¹⁹² Ordinanza BestWater, punto 10: "Cette juridiction observe que les liens en cause utilisaient la technique de la 'transclusion'. Or, cette technique permet au gérant d'un site de s'approprier une œuvre, tout en lui évitant de devoir la copier et ainsi de tomber dans le champ d'application des dispositions relatives au droit de reproduction. Par conséquent, la juridiction de renvoi se pose la question de savoir si l'utilisation de cette technique justifierait qu'il soit néanmoins admis que l'insertion des liens en cause au principal constitue une 'communication au public', au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29."

¹⁹³ La domanda di rinvio era la seguente: "Se l'inserimento su una propria pagina Internet di un'opera di un terzo, resa accessibile al pubblico su una pagina Internet altrui, costituisca, in circostanze come quelle del procedimento principale, una comunicazione al pubblico ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29/CE anche qualora, in tal modo, l'opera del terzo non venga comunicata a un pubblico nuovo e la comunicazione non avvenga mediante uno specifico mezzo tecnico diverso da quello della comunicazione originale".

¹⁹⁴ In questo senso, Alexander Tsoutsanis, "Why copyright and *linking* can tango", *cit.*, p. 498.

della Corte di Giustizia, prevista nei casi in cui la Corte è chiamata a pronunciarsi su una questione pregiudiziale "identica a una questione sulla quale la Corte ha già statuito".¹⁹⁵

In effetti, nel rispondere alla domanda di rinvio, la Corte di Giustizia si è attenuta a quanto precedentemente stabilito in tema di neutralità tecnologica nella sentenza *Svensson*. In particolare, l'ordinanza *BestWater* ribadisce che, nel caso di linking a un'opera liberamente disponibile su un sito internet, la comunicazione di secondo livello costituita dal collegamento framing deve considerarsi effettuata con lo stesso mezzo tecnico di quella impiegata dal soggetto che l'ha inizialmente resa disponibile e che, dunque, una comunicazione al pubblico ai sensi dell'articolo 3, comma 1, InfoSoc, è integrata nella sola misura in cui sia integrato il requisito del pubblico nuovo.¹⁹⁶

Nel seguire il metodo di analisi del pubblico nuovo proposto in *Svensson*, tuttavia, la Corte ha impiegato delle espressioni ambigue, per poi giungere a una conclusione il cui tenore letterale, alla luce dei principi espressi in *Svensson*, può risultare destabilizzante.

Dopo aver dato conto del fatto che *BestWater International* sosteneva di non aver caricato il video contestato su YouTube, diversi punti dell'ordinanza in commento impiegano una terminologia che sembra suggerire l'irrelevanza che il titolare abbia o meno autorizzato la messa a disposizione del contenuto oggetto dei link. Il linguaggio ambiguo adottato dalla Corte sembra considerare a più riprese la libera disponibilità di un'opera su un qualsiasi sito internet come un fatto sufficiente a fondare l'insussistenza di un pubblico nuovo, a prescindere dal fatto che la messa a disposizione del contenuto sia avvenuta con il consenso del titolare o meno.¹⁹⁷ In un'altra parte della pronuncia, la circostanza che sia stato il titolare a mettere l'opera nella libera disponibilità del pubblico nel momento in cui ha effettuato la prima comunicazione sembra essere presentata come un'ipotesi meramente esemplificativa di un più ampio

¹⁹⁵ Regolamento di procedura della Corte di giustizia, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale L 265 del 29 settembre 2012, pp. 1–42. L'articolo 99 del testo, rubricato "Risposta formulata con ordinanza motivata", dispone quanto segue: "Quando una questione pregiudiziale è identica a una questione sulla quale la Corte ha già statuito, quando la risposta a tale questione può essere chiaramente desunta dalla giurisprudenza o quando la risposta alla questione pregiudiziale non dà adito a nessun ragionevole dubbio, la Corte, su proposta del giudice relatore, sentito l'avvocato generale, può statuire in qualsiasi momento con ordinanza motivata".

¹⁹⁶ Ordinanza *BestWater*, *cit.*, punto 14.

¹⁹⁷ Nell'ordinanza *BestWater*, *cit.*, punto 15, ad esempio, la Corte sembra concentrarsi sulla libera disponibilità del contenuto in quanto tale, senza tenere in conto il fatto che "celui" che ha "déjà utilisé pour communiquer cette œuvre sur cet autre site Internet" fosse o meno il titolare: "S'agissant plus spécifiquement de l'insertion sur un site Internet, par un tiers, au moyen d'un lien Internet, d'une œuvre protégée ayant été déjà librement communiquée au public sur un autre site Internet, la Cour a jugé, au point 24 de l'arrêt *Svensson* e.a. (C-466/12, EU:C:2014:76), que, étant donné qu'un tel acte de communication utilise le même mode technique que celui déjà utilisé pour communiquer cette œuvre sur cet autre site Internet, pour être qualifié de «communication au public» au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001, cet acte doit être effectué auprès d'un public nouveau." Nessun riferimento all'autorizzazione del titolare viene inoltre effettuato al punto 17 dell'ordinanza in commento.

novero di situazioni in cui è possibile concludere per l'assenza di un pubblico nuovo.¹⁹⁸ Nessun riferimento alla posizione del titolare si riscontra nemmeno nelle conclusioni dell'ordinanza, che si limitano a sottolineare l'impossibilità di inquadrare un framing link come una "comunicazione al pubblico" nella misura in cui l'opera protetta sia "liberamente disponibile su internet".¹⁹⁹

Gli elementi di cui si è dato conto hanno portato diversi Autori a sostenere che, con l'ordinanza *BestWater*, la Corte abbia stabilito il principio secondo cui la mera libera disponibilità su internet di un contenuto sarebbe sufficiente a escludere l'integrazione di una comunicazione al pubblico. E ciò a prescindere dal fatto che l'opera in questione sia stata comunicata dal titolare o che quest'ultimo abbia anche solo implicitamente autorizzato le sue comunicazione di secondo grado attraverso la mancata adozione di misure restrittive.²⁰⁰ A sostenere tale tesi è stato, recentemente, anche l'Avvocato Generale della Corte di Giustizia. Nelle Conclusioni presentate nel caso *GS Media*, infatti, l'ordinanza in commento viene interpretata nel senso di escludere una violazione del diritto di comunicazione al pubblico nonostante la comunicazione iniziale dell'opera fosse avvenuta senza l'autorizzazione del titolare del diritto d'autore. Secondo l'Avvocato Generale, *BestWater* avrebbe stabilito il principio secondo cui "l'assenza di autorizzazione del titolare del diritto d'autore in relazione alla comunicazione iniziale al pubblico non [è] rilevante alla luce dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29".²⁰¹

¹⁹⁸ Ordinanza *BestWater*, *cit.*, punto 16: "Lorsque tel n'est pas le cas, notamment, en raison du fait que l'œuvre est déjà librement disponible pour l'ensemble des internautes sur un autre site Internet avec l'autorisation des titulaires du droit d'auteur, ledit acte ne saurait être qualifié de 'communication au public' au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 (voir, en ce sens, arrêt Svensson e.a., EU:C:2014:76, points 25 à 28)". Nel passo citato viene usata l'espressione "*notamment*", che in tedesco, lingua ufficiale del procedimento, corrisponde a "*insebesondere*". Entrambe le espressioni possono essere tradotte in italiano con "in particolare", che sembra indicare l'esistenza di ulteriori ipotesi rispetto a quella che la Corte ha effettivamente considerato.

¹⁹⁹ Ordinanza *BestWater*, *cit.*, punto 19: "Eu égard à ce qui précède, il convient de répondre à la question posée que le seul fait qu'une œuvre protégée, librement disponible sur un site Internet, est insérée sur un autre site Internet au moyen d'un lien utilisant la technique de la 'transclusion', telle que celle utilisée dans l'affaire au principal, ne peut pas être qualifié de 'communication au public', au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29, dans la mesure où l'œuvre en cause n'est ni transmise à un public nouveau ni communiquée suivant un mode technique spécifique, différent de celui de la communication d'origine."

²⁰⁰ Così la pensa, ad esempio, Péter Mezei, "Enter the matrix: the effects of the CJEU's case law on linking and streaming technologies", *cit.*, p. 887, "the preliminary rulings evidenced considerable flexibility as they allow the use of hyperlinks to and the embedding of publicly available contents. Indeed, under *BestWater* the embedding of illegally published materials might be also accepted."

²⁰¹ Conclusioni dell'Avvocato Generale nel caso *GS Media*, 7 aprile 2016, *cit.*, punti 40 e 41: "Inoltre, occorre rilevare che emerge dal punto 4 dell'ordinanza *BestWater International* (C-348/13, EU:C:2014:2315) che la messa in rete dell'opera protetta e, di conseguenza, la sua comunicazione iniziale al pubblico, non erano state fatte con l'autorizzazione del titolare del diritto d'autore. Orbene, la Corte, seguendo la sua giurisprudenza *Svensson e a.* (C-466/12, EU:C:2014:76), ha dichiarato che l'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29 non era stato violato [...] Di conseguenza, sembra emergere dall'ordinanza *BestWater International* (C-348/13, EU:C:2014:2315) che l'assenza di autorizzazione del titolare del diritto d'autore in relazione alla comunicazione iniziale al pubblico non era rilevante alla luce dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29". Nel punto successivo (n. 40), tuttavia, lo stesso

Le tesi appena descritte sembrano difficilmente condivisibili.

Da un lato, infatti, in diverse parti della decisione in commento l'autorizzazione dei titolari del diritto d'autore viene indicata come una condizione necessaria ai fini dell'assenza di un pubblico nuovo. In apparente contrasto con gli altri passi dell'ordinanza sopra citati e con il tenore letterale delle conclusioni, la Corte ha ad esempio precisato che, a fronte di un'opera "liberamente disponibile sul sito verso cui reindirizza il link", il pubblico può essere considerato composto da "l'insieme generale degli internauti" solo qualora "i titolari del diritto d'autore hanno autorizzato tale comunicazione".²⁰² In mancanza di tale autorizzazione, quindi, non potrebbe effettuarsi alcuna determinazione in merito al pubblico inizialmente considerato dal titolare, il che sembra di per sé sufficiente a sconfessare la tesi per cui l'ordinanza avrebbe sconfessato *Svensson* su questo punto.

Da un punto di vista più generale, la tesi secondo cui la pronuncia *BestWater* avrebbe sostenuto l'irrelevanza dell'autorizzazione alla comunicazione dell'opera da parte del titolare del diritto sembra incompatibile con la stessa forma del provvedimento adottata dalla Corte.

Come si è visto in precedenza, infatti, la sentenza *Svensson* fonda la sua analisi in merito all'integrazione di una comunicazione al pubblico quasi interamente sul requisito del "pubblico nuovo", definito come pubblico non considerato dal titolare al momento della comunicazione iniziale dell'opera. Se davvero la Corte di Giustizia avesse voluto ribaltare tale principio, stabilendo che la semplice e oggettiva disponibilità dell'opera sulla rete internet sarebbe sufficiente al fine dell'insussistenza di un pubblico nuovo, la decisione *BestWater* avrebbe difficilmente preso la forma dell'ordinanza ai sensi dell'articolo 99 del Regolamento di Procedura della Corte – che per sua natura può essere adottata nei soli casi di questioni così semplici da non necessitare una sentenza, ma una pronuncia più succinta e motivata in base a precedenti che hanno affrontato la medesima questione.²⁰³

Avvocato Generale esprime dubbi in merito a questa conclusione, sottolineando che l'ordinanza *BestWater* potrebbe semplicemente non aver preso in considerazione l'elemento relativo all'autorizzazione del titolare: " A tal riguardo, si deve osservare, tuttavia, che la questione pregiudiziale rivolta alla Corte nella causa sfociata nell'ordinanza *BestWater International* (C-348/13, EU:C:2014:2315) non verteva specificamente sull'assenza di autorizzazione, e che il ragionamento della Corte nell'ordinanza in questione non vi fa alcun riferimento".

²⁰² Ordinanza *BestWater*, *cit.*, punto 18: "[...] En effet, dès lors que et tant que cette œuvre est librement disponible sur le site vers lequel pointe le lien Internet, il doit être considéré que, lorsque les titulaires du droit d'auteur ont autorisé cette communication, ceux-ci ont pris en compte l'ensemble des internautes comme public."

²⁰³ Come sottolinea Péter Mezei, "Enter the matrix: the effects of the CJEU's case law on linking and streaming technologies", *cit.*, p. 891, infatti, "the fact that the audio-visual content was uploaded to YouTube by unknown persons and not by *BestWater* should not be neglected. Therefore, making the resource content available to the public on-demand was ultimately carried out by initially unlawful means. This circumstance, however, is a key distinction compared to the facts of *Svensson*. Thus, by paraphrasing the CJEU Rules of Procedure, the reply to such a question may not be clearly deduced from existing case-

Il problema originario sta nella valutazione da parte della Corte di Giustizia dell'oggetto del contendere.

Mentre la domanda di rinvio attinente alla neutralità tecnologica effettuata dalla Corte Suprema tedesca era "identica a una questione sulla quale la Corte ha già statuito", infatti, la fattispecie del procedimento di rinvio su cui pure la Corte si è dilungata era estremamente diversa da quella oggetto del caso *Svensson*. A differenza degli articoli del *Göteborgs-Posten*, nel caso *BestWater* il contenuto in questione non risultava essere stato comunicato dal titolare, che non aveva prestato il suo consenso al caricamento del video su YouTube da parte di terzi – o, come dimostra la prosecuzione del procedimento principale in Germania, il cui consenso al caricamento su YouTube era quantomeno controverso.²⁰⁴

A fronte di tali elementi, la mancata valorizzazione dell'assenza di una prima comunicazione effettuata dal titolare e, più in generale, di un suo consenso implicito o esplicito ai fini dell'integrazione di una comunicazione al pubblico ai sensi dell'articolo 3, comma 1 della Direttiva InfoSoc non sembrano riconducibili all'intenzione di ribaltare o di interpretare in senso abrogativo i principi stabiliti nella sentenza *Svensson*. Più verosimilmente, la Corte ha colpevolmente ignorato²⁰⁵ quegli elementi a causa della scarsa consapevolezza con cui ha affrontato il caso, che poteva (e, forse, doveva) invece essere deciso con una pronuncia più attenta e potenzialmente molto significativa.²⁰⁶

A differenza di quanto è stato sostenuto da alcuni,²⁰⁷ non sembra possibile né

law or the answer to the question referred for a preliminary ruling permits reasonable doubt."

²⁰⁴ La natura controversa del consenso prestato (o meno) da BestWater, peraltro, ha giocato un ruolo risolutivo nel procedimento principale. Dopo l'ordinanza della Corte di Giustizia, infatti, la Suprema Corte tedesca ha sospeso la procedura e rinviato il caso alla Corte d'Appello di Monaco. Quest'ultima, con decisione del 25 agosto 2016 (6 U 1092/11; LG München I; in *BeckRS* 2016 16428 - *Reality III*) ha rigettato le pretese di BestWater proprio in quanto BestWater non aveva sufficientemente provato la sua assenza di consenso in merito al caricamento del video su YouTube, nonostante fosse suo preciso onere farlo. Si veda, sul punto, Matthias Kloth, "Rechteinhaber muss Fehlen der Zustimmung zum Hochladen beim 'Framing' beweisen", *cit.*, p. 484: "Das OLG München [...] die Klage erneut ab. Weder verletze das unautorisierte Framing das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung nach § 19a UrhG noch ein unbenanntes Recht der öffentlichen Wiedergabe nach § 15 II UrhG. Letzteres sei in Anwendung der Grundsätze des BGH nur betroffen, wenn das Erst-Bereitstellen – hier auf YouTube – ohne Zustimmung des Rechteinhabers erfolgt ist. Dann werde nämlich der Inhalt mittels Framing einem neuen Publikum zugänglich gemacht, das der Rechteinhaber beim Erst-Bereitstellen des Videos nicht im Blick hatte. Seine fehlende Zustimmung zum Erst-Bereitstellen auf YouTube habe der Kläger aber im konkreten Fall nicht hinreichend dargelegt und bewiesen. Ihn treffe insoweit die Darlegungs- und Beweislast".

²⁰⁵ "Regrettably, the Court glossed over the fact that the video was initially made available without prior authorisation of the copyright holder." Così Christof Koolen, "The Use of Hyperlinks in an Online Environment: Putting Links in Chains?", *cit.*, p. 873.

²⁰⁶ L'approccio della Corte è invece ricondotto a ragioni di pragmaticità da Mira Burri, "Permission to Link: Making Available via Hyperlinks in the European Union after *Svensson*", *cit.*, pp. 251 e 252: "The CJEU was rather swift and pragmatic in its approach, and this is despite the factual uncertainties with regard to whether there was a permission by the copyright owner for the distribution of the short film and in this sense communication to the public".

²⁰⁷ Péter Mezei, "Enter the matrix: the effects of the CJEU's case law on linking and streaming technologies", *cit.*, p. 896, ad esempio, sembra suggerire che BestWater, avendo dato conto dell'illiceità

opportuno trarre dall'ordinanza *BestWater* principi ulteriori rispetto alla conferma dell'approccio tecnologicamente neutro che costituiva l'oggetto immediato del rinvio pregiudiziale della Corte Suprema tedesca. Come conferma la decisione della Corte di Giustizia nel caso *GS Media*,²⁰⁸ quindi, a dispetto del linguaggio ambiguo di cui si è dato conto, l'ordinanza in commento non fornisce alcuna indicazione rispetto alla questione del linking a contenuti illeciti non comunicati in precedenza dal titolare del diritto d'autore.²⁰⁹

del contenuto linkato dai due agenti, avrebbe introdotto nell'ordinamento una forma di esaurimento del diritto di comunicazione al pubblico più esteso rispetto a quello che, sempre a suo dire, avrebbe stabilito la sentenza *Svensson*. L'equivoco, peraltro, non sembra limitarsi al piano dottrinale. Stando a quanto recentemente riportato da alcune testate, infatti, la Corte d'Appello di Roma, sezione penale, avrebbe recentemente adottato una decisione in cui dichiara che l'*embedding* di contenuti illeciti non integra una violazione del diritto di comunicazione al pubblico. Si veda, sul punto, Glyn Moody, "Embedding isn't copyright infringement, says Italian court", in *ArsTechnica*, 5 dicembre 2016, disponibile al seguente indirizzo: <http://arstechnica.co.uk/tech-policy/2016/12/italy-copyright-infringement-website-block/>.

²⁰⁸ Nella sentenza *GS Media*, *cit.*, punti 40 e 41, la Corte sottolinea che, con le decisioni *Svensson* e *BestWater*, "la Corte ha inteso pronunciarsi unicamente sul collocamento di collegamenti ipertestuali verso opere che sono state rese liberamente disponibili su un altro sito Internet con il consenso del titolare. In tali occasioni, la Corte aveva concluso che non sussisteva una comunicazione al pubblico in quanto l'atto di comunicazione in questione non era rivolto a un pubblico nuovo". Al punto 43, inoltre si ribadisce che "non può desumersi né dalla sentenza del 13 febbraio 2014, *Svensson e a.* (C-466/12, EU:C:2014:76), né dall'ordinanza del 21 ottobre 2014, *BestWater International* (C-348/13, non pubblicata, EU:C:2014:2315), che il collocamento su un sito Internet di collegamenti ipertestuali verso opere protette che sono state rese liberamente disponibili su un altro sito, ma senza l'autorizzazione dei titolari del diritto d'autore di tali opere, sia escluso in via di principio dalla nozione di «comunicazione al pubblico» a norma dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29. Al contrario, dette decisioni confermano l'importanza di siffatta autorizzazione alla luce di tale disposizione, poiché quest'ultima prevede proprio che ogni atto di comunicazione di un'opera al pubblico debba essere autorizzato dal titolare del diritto d'autore".

²⁰⁹ Così Florian Schmidt - Wudy, "Haftung für Hyperlinks auf ohne Er-laubnis des Rechteinhabers veröffentlichte Inhalte", in *EuZW* 2016, p. 786, che sottolineano come la questione relativa all'integrazione di una comunicazione al pubblico rispetto a contenuti illeciti non precedentemente comunicati dal titolare rimaneva aperta anche dopo l'ordinanza *BestWater*: "Im Rahmen der Prüfung dieser Anschlusskassationsbeschwerde stellt das vorlegende Gericht fest, dass weder aus dem Urteil *Svensson* ua (EuGH, ECLI:EU:C:2014:76 = *EuZW* 2014, 265) noch aus dem Beschluss vom 21.10.2014 in der Rs. C-348/13 – *BestWater* (EuGH, ECLI:EU:C:2014:2315 = *EuZW* 2015, 28) mit hinreichender Sicherheit abgeleitet werden könne, ob eine, öffentliche Wiedergabe vorliege, wenn das Werk zuvor tatsächlich, aber ohne Zustimmung des Urheberrechtsinhabers veröffentlicht worden sei".

CAPITOLO III

LINK A CONTENUTI ILLECITI

1. Riproduzione e comunicazione di contenuti illeciti

Oggetto del rinvio pregiudiziale del caso *Svensson* era la possibile qualificazione quale comunicazione al pubblico della fornitura di link a opere messe a disposizione su internet dai titolari del diritto d'autore. Come si è visto nei paragrafi precedenti, la Corte ha stabilito che i collegamenti a quel tipo di contenuti integrano una comunicazione al pubblico ai sensi dell'articolo 3, comma 1 della Direttiva sulla Società dell'Informazione nella sola misura in cui essi eludono le misure tecnologiche di restrizione adottate dal titolare.

Diverso, invece, è il caso in cui l'attività di linking abbia a oggetto copie dell'opera comunicate da terzi senza l'autorizzazione del titolare.

A meno che non trovi applicazione un'eccezione o una limitazione del diritto d'autore, la natura illecita di quei contenuti è fuori di dubbio, violando essi il diritto di riproduzione che storicamente rappresenta il "cuore" delle esclusive garantite al titolare e che l'articolo 2 della Direttiva InfoSoc mira a uniformare a livello europeo. Ogni caricamento di un'opera su un sito web, infatti presuppone tecnicamente la realizzazione di una copia digitale non temporanea del contenuto, copia che poi viene "fissata" sul server remoto attraverso il suo caricamento prodromico alla messa a disposizione degli utenti terzi dell'opera stessa.¹ Il soggetto responsabile della violazione del diritto di riproduzione non è certo la persona che eventualmente fornisce collegamenti all'opera illecita, ma quella che ha posto in essere la riproduzione, copiando il file digitale sul server remoto senza il consenso del titolare.² In linea di massima, infatti, la semplice fornitura di un link (si risolva essa nella messa a disposizione di un collegamento semplice o di un embedded/framing link) non implica alcun tipo di

¹ Per una trattazione omnicomprensiva della riproduzione in ambiente digitale, si veda Giovanni Guglielmetti, "Riproduzione e riproduzione temporanea", *cit.*, pp. 3 e ss. L'Autore sottolinea il "proliferare, accanto a tradizionali forme di riproduzione su supporti fisici, di nuove modalità di riproduzione", aggiungendo che "praticamente qualsiasi attività di sfruttamento in forma digitale delle opere o degli altri materiali protetti da diritti d'autore o connessi presuppone tecnicamente la realizzazione di una o più copie [...] Costituisce anzitutto riproduzione il caricamento (*uploading*) dell'opera o di altro materiale protetto mediante memorizzazione su server, a prescindere dallo scopo per il quale tale caricamento avviene: sia cioè che si tratti di una comunicazione personale tramite posta elettronica, o di una comunicazione rivolta a una cerchia più estesa ma comunque limitata, di persone (ad esempio nell'ambito di un gruppo di discussione o di una bacheca elettronica), sia che serva a rendere l'opera o gli altri materiali pubblicamente accessibili su internet. In ogni caso, infatti, il caricamento realizza una nuova fissazione (permanente o temporanea) dell'opera o del materiale sulla memoria del server"; *ibidem*, pp. 17 e 27.

² Si veda, in merito, Alessandro Cogo, commento all'ordinanza *BestWater*, in *AIDA* 2015, pp. 439 - 240: "la pubblicazione delle opere online implica in effetti l'esercizio di due facoltà di utilizzazione distinte: la riproduzione, che viene in considerazione con il caricamento di una copia dell'opera su un server connesso ad internet, e la messa a disposizione del pubblico, che ha luogo normalmente quando viene attribuita all'opera un URL con il quale gli utenti della rete potranno individuarla e richiamarla. Il *framer* si limita a esercitare il diritto di messa a disposizione del pubblico, visto che non riproduce l'opera sul proprio server ed istruisce invece il software di navigazione dei visitatori a prelevarla dal server altrui. La riproduzione dunque manca; e forse non ha torto la Corte ad affermare che l'elusione del diritto di riproduzione non è un argomento per affermare che vi sia una violazione del diritto di comunicazione al pubblico".

riproduzione dell'opera a cui il link indirizza.

Un discorso diverso, invece, è quello riguardante la comunicazione al pubblico dei contenuti realizzati in violazione del diritto di riproduzione tramite l'attività di linking. Nella sentenza *GS Media* dello scorso settembre, la Corte di Giustizia ha fornito un quadro esaustivo sull'analisi giuridica da applicarsi ai casi di collegamenti che indirizzano a contenuti illeciti. Non potendo fondarsi sulla considerazione del titolare in merito al pubblico considerato all'atto della comunicazione iniziale, i criteri di valutazione forniti dalla Corte di giustizia nella decisione *GS Media* abbandonano il criterio del regime di disponibilità dei contenuti che regge la sentenza *Svensson* per concentrarsi sulla natura soggettiva del fornitore di link, introducendo delle novità di rilievo anche in merito all'interazione tra questi ultimi e i titolari del diritto d'autore.

Già nella sentenza *Svensson*, tuttavia, la Corte sembrava aver incidentalmente fornito delle coordinate per la valutazione di link a copie illecite di contenuti già messi a disposizione del titolare, legando la loro qualificazione quale comunicazione al pubblico allo status di disponibilità dell'opera lecitamente comunicata dall'avente diritto. Il rapporto tra i due sistemi delineati nelle decisioni *GS Media* e *Svensson* verrà affrontato nell'ultima parte del capitolo.

2. Link a contenuti illeciti: il caso *GS Media*

La controversia in questione ha origine nei Paesi Bassi. Sanoma Media Netherlands BV, società licenziataria della rivista statunitense Playboy, aveva incaricato un professionista di eseguire un servizio fotografico che ritraeva Britt Geertruida Dekker, una popolare donna di spettacolo olandese, ai fini della pubblicazione del servizio stesso sulla versione olandese della rivista. Una volta eseguito il servizio, il fotografo aveva concesso in via esclusiva a Sanoma l'autorizzazione a esercitare i diritti economici d'autore in relazione a quelle fotografie.³

GS Media BV è la società titolare di *GeenStijl*, una popolare testata scandalistica online. Prima che Sanoma pubblicasse il servizio fotografico, GS Media riceveva un messaggio email anonimo che includeva un link a un famoso sito *cyberlocker*, *filefactory.com*,⁴ che

³ Sentenza *GS Media*, cit., punto 6.

⁴ Come si è visto nel capitolo precedente, i *cyberlocker* sono siti che forniscono servizi di *hosting* remoti caratterizzati dal fatto che l'accesso ai file ospitati può avvenire solo attraverso la condivisione dei link il servizio genera una volta terminato il caricamento e associa ai contenuti stessi. Mancando un motore di ricerca interno, elenchi di link a contenuti illeciti caricati sui *cyberlocker* sono spesso pubblicati in siti terzi, sì da permettere ai terzi l'accesso alle opere ivi ospitate. In linea di principio, i *cyberlocker* possono ospitare qualsivoglia tipo di *file*. In reazione alla vicenda che ha portato al sequestro del *cyberlocker* Megaupload, in molti hanno enfatizzato il ruolo che queste piattaforme hanno nella condivisione di contenuti legali. Secondo una recente ricerca (che, peraltro, riguardava anche il sito *filefactory.com* coinvolto nella condivisione del servizio fotografico da parte di *GeenStijl*), tuttavia, il rapporto tra contenuti illegali e legali ospitati sui *one-click hoster* sarebbe molto sbilanciato rispetto ai secondi. Si veda, in merito, Tobias Lauinger e Altri, "Holiday Pictures or Blockbuster Movies? Insights into Copyright Infringement in User Uploads to One-Click File Hosters", in Salvatore J. Stolfo - Angelos Stavrou - Charles V. Wright (a cura di), *Research in Attack, Intrusions, and Defenses*, Springer, 2013, pp. 369 e ss.

permetteva lo scaricamento dell'intero servizio realizzato su commissione di Sanoma.⁵ Il giorno stesso, Sanoma diffidava GS Media dal procedere alla pubblicazione del link.⁶ Incurante della diffida, GS Media pubblicava sul sito *GeenStijl* un articolo che includeva il collegamento ipertestuale al sito *filefactory.com*. L'articolo era intitolato "Foto d[ella] (...) [sig.ra] Dekker nuda" e conteneva frasi come "Ecco qui il collegamento con le fotografie che aspettavate". Cliccando sul link, gli utenti di *GeenStijl* venivano reindirizzati a una pagina del sito *filefactory.com* su cui era ospitato il collegamento ipertestuale che consentiva lo scaricamento dell'intero servizio fotografico.⁷

In seguito alla pubblicazione dell'articolo su *GeenStijl*, Sanoma inviava alla società che controlla GS Media due diffide, intimando la rimozione del collegamento e dei contenuti a esso associati. La comunicazione in questione non veniva riscontrata.⁸ Contestualmente, Sanoma richiedeva la rimozione dei file caricati illecitamente al sito *filefactory.com*, che eliminava immediatamente il servizio fotografico dai suoi server.⁹

Successivamente alla rimozione del servizio da *filefactory.com*, *GeenStijl* pubblicava un secondo articolo in cui dava conto della controversia insorta con Sanoma. L'articolo terminava con la frase "Aggiornamento: non avete ancora visto le fotografie della [sig.ra Dekker] nuda? Sono QUI", includendo un secondo collegamento ipertestuale a un altro cyberlocker, *imageshack.us*, dove le medesime fotografie erano disponibili per lo scaricamento.¹⁰ A seguito di una seconda procedura di *notice-and-take-down* attivata da Sanoma, anche *imageshack.us* rimuoveva i file illeciti. Pochi giorni dopo, *GeenStijl* pubblicava un terzo articolo intitolato "*Bye Bye, adieu Playboy*", che conteneva un altro link a un sito ancora diverso in cui le immagini illecite erano disponibili per lo scaricamento. Nel forum di tale sito gli utenti mettevano a disposizione nuovi collegamenti che rimandavano a siti terzi da cui si poteva accedere al servizio in questione.¹¹

Più di un mese dopo la prima pubblicazione del link al sito dove era possibile scaricare i contenuti illeciti da parte di GS Media, Sanoma pubblicava il servizio fotografico sulla versione olandese della rivista *Playboy*.¹² Contestualmente, citava in giudizio *GS Media* invocando, tra le altre cose, la violazione del suo diritto di comunicazione al pubblico a seguito della fornitura dei link a contenuti illeciti di cui si è detto. *GS Media* si difendeva invocando il suo diritto di espressione e di cronaca.

⁵ Sentenza *GS Media, cit.*, punto 8.

⁶ Sentenza *GS Media, cit.*, punto 9. Presumibilmente, *GeenStijl* aveva annunciato l'imminente fornitura del link prima di pubblicare l'articolo che includeva il collegamento in questione.

⁷ Sentenza *GS Media, cit.*, punto 10.

⁸ Sentenza *GS Media, cit.*, punti 11 e 13.

⁹ Sentenza *GS Media, cit.*, punto 12.

¹⁰ Sentenza *GS Media, cit.*, punto 14.

¹¹ Sentenza *GS Media, cit.*, punto 15.

¹² *GS Media* pubblicò il primo articolo contenente il link ai contenuti illeciti il 27 ottobre 2011. La pubblicazione ufficiale sulla versione olandese di *Playboy* è avvenuta nel dicembre 2011. Cfr. Sentenza *GS Media, cit.*, punti 10 e 16.

La sentenza di primo grado del Tribunale di Amsterdam accoglieva in buona parte le domande di Sanoma. La Corte d'Appello di Amsterdam successivamente adita, invece, dichiarava l'assenza di una violazione del diritto di comunicazione al pubblico, essendo le foto liberamente disponibili su un altro sito internet. La Corte d'Appello accertava tuttavia l'illiceità concorrenziale della condotta di GS Media, nella misura in cui quest'ultima aveva invitato i suoi utenti a fruire di contenuti illeciti, fornendo link senza cui tali contenuti difficilmente sarebbero stati reperiti.¹³

La sentenza della Corte d'Appello di Amsterdam veniva impugnata avanti alla Corte Suprema dei Paesi Bassi. Ritenendo che le decisioni *Svensson* e *BestWater* non fossero risolutive in merito alla possibilità di qualificare la fornitura di link a contenuti non ancora pubblicati dal titolare su internet come una violazione della comunicazione al pubblico,¹⁴ la Corte sospendeva il procedimento e sottoponeva alla Corte di Giustizia tre domande pregiudiziali volte ad indagare se e a quali condizioni la fornitura di collegamenti a contenuti illeciti liberamente disponibili su un altro sito.¹⁵ Le domande in questione erano le seguenti:

"1) a) Se la circostanza che una persona diversa dal titolare del diritto d'autore, grazie ad

¹³ Sentenza *GS Media, cit.*, punto 18: "Il Gerechtshof Amsterdam (Corte d'appello di Amsterdam, Paesi Bassi) [riteneva] che, collocando i collegamenti ipertestuali sul sito *GeenStijl*, la GS Media non avesse violato il diritto d'autore del sig. Hermès, dal momento che le fotografie di cui trattasi erano già state rese pubbliche in precedenza mettendole in rete sul sito *Filefactory*. Per contro, esso statuiva che, collocando tali collegamenti, la GS Media si era comportata in maniera illegittima nei confronti della Sanoma e a., avendo indotto i visitatori di detto sito a prendere conoscenza delle fotografie in questione, collocate illegittimamente sul sito *Filefactory*. Orbene, in assenza dei suddetti collegamenti, tali fotografie non sarebbero state facilmente reperibili. Inoltre, il Gerechtshof Amsterdam (Corte d'appello di Amsterdam) riteneva che, pubblicando un ritaglio di una delle fotografie in esame sul sito *GeenStijl*, la GS Media avesse violato il diritto d'autore del sig. Hermès."

¹⁴ Nell'ambito della sua impugnazione, Sanoma sosteneva invece che l'applicazione dei principi della sentenza *Svensson, cit.*, al caso di specie avrebbe portato a concludere per l'esistenza di un nuovo pubblico. Secondo l'attrice, tale circostanza derivava non tanto dalla messa a disposizione dei contenuti senza il suo consenso, quanto dal fatto che l'accesso alle foto in questione era soggetto a misure restrittive dettate dalla natura stessa del sito *cyberlocker* che il link di GS Media, rendendo possibile l'accesso al contenuto illecito, permetteva di eludere: "La Sanoma e a. proponeva impugnazione incidentale nell'ambito della quale faceva riferimento in particolare alla sentenza del 13 febbraio 2014, *Svensson e a. (C-466/12, EU:C:2014:76)*, ritenendo che mettere a disposizione degli utenti Internet un collegamento ipertestuale verso un sito sul quale sia stata collocata un'opera senza l'accordo del titolare del relativo diritto d'autore costituisca una comunicazione al pubblico. La Sanoma e a. sostiene, inoltre, che l'accesso alle foto in questione sul sito *Filefactory* era protetto da misure restrittive ai sensi di detta sentenza, che gli utenti Internet potevano eludere grazie all'intervento della GS Media e del suo sito *GeenStijl*, cosicché tali fotografie sono state messe a disposizione di un pubblico più ampio di quello che avrebbe avuto di norma accesso a dette foto sul sito *Filefactory*". Sentenza *GS Media, cit.*, punto 20.

¹⁵ Al di là delle domande pregiudiziali, la Corte Suprema dei Paesi Bassi ha fornito alla Corte di Giustizia degli spunti di grande interesse ai fini della decisione. Come si legge nella Sentenza *GS Media, cit.*, punti 22 e 23, nel ricorso pregiudiziale si sosteneva che, benché sia "necessario verificare se l'intervento di cui trattasi consenta di raggiungere un pubblico che non può considerarsi compreso nel pubblico per il quale il titolare aveva concesso la propria autorizzazione [...] se l'opera è già reperibile su Internet per il pubblico generico, collocare un collegamento ipertestuale che rimandi al sito in cui tale opera è già presente non consent[er]e in realtà di raggiungere un pubblico nuovo", anche se, nel caso di specie, "prima che la GS Media mettesse a disposizione il collegamento ipertestuale sul sito *GeenStijl*", le opere in violazione non erano "facilmente reperibili, cosicché il fatto di aver collocato tale collegamento sul proprio sito ha ampiamente semplificato l'accesso a dette foto". Inoltre, la Corte Suprema aveva posto l'accento sulla difficoltà degli utenti internet di verificare la liceità dei contenuti oggetto dei loro link: "Internet contiene innumerevoli opere pubblicate senza l'autorizzazione del titolare del diritto d'autore. Per il gestore di un sito Internet che intenda collocarvi un collegamento ipertestuale che rimanda a un sito contenente un'opera non sarebbe sempre facile verificare se l'autore abbia autorizzato la sua pubblicazione precedente". Elementi, questi, che l'Avvocato Generale e la Corte di Giustizia hanno tenuto in grande considerazione.

un collegamento ipertestuale su un sito Internet da essa gestito, rimanda ad un sito gestito da un terzo, accessibile al pubblico generico di Internet, sul quale l'opera è stata messa a disposizione senza l'autorizzazione del titolare, configuri una "comunicazione al pubblico", ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29.

b) Se sia rilevante al riguardo la circostanza che l'opera non fosse ancora stata messa a disposizione del pubblico neppure in altro modo con l'autorizzazione del titolare.

c) Se sia rilevante la circostanza che detta persona (hyperlinker) sia al corrente, o sia tenuta ad essere al corrente, della mancanza di autorizzazione del titolare del diritto per la messa a disposizione al pubblico dell'opera sul sito del terzo di cui alla prima questione, lettera a), e, eventualmente, della circostanza che l'opera non era, in precedenza, stata messa a disposizione del pubblico neppure in altro modo con l'autorizzazione del titolare.

2) a) In caso di soluzione in senso negativo della prima questione, lettera a): se in tal caso si configuri una comunicazione al pubblico, o se questa possa configurarsi, qualora il sito al quale rimanda il collegamento ipertestuale, e pertanto l'opera, sia, sì, reperibile per gli internauti, ma non facilmente, cosicché la messa a disposizione del collegamento ipertestuale facilita al massimo il reperimento dell'opera.

b) Se, ai fini della risposta alla seconda questione, lettera a), sia rilevante la circostanza che detta persona (hyperlinker) sia al corrente, o sia tenuta ad esserlo, della circostanza che il sito al quale il collegamento rimanda non è facilmente reperibile per gli internauti.

3) Se occorra tenere conto di altre circostanze al fine di risolvere la questione se si configuri una comunicazione al pubblico quando su un sito Internet venga collocato un collegamento ipertestuale che fornisce l'accesso ad un'opera non ancora messa a disposizione del pubblico in precedenza con l'autorizzazione del titolare del diritto d'autore".¹⁶

3. La necessità di "discostarsi" da *Svensson*

Una prima differenza rispetto alle decisioni *Svensson* e *BestWater* riguarda la circostanza che, nel caso *GS Media*, la Corte ha richiesto l'intervento dell'Avvocato Generale. Come è stato rilevato, si tratta di un fatto non comune, soprattutto nei recenti casi di diritto d'autore che la Corte di è trovata ad esaminare,¹⁷ e di un elemento significativo della maggiore

¹⁶ Sentenza *GS Media*, *cit.*, punto 24.

¹⁷ Così Eleonora Rosati, "Luxembourg, we have a problem: where have the Advocates General gone?", in *Journal of Intellectual Property Law and Practice* 2014, Vol. 9, n. 8, p. 619, che sottolinea come il mancato coinvolgimento degli Avvocati Generali nei procedimenti riguardanti casi complessi come quelli riguardanti il diritto d'autore e il linking rimane più o meno un mistero: "It is unlikely that this was because copyright is an 'easy' area of the law or the issues it has been presenting recently do not require much thought. Was it straightforward to say that hyperlinking falls outside the scope of copyright protection *tout court*?". Probabilmente, una ragione per cui la Corte di Giustizia si è dimostrata riluttante a coinvolgere gli Avvocati Generali è proprio la circostanza che, con le parole dell'Autrice, "opinions of Advocates General are usually more thoughtful than the subsequent judgements,

attenzione che i Giudici di Lussemburgo hanno prestato a questa vicenda, probabilmente anche alla luce dell'acceso dibattito che è seguito alle decisioni *Svensson* e *BestWater*.

Tradizionalmente, il ruolo dell'Avvocato Generale è quello di fornire alla Corte "*food for thought*" per la decisione finale. In questa prospettiva, le conclusioni che l'AG Melchior Wathelet ha depositato il 7 aprile 2016 non deludono. A dispetto di un loro dichiarato inserimento nel solco delle precedenti decisioni della Corte nei casi *Svensson* e *BestWater*, infatti, l'Avvocato Generale giunge a affermare la necessità di una riconsiderazione quasi totale dello schema che la Corte aveva proposto per affrontare la relazione tra linking e comunicazione al pubblico.¹⁸

L'*overruling* proposta dall'Avvocato Generale propone è fondato su un approccio radicalmente diverso rispetto a quello "meccanico" adottato dalla Corte nelle precedenti decisioni *Svensson* e *BestWater*. L'analisi bifasica secondo cui gli unici due elementi da considerare sono quelli della sussistenza di una comunicazione e di un pubblico nuovo lascia spazio a un'indagine molto più complessa, che prende le mosse non (o non solo) dalla lettera delle norme o dei precedenti della Corte, ma dal contesto tecnologico e sociale in cui la relazione tra linking e diritto d'autore di inserisce. Nella sentenza *Svensson*, i considerando della Direttiva sulla Società dell'Informazione e la definizione aperta di "comunicazione al pubblico" erano stati interpretati nel senso di permettere l'estensione di quel diritto ad attività che fornivano accesso diretto ai contenuti, quali il linking. L'Avvocato Generale ribalta questa prospettiva, affermando che proprio il silenzio del legislatore impone di (ri)considerare la questione con grande cautela, essendo in gioco principi potenzialmente distruttivi per lo sviluppo della società dell'informazione. E' proprio l'assenza di indicazioni da parte del legislatore in merito all'estensione della nozione di "messa a disposizione del pubblico" alla fornitura di collegamenti ipertestuali,¹⁹ affermano infatti le Conclusioni, ad imporre un attento bilanciamento dei diversi e contrastanti interessi coinvolti nella trasposizione di diritti d'autore "analogici" al contesto digitale.²⁰

La rete internet, si sottolinea, è essenziale rispetto allo sviluppo della società

especially where the Court agrees with the Opinion". Una sorta di *institutional envy*, insomma.

¹⁸ La necessità di "riconsiderare" le conclusioni della sentenza *Svensson* era stata sostenuta anche nelle osservazioni depositate dalla Commissione Europea, come riporta l'Avvocato Generale nelle Conclusioni della causa *GS Media, cit.*, punto 44: "Prima di risolvere le questioni sottoposte dal giudice del rinvio occorre esaminare le osservazioni della Repubblica portoghese e della Commissione sull'opportunità di discostarsi dalla giurisprudenza risultante dalla sentenza *Svensson* e a. (C-466/12, EU:C:2014:76) relativa alla nozione di 'atto di comunicazione', elemento necessario ai fini della constatazione di una 'comunicazione al pubblico' ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29, e della sua applicazione ai collegamenti ipertestuali".

¹⁹ Avvocato Generale, conclusioni nella causa *GS Media, cit.*, punto 79.

²⁰ In merito, l'Avvocato Generale, nelle Conclusioni nella causa *GS Media, cit.*, punto 77, cita i considerando 2 e 47 della Direttiva InfoSoc: "[...] in linea di principio, la messa a disposizione dei collegamenti ipertestuali nel procedimento principale non costituisce, a mio avviso, una 'comunicazione al pubblico' ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29, ritengo che ogni altra interpretazione di tale disposizione ostacolerebbe in maniera considerevole il funzionamento di Internet e arrecherebbe pregiudizio a uno degli obiettivi principali della direttiva 2001/29, ossia lo sviluppo della società dell'informazione in Europa. Inoltre, una siffatta interpretazione rischierebbe di alterare la creazione di 'un giusto equilibrio tra i diritti e gli interessi delle varie categorie di titolari nonché tra quelli dei vari titolari e quelli degli utenti dei materiali protetti'".

dell'informazione in Europa. A loro volta, l'attività di linking è un elemento indispensabile per l'architettura della rete internet e per la libertà di informazione e di diffusione delle informazioni. In assenza di collegamenti ipertestuali, infatti, gli utenti avrebbero enorme difficoltà a districarsi nell'enorme quantità di informazioni disponibili sulla rete, le quali diverrebbero così "in larga parte, irreperibili".²¹ Sotto un diverso profilo, l'Avvocato Generale ha constatato come, a dispetto della consapevolezza di *GeenStijl* rispetto all'illiceità dei contenuti oggetto dei suoi collegamenti, nella maggior parte dei casi gli utenti non conoscano né abbiano a disposizione strumenti per conoscere la natura lecita o illecita dei contenuti a cui reindirizzano attraverso la fornitura di collegamenti ipertestuali. Anche alla luce di quest'ultimo elemento, considerare l'attività di linking come una comunicazione al pubblico ai sensi dell'articolo 3, comma 1, della Direttiva InfoSoc, si tradurrebbe per i fornitori di link a opere (lecite o illecite) liberamente accessibili in un rischio continuo di violazione del diritto d'autore, con la conseguenza che gli utenti stessi sarebbero "molto più restii" a usare tale strumento di diffusione delle informazioni, con conseguente danno per lo sviluppo della società dell'informazione in Europa.²² In assenza di un intervento legislativo in materia, quindi, l'Avvocato Generale conclude che "una siffatta ingerenza" di matrice giurisprudenziale (in verità già parzialmente verificatasi con le decisioni *Svensson* e *BestWater*) "deve essere evitata".²³

E' a partire da queste considerazioni politiche che le conclusioni dell'Avvocato Generale richiedono alla Corte un sostanziale superamento dei principi stabiliti nella sentenza *Svensson*. Dal punto di vista giuridico, la proposta di overruling dell'Avvocato Generale si snoda attraverso tre passaggi fondamentali. Nel contesto dell'approccio bifasico secondo cui, ai fini dell'integrazione di una comunicazione al pubblico, servirebbe una comunicazione e un pubblico, nelle conclusioni si sostiene che un link non costituirebbe mai una "comunicazione"; che il criterio del pubblico nuovo non possa trovare applicazione; e che, se anche trovasse applicazione, non sussisterebbe nel caso di specie alcun pubblico nuovo.

²¹ Avvocato Generale, Conclusioni nella causa *GS Media*, *cit.*, punto 78 e nota 28, dove si dà atto che "la messa a disposizione dei collegamenti ipertestuali da parte degli internauti è al contempo sistematica e necessaria per l'attuale architettura di Internet" e che "a causa dell'enorme quantità di informazioni disponibili su Internet, siffatte informazioni sarebbero effettivamente, in larga parte, irreperibili in assenza di collegamenti ipertestuali. A mio avviso, i collegamenti ipertestuali costituiscono attualmente un elemento indispensabile dell'architettura di Internet".

²² Avvocato Generale, Conclusioni nella causa *GS Media*, *cit.*, punto 78: "[...] Pur se le circostanze che caratterizzano il procedimento principale sono particolarmente palesi, ritengo che, in linea di principio, gli internauti non conoscano e non abbiano a disposizione i mezzi per verificare se la comunicazione iniziale al pubblico di un'opera protetta liberamente accessibile su Internet sia avvenuta con o senza il consenso del titolare del diritto d'autore. Se gli internauti fossero esposti al rischio di essere convenuti in giudizio per violazione dei diritti d'autore in applicazione dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29 ogniqualvolta mettessero a disposizione un collegamento ipertestuale verso opere liberamente accessibili su un altro sito Internet, essi sarebbero molto più restii a farlo, e ciò a scapito del buon funzionamento della società dell'informazione".

²³ Avvocato Generale, conclusioni nella causa *GS Media*, *cit.*, punto 79: "A mio avviso, una siffatta ingerenza nel funzionamento di Internet deve essere evitata. In ogni caso, ritengo che un'estensione della nozione di 'comunicazione al pubblico' che copra la messa a disposizione di collegamenti ipertestuali verso opere protette liberamente accessibili su un altro sito Internet esigerebbe l'intervento del legislatore europeo".

Quanto alla possibilità che un link possa essere considerato un atto di comunicazione, l'Avvocato Generale riconosce la necessità di affrontare la questione secondo un approccio ampio, che garantisca un "elevato livello di protezione della proprietà intellettuale" ai sensi del considerando 23 della Direttiva InfoSoc.²⁴ Ciò detto, l'Avvocato Generale contesta la conclusione cui è giunta la sentenza *Svensson*, secondo cui ai fini dell'integrazione di un atto di comunicazione sarebbe sufficiente la circostanza che il pubblico, attraverso il link, sia messo nella posizione di "avere accesso" all'opera. Nonostante i collegamenti ipertestuali "facilitino" il reperimento delle opere messe a disposizione dai terzi offrendo loro un "accesso più rapido e diretto a tali opere", argomentano le Conclusioni, essi non le "mettono a disposizione" di un pubblico. In merito, vi è una distinzione tra le nozioni di "facilitazione del reperimento di un'opera", da un lato, e "messa a disposizione" della stessa, dall'altro. Se il link svolge indubbiamente la prima funzione, esso non mette a disposizione degli utenti le opere liberamente accessibili su un altro sito, essendo tale attività imputabile unicamente "alla persona che ha effettuato la comunicazione iniziale", vale a dire l'utente che ha caricato e comunicato il contenuto oggetto del link su internet.²⁵ Svicolandosi dal dibattito sulla necessità o meno di una "trasmissione" ai fini dell'integrazione di un atto di comunicazione al pubblico,²⁶ quindi, la tesi proposta dall'Avvocato Generale prende le mosse da un'interpretazione del diritto di messa a disposizione fondata sul significato di tale espressione secondo il linguaggio comune e da una sua differenziazione rispetto alla funzione di facilitazione del reperimento di informazioni svolta dal link.

In questa prospettiva, continua l'Avvocato Generale, si inserisce un secondo elemento di cui la Corte di Giustizia non ha tenuto sufficientemente conto nelle decisioni *Svensson* e *BestWater*: quello dell'intervento imprescindibile dell'utente che fornisce lo strumento tecnico attraverso cui il pubblico accede all'opera. In merito, l'Avvocato Generale sostiene che l'intervento potrebbe venire in rilievo solo ai fini dell'indagine riguardante la sussistenza di una "comunicazione", essendo quello il momento in cui si può potenzialmente verificare una

²⁴ Avvocato Generale, Conclusioni nella causa *GS Media*, *cit.*, punto 50, che cita alcune delle decisioni in cui la Corte di Giustizia ha ribadito il mantra secondo cui i considerando 4, 9 e 10 della Direttiva sulla Società dell'Informazione imporrebbero un'interpretazione secondo cui "la nozione di 'comunicazione al pubblico' dev'essere intesa in senso ampio. Una tale interpretazione risulta del resto indispensabile per raggiungere l'obiettivo principale di detta direttiva, il quale, come risulta dal nono e decimo 'considerando', è quello di introdurre un livello elevato di protezione a favore, tra l'altro, degli autori, consentendo a questi ultimi di ottenere un adeguato compenso per l'utilizzo delle loro opere, in particolare in occasione di una comunicazione al pubblico". Nello stesso senso si vedano, ad esempio, le sentenze della Corte di Giustizia nei casi *BSA*, *cit.*, punto 54; *SGAE*, *cit.*, punto 36; *FAPL*, *cit.*, punto 186; e *Svensson*, *cit.*, punto 17.

²⁵ Avvocato Generale, Conclusioni nella causa *GS Media*, *cit.*, punto 54: "Se è vero che i collegamenti ipertestuali collocati su un sito Internet facilitano ampiamente il reperimento di altri siti nonché di opere protette disponibili su tali siti e, di conseguenza, offrono agli utilizzatori del primo sito un accesso più rapido e diretto a tali opere, ritengo che i collegamenti ipertestuali che conducono, anche direttamente, ad opere protette non le 'mettano a disposizione' di un pubblico allorché esse sono già liberamente accessibili su un altro sito, ma servano soltanto a facilitare il loro reperimento. Come indicato dalla Repubblica portoghese nelle sue osservazioni, l'atto che concretizza la 'messa a disposizione' vera e propria è imputabile alla persona che ha effettuato la comunicazione iniziale".

²⁶ Dibattito di cui dà comunque conto, assieme alle conclusioni cui la Corte di Giustizia era giunta nella sentenza *Svensson*. Cfr. le Conclusioni nella causa *GS Media*, *cit.*, punti 51 e 52.

"messa a disposizione" dell'opera. Concludere, come ha fatto la sentenza *Svensson*, che l'intervento costituito dal link dovrebbe essere considerato ai fini dell'esame della cerchia degli utenti che il titolare aveva considerato nel momento della comunicazione iniziale, peccherebbe quindi di illogicità. E ciò, se non altro, in quanto tale analisi è logicamente e cronologicamente successiva rispetto a quella relativa alla sussistenza di una "comunicazione".²⁷

Più corretto, secondo l'Avvocato Generale, è l'approccio adottato dalla Corte di Giustizia nella sentenza *FAPL*, ove il criterio dell'intervento imprescindibile era stato considerato con riferimento alla sussistenza di una "comunicazione" – e dove la Corte aveva concluso per la sussistenza di una comunicazione proprio perché il titolare del bar era "intervenuto", permettendo "volutamente" ai suoi clienti di accedere all'emissione radiodiffusa per mezzo dell'installazione di uno schermo televisivo e di altoparlanti. In quel caso, la Corte aveva osservato che vi era una "comunicazione" in quanto senza l'intervento del proprietario del bar, i suoi clienti non avrebbero potuto accedere alle opere telediffuse nonostante si trovassero all'interno della zona di copertura dell'emissione. Nel caso di link a contenuti liberamente accessibili su internet, osserva l'Avvocato Generale, si dovrebbe al contrario concludere che la fornitura di collegamenti ipertestuali "non è indispensabile" per mettere i contenuti in questione a disposizione degli utenti, che potrebbero accedervi in altri modi – vale a dire attraverso altri link, o direttamente attraverso il sito dove i contenuti sono ospitati.²⁸

L'oggettiva assenza di un "intervento indispensabile", conclude l'Avvocato Generale, esclude la possibilità che il link possa configurare una "comunicazione" ai sensi dell'articolo 3, comma 1, della Direttiva InfoSoc, senza che al riguardo siano conferenti elementi ulteriori come la circostanza che il titolare del diritto d'autore avesse autorizzato o meno la comunicazione delle opere oggetto del collegamento; la consapevolezza, da parte del fornitore del link, della natura illecita dei contenuti oggetto del collegamento; e la loro facile o difficile reperibilità.²⁹ Mancando una comunicazione, non vi potrebbe naturalmente essere

²⁷ Conclusioni nella causa *GS Media, cit.*, punti 58 e 59, ove l'Avvocato Generale sottolinea che "in altre sentenze, e segnatamente nelle sentenze *SGAE* (C-306/05, EU:C:2006:764, punto 42) e *Svensson e a.* (C-466/12, EU:C:2014:76, punti 27 e 31), la Corte ha analizzato tale criterio di indispensabilità di un intervento per constatare che non sussisteva una comunicazione ad *un pubblico nuovo*" e che, a suo avviso, il criterio di indispensabilità di un intervento può essere analizzato solo in sede di esame dell'esistenza di un atto di comunicazione. È infatti in tale momento che ricorre, eventualmente, una 'messa a disposizione' ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29".

²⁸ "[I] collegamenti ipertestuali collocati su un sito Internet, i quali rimandano ad opere protette dal diritto d'autore liberamente accessibili su un altro sito, non possano essere qualificati come un 'atto di comunicazione' ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29, dal momento che l'intervento del gestore del sito che colloca il collegamento ipertestuale, nella specie la *GS Media*, non è indispensabile per mettere le fotografie in questione a disposizione degli internauti, inclusi quelli che visitano il sito *GeenStijl*". Così l'Avvocato Generale, Conclusioni nella causa *GS Media, cit.*, punto 60. In linea con questa impostazione, anche Lionel Bently e Altri della European Copyright Society, "The Reference to the CJEU in Case C-466/12 *Svensson*", *cit.* e Marco Ricolfi, "Comunicazione al pubblico e distribuzione", *cit.*

²⁹ L'assenza di una comunicazione è, secondo l'Avvocato Generale, una condizione oggettiva sufficiente a

alcuna "comunicazione al pubblico" ai sensi dell'articolo 3, comma 1, della Direttiva InfoSoc. Se anche il link a contenuti liberamente disponibili dovesse essere considerato una "comunicazione", sostiene l'Avvocato Generale, il criterio del pubblico nuovo sarebbe inapplicabile al caso di contenuti illeciti. Contrariamente a quanto sostenuto da alcuni,³⁰ infatti, l'assenza di una comunicazione iniziale lecita renderebbe insensata l'indagine sul pubblico inizialmente considerato dal titolare, che troverebbe spazio nella sola misura di ritrasmissione di una comunicazione lecita già effettuata dal titolare stesso o con il suo consenso.³¹

Se il criterio del pubblico nuovo dovesse trovare applicazione, tale criterio non sarebbe comunque soddisfatto rispetto a collegamenti che hanno a oggetto opere illecite e liberamente disponibili. In contraddizione con quanto affermato nei paragrafi precedenti,³² infatti, l'Avvocato Generale sostiene che un pubblico nuovo potrebbe rinvenirsi nella sola misura in cui la fornitura di collegamenti ipertestuali sia "indispensabile" affinché le opere siano messe a disposizione di un pubblico nuovo. A prescindere da come si intenda calcolare un "pubblico nuovo", nel senso di "pubblico considerato dal titolare del diritto

escludere la rilevanza, ai fini dell'integrazione di una comunicazione al pubblico, tanto della "mancanza di autorizzazione da parte del titolare del diritto d'autore alla messa a disposizione della sua opera su altri siti gestiti da terzi" (punto 61), quanto delle motivazioni della persona che fornisce il link e della "circostanza che essa fosse al corrente o dovesse essere al corrente del fatto che la comunicazione iniziale delle fotografie in questione su tali altri siti non era stata autorizzata dalla Sanoma o che tali fotografie non erano neanche state messe a disposizione del pubblico in precedenza con il consenso di quest'ultima, non siano rilevanti ai sensi di tale disposizione" (punto 63).

³⁰ Maurice Schellekens, "Reframing hyperlinks in copyright", *cit.*, p. 404, ad esempio, dà conto della tesi opposta, secondo cui la circostanza che il titolare, non essendoci stata una comunicazione iniziale, non abbia considerato alcun pubblico, renderebbe in realtà qualsiasi utente che vi acceda un "pubblico nuovo": "If the link serves a new public, it is a communication to the public. Therefore, it is critical to understand what a 'new public' is. According to the decisions, it is a public different from the one the right holder contemplated when he gave permission for the initial communication to the public. If what that right holder took into account is decisive, then the public that the link serves is new since he never contemplated the link's public, nor did he consider the public served directly by the referred website, because he did not give permission for this website". Dubbi, in merito, sono espressi anche da Christof Koolen, "The Use of Hyperlinks in an Online Environment: Putting Links in Chains?", *cit.*, p. 873. La tesi degli Autori è fatta propria anche nelle Conclusioni dell'Avvocato Generale nel caso *Filmpeeler*, *cit.*, punti 57 e 59: "the protected works were either distributed on the internet without the authorisation of the right holders or that authorisation was granted only for subscription sites, in other words, restricted access sites. Hence, the multimedia player sold by Mr Wullems widens the pool of users beyond that intended by the authors of those works, inasmuch as it links both to websites distributing such digital content without authorisation and to sites containing protected works and making them available only to certain users who have to pay for access. [...] the distribution of protected works which Mr Wullems facilitates is directed to a public which the right holders did not take into account when they authorised access to those works or did so only on payment circuits, from which it follows that the condition of a 'new public' is satisfied".

³¹ Avvocato Generale, Conclusioni nella causa *GS Media*, *cit.*, punti 66 e 67: "[P]oiché i collegamenti ipertestuali sul sito *GeenStijl* si riferiscono a tutti i potenziali utenti di tale sito, ossia ad un numero indeterminato e piuttosto considerevole di destinatari, tali collegamenti si riferiscono effettivamente ad un pubblico. Per contro, ritengo che il criterio di 'un pubblico nuovo', quale richiesto ai punti 24 e 31 della sentenza *Svensson e a.* (C-466/12, EU:C:2014:76), non sia applicabile e, in ogni caso, non sia soddisfatto nella specie. Si evince segnatamente dalle sentenze *Football Association Premier League e a.* (C-403/08 e C-429/08, EU:C:2011:631, punto 197) e *Svensson e a.* (C-466/12, EU:C:2014:76, punti 24 e 31) che il criterio di un pubblico nuovo è applicabile solo allorché il titolare del diritto d'autore ha autorizzato la comunicazione iniziale al pubblico. Dal momento che una siffatta autorizzazione difetta nel procedimento principale, il criterio di un 'pubblico nuovo' non si applica".

³² Conclusioni nella causa *GS Media*, *cit.*, punti 58 e 59, ove l'Avvocato Generale esclude la possibilità di impiegare "il criterio di indispensabilità di un intervento" al di fuori dell'esame relativo all'esistenza di un atto di comunicazione e, segnatamente, per indagare la sussistenza di un pubblico nuovo.

d'autore" al momento di una prima comunicazione che non è mai avvenuta, la circostanza che le opere illecite oggetto del collegamento siano liberamente disponibili a tutti gli utenti di internet renderebbe in ogni caso l'intervento del fornitore dei link non "indispensabile".³³ A meno che il link non comporti l'aggiornamento di misure di restrizione, quindi, non sarebbe possibile riscontrare alcun "pubblico nuovo". Il che porterebbe in ogni caso a escludere l'integrazione di una comunicazione al pubblico ai sensi dell'articolo 3, comma 1, della Direttiva sulla Società dell'Informazione.

4. La sentenza *GS Media*: non cambiare niente per cambiare tutto

L'approccio che l'Avvocato Generale aveva proposto di adottare è stato in buona parte rigettato dalla Corte di Giustizia. E difficilmente avrebbe potuto essere altrimenti.

Aderire all'idea secondo cui la fornitura di link non potrebbe mai costituire una comunicazione al pubblico e disapplicare del criterio del pubblico nuovo avrebbe costituito una svolta troppo radicale rispetto alle decisioni *Svensson* e *BestWater*, risalenti a solo pochi mesi prima. Anche se non è legata formalmente ai suoi precedenti, la Corte è notoriamente dotata di un "*institutional pride*"³⁴ che ha sinora favorito mutamenti di orientamento graduali e il quanto più possibile armoniosi (almeno dichiaratamente) con le decisioni precedenti, rispetto a bruschi *overruling* conosciuti in alcuni ordinamenti anglosassoni.

Pur non seguendo pari pari il ragionamento dell'Avvocato Generale, la sentenza *GS Media* risente in modo evidente delle istanze di bilanciamento auspicata nelle Conclusioni.

Come si ricorderà, nelle decisioni *Svensson* e *BestWater* la Corte aveva supplito alla mancanza di una definizione dettagliata della nozione di "comunicazione al pubblico" attraverso una ricostruzione fondata sui considerando 4 e 9 della Direttiva. Imponendo essi un "elevato livello di protezione" del diritto d'autore, la Corte aveva concluso per l'opportunità di estendere il concetto di comunicazione al pubblico alla fornitura di collegamenti ipertestuali per il semplice fatto che essi permetterebbero l'accesso diretto a un'opera dell'ingegno.³⁵

L'assenza di una definizione precisa del diritto di comunicazione al pubblico e la necessità di riempire quella nozione alla luce dei considerando della Direttiva vengono ribadite anche

³³ Avvocato Generale, Conclusioni nella causa *GS Media*, *cit.*, punti 69 e 70: "anche se la Corte dovesse dichiarare che tale criterio è applicabile qualora il titolare del diritto d'autore non abbia autorizzato la prima comunicazione al pubblico, si evince dalla sentenza *Svensson* e a. (C-466/12, EU:C:2014:76, punto 27), che esso è soddisfatto solo se l'intervento tramite il collocamento di collegamenti ipertestuali del gestore di un sito Internet era indispensabile affinché le opere venissero messe a disposizione di un pubblico nuovo, vale a dire di un pubblico che il titolare del diritto d'autore non ha considerato nel momento in cui ha autorizzato la comunicazione iniziale al pubblico delle opere in questione. Orbene, nel caso in cui le fotografie fossero liberamente disponibili per tutti gli internauti su altri siti, un siffatto intervento da parte della *GS Media* non sarebbe indispensabile per una tale messa a disposizione. Non esisterebbe pertanto un 'pubblico nuovo' e la questione dell'autorizzazione del titolare del diritto d'autore alla comunicazione iniziale non si porrebbe."

³⁴ L'espressione è di Mihály J. Ficsor, "*Svensson*: honest attempt at establishing due balance concerning the use of hyperlinks – spoiled by the erroneous 'new public' theory", *cit.*, p. 23.

³⁵ Sentenza *Svensson*, *cit.*, punto 17. Si veda, in merito, l'analisi svolta *supra*, capitolo II, paragrafo 5.

nella sentenza *GS Media*. La prospettiva e le conclusioni cui giunge la Corte, però, sono significativamente diverse rispetto alla sentenza *Svensson*.

Il senso è la portata del diritto di comunicazione al pubblico, afferma la Corte, devono essere determinati (non più al solo fine di garantire un alto livello di protezione ai titolari, ma) alla luce "degli obiettivi perseguiti dalla Direttiva" sulla Società dell'Informazione. L'obiettivo principale di quel testo, afferma la Corte, rimane quello di realizzare un "elevato livello di protezione a favore degli autori" ai sensi dei considerando 9 e 10 della Direttiva.³⁶ Le modalità attraverso cui si deve giungere a quell'obiettivo, tuttavia, devono tenere conto di altri due considerando, i numeri 3 e 31,³⁷ del tutto ignorati nelle decisioni *Svensson* e *BestWater*. I considerando in questione escludono che la tutela garantita ai titolari possa subire un'estensione illimitata e fine a se stessa, imponendo che l'armonizzazione del diritto d'autore a livello europeo risponda a criteri di bilanciamento tra i diversi interessi in gioco. Alla luce di quelle norme, la Corte sottolinea la necessità di garantire "in particolare nell'ambiente elettronico, un giusto equilibrio tra, da un lato, l'interesse dei titolari dei diritti d'autore [...] alla protezione del loro diritto di proprietà intellettuale [...] e, dall'altro, la tutela degli interessi e dei diritti fondamentali degli utenti dei materiali protetti, segnatamente della loro libertà d'espressione e d'informazione".³⁸

Si tratta, riconosce la Corte, di diritti di pari livello. Alla proprietà intellettuale, in quanto proprietà, l'articolo 17, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea garantisce rango di diritto fondamentale.³⁹ Anche la libertà di espressione e di informazione degli utenti sono diritti "costituzionali" tutelati in tutte le Carte fondamentali occidentali e, in Europa, dall'articolo 11 della Carta.⁴⁰ Come osservano alcuni Autori, tali diritti fondamentali

³⁶ Sentenza *GS Media*, *cit.*, punto 30.

³⁷ Il considerando 3 pone l'accento sugli interessi primari confliggenti che sono coinvolti nel processo di armonizzazione: "L'armonizzazione proposta contribuisce all'applicazione delle quattro libertà del mercato interno e riguarda il rispetto dei principi fondamentali del diritto e segnatamente della proprietà, tra cui la proprietà intellettuale, della libertà d'espressione e dell'interesse generale". Il considerando 31 fa esplicito riferimento alla necessità di bilanciare i diversi interessi in gioco: "deve essere garantito un giusto equilibrio tra i diritti e gli interessi delle varie categorie di titolari nonché tra quelli dei vari titolari e quelli degli utenti dei materiali protetti. Le eccezioni e limitazioni alla protezione esistenti nelle legislazioni degli Stati membri devono essere riesaminate alla luce del nuovo ambiente elettronico. Le differenze esistenti nelle eccezioni e limitazioni relative a determinati atti hanno effetti negativi diretti sul funzionamento del mercato interno nel settore del diritto d'autore e dei diritti connessi. Tali differenze potrebbero facilmente accentuarsi con l'ulteriore sviluppo dell'utilizzazione economica transfrontaliera di opere e delle attività transfrontaliere. Onde garantire il corretto funzionamento del mercato interno, tali eccezioni e limitazioni dovrebbero essere definite in modo più uniforme. Il grado di armonizzazione di dette eccezioni dovrebbe dipendere dal loro impatto sul corretto funzionamento del mercato interno".

³⁸ Sentenza *GS Media*, *cit.*, punto 31.

³⁹ L'articolo 17 della Carta, rubricato "Diritto di proprietà", così dispone: "1. Ogni persona ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquisito legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità. Nessuna persona può essere privata della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa. L'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale.

2. La proprietà intellettuale è protetta".

⁴⁰ L'articolo 11 della Carta è rubricato "Libertà di espressione e d'informazione" e così dispone: "1. Ogni persona ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di

condividono le stesse finalità di promozione della conoscenza attraverso la creazione di un contesto favorevole sia alla creazione di contenuti sia alla loro circolazione nell'ambiente digitale.⁴¹ Nella sentenza *GS Media*, tuttavia, essi rilevano nella loro dimensione di conflitto.⁴² Il che non è necessariamente un male. Con ogni probabilità, la prospettiva di uno scontro tra diritti costituzionali ha giocato un ruolo importante nell'elaborazione di un percorso analitico diverso e più sofisticato rispetto a delle decisioni *Svensson* e *BestWater*, dove il termine "bilanciamento" non compare nemmeno una volta.

Anche la sola menzione dei considerando 3 e 31, del tutto assenti dal ragionamento proposto in *Svensson*, è un primo segno della volontà della Corte di affrontare la questione secondo una prospettiva più complessa. La presa d'atto che il rapporto tra linking e comunicazione al pubblico coinvolge una tensione tra diritti costituzionali è funzionale al raggiungimento di conclusioni molto diverse rispetto ai suoi stessi precedenti.

Una prospettiva che prende le mosse da considerazioni politiche, non giuridiche.⁴³ E che si sviluppa in modo apparentemente scomposto, in base a una dinamica in cui è l'esito cui la Corte vuole giungere che determina le norme rilevanti e la loro interpretazione, non viceversa.⁴⁴ L'esito in questione, nel caso che ci occupa, è un netto cambio di rotta rispetto all'"*incredibly poor analysis*"⁴⁵ fornita in *Svensson*, che avrebbe potuto portare conseguenze nefaste per la circolazione delle informazioni su internet. Le norme scelte e interpretate *ad hoc* – sulla base del medesimo pretesto (la mancata precisazione del contenuto del diritto di

frontiera.

2. La libertà dei media e il loro pluralismo sono rispettati."

⁴¹ Maria Lillà Montagnani, *Il diritto d'autore nell'era digitale - La distribuzione online delle opere dell'ingegno*, cit., pp. 22 e 23, prefigura quanto è effettivamente avvenuto nella sentenza *GS Media* in termini di bilanciamento tra diritti aventi pari rango.

⁴² La natura di diritto fondamentale dei diritti di proprietà intellettuale e le conseguenze di tale assunto sono ampiamente dibattute in dottrina. Si vedano, ad esempio, Christophe Geiger, "Intellectual Property shall be protected!? Article 17(2) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union: a mysterious provision with an unclear scope", in *European Intellectual Property Review* 2009, 31, pp. 113 e ss.; Paul Torremans, "Is copyright a human right?", in *Michigan State Law Review* 2007, pp. 271 e ss.; Andrea Ottolia, *The public interest and intellectual property models*, Giappichelli Editore, 2010, pp. 29 e ss.; Davide Sarti, "Introduzione alla Legge 22 aprile 1941, n. 633", in Luigi Carlo Ubertazzi (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, CEDAM, 2007, quinta edizione., pp. 1486; Marco Saverio Spolidoro, "Le eccezioni e limitazioni", in *AIDA* 2007, pp. 184 e ss.; nonché Luigi Carlo Ubertazzi, "Il fondamento costituzionale del diritto d'autore", in *AIDA* 2003, pp. 279 e ss., che illustra i fondamenti costituzionali di questa categorizzazione nel diritto italiano e le conseguenze rispetto alla natura eccezionale o meno delle limitazioni al diritto d'autore.

⁴³ Ammesso che tra i due concetti sussista una qualche reale differenza: "I do believe that the work of jurists is always, in essence, a 'political' work, in that it expresses an even unconscious (sometimes even denied, and 'technically' masked) value-driven approach to 'pondering' the interests involved in the legal problems at stake. An approach that ultimately reflects the jurist's personal *Weltanschauung* - i.e. her/his societal vision.". Così, Gustavo Ghidini, Gustavo Ghidini, "Exclusion and Access in Copyright Law: The Unbalanced Features of the European Directive 'On Information Society' (InfoSoc)", cit., p. 5.

⁴⁴ Un modo di procedere non certo isolato nel mondo del diritto. Partire dalla conclusione, adattando le norme di diritto all'esito che si intende raggiungere è probabilmente il percorso seguito nella maggior parte delle decisioni adottate dalle Corti (e dai giuristi in generale). Esempi estremamente significativi in materie distanti dal diritto di proprietà intellettuale sono illustrati da Mauro Bussani, *Il Diritto dell'Occidente - Geopolitica delle regole globali*, Einaudi, 2010, pp. 164 e ss.

⁴⁵ Così Emanuela Arezzo, "Hyperlinks and Making Available Right in the European Union - What Future for the Internet After *Svensson*?", cit., p. 524.

comunicazione al pubblico e la necessità di riempire tale nozione alla luce degli obiettivi della Direttiva) e del medesimo testo normativo (la Direttiva sulla Società dell'Informazione) di *Svensson* – sono i due considerando di cui si è detto e i criteri di lettura del contenuto dell'articolo 3, comma 1, della Direttiva sulla Società dell'Informazione.

L'espedito giuridico attraverso cui la Corte si discosta in modo sostanziale dai suoi precedenti in materia è il principio della "valutazione individualizzata"⁴⁶ del diritto di comunicazione al pubblico – anch'esso del tutto assente nelle precedenti decisioni *Svensson* e *GS Media*.⁴⁷

Il principio in questione è stato introdotto nella sentenza *SCF*. In quel frangente, la Corte aveva rilevato che le nozioni di comunicazione al pubblico adottate nella Direttiva sulla Società dell'Informazione e dall'allora Direttiva 92/100 concernente il diritto di noleggio, il diritto di prestito e taluni diritti connessi al diritto di autore in materia di proprietà intellettuale⁴⁸, pur perseguendo finalità simili, hanno obiettivi "in parte divergenti".⁴⁹

Il diritto garantito agli autori dalla Direttiva sulla Società dell'Informazione, aveva argomentato la Corte, è di natura precauzionale e consente di vietare in ogni caso la comunicazione dell'opera da parte di terzi. Il diritto connesso di cui sono titolari gli artisti, interpreti, esecutori e i produttori di fonogrammi ai sensi della Direttiva 92/100, invece, ha natura compensativa e può essere fatto valere solo dopo che un fonogramma pubblicato a fini commerciali, o una riproduzione del medesimo, sia o sia già stato utilizzato per una comunicazione al pubblico da parte di un utente. Alla luce della diversità tra i due diritti, tra i soggetti titolari ad azionarli

⁴⁶ Sentenza *GS Media*, *cit.*, punti 33 e 34: "La Corte ha inoltre precisato che la nozione di «comunicazione al pubblico» comporta una valutazione individualizzata [...] Ai fini di tale valutazione è necessario tener conto di svariati criteri complementari, di natura non autonoma e interdipendenti fra loro. Poiché tali criteri possono essere presenti, nelle diverse situazioni concrete, con intensità molto variabile, occorre applicarli sia individualmente, sia nella loro reciproca interazione".

⁴⁷ Così facendo, osservano Birgit Clark - Sabrina Tozzi, "Communication to the public' under EU Copyright Law: an increasingly delphic concept or intentional fragmentation?", in *European Intellectual Property Review* 2016, Vol. 12, pp. 716 e 717, la Corte ammetterebbe implicitamente l'impossibilità di (o, almeno, le enormi difficoltà connesse a) considerare le diverse forme di comunicazione al pubblico secondo un approccio "one-size-fits-all". Conseguentemente, la Corte si starebbe adoperando per la creazione di "sottogruppi" di comunicazioni al pubblico, retti da criteri diversi gli uni dagli altri: "If we compare and contrast the guidance in *Reha Training* with the court's decision in *GS Media*, which was handed down only a few weeks later on 8 September 2016, we note that the CJEU appears to create two different definitions of "communication to the public" depending on whether the communication concerns a (re)transmission (as in *Reha Training*) or a hyperlinking/framing (as in *GS Media*) of copyright material. [...] If *Reha Training* can be labelled as Delphic in its guidance, *GS Media* is akin to a Medusa because it creates even more questions than it tries to answer. Even though the CJEU makes every effort to reconcile its definition of 'communication to the public' in hyperlinking and framing cases with the definition developed for retransmission and broadcast cases, this effort of uniformity appears to go hand in hand with an intentional fragmentation in the form of the development of sui generis case groups of "communication to the public".

⁴⁸ Ora sostituita dalla Direttiva 2006/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006. L'articolo in questione è il numero 8, paragrafo 2, secondo cui "Gli Stati membri prevedono un diritto per garantire che una remunerazione equa e unica sia versata dall'utente allorché un fonogramma pubblicato a scopi commerciali, o una riproduzione del medesimo, è utilizzato per una radiodiffusione via etere o per una qualsiasi comunicazione al pubblico, e che detta remunerazione sia suddivisa tra gli artisti interpreti o esecutori e i produttori del fonogramma in questione. In caso di mancato accordo tra artisti interpreti o esecutori e produttori di fonogrammi, gli Stati membri possono stabilire le condizioni della ripartizione tra i medesimi di questa remunerazione".

⁴⁹ Sentenza *SCF*, *cit.*, punto 74.

e tra le diverse situazioni che essi sono destinati a regolare, la nozione di comunicazione al pubblico, l'identità dell'utente e la questione dell'utilizzo dell'opera ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 2, della direttiva 92/100 dovevano essere indagati in maniera "individualizzata". Tale valutazione individualizzata presuppone la considerazione di svariati criteri complementari e interdipendenti tra loro, che possono venire in rilievo in modo molto diverso a seconda della situazione concreta e del diritto azionato.

La "valutazione individualizzata" è stata riproposta nella sentenza *Phonographic Performance*⁵⁰ per valutare la sussistenza di una comunicazione al pubblico in un caso di diffusione di fonogrammi nelle camere di un albergo, sempre ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 2, della direttiva 92/100. Nella decisione *GS Media*, la "valutazione individualizzata"⁵¹ viene applicata con esclusivo riferimento alla Direttiva sulla Società dell'Informazione.⁵² Da strumento introdotto per distinguere tra nozioni di "comunicazione al pubblico" presenti in diverse Direttive, quindi, il principio in questione sembra assumere un ruolo nuovo, volto a giustificare l'opportunità di adottare analisi differenziate rispetto alla stessa nozione di "comunicazione al pubblico" prevista dall'articolo all'articolo 3, comma 1, della Direttiva sulla Società dell'Informazione. In linea con le precedenti decisioni, la necessità di adottare una "valutazione individualizzata" dovrebbe spiegarsi con le peculiarità della "situazione concreta" oggetto del procedimento in commento. Se si esclude la natura illecita delle opere cui i link indirizzano, tuttavia, la fattispecie fattuali oggetto delle decisioni *Svensson*, *BestWater* e *GS Media* non sembrano molto "divergenti".

La "divergenza" rispetto a *Svensson*, ancora una volta, è legata a valutazioni e stimoli essenzialmente politici.

Assieme alle Conclusioni dell'Avvocato Generale, infatti, anche la Commissione Europea⁵³ e altri Governi nazionali, nelle osservazioni depositate nel procedimento, avevano espresso preoccupazioni riguardo alle possibili conseguenze negative che la qualificazione "automatica" di un link come "comunicazione al pubblico" avrebbe causato in termini di restrizione delle libertà di espressione e informazione, invitando la Corte a trovare una

⁵⁰ Sentenza *Phonographic Performance*, cit., punto 29.

⁵¹ Come già, nella decisione *Reha Training*, cit., punto 35, il principio secondo cui "per valutare l'esistenza di una comunicazione al pubblico è necessario tener conto di svariati criteri complementari, di natura non autonoma e interdipendenti tra loro. Poiché tali criteri possono essere presenti, nelle diverse situazioni concrete, con intensità molto variabile, occorre applicarli sia individualmente, sia nella loro reciproca interazione".

⁵² Che, afferma la Corte, "riveste in tale direttiva la medesima portata che ha nella direttiva 2001/29 (v., in tal senso, sentenza del 31 maggio 2016, *Reha Training*, C-117/15, EU:C:2016:379, punto 33)". Sentenza *GS Media*, cit., punto 33.

⁵³ La Commissione Europea aveva assunto la medesima posizione nelle osservazioni depositate nel procedimento *Svensson*. Cfr. Conclusioni dell'Avvocato Generale nel caso *GS Media*, cit., punto 25: "La Commissione ricorda che, nelle sue osservazioni nella causa sfociata nella sentenza *Svensson* e a. (C-466/12, EU:C:2014:76), essa aveva sostenuto che, in una fattispecie nella quale un collegamento cliccabile (o 'collegamento ipertestuale') su un determinato sito Internet rimanda ad un'opera protetta da un diritto d'autore ripresa su un altro sito Internet e gli utenti del primo sito Internet abbiano in tal modo accesso a tale opera, non si può parlare di un 'atto di comunicazione', dal momento che non ricorre né una trasmissione né una ritrasmissione nel senso di cui alla direttiva 2001/29."

soluzione di bilanciamento idonea a garantire sia l'interesse dei titolari sia l'interesse generale.⁵⁴

A differenza di quanto accaduto in occasione della sentenza *Svensson*, nel caso *GS Media* tali argomenti hanno trovato terreno fertile. La Corte si è dimostrata sensibile alle preoccupazioni espresse dall'Avvocato Generale e dalla Commissione Europea, dimostrando una consapevolezza rispetto alle possibili conseguenze della sua decisione che non trova riscontro nei suoi precedenti in materia di linking.

Lasciandosi alle spalle l'approccio asettico e meccanico che aveva caratterizzato l'analisi giuridica nel caso *Svensson*, la Corte riconosce innanzitutto l'"importanza particolare" di Internet "per la libertà d'espressione e d'informazione, garantita dall'articolo 11 della Carta". In quel contesto, aggiunge la Corte, la fornitura di collegamenti ipertestuali svolge un ruolo determinante rispetto alla piena esplicazione di quelle libertà, contribuendo al buon funzionamento di internet e allo "scambio di opinioni e di informazioni in tale rete caratterizzata dalla disponibilità di enormi quantità di informazioni".⁵⁵ E' la tutela di quegli interessi primari che porta la Corte, sollecitata dall'Avvocato Generale e dalla Commissione, a svincolarsi dal sistema proposto in *Svensson* e ad adottare una "valutazione individualizzata" che valorizza criteri che in *Svensson* e *BestWater* erano appena accennati nei suoi precedenti, introducendone degli altri che nelle sue decisioni precedenti nemmeno erano contemplati. Il tutto senza intaccare gli snodi argomentativi essenziali della sua giurisprudenza.

Tra quegli snodi, vi è certamente il *two-step* test relativo alla sussistenza di una comunicazione e di un pubblico, introdotto in *TVCatchup*, posto alla base delle decisioni *Svensson* e *BestWater*, e ripreso in *GS Media*. Solo formalmente, però.

L'affermazione secondo cui la nozione di comunicazione al pubblico consta di due elementi cumulativi, vale a dire una comunicazione e un pubblico, assume in *GS Media* una valenza poco più che estetica. Nella sentenza *Svensson*, infatti, i due elementi erano effettivamente stati affrontati separatamente, con una netta prevalenza dell'indagine sul pubblico nuovo in termini di approfondimento e rilevanza ai fini della decisione finale. In *GS Media*, invece, la Corte adotta una valutazione globale e una prospettiva ancora una volta ribaltata rispetto a *Svensson*. Lo spazio dedicato all'indagine sul criterio del pubblico è sostanzialmente trascurabile, mentre l'analisi della Corte si concentra proprio su quel concetto di "comunicazione" che i Giudici del caso *Svensson* avevano ritenuto di poter liquidare in poche

⁵⁴ Sentenza *GS Media*, *cit.*, punto 44: "La *GS Media*, i governi tedesco, portoghese e slovacco nonché la Commissione europea sostengono, tuttavia, che il fatto di qualificare automaticamente come 'comunicazione al pubblico' ogni collocamento di detti collegamenti verso opere pubblicate su altri siti, qualora i titolari del diritto d'autore delle stesse opere non abbiano autorizzato tale pubblicazione su Internet, avrebbe conseguenze fortemente restrittive per la libertà d'espressione e d'informazione e non rispetterebbe il giusto equilibrio che la direttiva 2001/29 mira a stabilire tra detta libertà e l'interesse generale, da un lato, nonché l'interesse dei titolari di un diritto d'autore a una tutela efficace della loro proprietà intellettuale, dall'altro".

⁵⁵ Sentenza *GS Media*, *cit.*, punto 45.

righe.⁵⁶

Poco di nuovo dice sentenza *GS Media* quanto al criterio del pubblico. In merito, la Corte ribadisce che tale nozione riguarda un numero indeterminato di destinatari potenziali e comprende un numero di persone piuttosto considerevole. Nella decisione in commento trova ulteriore conferma il principio secondo cui sussiste una comunicazione al pubblico nella misura in cui un'opera viene comunicata con modalità tecniche specifiche diverse rispetto a quelle "fino ad allora utilizzate"⁵⁷ o, in mancanza, nella misura in cui essa sia rivolta a un "pubblico nuovo".⁵⁸

E' sul concetto di "comunicazione", tuttavia, che si riscontrano le maggiori innovazioni.

Accantonato l'approccio dell'"elevato livello di tutela del diritto d'autore" adottato in *Svensson*, la Corte di Giustizia afferma che la possibilità di inquadrare la fornitura di un link quale atto di comunicazione dipende sostanzialmente dal "ruolo imprescindibile" del fornitore del link e dal "carattere intenzionale del suo intervento".⁵⁹ In questa prospettiva, la capacità di un link di fornire "accesso diretto" a un'opera non è ritenuto sufficiente per l'integrazione di un atto di comunicazione ai sensi dell'articolo 3, comma 1, della Società dell'Informazione. Affinché ciò avvenga, il fornitore di un collegamento deve intervenire "con piena cognizione delle conseguenze del suo comportamento, per dare ai suoi clienti accesso a un'opera protetta", nel senso che "in mancanza di questo intervento, tali clienti non potrebbero, in via di principio, fruire dell'opera diffusa".

All'oggettivo (e contestabile)⁶⁰ presupposto secondo cui ogni link integrerebbe una

⁵⁶ La differenza di approccio rispetto alla sentenza *Svensson* è rilevata anche da Joel Smith - Heather Newton, "Hyperlinking to material on the internet: the CJEU expands on the circumstances when it may amount to copyright infringement", *cit.*, p. 770: "in *GS Media* the focus was on the first limb of the test for whether there has been a communication to the public, namely, whether there was an act of communication, which the court says must be conscious and deliberate so knowledge is relevant. In contrast, in *Svensson*, the court assumed that creating a hyperlink was a sufficient act and there was no discussion of whether a person creating a link to restricted material also needed to know or ought to have known that access was restricted in order for there to be a deliberate act. Instead, the reasoning rested on the second limb of the test which is applicable in considering hyperlinks, whether there was a 'new' public".

⁵⁷ Il passaggio presenta una certa portata innovativa. Nelle precedenti decisioni in cui si faceva riferimento alla necessità di comparare le modalità tecniche impiegate nella comunicazione iniziale e in quella di secondo grado, infatti, la Corte si era sempre confrontata con un contesto fattuale in cui la comunicazione iniziale era stata effettuata dal titolare dei diritti; si veda, in merito, l'analisi delle sentenze *TVCatchup* e *Svensson*, *citt.*, svolta *supra*, capitolo II, paragrafi 6 e 7. Nella sentenza *GS Media*, invece, la Corte sembra conferire rilevanza al criterio in questione nonostante la comunicazione iniziale non fosse stata effettuata dal titolare, facendo riferimento in modo generico alle modalità tecniche (non "impiegate dal titolare", ma) "fino ad allora utilizzate". Considerato che il criterio della "modalità tecnica diversa" era funzionale all'individuazione di una comunicazione di secondo grado nuova rispetto a quella già effettuata dal titolare, non si comprende come esso possa rilevare nel caso in cui non vi sia alcuna comunicazione iniziale lecita. La ritrasmissione di una comunicazione al pubblico effettuata in violazione dei diritti d'autore, in altre parole, sembra difficilmente qualificabile come "già autorizzata dal titolare" solo perché impiega le stesse modalità tecniche della comunicazione iniziale illecita.

⁵⁸ Su cui poi la Corte si pronuncia, in modo apparentemente decontestualizzato, al punto 42. Sui possibili significati di tale inciso si veda *infra*, paragrafo 8.

⁵⁹ Sentenza *GS Media*, *cit.*, punto 35.

⁶⁰ Si vedano, in merito, le Conclusioni cui è giunto l'Avvocato Generale, *cit.*, punto 54, secondo cui l'atto di dare accesso sarebbe ascrivibile al solo *uploader*, mentre il link potrebbe tutt'al più essere considerato uno strumento che facilita il reperimento dell'opera. Conclusioni supportate, tra gli altri, anche da Lionel Bently e Altri della European Copyright Society, "The Reference to the CJEU in Case C-466/12 *Svensson*", *cit.*, da Jeremy de Beer

comunicazione per il solo fatto di dare accesso diretto a un'opera, quindi, si sostituisce un'indagine diversa. Più sofisticata. E, soprattutto, molto meno "oggettiva".

5. La conoscenza dell'illecito come elemento costitutivo della comunicazione al pubblico

Il ruolo attribuito dalla Corte dal criterio dell'intervento sembra avallare il rilievo dell'Avvocato Generale, secondo cui l'intervento del fornitore dei link viene in rilievo solo ai fini dell'indagine riguardante la sussistenza di una "comunicazione", essendo quello il momento in cui si può potenzialmente verificare una "messa a disposizione" dell'opera.⁶¹ In questo senso, *GS Media* segna un ulteriore punto di rottura rispetto alla sentenza *Svensson*, dove quel criterio era stato considerato solo in relazione all'esistenza di una cerchia di utenti ulteriore rispetto a quella considerata dal titolare nel momento della comunicazione iniziale.⁶²

A prescindere dall'elemento rispetto cui il criterio dell'intervento viene in rilievo, l'interpretazione che la Corte fornisce di esso nella decisione in commento si distingue in modo piuttosto netto sia dalle Conclusioni dell'Avvocato Generale, sia sua precedente giurisprudenza.

Nella giurisprudenza costante della Corte, "ruolo imprescindibile dell'utente" è dichiaratamente costituito da un elemento oggettivo e uno soggettivo. La sua dimensione oggettiva riguarda la sussistenza di un intervento del comunicatore di secondo grado volto a "dare accesso" a un'opera. L'elemento soggettivo attiene invece la circostanza che, nell'intervenire per dare accesso, il soggetto che pone in essere la comunicazione di secondo grado abbia "piena cognizione delle conseguenze del suo comportamento".⁶³

Le decisioni che hanno affrontato il punto e le stesse conclusioni dell'Avvocato Generale si sono tradizionalmente soffermate sul solo elemento oggettivo, tanto da far ritenere che la "piena consapevolezza" del fornitore della comunicazione di secondo grado svolgesse una funzione irrilevante o, quanto meno, ancillare. L'intervento e l'imprescindibilità del ruolo di chi lo pone in essere, infatti, sono stati tradizionalmente indagati alla luce dell'oggettiva impossibilità dei terzi di accedere alle opere in assenza della comunicazione di secondo grado nella situazione concreta. Prima della decisione *GS Media*, la natura "deliberata" e la consapevolezza "delle conseguenze" dell'intervento da parte del comunicatore di secondo

– Mira Burri, "Transatlantic Copyright Comparisons: Making Available via Hyperlinks in the European Union and Canada", *cit.*, p. 103, e da Tim Berners-Lee, "Links and Law", *Commentary on Web Architecture, cit.*

⁶¹ Conclusioni nella causa *GS Media, cit.*, punti 58 e 59.

⁶² Sentenza *Svensson, cit.*, punti 27 e 31. La Corte aveva concluso per il rilievo dell'intervento ai fini dell'indagine in merito alla sussistenza di un pubblico nuovo, tra le altre, anche nelle sentenze *SGAE, cit.*, punto 42, e *Reha Training, cit.*, punti 45 e 46.

⁶³ Si vedano, sul punto, le sentenze *SGAE, cit.*, punto 42; *FAPL, cit.*, punto 195; *SCF, cit.*, punto 84; *Phonographic Performance, cit.*, punto 33; e *Reha Training, cit.*, punto 46.

grado erano poco più che mere chiose.⁶⁴

L'enfasi sull'elemento oggettivo emerge chiaramente sia nella sentenza *Svensson*, sia nelle Conclusioni dell'Avvocato Generale. Nel primo caso, l'"intervento senza il quale tali utilizzatori non potrebbero beneficiare delle opere diffuse" era costituito dalla fornitura di link che permettono l'elusione di misure restrittive.⁶⁵ Nelle Conclusioni dell'Avvocato Generale in *GS Media*, si faceva espresso riferimento all'intervento come a un atto "indispensabile o imprescindibile" ai fini di mettere gli utenti nell'oggettiva situazione di "beneficiario o godere delle opere", escludendone la sussistenza nella misura in cui la fornitura dei link da parte di *GeenStijl* non era oggettivamente indispensabile per l'accesso alle opere in questione, vista la loro libera disponibilità sul sito di un terzo.⁶⁶

La prospettiva della Corte in *GS Media* è ribaltata anche sotto questo profilo.

L'elemento oggettivo dell'intervento, infatti, assume un ruolo decisamente secondario e complementare,⁶⁷ mentre l'intero percorso argomentativo è fondato sull'elemento soggettivo, vale a dire sulla natura *deliberata* dell'intervento del fornitore di link, che si concreta nella sua consapevolezza che i collegamenti offerti indirizzano gli utenti a opere illecite.

Nel contesto della "valutazione individualizzata" cui si è fatto sopra cenno, la "situazione concreta" che giustifica il capovolgimento interpretativo della Corte deriva da un fatto peculiare al contesto tecnologico in cui la decisione si inserisce.⁶⁸ La peculiarità in questione è l'oggettiva difficoltà, per il soggetto che mette a disposizione il collegamento ipertestuale, di verificare la liceità delle opere oggetto del link. In merito, la Corte fa riferimento a una serie di casi in cui il link fornito indirizza non a un file in particolare, ma a un sito ove l'opera si trova.

⁶⁴ Il principio sembra pacifico nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. Si vedano, ad esempio, le sentenze *SGAE, cit.*, punto 42; *FAPL, cit.*, punto 195; *SCF, cit.*, punti 82 e 94; *Phonographic Industries, cit.*, punti 31, 40 e 67; e *Reha Training, cit.*, punti 46 e 60.

⁶⁵ Sentenza *Svensson, cit.*, punto 31: "nell'ipotesi in cui un collegamento cliccabile consenta agli utilizzatori del sito in cui si trova tale collegamento di eludere misure restrittive adottate dal sito in cui l'opera protetta si trova per limitare l'accesso del pubblico ai soli abbonati e, in tal modo, costituisca un intervento senza il quale tali utilizzatori non potrebbero beneficiare delle opere diffuse, il complesso di tali utilizzatori dovrà essere considerato quale pubblico nuovo, che non è stato preso in considerazione dai titolari del diritto d'autore al momento in cui hanno autorizzato la comunicazione iniziale, ragion per cui per tale comunicazione al pubblico si impone l'autorizzazione dei titolari".

⁶⁶ Conclusioni dell'Avvocato Generale nella causa *GS Media, cit.*, punti 57, 60, 69 e 70.

⁶⁷ La Corte prende in considerazione l'elemento oggettivo dell'intervento in due frangenti. Il primo, al punto 46, dove afferma che, oltre a non costituire comunicazione al pubblico per l'assenza dell'elemento soggettivo, il collocamento di un link da parte di privati che non sono consapevoli della natura illecita dell'opera oggetto del collegamento non integra *nemmeno* gli estremi di un intervento imprescindibile, in quanto (e "*inoltre*") "laddove l'opera in questione fosse già disponibile senza alcuna restrizione di accesso sul sito Internet cui il collegamento ipertestuale rimanda, l'insieme degli internauti poteva già, in linea di principio, accedervi anche senza tale intervento". Se il fornitore privato ha consapevolezza dell'illiceità dell'opera oggetto del link, tuttavia, l'elemento oggettivo perde totalmente di rilevanza; cfr. in merito, il punto 49. Il secondo frangente riguarda il link che elude misure restrittive, che oltre a costituire un intervento "voluto" rileva, analogamente a quanto sostenuto nella sentenza *Svensson*, anche in quanto, senza quel collegamento, gli "utilizzatori non potrebbero fruire delle opere diffuse". Sul punto, si veda *infra*, paragrafo 8.

⁶⁸ Secondo Joel Smith - Heather Newton, "Hyperlinking to material on the internet: the CJEU expands on the circumstances when it may amount to copyright infringement", *cit.*, p. 669, il *distinguishing* rispetto alla sentenza *Svensson, cit.*, è fondato anche sulla natura illecita dei contenuti oggetto dei collegamenti. Cosa certamente vera, ma che può rilevare solo nella prospettiva "politica" cui si è fatto sopra cenno, non certo quale circostanza tecnologica idonea a modificare il quadro fattuale rispetto al contesto in cui i link indirizzano a contenuti leciti.

In quel contesto, sostiene la Corte, può risultare estremamente oneroso per il fornitore del collegamento verificare se il sito cui il link indirizza contiene delle opere riprodotte in violazione del diritto d'autore. Tale verifica presupporrebbe, innanzitutto, una ricerca e un successivo esame di tutti i contenuti del sito. L'analisi della natura lecita o meno delle opere rinvenute, poi, sarebbe tutt'altro che agevole, considerato che nell'ambiente internet non sono infrequenti sistemi di licenze e sottolicenze in virtù delle quali non è scontato che le opere di titolarità di un soggetto compaiano solo sui siti internet di sua proprietà. Infine, riconoscendo la natura intermittente del diritto di comunicazione al pubblico analizzato in precedenza, la Corte affronta l'ipotesi in cui opere in violazione siano caricate sul sito oggetto del link in un momento successivo alla fornitura del collegamento. In quel caso, afferma la Corte, il collegamento diventerebbe idoneo a indirizzare gli utenti verso opere illecite dopo il suo collocamento e all'insaputa del fornitore.⁶⁹

E' proprio a causa dell'oggettiva difficoltà a conoscere la liceità del contenuto oggetto del link che la "consapevolezza delle conseguenze" da parte del fornitore del collegamento diventa un elemento essenziale per operare il bilanciamento tra le esigenze dei titolari e quelle degli utenti in termini di libertà di espressione e circolazione delle informazioni.

Nell'ottica di quel bilanciamento, la Corte interviene direttamente sugli elementi costitutivi del diritto di comunicazione al pubblico.⁷⁰

Rispetto alla fornitura di link verso contenuti illeciti, innanzitutto, la Corte afferma che il diritto di cui all'articolo 3, comma 1, della Direttiva sulla Società dell'Informazione sussiste nella sola misura in cui vi sia un "intervento consapevole" della persona che colloca i link. L'elemento della "comunicazione", secondo la decisione in commento, può quindi dirsi integrato solo qualora il fornitore di quei collegamenti sia – o dovrebbe ragionevolmente essere; o può presuntivamente considerarsi – a conoscenza della natura illecita dei contenuti oggetto dei collegamenti.⁷¹

⁶⁹ Sentenza *GS Media*, cit., punto 46: "[...] può risultare difficile, in particolare per i privati che intendano collocare siffatti collegamenti, verificare se il sito Internet verso il quale si presume che tali collegamenti rimandino fornisca l'accesso ad opere protette e, se del caso, se i titolari dei diritti d'autore di tali opere abbiano autorizzato la loro pubblicazione su Internet. Una verifica del genere risulta ancora più difficile nel caso in cui tali diritti siano stati oggetto di sottolicenze. Inoltre, il contenuto di un sito Internet cui un collegamento ipertestuale consente di accedere può essere modificato dopo la creazione di tale collegamento, includendo le opere protette, senza che la persona che abbia creato lo stesso collegamento ne sia necessariamente a conoscenza". Così facendo, peraltro, la Corte di Giustizia sembra chiudere il dibattito, sviluppatosi prima e dopo la sentenza *Svensson*, in merito all'impossibilità di qualificare come "comunicazione al pubblico" un link che rinvia ad una pagina internet invece che a un contenuto preciso. Aveva sostenuto questa tesi, tra gli altri, anche Jane Ginsburg, "Hyperlinking and 'making available'", cit., p. 149.

⁷⁰ Sentenza *GS Media*, cit., punto 39, che considera l'elemento soggettivo anche rispetto alla sussistenza stessa del diritto di comunicazione al pubblico: "È alla luce, in particolare, di tali criteri che occorre valutare se, in una situazione come quella oggetto del procedimento principale, il fatto di collocare su un sito Internet un collegamento ipertestuale verso opere protette, liberamente disponibili su un altro sito Internet senza l'autorizzazione del titolare del diritto d'autore, costituisca una 'comunicazione al pubblico' ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29".

⁷¹ Unanimi, in merito, le interpretazioni fornite nei primi commenti alla sentenza *GS Media*. Si vedano, ad esempio, Birgit Clark - Sabrina Tozzi, "Communication to the public' under EU Copyright Law: an increasingly delphic concept or intentional fragmentation?", cit., p. 717: "In *GS Media* the CJEU has now decided that

Riguardo al collocamento di link senza scopo di lucro, ad esempio, la Corte considera la circostanza che chi mette a disposizione il link "non sia a conoscenza, e non possa ragionevolmente esserlo, del fatto che detta opera era stata pubblicata su Internet senza l'autorizzazione del titolare dei diritti d'autore" come determinante ai fini "dell'esistenza di una 'comunicazione al pubblico'".⁷² Per converso, la messa a disposizione di un collegamento a un'opera illecita "costituisce una 'comunicazione al pubblico' ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29" solo "qualora sia accertato che tale persona era al corrente, od era tenuta ad esserlo" della natura illecita di quell'opera.⁷³

Il medesimo principio vale per la messa a disposizione di collegamenti a fini di lucro. Al riguardo, la Corte stabilisce che "l'atto di collocare un collegamento ipertestuale verso un'opera illegittimamente pubblicata su Internet costituisce una 'comunicazione al pubblico' ai sensi della Direttiva sulla Società dell'Informazione "a condizione che [...] non sia confutata" la presunzione secondo cui il fornitore è "intervenuto con piena cognizione del fatto [...] che il titolare del diritto d'autore potrebbe non aver autorizzato la pubblicazione".⁷⁴

Di conseguenza, anche la possibilità di esercitare in via diretta il diritto di comunicazione al pubblico è subordinato alla sussistenza dell'elemento soggettivo in capo al fornitore del link. Se chi colloca il link non ha consapevolezza della natura illecita delle informazioni oggetto del collegamento, non c'è comunicazione. Se non c'è comunicazione, non sussiste un diritto di comunicazione al pubblico da esercitare.

L'azione dei titolari contro i privati, inoltre, viene ulteriormente condizionata alla sussistenza di una condotta omissiva concreta del fornitore del collegamento. In merito, la Corte sottolinea che "i titolari del diritto d'autore possono agire [...] contro persone che abbiano collocato tali collegamenti senza perseguire fini lucrativi" solo nell'ipotesi in cui, dopo aver informato quei privati dell'illiceità del contenuto oggetto del link, gli stessi si "rifiutino di

hyperlinking to a copyright work that was previously published online without the copyright owner's consent (here: leaked photos from a Playboy photo-shoot of a Dutch celebrity) will not constitute a 'communication to the public' of that work under art.3(1) of the InfoSoc Directive, where the hyperlinker had no knowledge that the work was originally published illegally". In linea anche Joel Smith - Heather Newton, "Hyperlinking to material on the internet: the CJEU expands on the circumstances when it may amount to copyright infringement", *cit.*, p. 770.

⁷² Sentenza *GS Media*, *cit.*, punto 47: "Ai fini della valutazione individualizzata dell'esistenza di una 'comunicazione al pubblico' ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29, qualora il collocamento di un collegamento ipertestuale verso un'opera liberamente disponibile su un altro sito Internet sia effettuato da una persona senza perseguire fini di lucro, occorre pertanto tener conto della circostanza che tale persona non sia a conoscenza, e non possa ragionevolmente esserlo, del fatto che detta opera era stata pubblicata su Internet senza l'autorizzazione del titolare dei diritti d'autore" (enfasi aggiunta).

⁷³ Sentenza *GS Media*, *cit.*, punto 49: "Per contro, qualora sia accertato che tale persona era al corrente, od era tenuta ad esserlo, del fatto che il collegamento ipertestuale da essa collocato forniva accesso a un'opera illegittimamente pubblicata su Internet, ad esempio perché ne era stata avvertita dai titolari del diritto d'autore, occorre rilevare che la messa a disposizione di detto collegamento costituisce una 'comunicazione al pubblico' ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29" (enfasi aggiunta).

⁷⁴ Sentenza *GS Media*, *cit.*, punto 51: "Inoltre, qualora il collocamento di collegamenti ipertestuali sia effettuato a fini lucrativi, [...] deve presumersi che tale collocamento sia intervenuto con piena cognizione del fatto che l'opera è protetta e che il titolare del diritto d'autore potrebbe non aver autorizzato la pubblicazione su Internet. In siffatte circostanze, e a condizione che tale presunzione relativa non sia confutata, l'atto di collocare un collegamento ipertestuale verso un'opera illegittimamente pubblicata su Internet costituisce una 'comunicazione al pubblico' ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29" (enfasi aggiunta).

rimuovere tale collegamento senza che esse possano avvalersi di una delle eccezioni elencate in detto articolo 5, paragrafo 3".⁷⁵ Come si avrà modo di approfondire di prossimi paragrafi, la situazione descritta presenta alcune analogie con il procedimento di *notice-and-take-down* che la Direttiva sul Commercio Elettronico⁷⁶ e il Decreto Legislativo che l'ha implementata in Italia⁷⁷ prevedono rispetto ai *caching* e agli *hosting provider*.⁷⁸ In quei casi, tuttavia, a essere limitata è la sola responsabilità dei servizi della società dell'informazione in relazione ai contenuti generati dagli utenti di cui non sono a effettiva conoscenza, mentre la conoscenza della natura illecita dei contenuti ospitati in via temporanea o definitiva non ha alcun rilievo rispetto alla sussistenza di diritti di terzi o alla possibilità per i titolari di esercitarli.⁷⁹

Condizionare la costituzione del diritto di comunicazione al pubblico e la possibilità di esercitarlo alla sussistenza di un elemento soggettivo in capo a un terzo pone più di qualche problema di coordinamento con i principi base che reggono il diritto d'autore a livello internazionale.

Sotto un primo profilo, l'assunto della Corte sembra violare il principio secondo cui il diritto

⁷⁵ Sentenza *GS Media*, *cit.*, punto 53.

⁷⁶ Si vedano, in particolare, gli articoli 13 e 14 della Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno ("**Direttiva sul Commercio Elettronico**").

⁷⁷ Articoli 15 e 16 del Decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, "Attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno".

⁷⁸ Si veda, in merito, Birgit Clark - Sabrina Tozzi, "Communication to the public' under EU Copyright Law: an increasingly delphic concept or intentional fragmentation?", *cit.*, p. 717: "Arguably, the requirement for a hyperlinker to have knowledge that the content they link to is unauthorised also establishes a new notice and takedown regime for hyperlinkers. Applying the criteria set out in *GS Media*, they will engage in a new act of communication to the public once they have been put on notice that the content of their hyperlink is copyright infringing and then fail to remove the link. This may ultimately result in a notice and takedown regime similar to that operated by online platforms relying on the E-Commerce Directive hosting defence. While the guidance is opaque, *GS Media* arguably places the burden of acting on notices on users rather than intermediaries".

⁷⁹ Il piano della responsabilità, infatti, va tenuto distinto da quello della possibilità del titolare di esercitare il diritto e di richiedere all'internet service provider la rimozione di un contenuto. Mentre il procedimento di *notice-and-take-down* di cui ai commi 1 degli articoli 13, lettera (e) e 14 della Direttiva sul Commercio Elettronico riguarda la sola responsabilità, anche risarcitoria, di quei servizi della società dell'informazione, gli articoli 13, comma 2 e 14, comma 3 della stessa direttiva prevedono la possibilità "che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa esiga che il prestatore impedisca o ponga fine ad una violazione", richiedendo la rimozione di un contenuto a prescindere dal riconoscimento di qualsivoglia responsabilità in capo al provider – e, quindi, a prescindere dal fatto che esso, essendone a conoscenza, non abbia agito prontamente per rimuovere il contenuto o disabilitarne l'accesso. Sul punto, si vedano anche le Conclusioni dell'Avvocato Generale nel caso *Filmspeler*, *cit.*, punti 70 e 71. L'Avvocato Generale, infatti, ha escluso in modo piuttosto netto che l'elemento soggettivo possa influire sull'esistenza di un diritto d'autore, ammettendo invece che esso possa giocare un ruolo sotto il profilo della responsabilità dell'utente: "In my opinion, if the key factor, in the case of a person who inserts a hyperlink without pursuing a profit, is knowledge — at least the reasonable possibility of knowledge — that the protected work is available on the internet unlawfully, it would be difficult not to extend that criterion to a person who merely makes use of that hyperlink, also without pursuing a profit. However, I believe that the subjective component is more appropriate for excluding personal liability than for deciding on objective unlawfulness and, as the case may be, the classification of the conduct. To enable a proper interpretation of Article 5(1) of Directive 2001/29, it must be borne in mind that, in accordance with recital 33 thereof, lawfulness, in objective terms, depends rather on the authorisation of the right holder or his licensee. Excusable ignorance or reasonable lack of knowledge, on the part of the end user, of the fact that no such authorisation exists could, undoubtedly, exempt the user from liability, but it does not exclude — I repeat, in strictly objective terms — the unlawfulness of the 'use' referred to in Article 5(1) of Directive 2001/29".

d'autore sorge e si acquista a titolo originario con la creazione dell'opera.

L'assenza di formalità costitutive, infatti, è un principio fondamentale a livello internazionale, pacifico in tutti gli Stati Membri della Convenzione di Berna, sin dal testo di Berlino del 1908.⁸⁰ Secondo quel principio, il diritto d'autore – o, meglio, i diritti economici e morali che compongono il fascio di esclusive conferite al titolare – sorge nel momento della creazione ed esteriorizzazione dell'opera.⁸¹ In relazione al linking, l'approccio adottato dalla Corte prefigura un diritto d'autore monco, perché condizionato allo stato soggettivo di un terzo. Un elemento, quello della consapevolezza del linker, che sembra tanto più in contrasto con il principio in discussione in quanto nemmeno costituisce una "formalità" oggettiva (quali la registrazione o l'espressione dell'opera su un supporto stabile). Anche nelle ipotesi residuali in cui gli ordinamenti prevedono un qualche tipo di formalità (non costitutiva), in altre parole, mai quelle formalità si risolvono nella verifica di una condotta (o, peggio, in uno stato d'animo) di un terzo, riguardando piuttosto attività ulteriori alla creazione e all'esteriorizzazione richieste direttamente all'autore o al titolare dei diritti.⁸²

Anche a voler ignorare gli espliciti riferimenti all'"esistenza" e alla "costituzione" del diritto di comunicazione al pubblico e interpretare il rilievo dell'elemento soggettivo come attinente al

⁸⁰ Benché ci siano state delle differenze significative tra gli ordinamenti continentali e quelli anglosassoni, il quadro normativo sul punto è oggi decisamente più uniforme; si vedano, sul punto, Hector MacQueen - Charlotte Waelde - Graeme Laurie - Abbie Brown, *Contemporary Intellectual Property - Law and Policy*, seconda edizione, Oxford, pp. 89 e 90, nonché Graham Dutfuekd - Uma Suthersanen, *Global intellectual property Law*, Edward Elgar, 2008, p. 77, che dopo aver dato conto dei differenti approcci giuridico-filosofici adottati nei due sistemi, convengono sulla circostanza che il "copyright can be described as a property right, encompassing several distinct exclusive rights, which arise automatically upon creation of a particular class of works".

⁸¹ La dottrina, sul punto, è pacifica. Si vedano, tra molti, Mario Fabiani, *Diritto d'autore e diritti degli artisti interpreti o esecutori*, Giuffrè, 2004, p. 60; Vittorio De Sanctis, *I soggetti del diritto d'autore*, Giuffrè, 2005, p. 98; Paolo Auteri, "Fattispecie costitutiva e soggetti", in Paolo Auteri - Giorgio Florida - Vito Mangini - Giorgio Olivieri - Marco Ricolfi - Paolo Spada, *Diritto Industriale - Proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappichelli, 2012, quarta edizione, p. 581: "Gli artt. 2576 c.c. e 6 l. Aut. Stabiliscono che 'il titolo originario dell'acquisto del diritto d'autore è costituito dalla creazione dell'opera, quale particolare espressione del lavoro intellettuale'. La disposizione afferma non solo il principio secondo cui il diritto sorge e si acquista a titolo originario con la creazione dell'opera, senza adempimenti o formalità, ma anche il principio secondo cui è l'autore, e cioè la persona che ha creato l'opera, che acquista il diritto a titolo originario". A livello internazionale, l'Autore sottolinea che "il diritto d'autore si acquista senza l'adempimento di alcuna formalità (costitutiva), quali deposito, registrazione, apposizione di rivendicazioni sui prodotti e altri adempimenti. E' questo un principio fondamentale della CUB sin dal testo di Berlino del 1908, accolto nelle legislazioni di tutti gli Stati aderenti. La CUB (Ginevra 1952) prevede invece all'art. III che gli Stati aderenti che subordinano la protezione all'adempimento di formalità devono considerare rispettate tali formalità per ogni opera protetta dalla Convenzione".

⁸² In una prospettiva storica, si pensi alla dichiarazione di riserva dei diritti o agli articoli 103 e 105 L. Aut. che stabiliscono, rispettivamente, un registro pubblico generale delle opere protette e l'obbligo del deposito di un esemplare dell'opera pubblicata o del prodotto presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, sanzionando il mancato rispetto di tale regime con il sequestro di un esemplare ai sensi dell'articolo 106 L. Aut. Si pensi, ancora, ai requisiti di forma previsti per le fotografie non artistiche dall'articolo 90, L. Aut. Rispetto agli ordinamenti di *common law*, che hanno previsto sino a non molto tempo fa l'adempimento di formalità obbligatorie per l'acquisto a titolo originario dei diritti d'autore, i Paesi di tradizione civilistica si sono dimostrati riluttanti a subordinare l'esistenza del diritto d'autore a formalità anche per la natura giusnaturalistica tradizionalmente attribuita a tale diritto: "in Europe, toward the end of nineteenth century, the relationship between formalities and copyright gradually weakened [...] This was attributable to an increased belief that the person of the creator was the very foundation of the property in the work. [...] by regarding the creator as 'the natural law basis of literary and artistic property, they believed that authors' rights emanate directly from the quality of the authors' own intellectual creations. The law was seen as merely recognizing the existence and regulating the exercise of author' rights". Così Stef van Gompel, *Formalities in Copyright Law: An Analysis of Their History, Rationales and possible future*, Kluwer Law International, 2011, pp. 98 e 99.

solo esercizio dell'esclusiva, i principi stabiliti dalla Corte presenterebbero comunque problemi di compatibilità con il divieto di subordinare a formalità il godimento e l'esercizio dei diritti d'autore, sancito dall'articolo 5, comma 2 della Convenzione di Berna.⁸³ Se alcuni Autori ritengono compatibile con quel divieto l'imposizione ai titolari di "ragionevoli formalità informative" idonee a garantire certezza e buona fede rispetto all'oggetto del diritto d'autore,⁸⁴ il sistema proposto dalla Corte sembra andare oltre, subordinando l'esercizio dell'azione contro chi colloca i link senza scopo di lucro non a una semplice attività informativa del titolare, ma alle conseguenze che essa comporta in termini di consapevolezza dei fornitori di link non a scopo di lucro, oltre che a una loro condotta omissiva di questi ultimi.

Sotto un profilo più generale, la scelta di condizionare la costituzione e la possibilità di esercizio del diritto di comunicazione al pubblico allo stato mentale di un soggetto terzo sembra mal conciliarsi con la natura proprietaria del diritto d'autore, che la Corte adotta anche nella decisione *GS Media*, facendo riferimento a più riprese all'articolo 17, comma 2, della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea.⁸⁵

Tradizionalmente, i modi di acquisto a titolo originario dei diritti proprietari e il loro esercizio non prevedono la cooperazione di terzi né, tanto meno, la rilevanza dello stato soggettivo di persone diverse dal titolare o dal possessore del bene.⁸⁶ Stabilire che la sussistenza di un diritto proprietario come la comunicazione al pubblico necessiti, per esistere ed essere esercitato, del particolare stato mentale di un soggetto terzo sembra contrastare con il concetto stesso di proprietà (anche) intellettuale e con il carattere di assolutezza ed esclusività che caratterizza tali diritti.⁸⁷ Lunghi dal concretarsi in un'esclusiva *erga omnes*,

⁸³ "Art. 5(2) BC prohibits the requirement of any formalities for copyright to come into existence [...] Member States may not make 'the enjoyment and the exercise' of copyright protection for works [...] subject to any formality such as deposit or registration". Così Thomas Dreier, in Thomas Dreier - P. Bernt Hugenholtz, *Concise European Copyright Law, cit.*, pp. 28 - 30.

⁸⁴ Alberto Musso, "Del diritto d'autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche", in Francesco Galgano (a cura di), *Commentario del Codice Civile*, Zanichelli, 2008, p. 135, sostiene la compatibilità di "ragionevoli formalità informative" con gli organi internazionali pattizi, a patto che tali formalità "non pregiudichino l'acquisto del diritto né il suo esercizio" – il che, si è visto, non avviene nel caso della sentenza *GS Media* – "ma garantiscano certezza e buona fede dei terzi nell'identificazione del quid tutelato, favorendo al contempo il relativo titolare nel recepimento dei compensi o nella negoziazione di licenze". In merito, l'Autore cita l'esempio dell'articolo 90 L. Aut., secondo cui, ai fini di considerare la loro riproduzione abusiva, le fotografie semplici devono riportare il nome del fotografo, la data dell'anno di produzione della fotografia e il nome dell'autore dell'opera d'arte fotografata.

⁸⁵ Sentenza *GS Media, cit.*, punto 31. Una prospettiva, questa, per nulla pacifica nonostante la previsione di cui all'articolo 17, comma 2, della Carta. Per una rassegna delle posizioni in merito alla qualificazione dei diritti d'autore come proprietà, si vedano Maria Lilla Montagnani, *Il diritto d'autore nell'era digitale - La distribuzione online delle opere dell'ingegno, cit.*, pp. 20 e ss. Un'indagine sulla natura relativa di tali diritti è invece proposta da Hugh Breakey, "Properties of copyright - Exclusion, exclusivity, non-interference and authority", in Helena R Howe - Jonathan Griffiths (a cura di), *Concepts of property in intellectual property law*, Cambridge University Press, 2013, pp. 6 e ss.

⁸⁶ Si vedano, in merito, Andrea Torrente - Pietro Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, nona edizione, Giuffrè, 2009, pp. 273 e 274, individuano due tipologie di acquisto della proprietà, distinguendo tra acquisto a titolo derivativo e originario. Tra i secondi, gli Autori elencano l'occupazione, l'invenzione, assimilabile alla creazione nell'ambito delle opere dell'ingegno, l'accessione, l'usucapione e il possesso in buona fede i beni mobili.

⁸⁷ Ancora Andrea Torrente - Pietro Schlesinger, *Manuale di diritto privato, cit.*, pp. 254 e ss., che definiscono "assolutezza" come "l'attribuzione al proprietario del diritto di fare della cosa tutto ciò che vuole", ed "esclusività"

infatti, il diritto di comunicazione al pubblico delineato nella sentenza *GS Media* esiste solo in relazione ad alcuni dei consociati, quelli cioè che hanno consapevolezza della natura illecita del contenuto cui indirizzano i collegamenti forniti, e non nei confronti di chi non ha conoscenza delle conseguenze della loro condotta.⁸⁸

6. Link privati e professionali: un sistema di presunzioni problematico

Provare la consapevolezza del linker rispetto al carattere illecito dei contenuti cui indirizzano i collegamenti, però, può risultare un'impresa estremamente difficile – diabolica, si sarebbe detto un tempo.

Per sollevare almeno in parte i titolari dall'onere di ottenere una prova ostica che limiterebbe in modo sostanziale il contenuto e l'esercizio dell'esclusiva, la Corte introduce un sistema di presunzioni relative volto a rendere meno incerti gli esiti dell'indagine attinente alla consapevolezza da parte del *linker* delle conseguenze del suo intervento.

Il sistema disegnato dalla Corte si fonda su una differenziazione, all'interno della generale categoria dei fornitori di link, tra soggetti che mettono a disposizione collegamenti "senza perseguire fini di lucro" e quelli che, invece, collocano collegamenti ipertestuali "a fini lucrativi".⁸⁹ Che cosa intenda la Corte con "privati", da un lato, e "fini lucrativi", dall'altro, non è esattamente chiaro. Sul punto si tornerà alla fine del presente paragrafo.⁹⁰

Per ognuna di queste due categorie, la Corte introduce una presunzione relativa.

l'attribuzione "al proprietario del diritto di vietare ogni ingerenza di terzi in ordine alle scelte che, in tema di godimento e di disposizione del bene, il proprietario si riserva di effettuare con totale arbitrio e discrezionalità".

⁸⁸ Rilevano un'incongruenza, nel ragionamento della Corte, anche Joel Smith - Heather Newton, "Hyperlinking to material on the internet: the CJEU expands on the circumstances when it may amount to copyright infringement", *cit.*, pp. 769 e 770: "Traditionally, liability for primary acts of infringement is not dependent on the knowledge of the infringer as to whether they are infringing copyright. However, by bringing consideration of the knowledge of the user into the test for whether there has been a deliberate act of communication, the CJEU has changed this for infringement under art.3(1) of the Directive. This is a new and significant development, which arguably goes beyond the remit of the CJEU in interpreting the Copyright Directive".

⁸⁹ L'impostazione adottata dalla Corte sembra in linea con quanto sostenuto dalla migliore dottrina che si è occupata di elemento soggettivo con riferimento ad illeciti aquiliani in ambito comparatistico. Si veda, in merito, Mauro Bussani, *La colpa soggettiva - Modelli di valutazione della condotta nella responsabilità extracontrattuale*, CEDAM, 1991, p. 84: "Se già altri rilevava come nel nostro ordinamento nessuna posizione possa dirsi protetta in astratto contro ogni sorta di comportamento negligente, e nemmeno di fronte a un titolo sempre uguale di altrui colpevolezza, qui sarà appena il caso di insistere sull'evidenza di un dato empirico: quello che segnala come nel sistema aquiliano circolino modelli di valutazione della condotta poggianti su un tasso di oggettività fra loro assai variabile".

⁹⁰ Sentenza *GS Media*, *cit.*, punti da 40 a 51. 31. La Corte non entra nel merito del significato che dovrebbe attribuirsi alle nozioni di "privati" e "fini lucrativi". Nella sentenza *TVCatchup*, *cit.* punti 42 e 43, la stessa Corte aveva escluso che il carattere lucrativo di una comunicazione al pubblico fosse determinante rispetto all'integrazione della fattispecie di cui all'articolo 3, comma 1, della Direttiva sulla Società dell'Informazione: "è vero che la Corte ha dichiarato che il carattere lucrativo di una «comunicazione» ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29 non è privo di pertinenza (sentenza *Football Association Premier League e a.*, *cit.*, punto 204). Tuttavia, essa ha riconosciuto che un simile carattere non è necessariamente una condizione indispensabile per l'esistenza stessa di una comunicazione al pubblico (v., in tal senso, sentenza *SGAE*, *cit.*, punto 44). Di conseguenza, il carattere lucrativo non è determinante per qualificare una ritrasmissione quale quella di cui trattasi nel procedimento principale come «comunicazione» ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29."

La difficoltà di verificare la liceità dei contenuti cui il link indirizza porta la Corte a presumere che i "privati" che forniscono senza fini di lucro collegamenti a un'opera illecita liberamente disponibile su internet non siano a conoscenza, né possano ragionevolmente esserlo, del fatto che le opere in questione siano state pubblicate senza l'autorizzazione del titolare dei diritti d'autore.⁹¹ In questa prospettiva, la fornitura di collegamenti a opere liberamente disponibili, se svolta senza fini di lucro, non integra il criterio dell'intervento soggettivo nel senso che si è visto sopra – e, cioè, in modo "deliberato", "con piena cognizione delle conseguenze" – né, di conseguenza, una "comunicazione al pubblico" ai sensi dell'articolo 3, comma 1, della Direttiva sulla Società dell'Informazione.⁹²

La medesima difficoltà di accertare la liceità delle opere oggetto dei collegamenti non produce gli stessi effetti con riferimento ai soggetti che forniscono collegamenti ipertestuali a fini lucrativi. Da quella tipologia di soggetti, afferma la Corte, è "legittimo aspettarsi" un grado di diligenza ben più elevato rispetto agli utenti privati. Diligenza che, nella situazione concreta, deve portare i soggetti che collocano link a fini di lucro a "realizzare le verifiche necessarie" in merito alla liceità o meno dell'opera che si intende fare oggetto del collegamento ipertestuale prima di collocare il collegamento in questione.

Nei confronti dei fornitori di link professionali, quindi, la Corte introduce una presunzione di segno opposto rispetto a quella stabilita per gli utenti privati. Al riguardo, afferma la Corte, deve infatti presumersi che il collocamento di link a fini lucrativi verso un'opera illecita sia intervenuto con "piena cognizione che l'opera è protetta e che il titolare del diritto d'autore potrebbe non aver autorizzato la pubblicazione su internet". Con riferimento ai soggetti che pongono in essere l'attività di linking per scopo di lucro, quindi, il criterio dell'intervento soggettivo deve presumersi soddisfatto, con conseguente integrazione di una comunicazione al pubblico ai sensi dell'articolo 3, comma 1, della Direttiva sulla Società dell'Informazione.⁹³

Tale presunzioni, come si è detto, hanno natura relativa.

In questa prospettiva, la presunzione secondo cui un soggetto che mette a disposizione un

⁹¹ La stessa incertezza in merito alla liceità dell'opera oggetto del collegamento è considerata problematica "in particolare" per i privati, senza riferimenti ai soggetti che mettono a disposizione link a scopo di lucro. Cfr. Sentenza *GS Media, cit.*, punto 46. Ai fini della valutazione individualizzata dell'esistenza di una comunicazione al pubblico, ribadisce la Corte al punto 47, "occorre pertanto tener conto della circostanza che tale persona non sia a conoscenza, e non possa ragionevolmente esserlo, del fatto che detta opera era stata pubblicata su Internet senza l'autorizzazione del titolare dei diritti d'autore".

⁹² Sentenza *GS Media, cit.*, punto 48: "Infatti, tale persona, nel mettere detta opera a disposizione del pubblico offrendo agli altri internauti la possibilità di accedervi direttamente (v., in tal senso, sentenza del 13 febbraio 2014, *Svensson e a., C-466/12, EU:C:2014:76*, punti da 18 a 23), non agisce, di regola, con piena cognizione delle conseguenze del suo comportamento, per dare ai suoi clienti l'accesso a un'opera pubblicata illegittimamente su Internet. [...]".

⁹³ Sentenza *GS Media, cit.*, punto 51: "Inoltre, qualora il collocamento di collegamenti ipertestuali sia effettuato a fini lucrativi, è legittimo aspettarsi che l'autore di tale collocamento realizzi le verifiche necessarie per garantire che l'opera di cui trattasi non sia pubblicata illegittimamente sul sito cui rimandano detti collegamenti ipertestuali, cosicché deve presumersi che tale collocamento sia intervenuto con piena cognizione del fatto che l'opera è protetta e che il titolare del diritto d'autore potrebbe non aver autorizzato la pubblicazione su Internet. In siffatte circostanze, e a condizione che tale presunzione relativa non sia confutata, l'atto di collocare un collegamento ipertestuale verso un'opera illegittimamente pubblicata su Internet costituisce una «comunicazione al pubblico» ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29".

collegamento senza scopo di lucro non sa né possa ragionevolmente conoscere la natura illecita dell'opera linkata è destinata a venire meno nel caso in cui si verificano fatti incompatibili con tale assunto. Fatti che dimostrano, cioè, che la persona che fornisce i link a un'opera illecita, nonostante l'assenza dello scopo di lucro, è al corrente (o, quanto meno, è tenuta ad essere al corrente) del fatto che l'opera oggetto del collegamento è stata pubblicata senza il consenso del titolare.

Una delle situazioni in cui la presunzione relativa applicabile agli utenti privati può venire meno è descritta, in termini esemplificativi,⁹⁴ dalla stessa Corte di Giustizia. Nella decisione in commento si fa riferimento all'ipotesi in cui la persona che ha collocato il collegamento sia stata "avvertita" della natura illecita dell'opera a cui il link indirizza dai titolari del diritto d'autore. Nel momento in cui il titolare informa l'utente privato che un link indirizza a un contenuto in violazione dei suoi diritti, quindi, l'utente viene messo nella posizione di conoscere effettivamente le conseguenze della sua condotta. L'atto consistente nella messa a disposizione del link a un contenuto illecito, che prima si presumeva inconsapevole, diventa deliberato, con la conseguente integrazione del requisito dell'intervento e della comunicazione al pubblico.⁹⁵ Nel caso in cui l'utente messo a conoscenza "dell'illegittimità della pubblicazione" si rifiuti di "rimuovere tale collegamento senza che esse possano avvalersi di una delle eccezioni elencate in detto articolo 5, paragrafo 3", i titolari possono quindi agire in giudizio per far valere il diritto previsto dall'articolo 3, comma 1, della Direttiva sulla Società dell'Informazione.⁹⁶

⁹⁴ Joel Smith - Heather Newton, "Hyperlinking to material on the internet: the CJEU expands on the circumstances when it may amount to copyright infringement", *cit.*, p. 769, si chiedono se tale presunzione potrebbe essere ribaltata anche alla luce di altri elementi, come la natura stessa dell'opera oggetto dei collegamenti. Ciò sarebbe ben potuto avvenire rispetto al servizio fotografico commissionato da Sanoma, che tutti, utenti privati inclusi, sapevano essere stato diffuso senza il consenso dell'editrice olandese si Playboy: "While there is a presumption that if you are making profit from the hyperlink website, you ought to know that material is unauthorised (see further below), it is unclear in what other circumstances a non-profit-making person 'ought to know'. For example, in the current case, the photographs were of a well-known celebrity, were professionally taken and clearly had exclusivity value, but the CJEU gave no guidance on whether the non-profit-making individuals who linked to them on GS Media's forum would have sufficient knowledge of their unauthorised nature to be liable for creating their hyperlinks. There was no discussion of whether the mere qualities of the material itself could give rise to circumstances where an individual ought to know, or whether press reports of leaks or labels such as 'spoiler' attached to material would be sufficient such that individuals should know that material is unauthorised. The CJEU may well find it difficult to give guidance on such matters to individuals when legitimate publicity campaigns often use the 'spoiler' tag and are designed to look like something secret (unauthorised) to get material trending on the internet through the creation of hyperlinks".

⁹⁵ Sentenza *GS Media*, *cit.*, punto 49: "Per contro, qualora sia accertato che tale persona era al corrente, od era tenuta ad esserlo, del fatto che il collegamento ipertestuale da essa collocato forniva accesso a un'opera illegittimamente pubblicata su Internet, ad esempio perché ne era stata avvertita dai titolari del diritto d'autore, occorre rilevare che la messa a disposizione di detto collegamento costituisce una 'comunicazione al pubblico' ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29."

⁹⁶ Sentenza *GS Media*, *cit.*, punto 53: "Siffatta interpretazione dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29 garantisce il livello elevato di tutela a favore degli autori, perseguito da tale direttiva. Infatti, in forza di quest'ultima e nei limiti delineati dall'articolo 5, paragrafo 3, di detta direttiva, i titolari del diritto d'autore possono agire non soltanto contro la pubblicazione iniziale della loro opera su un sito Internet, ma anche contro qualsiasi persona che collochi a fini lucrativi un collegamento ipertestuale verso l'opera illegittimamente pubblicata su tale sito nonché, alle condizioni suesposte ai punti 49 e 50, contro persone che abbiano collocato tali collegamenti senza perseguire fini lucrativi. Al riguardo, occorre rilevare, in particolare, che i suddetti titolari hanno la possibilità di

Quello descritto è uno schema in tutto analogo al sistema di *notice-and-take-down* che gran parte delle legislazioni dei Paesi occidentali (e non) prevedono nel contesto del regime di responsabilità degli internet service provider (e, in particolare, degli hosting provider) rispetto ai contenuti generati dagli utenti ospitati sui server di quei servizi della società dell'informazione.⁹⁷ Anche per gli internet service provider, infatti, vige una regime di generale esenzione di responsabilità rispetto ai contenuti di cui non sono portati a conoscenza tramite una diffida o una comunicazione specifica da parte dei titolari dei diritti che si assumono lesi.⁹⁸ Anche in quel caso, inoltre, l'esenzione è fondata su un bilanciamento di interessi che tiene conto di un dato fattuale peculiare del contesto in cui quei servizi operano, vale a dire l'impossibilità di monitorare preventivamente e di ricercare attivamente, dopo la ricezione di una notifica generica quali, tra la moltitudine di contenuti generati dagli utenti trasmessi o ospitati, hanno natura illecita.⁹⁹

informare, in qualsiasi circostanza, tali persone dell'illegittimità della pubblicazione della loro opera su Internet e di agire contro le stesse nell'ipotesi in cui rifiutino di rimuovere tale collegamento senza che esse possano avvalersi di una delle eccezioni elencate in detto articolo 5, paragrafo 3".

⁹⁷ Con le parole di Davide Sarti, "I soggetti di Internet", *cit.*, p. 28, la categoria degli *hosting provider* include tutti i servizi che offrono "alla propria clientela spazi per la 'fissazione' di informazioni: ed in particolare di risorse del computer destinate a registrare l'arrivo di messaggi di posta elettronica o documenti che il cliente desidera mettere a disposizione (di tutta o una parte) della comunità telematica". Con l'avvento dei social network, questi servizi hanno assunto un ruolo sempre più pregnante nel processo di fruizione e diffusione delle opere. Si veda, in merito, Pierluigi di Mico, "Il rapporto tra diritto di autore e social network: un nuovo capitolo, ma non l'ultimo", in *Dir. Aut.* 2010, 3, pp. 262 e ss.

⁹⁸ Per una valutazione comparatistica dei regimi di responsabilità dei provider adottati in Europa, Stati Uniti e Asia, si vedano Christopher Heath - Anselm Kamperman Sanders (a cura di), *Intellectual property liability of consumers, facilitators, and intermediaries*, Wolters Kluwer, 2012. Si tratta di sistemi mutuati, su scala globale, dallo schema introdotto nel Digital Millennium Copyright Act ("**DMCA**") statunitense del 1998. Pur mantenendo l'impianto generale del DMCA, i regimi mutuati in altri ordinamenti giuridici possono presentare diverse peculiarità. Si vedano, sul punto, Aura Bertoni - Maria Lilla Montagnani, "Il ruolo degli intermediari Internet tra tutela del diritto d'autore e valorizzazione della creatività in rete", in *Giurisprudenza Commerciale* 2013, fasc.3, pp. 537 e ss.: "Il regime di responsabilità limitata per gli intermediari Internet, introdotto negli Stati Uniti prima - tramite la sezione 512 'Limitations on liability relating to material online' del Digital Millennium Copyright Act (DMCA) del 1998 in relazione alle sole violazioni del copyright - e in Europa successivamente, tramite gli artt. 12-15, alla rubrica 'Responsabilità dei prestatori intermediari' della Direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico, in relazione alla violazione di tutte le norme di legge [...] deve essere menzionata la diversa impostazione di fondo che vede, da un lato, in Europa, l'introduzione di un sistema unico di responsabilità limitata degli intermediari, rivolto a disciplinare ogni tipo di violazione normativa (c.d. approccio orizzontale) (artt. 12-15 della direttiva e-commerce) e, dall'altro, negli Stati Uniti, due differenti regimi, in virtù dei quali il coinvolgimento dell'intermediario nella violazione del copyright è disciplinato alla sezione 512 del DMCA, mentre le altre ipotesi trovano disciplina alla sezione 230 del Communications and Decency Act (CDA) del 1996 (c.d. approccio verticale). In secondo luogo — e per quanto attiene più propriamente ai regimi di responsabilità limitata che entrambi i modelli, statunitense ed europeo, prevedono per le ipotesi di violazione del diritto d'autore — si assiste, per un verso, i) ad una diversa categorizzazione dei soggetti destinatari e, per altro verso, ii) ad un diverso radicamento dei procedimenti che sono oggi al centro del dibattito circa quale soluzione adottare per la protezione delle opere dell'ingegno online".

⁹⁹ Con le parole della Commissione Europea, il *safe harbour* disposto dalla Direttiva sul Commercio Elettronico "vieta agli Stati membri d'imporre agli intermediari Internet l'obbligo generale di controllare le informazioni che si trasmettono o archiviano ovvero l'obbligo generale di cercare attivamente fatti o circostanze atte a indicare il perseguimento di attività illegali. Ciò è importante poiché un controllo generale di milioni di siti e pagine Web risulterebbe in pratica impossibile e determinerebbe un onere sproporzionato per gli intermediari nonché maggiori costi di accesso ai servizi fondamentali per gli utenti". Commissione Europea, *Prima relazione in merito all'applicazione della direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno*, 2003, p. 15. La relazione è disponibile all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0702:FIN:IT:PDF>.

L'estensione a utenti privati di un sistema di fatto¹⁰⁰ analogo a quello previsto per gli internet service provider desta diverse perplessità. A differenza dei servizi della società dell'informazione che devono fornire i loro contatti e normalmente dispongono di gruppi di lavoro composti da centinaia di persone dedicate al riscontro delle richieste di rimozione, gli utenti privati potrebbero non essere immediatamente raggiungibili e non rispondere alle istanze dei titolari dei diritti nel modo sollecito che è lecito aspettarsi da una società commerciale. L'efficacia del sistema proposto dalla Corte, quindi, è tutt'altro che assicurata. Altrettanto discutibile è il secondo caso che la Corte cita come esempio di situazione che confuterebbe la presunzione di inconsapevolezza degli utenti in merito alle conseguenze del loro intervento. Una comunicazione al pubblico, afferma la Corte, è integrata anche qualora gli utenti privati forniscano un collegamento idoneo a "eludere misure restrittive adottate dal sito contenente l'opera protetta per limitare l'accesso del pubblico ai soli abbonati". Nel caso in cui un link violi le misure di restrizione adottate dal sito che contiene l'opera in violazione, secondo la Corte, dovrebbe desumersi che l'utente privato abbia posto in essere un intervento "voluto", in assenza del quale i terzi non potrebbero usufruire delle opere diffuse.¹⁰¹

L'idoneità di un collegamento a eludere misure restrittive svolge ruoli diversi nelle decisioni *Svensson* e *GS Media*. Nel primo caso, esso rilevava ai fini dell'integrazione di un pubblico nuovo rispetto a quello considerato dal titolare al momento della comunicazione iniziale.¹⁰² In *GS Media*, invece, l'atto dell'eludere una misura restrittiva rileverebbe anche nel senso di escludere l'inconsapevolezza del fornitore di link in merito alla natura illecita dei contenuti oggetto del collegamento.¹⁰³ Se l'elusione delle misure restrittive adottate dal titolare ha l'oggettiva conseguenza di ampliare la cerchia di utenti in grado di accedere alle opere

¹⁰⁰ Anche se non di diritto: si è visto, infatti, come la Direttiva sul Commercio Elettronico si limiti a prevedere per i service provider un'esenzione di responsabilità in assenza di una conoscenza effettiva dell'illecito, mentre la sentenza *GS Media* subordina all'elemento soggettivo l'esistenza stessa del diritto di comunicazione al pubblico.

¹⁰¹ Sentenza *GS Media*, *cit.*, punto 50: "Lo stesso vale nell'ipotesi in cui detto collegamento consenta agli utilizzatori del sito Internet nel quale esso si trova di eludere misure restrittive adottate dal sito contenente l'opera protetta per limitare l'accesso del pubblico ai soli abbonati, in quanto la messa a disposizione di siffatto collegamento costituisce in tal caso un intervento voluto senza il quale tali utilizzatori non potrebbero fruire delle opere diffuse".

¹⁰² Sentenza *Svensson*, *cit.*, punti 25 e 27.

¹⁰³ Sulla base del parallelo in tema di misure restrittive operato dalla Corte con la sentenza *Svensson*, *cit.*, Joel Smith - Heather Newton, "Hyperlinking to material on the internet: the CJEU expands on the circumstances when it may amount to copyright infringement", *cit.*, p. 770 si chiedono se anche con riferimento alle ipotesi di elusione di misure restrittive poste a tutela di contenuti leciti potrà applicarsi un'analisi che tenga in considerazione l'elemento soggettivo: "It remains to be seen whether knowledge is going to be a relevant part of the test for liability for all types of hyperlinks. The CJEU said that knowingly linking to unauthorised material was the same as linking to material which was restricted, referring to *Svensson*, where the example given was of material behind a paywall. [...] It remains to be seen whether any future cases on creating a hyperlink which circumvents restrictions such as a paywall or terms and conditions would be dealt with under the first limb and would now include a consideration of knowledge of the individual creating the hyperlink, or would be decided under the second limb of making available to a new public like the example in *Svensson*". La risposta pare essere negativa, rilevando l'elusione di misure restrittive nella sentenza *Svensson* in modo oggettivo, quale strumento per ampliare la cerchia del pubblico inizialmente considerato dal titolare, senza alcuno spazio per l'inserimento di considerazioni relative alla conoscenza effettiva del soggetto che fornisce il link.

protette, meno scontata è la circostanza che dall'elusione delle misure restrittive in generale possa derivarsi una qualche conseguenza in termini di consapevolezza della natura illecita delle opere oggetto del collegamento.

Da un lato, infatti, i collegamenti che hanno l'effetto di eludere misure restrittive possono presentarsi agli utenti che li forniscono, magari riprendendoli da soggetti terzi, in forma del tutto analoga a un collegamento che non ha lo stesso effetto. Il link che elude misure restrittive, in altre parole, è sempre costituito da un URL che non ha effetto elusorio di per sé. La consapevolezza della sua capacità di eludere misure restrittive, per contro, presuppone una conoscenza degli effetti tecnici che può causare un collegamento e delle peculiarità del sito dove l'opera illecita è ospitata che non sembra sensato dare per scontata, almeno rispetto agli utenti privati.¹⁰⁴

Anche la presunzione di conoscenza dell'illiceità dell'opera oggetto del collegamento per i fornitori di link a fini lucrativi ha natura relativa. Se la Corte ammette espressamente che la presunzione in questione possa essere confutata,¹⁰⁵ i casi in cui ciò potrebbe avvenire appaiono marginali, se non inesistenti.

Chi colloca collegamenti a fini lucrativi, afferma la Corte, deve presumere che la pubblicazione dell'oggetto di ogni suo collegamento potrebbe non essere stata autorizzata dal titolare del diritto d'autore. Di conseguenza, da tali soggetti la Corte si aspetta una verifica professionale volta ad accertare se il titolare dei diritti d'autore sull'opera oggetto del collegamento abbia fornito il consenso alla sua pubblicazione su internet. A fronte di queste due presunzioni, gli elementi idonei a confutare la presunta consapevolezza del fornitore professionale dei collegamenti sembrano limitati a ipotesi di scuola, quali quelle di false dichiarazioni di terzi che affermano l'esistenza di un consenso da parte del titolare del diritto d'autore.¹⁰⁶ In tutti gli altri casi, la presunzione "relativa" ha l'effetto di integrare automaticamente una comunicazione al pubblico ai sensi dell'articolo 3, comma 1, della Direttiva sulla Società dell'Informazione, comportando un responsabilità dei fornitori di link

¹⁰⁴ Si pensi all'esempio, affrontato *supra*, capitolo II, paragrafo 9, dei link idonei a eludere le misure restrittive adottate da un giornale online quale il *New York Times*. L'unica differenza tra essi e gli URL forniti dal sito del titolare era un diverso valore numerico nella parte finale dell'indirizzo internet. Un dettaglio evidentemente inidoneo a poter comportare alcunché in termini di consapevolezza di chi, soprattutto se senza fini di lucro, si ritrova a fornire quel link, magari dopo averlo copiato da altre fonti. Ancora più evidente è il caso di link a servizi *cloud-based* come i *cyberlocker* e gli *individual public cloud*, la cui natura di *one-click hoster* ben potrebbe essere intesa come una misura restrittiva di per sé. Aderendo ai principi stabiliti dalla Corte, tra utenti privati e soggetti commerciali che forniscono link a contenuti ospitati su questo tipo di nuvole non vi sarebbe alcuna differenza, coincidendo la stessa messa a disposizione dell'URL con un'elusione, di fatto, di una misura restrittiva costituita dal regime di accesso a quel tipo di servizi.

¹⁰⁵ Sentenza *GS Media*, *cit.*, punto 51.

¹⁰⁶ Dubbi, al riguardo, sono espressi anche da Joel Smith - Heather Newton, "Hyperlinking to material on the internet: the CJEU expands on the circumstances when it may amount to copyright infringement", *cit.*, p. 769: "The CJEU went on to say that where that where posting of hyperlinks is for profit, 'it can be expected that the person who posted such a link carries out the necessary checks to ensure that the work concerned is not illegally published'. Accordingly, it should be presumed that the posting is carried out with the knowledge of what is being done and would, if the material was illegally published, amount to a deliberate communication to the public. The CJEU said that this presumption is rebuttable, but did not expand on how it may be rebutted".

per fini lucrativi.

Le difficoltà di verificare l'avvenuta concessione del consenso alla pubblicazione di un contenuto da parte del titolare di un'opera liberalmente accessibile su internet, tuttavia, sono tali sia per tutti i fornitori di link, siano essi privati o società commerciali. Rispetto a queste ultime, quindi, il regime introdotto dalla Corte potrebbe risolversi in una responsabilità pericolosamente "oggettiva",¹⁰⁷ con conseguente pregiudizio della libertà di circolazione delle informazioni da parte degli utenti professionali – e della facoltà di accedervi, da parte di quelli privati.

7. Carattere lucrativo e diritto d'autore *in the course of trade*

Sotto un ulteriore profilo, è la stessa divisione tra fornitori di link "privati" e a "fini di lucro" a costituire un elemento potenzialmente foriero di incertezze.

La Corte di Giustizia, infatti, non fornisce una definizione di che cosa dovrebbe intendersi per "privati" o per attività di collocamento di link "a fini lucrativi", limitandosi a richiamare una serie di decisioni precedenti in cui aveva considerato la natura commerciale del contesto in cui avveniva la ritrasmissione di un'opera "non priva di rilevanza" ai fini dell'integrazione del diritto di comunicazione al pubblico.¹⁰⁸ Trarre da quelle decisioni un'idea chiara dei principi costitutivi del "carattere lucrativo", tuttavia, non è cosa semplice.¹⁰⁹ E ancora più ostico è immaginare come quei principi possano venire applicati nel contesto digitale in cui ha luogo la fornitura di collegamenti a opere illecite.¹¹⁰

In linea generale, l'uso di un'opera protetta senza il consenso del titolare integra una violazione dei diritti economici d'autore a prescindere dal fatto che l'uso in questione sia

¹⁰⁷ Rispetto ai quali, si dichiara nella sentenza *GS Media, cit.*, punto 53, i titolari del diritto d'autore possono agire in maniera non dissimile da quanto è in loro diritto fare rispetto a chi pone in essere "la pubblicazione iniziale della loro opera su un sito Internet" cioè, di fatto, con i soli "limiti delineati dall'articolo 5, paragrafo 3" della Direttiva sulla Società dell'Informazione. Il tutto in ossequio al solito "livello elevato di tutela a favore degli autori, perseguito da tale direttiva".

¹⁰⁸ Sentenza *GS Media, cit.*, punto 38: "In terzo luogo, la Corte ha dichiarato che il carattere lucrativo di una comunicazione al pubblico, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29, non è privo di rilevanza [v., in tal senso, sentenze del 4 ottobre 2011, Football Association Premier League e a., C-403/08 e C-429/08, EU:C:2011:631, punto 204; del 15 marzo 2012, SCF, C-135/10, EU:C:2012:140, punto 88, nonché del 15 marzo 2012, Phonographic Performance (Ireland), C-162/10, EU:C:2012:141, punto 36]".

¹⁰⁹ Ostico, d'altra parte, è tracciare una differenziazione netta tra soggetti che agiscono in modo privato o per scopo di lucro nell'ambiente internet in generale. Si veda, in merito, Marco Ricolfi, "Le utilizzazioni libere dell'IP nei social network", in *AIDA* 2011, p. 301, che rimarca la differenza tra l'ambiente analogico, in cui era sufficiente "un corpus di regole fatte dai professionisti per i professionisti" e quello virtuale, in cui "le stesse categorie di base, come la distinzione fra usi dell'opera privati e non privati, vengono meno".

¹¹⁰ Della stessa opinione anche Birgit Clark - Sabrina Tozzi, "Communication to the public' under EU Copyright Law: an increasingly delphic concept or intentional fragmentation?", *cit.*, p. 717: "Unfortunately, the court does not expand on the scope of the financial gain, e.g. whether this only applies to direct or also to indirect profits, even though the CJEU's underlying motive in this context appears to be to distinguish between the average internet user - who may innocently link - and deliberately profit-seeking infringers. The spectrum of financial gain is, however, wide and may only be incidental to the posting of the hyperlink. It will therefore be interesting to see how this guidance will be applied in practice".

posto in essere con fini lucrativi o meno. La stessa Corte di Giustizia ha ribadito a più riprese che il perseguimento di uno scopo di lucro non è una condizione necessaria per l'esistenza di una comunicazione al pubblico.¹¹¹ Sin dalla decisione nel caso *SGAE*, tuttavia, il carattere lucrativo della comunicazione di secondo grado è stato considerato quale criterio (non determinante, ma) accessorio ai fini della valutazione della sussistenza una comunicazione al pubblico,¹¹² incontrando non poche (e, apparentemente, non infondate) critiche.¹¹³

Le fattispecie fattuali in cui la Corte ha applicato il criterio del carattere lucrativo, prima di *GS Media*, riguardavano sempre comunicazioni di secondo grado effettuate in ambiente analogico¹¹⁴ e aventi natura ancillare rispetto alla fornitura di servizi primari di tipo diverso.¹¹⁵

In quei contesti, la Corte aveva considerato soddisfatto il criterio del carattere lucrativo nella

¹¹¹ Sentenza *SGAE*, *cit.*, punto 44; sentenza *TVCatchup*, *cit.*, punto 43; e sentenza *Reha Training*, *cit.*, punto 49.

¹¹² Come dichiarato nella sentenza *SGAE*, *cit.*, punto 41, la rilevanza del carattere lucrativo deriverebbe, ancora una volta, dal commento all'articolo 11-*bis* contenuto nella Guida WIPO, *Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971)*, *cit.*, p. 69. In quel contesto, il riferimento al carattere lucrativo appare tuttavia meramente incidentale: "The question is whether the licence given by the author to the broadcasting station covers, in addition, all the use made of the broadcast, which may or may not be for commercial ends. 116/5.12. The Convention's answer is "no". Just as, in the case of a relay of a broadcast by wire, an additional audience is created (paragraph (1) (ii)), so, in this case too, the work is made perceptible to listeners (and perhaps viewers) other than those contemplated by the author when his permission was given. Although, by definition, the number of people receiving a broadcast cannot be ascertained with any certainty, the author thinks of his licence to broadcast as covering only the direct audience receiving the signal within the family circle. Once this reception is done in order to entertain a wider circle, *often for profit*, an additional section of the public is enabled to enjoy the work and it ceases to be merely a matter of broadcasting. The author is given control over this new public performance of his work" (enfasi aggiunta).

¹¹³ La scelta di considerare tale elemento nel contesto dell'analisi relativa alla comunicazione al pubblico sarebbe in aperto contrasto con diverse norme del diritto d'autore internazionale, sostiene Mihály J. Ficsor, "Svensson: honest attempt at establishing due balance concerning the use of hyperlinks – spoiled by the erroneous 'new public' theory", *cit.*, p. 22: "This is so obviously wrong that it is hardly necessary to elaborate on the reasons for people who know anything about copyright, and this paper is intended for such people. (It might be an interesting survey to find out how many university teachers would be so lenient that they would not fail a student if he or she dared to say such a thing at an intellectual property exam.) One may read Articles 10(1)(ii), 11 *bis*(1), 11 *ter*(1)(ii) and 14(1)(ii) of the Berne Convention, Articles 3(f) and (g), 7.1(a) and 12 of the Rome Convention, Article 14(1) of the TRIPS Agreement, Article 8 of the WCT, Articles 2(f) and (g), 8(a), 10, 14 and 15(1) of the WPPT and now also Articles 2(c) and (d), g(i), 10 and 11 of the Beijing Treaty on Audiovisual Performances (BTAP) as well as Article 8 of the Rental and Related Rights Directive, Articles 1(1) to (3), 2, 4 and 8 of the Satellites and Cable Directive and Article 3 of the Information Society Directive along with any of the agreed statements and recitals and the entire 'preparatory work' of these treaties and directives. *Nowhere there is any indication whatsoever that the concept of 'communication to the public' (and any subcategories thereof: broadcasting, rebroadcasting, retransmission by cable, making available to the public) might be understood or limited to 'communication of a profit-making nature'*" (enfasi nell'originale). Sulla (ir)rilevanza del criterio dello scopo di lucro nel diverso ambito dei diritti connessi rilevanti ai fini della diffusione delle opera fonografiche si veda Luigi Carlo Ubertazzi, "Spunti sulla comunicazione al pubblico dei fonogrammi", in *AIDA* 2005, pp. 309 e ss.

¹¹⁴ Nell'unico caso di comunicazione online in cui la Corte ha affrontato il tema, la rilevanza del carattere lucrativo della comunicazione di secondo grado è stata invece esclusa. Si tratta della sentenza *TVCatchup*, *cit.*, punti da 41 a 43, dove la Corte ha stabilito che, benché "il carattere lucrativo di una 'comunicazione' ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29 non [sia] privo di pertinenza [...] un simile carattere non è necessariamente una condizione indispensabile per l'esistenza stessa di una comunicazione al pubblico (v., in tal senso, sentenza *SGAE*, *cit.*, punto 44)", e che, "di conseguenza, il carattere lucrativo non è determinante per qualificare una ritrasmissione quale quella di cui trattasi nel procedimento principale come 'comunicazione' ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29".

¹¹⁵ Nella sentenza *SGAE* e *Phonographic Performance*, *citt.*, si trattava di segnali radiotelevisivi supplementari rispetto a servizi alberghieri. Nella sentenza *FAPL*, *cit.*, i segnali radiotelevisivi venivano comunicati nel contesto di servizi primari di ristorazione. In *Reha Training*, *cit.*, la questione oggetto del rinvio atteneva a programmi televisivi trasmessi nelle sale d'aspetto di un centro di riabilitazione. Nella decisione *SCF*, *cit.*, si trattava di musica di sottofondo comunicata nelle stanze di uno studio dentistico.

misura in cui la comunicazione di secondo grado integrasse una "prestazione di servizi supplementare fornita al fine di trarne un certo utile".¹¹⁶

Nella giurisprudenza della Corte, la nozione di "utile" è stata elaborata nel senso di includere non solo un ritorno economico immediato, ma anche un "vantaggio concorrenziale" indiretto. Il ritorno derivante dalla comunicazione, in altre parole, sussiste sia nel caso di comunicazioni di secondo grado a pagamento, sia nelle ipotesi in cui la comunicazione di secondo grado, seppur gratuita, renda l'attività principale più attraente, comportando indirettamente una maggior riscontro in termini di clientela oppure la possibilità, per il comunicatore di secondo grado, di praticare prezzi più alti per i servizi offerti in via principale.¹¹⁷ Nelle ipotesi di utile indiretto, rileva che il pubblico cui sono dirette le opere sia quello cui il comunicatore di secondo grado "mira", che sia "ricettivo", fruendo della comunicazione in modo volontario, e che non sia intercettato casualmente.¹¹⁸

Nel contesto di internet, i principi espressi sembrano poter trovare un'applicazione abbastanza piana in un certo novero di situazioni.

La prima è quella in cui la fornitura di link avviene dietro corrispettivo diretto. Ciò accade, in particolare, per servizi cui la fornitura di link rappresenta l'oggetto primario della prestazione e la ragione principale per cui gli utenti versano al soggetto che colloca i link una somma di denaro. In queste ipotesi, e a condizione che i link siano forniti dal titolare in modo non automatico,¹¹⁹ può certamente parlarsi di fornitura di link "a fini di lucro", con conseguente applicazione del secondo regime di presunzioni previsto dalla sentenza *GS Media*.

La seconda ipotesi riguarda le situazioni in cui la fornitura di link, anche non a pagamento, avviene nel contesto di un'attività commerciale che dalla messa a disposizione dei collegamenti trae dei benefici indiretti in termini (almeno) di attrattività del servizio. Anche nel

¹¹⁶ Sentenza *SGAE, cit.*, punto 44: "Per il resto, dagli elementi del fascicolo sottoposto alla Corte risulta che l'intervento dell'albergo che dà accesso all'opera radiodiffusa ai suoi clienti dev'essere considerato come una prestazione di servizi supplementare fornita al fine di trarne un certo utile. Non si può infatti seriamente contestare il fatto che l'offerta di questo servizio ha un'influenza sullo standing dell'albergo e quindi sul prezzo delle camere. Pertanto, anche considerando, come fa valere la Commissione delle Comunità europee, che il perseguimento di uno scopo di lucro non sia una condizione necessaria per l'esistenza di una comunicazione al pubblico, è in ogni caso accertato che il carattere lucrativo della comunicazione".

¹¹⁷ Sentenza *FAPL, cit.*, punto 204: "In una fattispecie come quella oggetto della causa principale, è incontestabile che, da un lato, il titolare proceda alla trasmissione delle opere radiodiffuse nel proprio bar-ristorante al fine di trarne un vantaggio e, dall'altro, che tale trasmissione sia idonea ad attirare clienti interessati dalle opere così trasmesse. Conseguentemente, la trasmissione di cui trattasi incide sulla frequentazione del locale e, in fin dei conti, sui suoi risultati economici". Nello stesso senso, anche le sentenze *SCF, cit.*, punto 90; *Phonographic Performance, cit.*, punto 44; *Reha Training, cit.*, punti 51, 63 e 64, ove la Corte impiega i concetti ampi di "impatto positivo sulla reputazione" e "vantaggio concorrenziale".

¹¹⁸ Criteri, questi, introdotti nella sentenza *SCF, cit.*, punti 91 e da 97 a 99. Nel caso in questione, la Corte aveva concluso che la diffusione di segnali radio nelle sale di uno studio dentistico non potesse considerarsi avere carattere lucrativo anche alla luce del fatto che i pazienti cui era indirizzata la comunicazione non erano "ricettivi": "È in modo fortuito e indipendentemente dalla loro volontà che detti clienti godono dell'accesso a taluni fonogrammi, in funzione del momento in cui arrivano allo studio, della durata della loro attesa e del tipo di trattamento ricevuto. In siffatto contesto non si può presumere che la normale clientela di un dentista sia ricettiva rispetto alla diffusione di cui trattasi". I tre criteri in questione sono poi stati ripresi nelle sentenze *Phonographic Performance, cit.*, punti 37 e 43 e *Reha Training, cit.*, punto 50.

¹¹⁹ In caso contrario, come si vedrà infra, capitolo IV, paragrafo 4, dovrebbe applicarsi il regime di responsabilità previsto per gli internet service provider dalla Direttiva sul Commercio Elettronico.

caso in cui la fornitura di link svolga un ruolo "supplementare" rispetto all'attività primaria perseguita dal sito su cui i collegamenti sono collocati,¹²⁰ essa contribuirà ad accrescere l'"utile" indiretto del servizio principale in termini di attrattività – ovvero, nel contesto digitale, di "traffico". Tale conclusione trova un'espressa conferma nella sentenza *GS Media*. In quel frangente, la Corte ha stabilito che la fornitura di link alle opere in violazione, pur non prevedendo un immediato pagamento per la loro fruizione, dovesse "pacificamente" considerarsi effettuata a fini lucrativi proprio per la natura commerciale dei servizi offerti dal giornale online *Geen Stijl*.¹²¹

Un'altra ipotesi in cui il criterio dei "fini lucrativi" non sembra comportare particolari problemi riguarda il caso in cui i link siano ospitati su un sito gestito da un soggetto privato senza alcuno scopo commerciale, senza pubblicità e in assenza di qualsivoglia legame con entità commerciali. In quell'ipotesi, non è nemmeno latamente configurabile la sussistenza di un "utile" né di ricadute in termini di ampliamento della clientela o di innalzamento di prezzi. Di conseguenza, il collocamento di link avviene certamente senza scopo di lucro.

Oltre a queste ipotesi, c'è un'ampia zona grigia rispetto cui l'applicazione dei principi stabiliti dalla Corte è tutt'altro che scontata.

Si pensi, ad esempio, a un blog personale che, pur non perseguendo in via principale uno scopo di lucro, ospita sulle sue pagine della pubblicità tramite i molti sistemi di *advertising* automatici oggi presenti sul mercato. O, come sempre più spesso accade nel campo dell'editoria, a un sito non commerciale che contribuisce all'*audience* di una piattaforma diversa, che invece persegue uno scopo di lucro.¹²² In entrambe le ipotesi si potrebbe sostenere che la fornitura di link, oltre a contribuire all'attrattività di detti siti in termini di traffico, si traduce in un aumento degli introiti realizzati dal gestore del blog personale in termini di pubblicità,¹²³ nel primo caso, e dell'impresa commerciale alla cui *audience* il sito satellite contribuisce, nel secondo.¹²⁴

¹²⁰ Si pensi al caso di link forniti da un sito di news online, che ha come attività primaria la creazione e la diffusione di notizie; o a quello in cui i collegamenti sono forniti da una pagina web che promuove in modo professionale un prodotto o un servizio.

¹²¹ Sentenza *GS Media, cit.*, punto 54: "Per quanto concerne il procedimento principale, è pacifico che è a fini lucrativi che la GS Media gestisce il sito *GeenStijl* e ha fornito i collegamenti ipertestuali verso i file contenenti le foto in questione che si trovano sul sito *Filefactory*. È altresì pacifico che la Sanoma non aveva autorizzato la pubblicazione di tali foto su Internet. Inoltre, dalla presentazione dei fatti, quale risulta dalla decisione di rinvio, sembra che la GS Media fosse consapevole di quest'ultima circostanza e non possa quindi confutare la presunzione che il collocamento di detti collegamenti sia intervenuto con piena cognizione dell'illegittimità di tale pubblicazione. Ciò considerato, risulta che, fatte salve le necessarie verifiche da parte del giudice del rinvio, collocando detti collegamenti, la GS Media ha realizzato una «comunicazione al pubblico», ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29. [...]".

¹²² Un esempio è il blog personale *wittgenstein.it* del giornalista Luca Sofri, che dichiaratamente "contribuisce all'*audience*" del giornale online *Il Post*.

¹²³ I cui utili, come noto, sono calcolati in base alle impressioni totalizzate dai messaggi pubblicitari e, quindi, sono direttamente proporzionali al numero di visualizzazioni delle pagine dove quei messaggi sono ospitati.

¹²⁴ Si pongono il problema anche Joel Smith - Heather Newton, "Hyperlinking to material on the internet: the CJEU expands on the circumstances when it may amount to copyright infringement", *cit.*, pp. 770: " While GS Media were clearly a profit-making entity, there will be many instances where it is not so clear that the person

Un'interpretazione dei "fini lucrativi" alla luce del contesto in cui quel criterio viene in rilievo nella sentenza *GS Media* sembra tuttavia incompatibile con tali conclusioni.

Nella sentenza *GS Media*, infatti, il carattere lucrativo viene in rilievo non rispetto alla natura della comunicazione di secondo grado, ma in relazione alla posizione soggettiva di chi effettua quella comunicazione. A fronte delle medesime complicazioni connesse alla verifica della liceità dell'opera oggetto del collegamento, la Corte distingue tra soggetti "privati" e fornitori di link "per fini lucrativi" perché per i primi risulta particolarmente "difficile" accertare se il titolare ha acconsentito al caricamento dell'opera cui indirizzano i suoi link. Tale difficoltà attiene alla realizzazione delle "verifiche necessarie per garantire che l'opera di cui trattasi non sia pubblicata illegittimamente sul sito cui rimandano detti collegamenti ipertestuali". Verifiche che, invece, la Corte ritiene "legittimo" aspettarsi da soggetti professionali. La possibilità di affrontare quelle "verifiche" è quindi la *ratio* della distinzione tra fornitori di link "amatoriali" e "professionali", distinguendosi i secondi rispetto ai primi per la disponibilità di mezzi, umani ed economici, per porre in essere le complesse attività necessarie ad effettuare quel tipo di indagini.

In questa prospettiva, a poco rileva che il sito personale di un soggetto che lo gestisce senza scopo di lucro ospiti della pubblicità o che sia coinvolto nella rete di blog che contribuisce all'audience di un sito commerciale. Se soggettiva è la distinzione che il criterio dei fini lucrativi svolge nella decisione *GS Media*, soggettivo dovrà essere anche il significato con cui quella nozione viene riempita.

Rispetto ai servizi di quella zona grigia, quindi, sembra opportuno concludere che l'indagine in merito al carattere commerciale o meno della fornitura di collegamenti debba concentrarsi sulla posizione del soggetto che colloca i link in termini di reali possibilità economiche, piuttosto che (solo) sugli elementi che possono caratterizzare il servizio principale nel contesto del quale i link sono messi a disposizione.

Contrariamente argomentando, verrebbero considerate "a fini di lucro" anche attività che commerciali non sono. Il regime di presunzioni che la Corte ha immaginato per gli utenti professionali verrebbe così esteso a soggetti che difficilmente potrebbero permettersi di affrontare le verifiche che la Corte pretende dai soli soggetti professionali, in aperto contrasto con i principi sviluppati in *GS Media*. Una dinamica, peraltro, in tutto analoga a quella in atto nel diritto dei marchi a seguito di alcune interpretazioni estensive della nozione di "*uso nel commercio*"¹²⁵. Se già rispetto a quella tendenza la migliore dottrina ha espresso

creating the link is engaging in profit-making use of the internet. For example, many individuals create blogs and may generate a small income stream from advertising on their website. It is unclear whether the CJEU intended these individuals to be fixed with the higher duty to carry out checks, or whether they are exactly the individuals the CJEU had in mind as those who unwittingly link to material on the web without the resources to know whether it has been authorised or not. It is also unclear whether the benefit to a business of posting links in terms of the appeal of its website or to enhance its reputation amount to a form of profit-making".

¹²⁵ Vale a dire il criterio che deve caratterizzare ogni condotta affinché essa abbia rilievo nel diritto dei marchi. Giulio Sironi, in Adriano Vanzetti (a cura di), *Codice della proprietà industriale*, Giuffrè, 2013, p. 301, sottolinea

preoccupazioni,¹²⁶ tali preoccupazioni valgono a maggior ragione nel campo del diritto d'autore, la cui influenza sulla circolazione di informazioni e idee richiede un bilanciamento ancora più attento rispetto a quello che ci si può legittimamente attendere nei settori del diritto tradizionalmente definito "industriale".

8. L'elemento oggettivo dell'intervento tra *GS Media* e *Filmspeler*

Nella giurisprudenza della Corte, il requisito dell'intervento viene considerato integrato qualora il parte del comunicatore di secondo grado svolga un "ruolo imprescindibile" nel processo di messa a disposizione dell'opera, dando "accesso" ai contenuti con "piena cognizione delle conseguenze del suo comportamento".¹²⁷

Prima della sentenza *GS Media*, la Corte aveva sempre posto l'accento sul carattere oggettivamente "indispensabile" o "imprescindibile" dell'intervento, sussistente qualora gli utenti non sono nella condizione di accedere alle opere protette senza l'attività del comunicatore di secondo grado, a prescindere dalla consapevolezza di quest'ultimo.¹²⁸

Nella sentenza *GS Media*, la possibilità che il collocamento di link a opere illecite integri una comunicazione al pubblico ai sensi dell'articolo 3, comma 1, della Direttiva sulla Società dell'Informazione è invece principalmente indagata alla luce dell'elemento "soggettivo" dell'intervento, ovvero della "piena consapevolezza" del fornitore dei link in merito alla natura illecita delle opere cui i collegamenti indirizzano. La circostanza oggettiva che i terzi potessero fruire delle opere proprio anche senza l'intervento del comunicatore, invece, è invece relegata in una posizione residuale.

La Corte prende in considerazione l'elemento oggettivo dell'intervento in due frangenti. In entrambi i casi, il suo ruolo ancillare rispetto al criterio della consapevolezza dell'illecito è evidente.

che nei giudizi di contraffazione l'indagine sulla natura commerciale o meno dell'uso del terzo costituisce "il primo gradino di valutazione, solo superato il quale si passa a stabilire se una delle fattispecie di contraffazione sia integrata".

¹²⁶ Preoccupazione, in particolare, "che nel diritto dei marchi e nelle sue regole restino invischiata fattispecie che con l'uno e le altre poco sembrano avere a che fare, e che perciò interessi di alto rango (alla libertà d'espressione, alla libertà d'iniziativa economica), la cui sussistenza è appunto in questi casi particolarmente evidente, siano sacrificati". Si veda, in merito, Riccardo Perotti, "Spunti sui confini 'inferiore' e 'superiore' del diritto di marchio (o dell'importanza sistematica del 'giusto motivo')", in via di pubblicazione su *Riv. Dir. Ind.* 2017.

¹²⁷ Il principio sembra pacifico nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. Si vedano, ad esempio, le sentenze *SGAE, cit.*, punto 42; *FAPL, cit.*, punto 195; *SCF, cit.*, punti 82 e 94; *Phonographic Industries, cit.*, punti 31, 40 e 67; *Reha Training, cit.*, punti 46 e 60.

¹²⁸ Il principio è quello espresso, tra l'altro, nella sentenza *FAPL, cit.*, punto 195, dove la Corte ha dichiarato che il proprietario di un bar effettua una comunicazione al pubblico se consente ai suoi clienti di accedere a una trasmissione "fermo restando che, senza l'intervento del proprietario stesso, i clienti non potrebbero usufruire delle opere radiodiffuse, pur trovandosi all'interno della zona di copertura dell'emissione medesima". L'enfasi sull'elemento oggettivo dell'intervento viene riproposta anche nella sentenza *Svensson, cit.*, punto 31, e nelle Conclusioni dell'Avvocato Generale nella causa *GS Media, cit.*, punti 57, 60, 69 e 70.

In parziale accoglimento delle tesi dell'Avvocato Generale,¹²⁹ la Corte concede che il link a un'opera illecita liberamente disponibile su internet non integra gli estremi di un intervento imprescindibile, in quanto "laddove l'opera in questione fosse già disponibile senza alcuna restrizione di accesso sul sito Internet cui il collegamento ipertestuale rimanda, l'insieme degli internauti poteva già, in linea di principio, accedervi anche senza tale intervento".¹³⁰

La constatazione della Corte avrebbe potuto avere natura decisiva, escludendo la presenza di un "intervento" e, quindi, di una comunicazione al pubblico ai sensi dell'articolo 3, comma 1, della Direttiva sulla Società dell'Informazione in tutti i casi di linking a contenuti liberamente disponibili su internet – a prescindere, cioè, dalla loro natura lecita o illecita. Nella decisione *GS Media*, invece, il rilievo di tale elemento è estremamente limitato.

La constatazione che gli utenti hanno la possibilità di accedere a opere illecite liberamente disponibili su internet a prescindere dalla fornitura del link da parte di un soggetto specifico, infatti, è formulata dalla Corte nel contesto in cui la sussistenza di una comunicazione al pubblico era già stata esclusa in virtù dell'assenza dell'elemento soggettivo in capo al fornitore "privato" del collegamento ipertestuale. La riflessione sull'elemento soggettivo, in altre parole, avviene in un contesto in cui i giochi sono già fatti e assume, in quel frangente, un ruolo meramente accessorio – per non dire irrilevante.

L'irrelevanza della non imprescindibilità dei link ai fini dell'accesso a un'opera liberamente disponibile trova definitiva conferma nella stessa decisione in commento. Poche righe dopo aver riconosciuto l'insussistenza dell'elemento soggettivo dell'intervento, la Corte affronta il caso in cui il fornitore di collegamenti senza fini di lucro è a conoscenza dell'illiceità dell'opera cui i link indirizzano. In quel frangente, la Corte conclude per la sussistenza della comunicazione al pubblico alla luce del fatto che il fornitore "era al corrente, od era tenuta ad esserlo, del fatto che il collegamento ipertestuale da essa collocato forniva accesso a un'opera illegittimamente pubblicata su Internet".¹³¹ Anche in quel caso, il link alle opere liberamente disponibili non costituiva un intervento oggettivamente imprescindibile, potendo gli utenti accedere al contenuto in modi diversi dall'attivazione del collegamento. Di tale circostanza, tuttavia, nella decisione non si fa cenno. Il che conferma la sostanziale irrilevanza dell'aspetto "oggettivo" dell'intervento.

Il secondo frangente in cui la Corte fa riferimento all'aspetto oggettivo dell'intervento riguarda

¹²⁹ Conclusioni dell'Avvocato Generale nella causa *GS Media*, *cit.*, punto 60: "Di conseguenza, ritengo che i collegamenti ipertestuali collocati su un sito Internet, i quali rimandano ad opere protette dal diritto d'autore liberamente accessibili su un altro sito, non possano essere qualificati come un 'atto di comunicazione' ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29, dal momento che l'intervento del gestore del sito che colloca il collegamento ipertestuale, nella specie la *GS Media*, non è indispensabile per mettere le fotografie in questione a disposizione degli internauti, inclusi quelli che visitano il sito *GeenStijl*."

¹³⁰ Sentenza *GS Media*, *cit.*, punto 46.

¹³¹ Sentenza *GS Media*, *cit.*, punto 49: "Per contro, qualora sia accertato che tale persona era al corrente, od era tenuta ad esserlo, del fatto che il collegamento ipertestuale da essa collocato forniva accesso a un'opera illegittimamente pubblicata su Internet, ad esempio perché ne era stata avvertita dai titolari del diritto d'autore, occorre rilevare che la messa a disposizione di detto collegamento costituisce una «comunicazione al pubblico» ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29".

il link idoneo a eludere misure restrittive. Quel tipo di collegamenti, si sottolinea, integrano una comunicazione al pubblico ai sensi dell'articolo 3, comma 1, della Direttiva sulla Società dell'Informazione sia in quanto costituiscono intervento "voluto", sia perché, senza quel collegamento, gli "utilizzatori non potrebbero fruire delle opere diffuse".¹³² L'accento, anche in questo caso, sembra essere sulla "volontà" dell'intervento, di cui la natura elusiva del collegamento costituisce una prova indiziaria, rispetto che sull'oggettiva circostanza che il collegamento stesso svolga un ruolo imprescindibile ai fini dell'accesso ai contenuti illeciti. Anche perché tale ruolo imprescindibile ben potrebbe non svolgerlo, in presenza di opere ugualmente illecite ma liberamente disponibili su internet – o di altri collegamenti che eludono misure restrittive messi a disposizione da soggetti terzi.

Nessun riferimento alla dimensione oggettiva dell'intervento, infine, viene fatto in relazione alla fornitura di collegamenti a opere illecite da parte di chi colloca link a fini lucrativi.¹³³

Se il ruolo dell'imprescindibilità dell'intervento è sostanzialmente ignorato nella decisione *GS Media*, esso potrebbe assumere un rinnovato rilievo anche in materia di linking nell'ambito del caso *Filmspeler*.¹³⁴ Si tratta di un rinvio pregiudiziale su cui la Corte non si è ancora pronunciata. Nell'ambito di quel procedimento, l'Avvocato Generale ha depositato le sue conclusioni lo scorso dicembre.¹³⁵

"Filmspeler" è un dispositivo hardware che permette la visione di contenuti web sullo schermo di un televisore. Il convenuto nel procedimento principale ha creato e commercializza il dispositivo.¹³⁶ Prima della vendita sul mercato, il convenuto preinstalla sul dispositivo un sistema operativo *open-source* e una serie di software aggiuntivi creati da terzi. Dopo l'acquisto, l'utente può installare su Filmspeler altri software di sua preferenza, scaricandoli da internet.¹³⁷ Grazie ai software di cui si è detto, una volta collegato a uno schermo e alla rete internet, il dispositivo fa apparire sul televisore un'interfaccia in cui compaiono una serie di link a siti terzi dove sono ospitate opere protette dal diritto d'autore. Azionando i collegamenti, l'utente ha la possibilità di visualizzare le opere presenti sui siti cui collegamenti indirizzano sullo schermo del suo televisore.¹³⁸ Tali opere possono essere lecite

¹³² Sentenza *GS Media, cit.*, punto 50: "Lo stesso vale nell'ipotesi in cui detto collegamento consenta agli utilizzatori del sito Internet nel quale esso si trova di eludere misure restrittive adottate dal sito contenente l'opera protetta per limitare l'accesso del pubblico ai soli abbonati, in quanto la messa a disposizione di siffatto collegamento costituisce in tal caso un intervento voluto senza il quale tali utilizzatori non potrebbero fruire delle opere diffuse (v., per analogia, sentenza del 13 febbraio 2014, *Svensson e a.*, C-466/12, EU:C:2014:76, punti 27 e 31)".

¹³³ Sentenza *GS Media, cit.*, punto 51.

¹³⁴ Rinvio pregiudiziale nel caso *Stichting Brein v Jack Frederik Wullems - Filmspeler*, causa C-527/15.

¹³⁵ Le conclusioni dell'Avvocato Generale depositate l'8 dicembre 2016.

¹³⁶ Conclusioni dell'Avvocato Generale nella causa *Filmspeler, cit.*, punto 15.

¹³⁷ Conclusioni dell'Avvocato Generale nella causa *Filmspeler, cit.*, punti 16 e 40.

¹³⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale nella causa *Filmspeler, cit.*, punto 17: "Those add-ons contain hyperlinks which, if clicked, redirect the user to streaming websites, controlled by third parties, on which films, television series and (live) sporting events can be enjoyed free of charge, with or without the authorisation of the right holders. The digital content starts playing automatically when the relevant hyperlink is clicked".

o illecite. Inoltre, i link possono anche avere l'effetto di eludere misure restrittive adottate dai titolari.¹³⁹

Il convenuto non modifica i software che preinstalla, non ha controllo sugli eventuali software aggiuntivi che gli acquirenti di Filmspeler possono voler installare sul dispositivo e, naturalmente, non ha alcuna influenza sui siti che ospitano le opere a cui i collegamenti fatti apparire da Filmspeler sul televisore degli utenti indirizzano. Tuttavia, la comunicazione commerciale con cui viene promosso il dispositivo fa spesso riferimento alla possibilità di accedere a film serie televisive e altre opere dell'ingegno in modo completamente gratuito.¹⁴⁰ Per ciò che qui interessa, alla Corte è chiesto se la vendita di un lettore multimediale su cui il fabbricante / venditore ha installato software "contenenti" collegamenti ipertestuali verso siti web sui quali sono resi direttamente accessibili opere tutelate da diritto d'autore, come film, serie e trasmissioni in diretta, senza autorizzazione degli aventi diritto può integrare una comunicazione al pubblico ai sensi dell'articolo 3, comma 1, della Direttiva sulla Società dell'Informazione. Essendo stato proposto prima della pronuncia della Corte nel caso *GS Media*, il rinvio pregiudiziale si sofferma su una serie di elementi puramente oggettivi dell'intervento del convenuto, domandando ad esempio se possano incidere sulla qualificazione quale comunicazione al pubblico elementi quali la circostanza che le opere messe a disposizione tramite il dispositivo non siano mai state pubblicate su internet con il consenso del titolare o siano state pubblicate esclusivamente mediante abbonamento; che i software che mettono a disposizione i link alle opere illecite sono liberamente disponibili e possono essere installati sul lettore multimediale anche dagli utilizzatori stessi; che i siti web e le opere illecite possono essere consultati dal pubblico anche senza il lettore multimediale.¹⁴¹

¹³⁹ Conclusioni dell'Avvocato Generale nella causa *Filmspeler*, *cit.*, punti 17, 18 e 40: "In fourteen of the add-ons the links led to films, series and (live) sporting events *without* the authorisation of the holders of the reproduction rights. Others, however, linked to streaming websites whose digital content had been authorised by the right holders [...] the holders of that copyright either did not authorise communication to the public of the digital content or did so only in relation to certain sites which are accessed by membership fee or subscription".

¹⁴⁰ Conclusioni dell'Avvocato Generale nella causa *Filmspeler*, *cit.*, punto 19: "Mr Wullems had no influence over the add-ons, nor did he alter them, and the user too can install the add-ons on his mediaplayer. On his portal (www.filmspeler.nl) and on other third-party sites, Mr Wullems advertised his products by means of the following promotional slogans:

'- Never again pay for films, series, sport, directly available without advertisements and waiting time. (no subscription fees, plug and play) Netflix is now past tense!

- Want to watch free films, series, sport without having to pay? Who doesn't?!

- Never have to go to the cinema again thanks to our optimised XBMC software. Free HD films and series, including films recently shown in cinemas, thanks to XBMC."

¹⁴¹ Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Rechtbank Midden-Nederland (Paesi Bassi) il 5 ottobre 2015 – *Stichting Brein / Jack Frederik Wullems, operante con la denominazione commerciale Filmspeler*, causa C-527/15, *cit.* Oltre alla questione di cui si è detto, il rinvio formula due ulteriori domande: "Se l'articolo 5 della direttiva sul diritto d'autore (...) debba essere interpretato nel senso che si configura un 'utilizzo legittimo', ai sensi del paragrafo 1, lettera b) di tale disposizione, allorché viene realizzata una riproduzione temporanea da parte di un utilizzatore finale mediante lo streaming di un'opera tutelata da diritto d'autore da un sito web di un terzo sul quale tale opera tutelata viene offerta senza autorizzazione dell'avente/degli aventi diritto" e "in caso di risposta negativa alla prima questione, se la realizzazione di una riproduzione temporanea da parte di un utilizzatore finale mediante lo streaming di un'opera tutelata da diritto d'autore da un sito web di un terzo sul quale tale opera

Nelle sue Conclusioni, l'Avvocato Generale afferma che le domande oggetto del rinvio possono essere in larga parte risolte sulla base dei principi stabiliti in *GS Media*.¹⁴² In merito, l'Avvocato Generale afferma che il convenuto aveva certamente conoscenza (o avrebbe dovuto averla) del fatto che i software che egli aveva preinstallato sul dispositivo fornivano collegamenti che permettevano agli utenti di accedere a opere in violazione. Altrettanto certa era la circostanza che la vendita del dispositivo avveniva in un contesto commerciale e, quindi, a fini lucrativi.¹⁴³

La soluzione della questione posta dal Giudice del rinvio, osserva l'Avvocato Generale, riguarda proprio la possibilità di qualificare l'attività del convenuto come un "intervento imprescindibile" oggettivo rilevante ai sensi dell'articolo 3, comma 1, della Direttiva sulla Società dell'Informazione.¹⁴⁴

La circostanza che i link che il dispositivo permette ai suoi utenti di attivare non fossero indispensabili ai fini dell'accesso ai siti terzi che contengono le opere era stata sollevata anche in quel frangente, sia dal convenuto che, significativamente, dalla Commissione Europea.¹⁴⁵ Tale elemento, tuttavia, non viene specificamente affrontato dall'Avvocato Generale.

Le Conclusioni, invece, si concentrano su un altro aspetto dell'intervento oggettivo, vale a dire la possibilità di considerare l'attività di vendita di un dispositivo come *Filmspeler* una "comunicazione" o una "messa a disposizione" di un'opera. E' sotto questo profilo che, nelle Conclusioni, l'elemento oggettivo dell'intervento ritorna a giocare un ruolo chiave per l'integrazione della fattispecie di cui all'articolo 3, comma 1, della Direttiva sulla Società dell'Informazione.

L'Avvocato Generale sostiene non esserci alcuna differenza tra il collocare link su un sito internet e vendere un dispositivo su cui sono preinstallati dei programmi che forniscono link utili per accedere a opere protette. In entrambi i casi, è la sua tesi, vi è un'attività di selezione dei siti cui indirizzano i collegamenti,¹⁴⁶ e in entrambi i casi il risultato finale è quello di permettere al pubblico di accedere a contenuti protetti dal diritto d'autore tramite la messa a

tutelata viene offerta senza autorizzazione dell'avente/degli aventi diritto sia contraria al «test a tre fasi», di cui all'articolo 5, paragrafo 5, della direttiva sul diritto d'autore (direttiva 2001/29/CE)."

¹⁴² Conclusioni dell'Avvocato Generale nella causa *Filmspeler*, *cit.*, punto 44.

¹⁴³ Conclusioni dell'Avvocato Generale nella causa *Filmspeler*, *cit.*, punti 45 e 53. In merito alla conoscenza che alcuni dei collegamenti indirizzano a opere illecite, l'Avvocato Generale fa riferimento alla comunicazione commerciale con cui il dispositivo per cui è causa viene promosso, così confermando che gli elementi da cui è possibile dedurre la natura deliberata dell'intervento elencati nella sentenza *GS Media* (in verità, solo rispetto agli utenti "privati") hanno natura esemplificativa, mentre al Giudice nazionale viene richiesta un'analisi che consideri tutte le circostanze del caso.

¹⁴⁴ Conclusioni dell'Avvocato Generale nella causa *Filmspeler*, *cit.*, punti 46 e 53.

¹⁴⁵ Conclusioni dell'Avvocato Generale nella causa *Filmspeler*, *cit.*, punto 47: "At the hearing, Mr Wullems and the Commission pointed out that Mr Wullems' intervention was 'not crucial' and that he merely 'enabled' the public to have access to content that can be downloaded from other websites. The filmspeler is not, therefore, an essential part of the process connecting the website on which protected content is made available unlawfully and the end user [...]".

¹⁴⁶ Conclusioni dell'Avvocato Generale nella causa *Filmspeler*, *cit.*, punto 52.

disposizione di quei link.¹⁴⁷ In questo contesto, stabiliscono le Conclusioni, l'intervento del convenuto integra un "ruolo indispensabile" nella comunicazione al pubblico delle opere cui i suoi clienti accedono tramite il dispositivo, avendo quest'ultimo l'effetto di "aumentare la cerchia degli utenti potenziali [...] a cui è fornito un sistema che prevede una selezione preventiva dei siti che permettono la visione gratuita di contenuti digitali".¹⁴⁸

Il numero di proposizioni relative impiegate dall'Avvocato Generale per illustrare la natura dell'intervento oggettivo nel caso di specie è significativo degli effetti espansivi che avrebbe una simile conclusione. Se dovesse essere fatta sua dalla Corte di Giustizia, essa amplierebbe in modo sostanziale l'ambito di attività che possono integrare una comunicazione al pubblico, che non si limiterebbe a includere il collocamento di link che forniscono accesso diretto alle opere, ma la messa a disposizione di prodotti (o servizi) che includono software (o prodotti) che includono link che forniscono accesso alle opere. Rischierebbe così di rientrare nel concetto di cui all'articolo 3, comma 1, della Direttiva sulla Società dell'informazione praticamente qualunque prodotto o servizio il cui funzionamento coinvolge l'impiego di collegamenti ipertestuali predeterminati dal produttore/fornitore.¹⁴⁹ E ciò senza spiegare in alcun modo per quale ragione dovrebbe essere considerato "indispensabile" all'accesso a siti che ospitano opere illecite un'attività che indispensabile non è.

Con le parole che la Commissione Europea ha espresso nel caso in commento, sembra davvero che "there must be some limit to the widening of the definition of 'communication to the public'".¹⁵⁰

¹⁴⁷ Mentre non rilevarebbe, in merito, la circostanza che l'installazione di quei software sul dispositivo Filmspelers ha natura ancillare rispetto alla vendita del dispositivo stesso. Conclusioni dell'Avvocato Generale nella causa *Filmspelers, cit.*, punto 51: "I believe that there is no significant difference between posting hyperlinks to protected works on a website and, as in the present case, installing hyperlinks in a multimedia device designed specifically for use with the internet (in particular, so that, through it, users are able to access straightforwardly, directly and immediately, digital content made available without the consent of the authors). The provision of links to that protected content, the making available of that content to the public, is a feature common to both types of conduct, and its apparently incidental or ancillary nature cannot conceal the fact that the activities concerned are aimed at ensuring that anyone may, merely by clicking on the hyperlink, enjoy the protected works".

¹⁴⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale nella causa *Filmspelers, cit.*, punto 52: "Whatever the method or technical process by which they are installed, hyperlinks serve to enable third parties to access digital content which has already been uploaded — in this case, unlawfully — to the internet. The significant aspect of the communication to the public which takes place through those hyperlinks is the fact that it increases the range of potential users who, I repeat, are provided with a functionality involving the prior selection of websites that allow digital content to be viewed free of charge".

¹⁴⁹ Salvo che esso non si limiti alla "mera fornitura di attrezzature fisiche atte a rendere possibile o ad effettuare una comunicazione", che "non costituisce un atto di comunicazione" ai sensi del considerando 27 della Direttiva sulla Società dell'Informazione. Nelle sue Conclusioni, l'Avvocato Generale esclude che questo sia il caso della vendita di Filmspelers proprio in virtù della preinstallazione su quel dispositivo dei software che includono i link ai siti ove le opere protette sono messe a disposizione.

¹⁵⁰ Conclusioni dell'Avvocato Generale nella causa *Filmspelers, cit.*, punto 48.

9. Link a copie illecite di contenuti pubblicati dai titolari

La sentenza *GS Media* individua, in via generale, quando e a quali condizioni la fornitura di link aventi a oggetto opere illecite integra una violazione del diritto di comunicazione al pubblico ai sensi dell'articolo 3, comma 1, della Direttiva sulla Società dell'Informazione. Il regime delineato dalla Corte, però, potrebbe non esaurire tutti i casi di collegamenti a contenuti messi a disposizione su internet senza il consenso del titolare.

Una lettura congiunta delle sentenze *GS Media* e *Svensson*, infatti, sembra lasciare spazio per l'individuazione di una sotto-categoria di collegamenti a opere illecite, costituita dai link che indirizzano a copie di contenuti liberamente accessibili su internet con il consenso dei titolari dei diritti. Rispetto a quei collegamenti, potrebbe esserci spazio per un'altra "valutazione individualizzata" sullo stile di *GS Media*,¹⁵¹ svolta però in base ai principi adottati nella sentenza *Svensson*.

La Corte sembra aver affrontato il tema dei link che indirizzano a copie non autorizzate di contenuti già messi a disposizione dei titolari del diritto d'autore già nella sentenza *Svensson*. In quel frangente, la Corte aveva sottolineato che un collegamento costituisce un intervento imprescindibile per consentire agli utilizzatori di eludere le misure restrittive adottate dal titolare, integrando quindi il requisito del "nuovo pubblico", in tutte quelle situazioni in cui "l'opera non sia più a disposizione del pubblico sul sito in cui sia stata comunicata inizialmente o sia ormai disponibile su tale sito esclusivamente per un pubblico ristretto, mentre sia accessibile su un altro sito Internet senza autorizzazione degli aventi diritto".¹⁵²

Nel passaggio sopra riportato, la Corte aveva stabilito che i link a copie non autorizzate dell'opera comunicata dal titolare integrano una comunicazione al pubblico nel caso in cui, in un momento successivo all'iniziale comunicazione, il titolare limita o esclude l'accesso generalizzato all'opera tramite misure restrittive o attraverso la cancellazione dell'opera.

Ragionando al contrario, l'assunto sembra legittimare la conclusione che i collegamenti a copie non autorizzate dell'opera siano perfettamente leciti fintantoché il file inizialmente comunicato dal titolare rimanga liberamente disponibile. Quello che il passo in questione sembra suggerire, in altre parole, è che vi sia una connessione tra lo status dell'opera

¹⁵¹ Attraverso la "valutazione individualizzata" di cui parla la decisione *GS Media*, *cit.*, punto 33, ci sarebbe così spazio per la creazione di un altro "*sui generis group*" di comunicazione al pubblico, con l'espressione di Birgit Clark - Sabrina Tozzi, "Communication to the public' under EU Copyright Law: an increasingly delphic concept or intentional fragmentation?", *cit.*, p. 717 – giustificata dalla circostanza che, a differenza del caso *GS Media*, quella categoria di link riguarda opere .

¹⁵² Sentenza *Svensson*, *cit.*, punto 31: "Per contro, nell'ipotesi in cui un collegamento cliccabile consenta agli utilizzatori del sito in cui si trova tale collegamento di eludere misure restrittive adottate dal sito in cui l'opera protetta si trova per limitare l'accesso del pubblico ai soli abbonati e, in tal modo, costituisca un intervento senza il quale tali utilizzatori non potrebbero beneficiare delle opere diffuse, il complesso di tali utilizzatori dovrà essere considerato quale pubblico nuovo, che non è stato preso in considerazione dai titolari del diritto d'autore al momento in cui hanno autorizzato la comunicazione iniziale, ragion per cui per tale comunicazione al pubblico si impone l'autorizzazione dei titolari. Ciò avviene, in particolare, allorché l'opera non sia più a disposizione del pubblico sul sito in cui sia stata comunicata inizialmente o sia ormai disponibile su tale sito esclusivamente per un pubblico ristretto, mentre sia accessibile su un altro sito Internet senza autorizzazione degli aventi diritto."

comunicata dal titolare e quello delle copie della stessa opera riprodotte e diffuse su internet senza autorizzazione esplicita del titolare stesso. Questa connessione si sostanzierebbe nella circostanza che, qualora la copia dell'opera comunicata dal titolare sia libera da misure di protezione, diventerebbero automaticamente autorizzate tutte le messe a disposizione della stessa opera su internet, a prescindere dalla liceità delle copie oggetto della messa a disposizione. E che, viceversa, qualora il titolare sottoponga il file contenente l'opera lecita oggetto della comunicazione iniziale a misure di protezione, diventerebbero automaticamente illecite anche le comunicazioni delle riproduzioni illecite della stessa opera. Il diritto intermittente di cui si è parlato sopra, in altre parole, riguarderebbe non solo ai link all'opera comunicata dal titolare, ma si estenderebbe a tutti i link alle (e a tutte le comunicazioni delle) copie non autorizzate di quell'opera presenti su internet.¹⁵³

Ulteriori elementi in supporto di questa tesi si riscontrano nella sentenza *GS Media*.

Dopo aver delineato il sistema di presunzioni applicabili ai fornitori di link "privati" e "a fini di lucro", la Corte afferma che, "*tuttavia*, in mancanza di un pubblico nuovo, non si verificherebbe una comunicazione al 'pubblico' [...] nell'ipotesi, ricordata ai punti da 40 a 42 della presente sentenza, in cui le opere alle quali detti collegamenti ipertestuali consentono di accedere siano state rese liberamente disponibili su un altro sito Internet con il consenso del titolare".¹⁵⁴

L'inciso avversativo¹⁵⁵ sembra comparare l'assenza di una comunicazione al pubblico per mancanza di un pubblico nuovo con le fattispecie analizzate ai paragrafi precedenti,¹⁵⁶ dove una comunicazione al pubblico era invece integrata in virtù dell'intervento consapevole del fornitore (privato e professionale) di link a opere illecite. Una lettura sistematica, quindi, sembrerebbe legittimare la conclusione che se *anche* il collocamento di link a opere illecite integra il requisito dell'intervento consapevole ai sensi dei paragrafi 49, 50 e 51, "*tuttavia*" una comunicazione al pubblico non si verifica se il pubblico che accede a quelle opere illecite non è "nuovo" rispetto a quello considerato dal titolare. Nel caso *GS Media*, l'opera illecita a cui indirizzavano i link collocati da *Geen Stijl* era inedita, quindi un "pubblico considerato dal

¹⁵³ Emanuela Arezzo, "Hyperlinks and Making Available Right in the European Union - What Future for the Internet After Svensson?", *cit.*, pp. 545 e 546: "a careful reading of all the passages in the judgment would seem to lead to the (paradoxical) conclusion that links to protected content illegally placed by third parties on an unauthorized website would become illegal (only) if the rightholder decided to withdraw the content from the website where it was originally located with her consent. This reasoning seems to lie on the assumption that until the moment the protected content is removed from the status of free availability, one may presume that even the unauthorized copying and making available of the protected content is freely allowed... if rightholders change their mind after the initial disposition of the work online – something they can always do, especially because the making available right is not subject to exhaustion – the unauthorized reproduction and making available of protected content on third parties' websites suddenly become illicit and the latter circumstance also exerts an impact upon linkers' liability".

¹⁵⁴ Sentenza *GS Media*, *cit.*, punto 52, enfasi aggiunta.

¹⁵⁵ Presente, con la stessa portata semantica, anche nella versione olandese della decisione: "*niettemin*".

¹⁵⁶ Sentenza *GS Media*, *cit.*, punti 49 e 50, in cui si affrontano i casi in cui una comunicazione al pubblico sia integrata da una fornitura di link effettuata senza scopo di lucro; e punto 51, avente a oggetto l'integrazione di una comunicazione al pubblico nel contesto del collocamento di link "a fini lucrativi".

titolare" al momento della comunicazione iniziale semplicemente non esisteva. L'unico caso di opere illecite in cui ha senso fare riferimento a un pubblico "considerato dal titolare", per contro, è proprio quello in cui il collegamento indirizzi a una copia non autorizzata di un contenuto già messo a disposizione dal titolare. Se così fosse, il riferimento al "consenso del titolare" potrebbe individuarsi nell'autorizzazione implicita risultante dall'aver reso la copia lecita dell'opera che egli ha comunicato "liberamente disponibile", autorizzazione che si estenderebbe anche alle copie illecite di quell'opera.

Una lettura letterale dell'inciso in questione, invece, potrebbe far pensare che la Corte abbia semplicemente voluto ricordare che fornire collegamenti a contenuti leciti e liberamente disponibili non integra una comunicazione al pubblico per l'assenza di un pubblico nuovo, come stabilito nella sentenza *Svensson*. Nonostante quest'ultima decisione non venga menzionata nel punto di cui si discute, tale tesi potrebbe trovare conforto in un'interpretazione piana dell'espressione "consenso del titolare"¹⁵⁷ e nel rinvio ai punti da 40 a 42 della decisione, che fanno riferimento "unicamente [al] collocamento di collegamenti ipertestuali verso opere che sono state rese liberamente disponibili su un altro sito Internet con il consenso del titolare".¹⁵⁸ Sembra andare nella stessa direzione anche la conclusione in fatto della Corte, secondo cui la fornitura di collegamenti da parte di GS Media integra una comunicazione al pubblico "senza che occorra valutare, in tale contesto, le altre circostanze addotte da tale giudice, citate nel punto 26 della presente sentenza",¹⁵⁹ tra cui anche la circostanza che "le opere in questione non sono ancora state pubblicate in altro modo con l'autorizzazione del suddetto titolare".¹⁶⁰ Sembra riaprire degli spazi, invece, il punto 43, dove la Corte afferma non potersi desumere da *Svensson* e *BestWater* che i link a un'opera illecita siano esclusi "in via di principio" dalla nozione di comunicazione al pubblico.¹⁶¹

¹⁵⁷ Di cui al punto 51 della sentenza in commento.

¹⁵⁸ Sentenza *GS Media, cit.*, punto 41, dove si sottolinea che, con le decisioni *Svensson, cit.*, e *BestWater, cit.*, "la Corte ha inteso pronunciarsi unicamente sul collocamento di collegamenti ipertestuali verso opere che sono state rese liberamente disponibili su un altro sito Internet con il consenso del titolare. In tali occasioni, la Corte aveva concluso che non sussisteva una comunicazione al pubblico in quanto l'atto di comunicazione in questione non era rivolto a un pubblico nuovo".

¹⁵⁹ Sentenza *GS Media, cit.*, punto 54: "Ciò considerato, risulta che, fatte salve le necessarie verifiche da parte del giudice del rinvio, collocando detti collegamenti, la GS Media ha realizzato una 'comunicazione al pubblico', ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29, senza che occorra valutare, in tale contesto, le altre circostanze addotte da tale giudice, citate nel punto 26 della presente sentenza".

¹⁶⁰ Sentenza *GS Media, cit.*, punto 26: "In tale contesto, esso si domanda, in particolare, se sia rilevante il fatto che le opere in questione non sono ancora state pubblicate in altro modo con l'autorizzazione del suddetto titolare, che la fornitura di detti collegamenti ipertestuali agevola ampiamente la scoperta di tali opere, dato che il sito Internet su cui queste sono accessibili a tutti gli internauti non è facilmente reperibile, e che la persona (hyperlinker) che colloca detti collegamenti era al corrente, o era tenuta ad esserlo, di detti fatti nonché della circostanza che tale titolare non abbia autorizzato la pubblicazione delle opere in questione su quest'ultimo sito".

¹⁶¹ Sentenza *GS Media, cit.*, punto 43: "Pertanto, non può desumersi né dalla sentenza del 13 febbraio 2014, *Svensson e a. (C-466/12, EU:C:2014:76)*, né dall'ordinanza del 21 ottobre 2014, *BestWater International (C-348/13, non pubblicata, EU:C:2014:2315)*, che il collocamento su un sito Internet di collegamenti ipertestuali verso opere protette che sono state rese liberamente disponibili su un altro sito, ma senza l'autorizzazione dei titolari del diritto d'autore di tali opere, sia escluso in via di principio dalla nozione di «comunicazione al pubblico» a norma dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29. Al contrario, dette decisioni confermano l'importanza di siffatta autorizzazione alla luce di tale disposizione, poiché quest'ultima prevede proprio che ogni atto di

La contraddittorietà delle dichiarazioni della Corte di cui si è dato conto rende impossibile giungere a conclusioni certe. La circostanza che la Corte abbia affrontato un tema così importante solo incidentalmente, poi, ha fatto sì che la grande maggioranza dei commentatori abbiano semplicemente ignorato il punto.¹⁶² Una delle poche Autrici che si è soffermata sulla questione ne ha denunciato l'illogicità sotto diversi profili.

Innanzitutto, le domande del rinvio pregiudiziale che ha dato origine alla decisione *Svensson* (ma anche, si aggiunge qui, alla sentenza *GS Media*) riguardavano temi diversi rispetto alla liceità dei link a copia illecite di contenuti precedentemente comunicata dai titolari.¹⁶³ Affrontando quest'ultimo argomento, quindi, la Corte sarebbe incorsa in una sorta di vizio di ultrapetizione.¹⁶⁴

Sotto un ulteriore profilo, tale conclusione presenterebbe dei problemi di coordinamento con il principio secondo cui un pubblico nuovo sussisterebbe nella sola misura in cui "il collegamento cliccabile consenta agli utilizzatori del sito in cui si trova tale collegamento di eludere misure restrittive adottate dal sito in cui l'opera protetta si trova per limitare l'accesso del pubblico ai soli abbonati".¹⁶⁵ Le misure di restrizione adottate dal titolare rispetto all'opera "originale", infatti, non possono tecnicamente estendersi alle copie non autorizzate della stessa. In questa prospettiva, un link a copie illecite non consentirebbe agli utenti di "eludere misure restrittive", rimanendo tali copie illecite liberamente indisponibili a prescindere dalle misure cui è sottoposto il contenuto "originale" comunicato dal titolare. Più che di elusione, quindi, dovrebbe parlarsi di un "aggiramento" in senso lato della volontà (e non delle misure restrittive) del titolare, nel senso che attraverso il link a copie illecite dell'opera gli utenti sono messi nella posizione di accedere a copie di essa nonostante il titolare abbia deciso diversamente.¹⁶⁶

comunicazione di un'opera al pubblico debba essere autorizzato dal titolare del diritto d'autore".

¹⁶² Si veda, ad esempio, Ted Shapiro, "CJEU rules on linking in *Svensson*", in *Managing Intellectual Property* 2014, p. 23, secondo cui i principi espressi in *Svensson* permetterebbero ai titolari di azionare il loro diritto di comunicazione al pubblico contro ogni copia illecita della loro opera: "From this guidance on the concept of a new public online flow some vital protections for right holders. First and foremost, the right holder retains the right to be the first to make available its z iii works online and to establish restrictions on the further making available those works. Moreover, with regard to pirate linking sites and other structurally-infringing sites which invariably source their content from unauthorised or sometimes even stolen copies, users 'must be deemed to be a new public, which was not taken into account by the copyright holders when they authorised the initial transmission'. As a result, right holders maintain an important means of enforcing their rights online, particularly with respect to structurally infringing sites, which are the main obstacle to the continued growth of legitimate on-demand services".

¹⁶³ Nella decisione *Svensson*, *cit.*, il tema di indagine riguardava collegamenti a opere lecite. In *GS Media*, *cit.*, a opere illecite mai comunicate dai titolari su internet.

¹⁶⁴ Emanuela Arezzo, "Hyperlinks and Making Available Right in the European Union - What Future for the Internet After *Svensson*?", *cit.*, p. 546.

¹⁶⁵ Sentenza *Svensson*, *cit.*, punto 31.

¹⁶⁶ Sul punto, si veda ancora Emanuela Arezzo, "Hyperlinks and Making Available Right in the European Union - What Future for the Internet After *Svensson*?", *cit.*, p. 546: "what the Court intends by an act of circumvention is not confined to the technical meaning of the word, i.e. the act whereby one takes down the protection measure that fences off the protected work, in such a way as to gain access to it, but it improperly uses the term circumvention to refer to instances where such an event does not occur, i.e. when the link, by leading to unauthorized websites containing protected material, would keep providing access to the latter even in cases

Non sussistendo nessun collegamento tecnico tra l'opera comunicata dal titolare e le copie illecite, inoltre, è del tutto verosimile che questo "aggiramento" avvenga nella grande maggioranza dei casi all'insaputa sia del fornitore dei link che degli utenti stessi (oltre che del titolare). In questo contesto, una delle problematiche che il regime di cui si discute comporterebbe è quello di istituire una sorta di obbligo di verifica in capo ai fornitori di link. Se il regime di accesso cui è sottoposto il contenuto lecito si estendesse anche alle sue copie non autorizzate, gli utenti dovrebbero indagare di volta in volta se l'opera originariamente comunicata dal titolare sia o meno sottoposta a misure di restrizione, e mantenere o disattivare il link di conseguenza. Come si è avuto modo di vedere, il titolare può decidere di sottoporre l'opera comunicata a misure restrittive anche in un momento successivo alla comunicazione iniziale. Di conseguenza, l'obbligo per i fornitori di link assumerebbe la forma di un monitoraggio continuo, la cui sostenibilità è tutt'altro che scontata.

Come osservato nella sentenza *GS Media*, infatti, è inverosimile che i soggetti che forniscono i collegamenti a copie non autorizzate dell'opera siano sempre consapevoli della liceità o meno dell'opera oggetto del link. Altrettanto inverosimile è che quegli utenti, oltre a essere a conoscenza di quell'obbligo di monitoraggio, possano ragionevolmente attenervisi.

Se il regime di accesso dell'opera comunicata dal titolare dovesse estendersi anche ai contenuti illeciti, quindi, sarebbe più funzionale adottare una "valutazione individualizzata" in base al quale una comunicazione al pubblico (o la responsabilità dell'utente per la sua violazione) sia integrata solo nel momento in cui il fornitore del link sia informato dal titolare in merito all'avvenuta adozione di misure tecniche di restrizione, secondo lo schema previsto in generale per i link a contenuti illeciti forniti dai privati nella sentenza *GS Media*.

Al di là delle problematiche di cui si è dato conto, l'idea secondo cui il regime di accesso a un'opera originale produca effetti anche rispetto a copie illecite di quell'opera non sarebbe del tutto inedita.

Nella sentenza e *Vorschaubilder II*,¹⁶⁷ infatti, la Corte Suprema Tedesca aveva già considerato lecita la messa a disposizione non autorizzata di immagini in formato ridotto (cosiddette "*thumbnail*" – che peraltro includono a loro volta dei link) da parte dei motori di ricerca anche rispetto a contenuti ripresi non dall'opera comunicata dal titolare, ma da copie di essa eseguite senza il suo consenso.¹⁶⁸

where the copyright holder decides to remove it from the online location where it was originally stored with her consent or to offer it to paying subscribers only".

¹⁶⁷ Corte Suprema Tedesca, 19 ottobre 2011, I ZR 140/10 ("*Vorschaubilder II*"), che è stata preceduta dalla già citata decisione della stessa Corte *Vorschaubilder I*, cit., in cui le pretese del titolare sono state rigettate per "abuso di diritto", essendosi egli prodotto in attività di ottimizzazione delle sue opere sui motori di ricerca incompatibili con l'azione inibitoria esercitata proprio rispetto alla visualizzazione delle immagini sul motore di ricerca. In merito, si veda Miguel Peguera, "Copyright issues regarding Google images and Google cache", cit., pp. 185 e ss.

¹⁶⁸ Sentenza *Vorschaubilder II*, cit., su cui si veda, diffusamente, Emanuela Arezzo, "Copyright enforcement on

La Corte Suprema era giunta a tale conclusione sulla base del fatto che, considerata la diffusione dei servizi di motore di ricerca, la mancata adozione di misure restrittive da parte del titolare delle opere nel momento della loro iniziale comunicazione su internet dovrebbe essere inteso come una licenza implicita a che anche le copie non autorizzate delle opere in questione siano messe a disposizione ai fini di ricerca.¹⁶⁹

In assenza dell'elemento di "intermittenza" che sembra caratterizzare il diritto di comunicazione al pubblico delineato nella sentenza *Svensson*, porre sui titolari che pongono in essere la prima comunicazione l'onere (e l'onore) di decidere il destino delle loro opere e di tutte le copie di esse sembra una soluzione bilanciata ed efficiente. La circostanza che tale controllo si estenda sia all'opera comunicata lecitamente, sia alle copie non autorizzate di essa, comporta significativi vantaggi a favore ai titolari,¹⁷⁰ costituendo un buon bilanciamento tra le esigenze di controllo e quelle di circolazione delle informazioni.¹⁷¹

the internet in the European Union: Hyperlinks and making available right", *cit.*, p. 820.

¹⁶⁹ Come spiegano Thomas Höppner - Felicitas Rieger, "Moving Towards a World of Selfies? – A Critical View of the European Legal Framework for the Online Use of Third Party Images", *cit.*, p. 637: "The German Federal Court of Justice (Bundesgerichtshof) held that the making available to the public of downscaled images (thumbnails) in search engine results pages is lawful if the rights holder has published the protected work online without appropriate technical measures against the finding and displaying of that work by search engines. This shall even apply where the search engine displays copies that were not licensed by the rights holder. According to the court, the publishing of works without such technical measures can be regarded as implied consent (granted to anybody) that copies of the work may be used for search purposes, because this service is 'common' on the internet."

¹⁷⁰ I quali, vale la pena di ricordarlo, possono sempre giovare dell'esclusiva garantita dal diritto di riproduzione nei confronti del soggetto che ha illecitamente eseguito la copia e caricato l'opera senza il loro consenso.

¹⁷¹ Esprime apprezzamento per il "permission to link" che risulterebbe dal bilanciamento effettuato dalla Corte di Giustizia, anche alla luce del carattere intermittente di cui viene dato conto nel contributo, Mira Burri, "Permission to Link: Making Available via Hyperlinks in the European Union after *Svensson*", in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law* 2014, Vol. 5, p. 251: "The 'new public' criterion appeared critical in the court's assessment. The finding that *Svensson* does not satisfy it permitted hyperlinking as a copyright-irrelevant act to operate as it presently does. In broader terms, this outcome accommodates both the essential functions of the Internet as a network of networks in the technical sense, as well as its function as a comprehensive cognitive database with substantial societal implications. In the latter sense, the 'permission to link' granted through *Svensson* is by no means trivial despite the relatively straightforward facts of the case. It enables future innovation on the Internet, which is not excessively focused on copyright holders. It is in this sense evident that, although an important goal of resolving copyright issues is to protect right holders, courts also need to take into account the overall sustainability of the digital environment and protect broader public interests". Molto critici rispetto all'approccio in questione, invece, Thomas Höppner - Felicitas Rieger, "Moving Towards a World of Selfies? – A Critical View of the European Legal Framework for the Online Use of Third Party Images", *cit.*, secondo cui la soluzione adottata dalla Corte Suprema tedesca (e, di riflesso, quella della Corte di Giustizia in *Svensson*), comprimerebbe in modo ingiustificato il diritto dei titolari. A causa degli strumenti tecnici di restrizione ad oggi disponibili, infatti, i titolari sarebbero privati della possibilità di scegliere le modalità di licenza delle loro opere, potendo tutt'al più esercitare un diritto di *opt-out* eteroimposto: "More generally, the approach taken by the German Federal Court of Justice transfers the burden onto the image providers as the victims of the unauthorised use. They have to consistently and carefully employ the complex and opaque tools that search engines are offering to 'opt-out' of their exploiting conduct while under copyright law it is actually the search engine's task to acquire usage permissions. Thus the approach taken by the German court would unduly legalise the ineffective 'opt-out' mechanisms which search engines have unilaterally imposed on content providers against their will and contrary to the basic legal principle that it is the rights holder and not the user who may determine the scope and conditions of the use of its content". Sulla stessa linea anche ALAI, *Report and Opinion on a Berne-compatible reconciliation of hyperlinking and the communication to the public right on the internet*, pp. 4 e 5, secondo cui gli strumenti tecnici ci sarebbero anche (ed altri potrebbero essere sviluppati, se solo il linking richiedesse sempre un'autorizzazione del titolare), ma gli internet service provider si rifiuterebbero di adottarli: "Source websites and the authors who post their works to them may be happy to be the objects of hyperlinks that bring users to their home pages (these links, ALAI has already posited, do not in any event bring the making available right into play),

Meno lineare, invece, è come tale regime possa coniugarsi con la posizione che la Corte aveva assunto precedentemente riguardo ai limiti che l'esclusiva dei titolari può subire in relazione agli usi di copie non autorizzate delle opere tutelate dal diritto d'autore.

Rileva, in merito, la decisione *ACI Adam*,¹⁷² resa dalla Corte poche settimane dopo la sentenza *Svensson*. Oggetto di quel rinvio pregiudiziale era l'interpretazione degli articoli 5, commi 2, lettera b), e comma 5, della Direttiva sulla Società dell'Informazione, in materia di copia privata. La Corte olandese che aveva disposto il rinvio chiedeva, in particolare, se le disposizioni della Direttiva che prevedono la limitazione del diritto d'autore per copia privata dovessero applicarsi anche rispetto a copie dell'opera realizzate senza il consenso del titolare o se, al contrario, esse trovassero applicazione nei soli casi di riproduzioni lecite dell'opera.¹⁷³

In linea generale, ha sostenuto la Corte, le limitazioni ai diritti del titolare previste dall'articolo 5 della direttiva costituiscono delle eccezioni al principio generale rappresentato dall'esclusiva autoriale. Pertanto, esse devono essere interpretate restrittivamente e alla luce degli obiettivi della Direttiva.¹⁷⁴

Tra questi ultimi, la Corte ha citato "la diffusione della cultura", che secondo la Direttiva sulla Società dell'Informazione non può essere promossa se non "proteggendo rigorosamente i diritti e lottando contro le forme illegali di messa in circolazione di opere culturali contraffatte o riprodotte abusivamente".¹⁷⁵ La repressione delle copie illecite che quell'obiettivo impone, ha proseguito la Corte, rende incompatibile con il diritto dell'Unione una legislazione nazionale in tema di copia privata che limiti i diritti del titolare senza distinguere "tra le copie private realizzate a partire da fonti legali e quelle realizzate a partire da fonti contraffatte o riprodotte abusivamente",¹⁷⁶ anche in quanto una legislazione di questo tipo "incoraggerebbe

but may be unwilling to entertain linking practices, such as those that deprive the source site of the economic benefit of users' access to their content, or that remove or obscure attributions of authorship. Under current practices, however, too often an author may either block all linking by applying the robots.txt instruction, or must allow all linking; the author cannot confine authorization to hyperlinking to his or her homepage. But there exist alternatives, such as Automated Content Access Protocol (ACAP) which would enable authors to permit or prohibit different kinds of linking, but with which the search engines do not currently cooperate. Were judicial or legislative authorities to follow ALAI's opinion that deep linking and framing require express authorization (in the absence of an applicable exception), further development and implementation of technological means of providing express consent would most likely follow".

¹⁷² CGUE, 10 aprile 2014, *ACI Adam BV e Altri contro Stichting de ThuisKopie, Stichting Onderhandeligen ThuisKopie vergoeding*, causa C-435/12 ("**ACI Adam**").

¹⁷³ La domanda rilevante posta alla Corte di Giustizia era la seguente: "Se l'articolo 5, paragrafo 2, parte iniziale e lettera b), – se del caso in combinato disposto con l'articolo 5, paragrafo 5, della direttiva [2001/29] – debba essere interpretato nel senso che la limitazione del diritto d'autore in esso prevista si applica alle riproduzioni che soddisfano i requisiti indicati in tale disposizione, indipendentemente dal fatto che gli esemplari dell'opera che sono stati riprodotti siano pervenuti nella disponibilità della persona fisica interessata in modo lecito – vale a dire senza violazione dei diritti d'autore degli aventi diritto – o se siffatta limitazione valga soltanto per riproduzioni di esemplari pervenuti nella disponibilità della persona interessata senza violazione del diritto d'autore."

¹⁷⁴ Sentenza *ACI Adam*, *cit.*, punti 21 - 24.

¹⁷⁵ Sentenza *ACI Adam*, *cit.*, punto 36. Il considerando 22 della Direttiva InfoSoc così recita: "La diffusione della cultura non può essere veramente promossa se non proteggendo rigorosamente i diritti e lottando contro le forme illegali di messa in circolazione di opere culturali contraffatte o riprodotte abusivamente".

¹⁷⁶ Sentenza *ACI Adam*, *cit.*, punto 37.

la circolazione delle opere contraffatte o riprodotte abusivamente, diminuendo così necessariamente il volume delle vendite o di altre transazioni legali relative alle opere protette, di modo che sarebbe pregiudicato il normale sfruttamento delle medesime".¹⁷⁷

Difficile non cogliere le incompatibilità tra tali principi e il regime che (forse) la Corte potrebbe aver introdotto rispetto ai link a copie non autorizzate di opere già comunicate dal titolare.

Alla luce dei principi espressi in *ACI Adams*, infatti, si potrebbe legittimamente sostenere che la legittimazione (o, ancora una volta, *legalizzazione*) delle comunicazione di secondo grado (in questo caso, i link) a copie illecite dell'opera "incoraggerebbe la circolazione" di contenuti illeciti e diminuirebbe così "necessariamente il volume delle transazioni legali" relative ai link alle opere protette, pregiudicando così il normale sfruttamento di queste ultime. Se i dubbi in merito alla validità di questi principi di certo non mancano,¹⁷⁸ meno incerta è la necessità di attendere un'altra decisione della Corte che chiarisca il rapporto tra copie lecite o illecite ai fini della fornitura di link.

¹⁷⁷ Sentenza *ACI Adam*, *cit.*, punto 39.

¹⁷⁸ Per una critica del ragionamento svolto dalla Corte in *ACI Adam* si veda João Pedro Quintais, "Private Copying and Downloading from Unlawful Sources", in *IIC* 2015, pp. 74: "That line of interpretation is weaved into the Court's analysis of the three-step test. [...] In what concerns the second step, allowing reproductions from unlawful sources encourages piracy, which will 'inevitably' reduce revenues from lawful sources and conflict with the normal exploitation of works. Put differently, the Court believes there is a substitution effect between reproductions made from lawful sources and those made from unlawful sources. That assertion, which seems essential to the ruling and would rely at least partially on factual analysis, is not further explained". Infatti, continua l'Autore a p. 88, "besides the lack of reference to the fundamental rights purpose of the private copying limitation, which speaks to a lack of desirability of a ban on downloading in general [...], the Courts' sporadic reasoning of substitution effects failed to argue or establish the existence of competing legal offers (which are scarce), of substitution between downloads from unlawful sources and legal channels (of which there is limited evidence), or the feasibility of enforcement of exclusive right of reproduction in these scenarios, which is unproven".

CAPITOLO IV

IL SISTEMA

1. La Corte di Giustizia è un legislatore

"Diritto esclusivo di autorizzare o vietare qualsiasi comunicazione al pubblico, su filo o senza filo ... compresa la messa a disposizione del pubblico ... in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente".

La definizione del diritto di comunicazione al pubblico attraverso un'espressione ampia è il frutto di una precisa scelta di politica fatta dal legislatore internazionale in sede di redazione dei Trattati WIPO per mantenere il diritto di comunicazione al pubblico al passo con gli sviluppi tecnologici.¹ Uno spazio di interpretazione di cui la Corte di Giustizia ha usufruito appieno, elaborando un Sistema di analisi del diritto di comunicazione al pubblico originale, a volerne dir bene; in violazione dei principi fondamentali del diritto d'autore, a detta di non pochi commentatori; e, comunque, senza dubbio inedito.

L'unicità del Sistema creato dalla Corte di Giustizia emerge in modo piuttosto chiaro da una sua comparazione con i diversi approcci adottati nei Paesi Membri e negli Stati Uniti per affrontare il medesimo tema, spesso sulla base delle medesime norme – o, comunque, in ossequio ai medesimi principi sanciti a livello internazionale.

La giurisprudenza del Continente tradizionalmente più avanzato in materia di tecnologia esclude la possibilità di considerare il *linking* una comunicazione al pubblico, non potendo riscontrarsi in tale processo la trasmissione di una copia dell'opera. Diversi Tribunali europei, prima dell'introduzione del Sistema, aveva considerato la fornitura di collegamenti estranea di per sé alla tutela autoriale; o, comunque, inidonea a costituire una violazione diretta dei diritti economici attribuiti ai titolari.²

La Corte di Giustizia ha creato e percorso una sua strada, evidentemente alternativa rispetto a tutte le soluzioni adottate in precedenza.

In questa sede non si intende certamente aderire all'assunto secondo cui i Giudici debbano o possano essere mere "bocche della legge". Ogni regola giuridica, scritta o meno che sia,

¹ Tra molti, si veda Mira Burri, "Permission to Link: Making Available via Hyperlinks in the European Union after Svensson", *cit.*: "A key point about these provisions is that the particular headings under which the treaties refer to making available are not that important. Indeed, the WIPO Internet Treaties provide for a flexible approach to making available – the so-called "umbrella solution" – which permits different domestic implementations through various new or existing rights or combinations of rights". Già Jeremy de Beer and Mira Burri, "Transatlantic Copyright Comparisons: Making Available via Hyperlinks in the European Union and Canada", in *EIPR* 2014, Vol. 2, pp. 95 e ss. avevano sottolineato, in merito, che "it is important *that* treaty member states protect making available, not *how* specifically they do so". Anche Alessandro Cogo, "Linking e framing al vaglio della Corte di Giustizia dell'Unione Europea", *cit.*, p. 2204, aveva enfatizzato "l'intenzione del legislatore comunitario di offrire un'interpretazione ampia del concetto di 'comunicazione' e di 'messa a disposizione', così da comprendere in realtà 'tutti gli atti' capaci di determinare la trasmissione o la messa a disposizione a distanza ed *on demand* dell'opera [...] la scelta sembra essere in favore della tipizzazione del risultato, non (o non soltanto) dei comportamenti idonei a cagionarlo".

² Si veda, in merito, *supra*, capitolo I, paragrafo 6.

viene applicata attraverso l'interpretazione. L'interpretazione, a sua volta, è sempre influenzata dal contesto in cui essa ha luogo, risentendo di fattori economici, sociali, umani – quando non delle abitudini alimentari del Giudice.³ Lo spazio di libertà strutturalmente connesso all'attività interpretativa, tuttavia, qualche limite deve pur incontrarlo.⁴

La scelta ingiustificata (nel senso letterale di "non spiegata") di considerare il linking una "comunicazione" nonostante il considerando 23 della Direttiva sulla Società dell'Informazione;⁵ la considerazione di un elemento soggettivo quale costitutivo di un diritto proprietario, a prescindere dall'articolo 5 della Convenzione di Berna;⁶ l'introduzione di criteri sprovvisti di base. Nell'interpretare le espressioni volutamente ampie di cui all'articolo 3, comma 1, della Direttiva sulla Società dell'Informazione, la Corte di Giustizia non si è limitata a interpretare, magari in maniera creativa, una serie di previsioni di legge. Ne ha, di fatto, create delle nuove.⁷

Il Sistema realizzato attraverso le sentenze *Svensson* e *GS Media* è un corpo di regole di matrice giurisprudenziale sostanzialmente sconnesso dalle previsioni della Direttiva sulla Società dell'Informazione – nonché, si è visto, da diversi dei principi fondamentali che reggono il diritto d'autore internazionale. Nel creare questo corpo di regole, la Corte si è mossa più come un legislatore che come un Tribunale. Un legislatore pervasivo, le cui decisioni sono vincolanti e hanno rango costituzionale per i legislatori e per i Giudici di ventotto Paesi dell'Unione Europea.⁸ Un legislatore, a giudicare dalle posizioni

³ Tra i molti contributi di realismo giuridico, si vedano Shai Danziger - Jonathan Levav - Liora Avnaim-Pessoa, "Extraneous factors in judicial decisions", in *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America* 2011, Vol. 108, n. 17, pp. 6889 e ss., che tentano (apparentemente riuscendoci) una dimostrazione empirica dei diversi fattori non giuridici che influenzano la decisione di un giudice. Non ultimo, quello della sua colazione: "when judges make repeated rulings, they show an increased tendency to rule in favor of the status quo. This tendency can be overcome by taking a break to eat a meal, consistent with previous research demonstrating the effects of a short rest, positive mood, and glucose on mental resource replenishment [...] Our findings add to the literature that documents how experts are not immune to the influence of extraneous irrelevant information. Indeed, the caricature that justice is what the judge ate for breakfast might be an appropriate caricature for human decision making in general".

⁴ "There must be some limit to the widening of the definition of 'communication to the public'", ha giustamente sostenuto la Commissione Europea nelle osservazioni depositate nel caso *FilmSpeler*, *cit.* La circostanza è riportata nelle Conclusioni dell'Avvocato Generale nella stessa causa, *cit.*, punto 48.

⁵ Si veda l'analisi svolta *supra*, capitolo II, paragrafo 5.

⁶ Si veda l'analisi svolta *supra*, capitolo III, paragrafo 5.

⁷ "The CJEU's treatment of linking was more reformatory with respect to the theories of a new public and same technical means. Indeed, my impression is that the CJEU's view elaborated in *Svensson* and reaffirmed in *BestWater* practically made new law"; così, Péter Mezei, "Enter the matrix: the effects of the CJEU's case law on linking and streaming technologies", *cit.*, p. 895. Pur prendendone le distanze, dà conto di questo argomento anche l'Avvocato Generale nelle Conclusioni rese nel caso *FilmSpeler*, *cit.*, nota 36: "After acknowledging at the hearing that it was not satisfied with the judgment of 13 February 2014, *Svensson and Others* (C-466/12, EU:C:2014:76), and the judgment in *GS Media*, the Commission warned that that approach in case-law could lead to legal uncertainty. From other quarters, various voices have complained that, through its rulings in this area, the Court is creating law rather than interpreting the existing law. I do not agree with the latter criticism, for the Court has confined itself to drawing attention to the potential effects, hitherto insufficiently recognised, of an imprecisely defined legal concept ('communication to the public'), and has adapted the application of that concept to the development of the rapidly evolving technology which is used at any given time to make copyright-protected works available to the public".

⁸ Il carattere espansivo dell'opera di armonizzazione della Corte di Giustizia riguardo al diritto d'autore è oggetto dell'ampia analisi di Eleonora Rosati, *Originality in EU Copyright - Full Harmonization through Case Law*, *cit.* La

estremamente critiche rispetto alle sentenze *Svensson* e *GS Media* espresse dalla Commissione Europea, che legifera contro gli indirizzi dell'organo esecutivo che quei ventotto Paesi hanno scelto e che ha dato l'impulso per l'adozione della stessa Direttiva sulla Società dell'informazione.⁹

Le considerazioni politiche su questo fenomeno esulano dall'oggetto di questo lavoro. Sembra necessaria, invece, è un'analisi dell'impatto che il Sistema creato dalla Corte ha e avrà nel future sulle principali categorie di soggetti coinvolti nelle dinamiche di internet e nell'uso dei link, vale a dire i titolari dei diritti, i fornitori professionali di link , gli internet service provider e gli utenti privati. A questa analisi sono dedicati i prossimi paragrafi, che si concludono con una riflessione rispetto a quello che sarebbe dovuto essere il protagonista della vicenda giuridica che si è approfondita con questo lavoro – e che, invece, all'esito del percorso della Corte non ne esce benissimo: il diritto d'autore.

2. Il Sistema e i titolari dei diritti

Una buona parte dei commentatori concordano nel ritenere che il Sistema delineato dalla Corte di Giustizia sia particolarmente favorevole ai titolari del diritto d'autore, intendendo come tali i soggetti le cui opere sono oggetto di collegamenti forniti da soggetti terzi. Qualche Autore si spinge fino a definire i principi stabiliti nelle sentenze *Svensson* e *GS Media* come troppo "sbilanciati" a favore delle istanze dei *right holder* e poco attenti alla tutela di interessi ulteriori e diversi quali la libertà di espressione e circolazione della informazioni nell'ambiente

stessa Eleonora Rosati, "Copyright in the EU: in search of (in)flexibilities", in *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 2014, 9 (7), pp. 585 e ss., osserva come tale fenomeno di armonizzazione passi anche attraverso un'interpretazione restrittiva dello spazio concesso agli Stati Membri nell'interpretazione della Direttiva sulla Società dell'Informazione. Con specifico riguardo alle eccezioni e limitazione previste dall'articolo 5, l'Autrice osserva che "unless where the InfoSoc Directive leaves it to Member States to fine-tune the scope of certain exceptions and limitations, it is not possible for them to alter the scope of the exceptions and limitations that they have decided to transpose into their national regimes. In such cases Member States appear required to import the same substantive scope of the chosen exceptions and limitations. Hence, the InfoSoc Directive would be much less flexible than what has been hitherto understood". Lo stesso principio vale per il diritto di comunicazione al pubblico. Nella decisione *Svensson*, cit., punti 34, 35 e 37, infatti, la Corte di Giustizia ha ribadito che la Direttiva sulla Società dell'Informazione, "è volta, in particolare, a rimediare all'incoerenza normativa e all'incertezza giuridica che accompagnano la protezione del diritto d'autore. Orbene, ammettere che uno Stato membro possa stabilire una tutela maggiore per i titolari del diritto d'autore prevedendo che la nozione di comunicazione al pubblico comprenda altresì operazioni diverse da quelle elencate all'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29, avrebbe l'effetto di creare incoerenza normativa e, quindi, incertezza giuridica per i terzi. Di conseguenza, l'obiettivo perseguito dalla direttiva 2001/29 risulterebbe inevitabilmente compromesso se la nozione di comunicazione al pubblico potesse essere intesa dai diversi Stati membri come comprendente più forme di messa a disposizione di quelle stabilite all'articolo 3, paragrafo 1, di tale direttiva. [...] Ne consegue che l'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29 non può essere inteso nel senso che consenta agli Stati membri di stabilire una tutela maggiore per i titolari del diritto d'autore, prevedendo che la nozione di comunicazione al pubblico comprenda più forme di messa a disposizione di quelle disposte da tale articolo".

⁹ Le Conclusioni dell'Avvocato Generale nel caso *Filmsteper*, cit., punto 38 e nota 36, danno atto della contrarietà della Commissione Europea alle conclusioni cui è giunta la Corte in quelle decisioni: "Moreover, the Commission states that there must be some limit to the widening of the definition of 'communication to the public'. [...] After acknowledging at the hearing that it was not satisfied with the judgment of 13 February 2014, *Svensson and Others* (C 466/12, EU:C:2014:76), and the judgment in *GS Media*, the Commission warned that that approach in case-law could lead to legal uncertainty".

digitale.¹⁰

Una lettura congiunta delle decisioni in commento sembra confermare questa posizione.

Un primo, fondamentale principio a favore dei titolari dei diritti stabilito nella decisione *Svensson* è la qualificazione di un link come una "comunicazione" ai sensi dell'articolo 3, comma 1, della Direttiva sulla Società dell'Informazione.¹¹ Si tratta di un risultato niente affatto scontato. L'assenza di un'espressa previsione normativa in tal senso, ad esempio, ha portato gli Stati Uniti d'America a escludere che la semplice fornitura di un link possa integrare il diritto *public display*, preferendo ricondurre la repressione della diffusione di opere illecite tramite link in contesti di responsabilità secondaria. Nello stesso senso si erano pronunciati diversi Tribunali dei Paesi Membri dell'Unione Europea prima della sentenza *Svensson*.¹² L'acceso dibattito che si è svolto sulla questione prima e dopo la decisione in questione e i dubbi in merito alla compatibilità di tale principio con il considerando 23 della

¹⁰ Di questo avviso, ad esempio, Emanuela Arezzo, "Hyperlinks and Making Available Right in the European Union - What Future for the Internet After *Svensson*?", *cit.*, p. 547, che riguardo alla sentenza *Svensson*, scrive: "The consequences outlined above will have detrimental effects not only for internet users, but especially for internet search engines which are not capable of monitoring whether the linked contents have been uploaded on the internet with the rightholder's consent, not to mention whether such consent has later been removed. More specifically, the worst consequence will be for the specific category of internet search engines represented by news aggregators. In fact, the circumstance that certain copyright content might initially be put at users' disposal openly and at no cost, and then later be removed from such online location by the rightholder seems a hypothesis especially tailored to news articles, which are freely accessible for a certain amount of time and then often moved to a restricted-access area available to paying subscribers only. With these last paragraphs of the judgment, therefore, the Court seems to implicitly support certain content producers, such as news publishers". Nello stesso senso, Ted Shapiro, "CJEU rules on linking in *Svensson*", *cit.*, p. 23: "From this guidance on the concept of a new public online flow some vital protections for right holders. First and foremost, the right holder retains the right to be the first to make available its z iii works online and to establish restrictions on the further making available those works. Moreover, with regard to pirate linking sites and other structurally-infringing sites which invariably source their content from unauthorised or sometimes even stolen copies, Hyperlinking users "must be deemed to be a new public [...]." As a result, right holders maintain an important means of enforcing their rights online, particularly with respect to structurally infringing sites, which are the main obstacle to the continued growth of legitimate on-demand services". Benché con qualche riserva, Joel Smith - Heather Newton, "Hyperlinking to material on the internet: the CJEU expands on the circumstances when it may amount to copyright infringement", *cit.*, p. 770: "Those businesses that routinely post hyperlinks to material created by third parties now need to ensure that there are policies and guidance in place aimed at checking that the material is authorised by the copyright owner, for example, by checking for the copyright notice or terms of a website. Equally, any notices of unauthorised content received should be treated appropriately. In turn, right holders can now seek greater protection for their material on the internet through issuing such notices. However, the underlying facts of this case indicate how difficult it is for right holders ultimately to stop the spread of material once it has been posted to the internet without their consent". L'approccio adottato nella sentenza *Svensson* sarebbe invece troppo "liberale" per Mihály J. Ficsor, "Svensson: honest attempt at establishing due balance concerning the use of hyperlinks – spoiled by the erroneous 'new public' theory", *cit.* e, naturalmente, ALAI, *Opinion on the criterion 'New Public', developed by the Court of Justice of the European Union (CJEU), put in the context of making available and communication to the public*, *cit.*, nonché *Report and Opinion on a Berne-compatible reconciliation of hyperlinking and the communication to the public right on the internet*, *cit.*

¹¹ "By broadly interpreting Art. 3 of the InfoSoc Directive, the CJEU signalled its intentions to adhere to the rationale of the Directive, namely to ensure a high level of protection for copyright holders. Additionally, this broad interpretation also gave the CJEU some leeway to consider whether future technologies would comprise an act of communication. While such extensive reading can favour copyright holders, it also creates difficulties with respect to delineating the boundaries of the right of communication to the public and might possibly lead to an overlap with other economic rights." Così Christof Koolen, "The Use of Hyperlinks in an Online Environment: Putting Links in Chains?", *cit.*, p. 869.

¹² Si veda *supra*, capitolo I, paragrafo 6.

Direttiva sulla Società dell'Informazione¹³ sono un'ulteriore conferma che la decisione della Corte di Giustizia sarebbe potuta andare in una direzione diversa e molto meno favorevole per i titolari dei diritti.

Se un collegamento fosse stato dichiarato inidoneo a integrare una "comunicazione", infatti, i titolari sarebbero stati privati della possibilità di agire contro i fornitori di link attraverso strumenti posti a tutela dei diritti di proprietà (intellettuale). Come accade negli Stati Uniti, l'unica soluzione sarebbe stata fare affidamento sulla responsabilità indiretta di chi colloca i collegamenti o sulla concorrenza sleale. Con la differenza che, rispetto agli Stati Uniti, il *contributory infringement* e la concorrenza sleale non sono uniformati a livello europeo, il che avrebbe comportato il significativo inconveniente di fare fronte a una condotta unitaria attraverso ventotto diverse leggi nazionali diverse.¹⁴

L'astratta idoneità del link a costituire una comunicazione ai sensi dell'articolo 3, comma 1, della Direttiva sulla Società dell'Informazione, peraltro, è solo il principale dei punti a favore dei titolari che la Corte ha introdotto nel Sistema europeo.

Le tipologie di link che la Corte sembra considerare idonee ad integrare una comunicazione al pubblico, ad esempio, è ben più ampia di quella che ci si potrebbe aspettare in base alla lettera delle norme di legge. A costituire una "comunicazione", nel Sistema della Corte, sembrano essere non solo i link diretti alle opere (intesi come file digitali), ma anche quelli alle pagine web che ospitano le opere in questione.¹⁵ Anche i collegamenti che la dottrina più vicina ai titolari aveva derubricato a "mere referenze"¹⁶ sono quindi considerati rientrare nell'ambito di esclusiva del diritto, a nulla rilevando che l'articolo 3, comma 1, della Direttiva sulla Società dell'Informazione faccia riferimento alla comunicazione o messa a disposizione "delle [...] opere", noi dei luoghi in cui le opere si trovano. Così statuendo, il Sistema adottato

¹³ Su cui si veda *supra*, capitolo II, paragrafo 4.

¹⁴ Il problema è sollevato da Alexander Tsoutsanis, "Why copyright and linking can tango", *cit.*, p. 502: "By not putting 'linking' under the umbrella of 'making available to the public', the European Copyright Society forces both creators and consumers of creative content to seek protection under the general laws of Member States which differ by country. [...] consider Directive 2001/29, Art 3, to aim for 'full harmonization' and not allow 'minimum harmonization' (as suggested eg by the Dutch Supreme Court in ECLI:NL:HR:2009:BH7602 *Buma v Chellomedia* (19 June 2009), para 2.3), authors are not able to benefit from local copyright laws offering wider protection, but predominantly from e.g. local general laws (such as eg local rules against unfair competition)".

¹⁵ Il principio è desumibile dalla sentenza *GS Media*, *cit.*, punto 48: "laddove l'opera in questione fosse già disponibile senza alcuna restrizione di accesso sul sito Internet cui il collegamento ipertestuale rimanda, l'insieme degli internauti poteva già, in linea di principio, accedervi anche senza tale intervento".

¹⁶ Avevano sostenuto questa tesi, tra gli altri, Jane Ginsburg, "Hyperlinking and 'making available'", *cit.*, p. 149, Alexander Tsoutsanis, "Why copyright and linking can tango", *cit.*, e la stessa ALAI, "Report and Opinion on the making available and communication to the public in the internet environment – focus on linking techniques on the Internet", *cit.*, secondo cui un'integrazione del diritto di comunicazione al pubblico "is not reached when the link does not make a specific protected material available, but merely works as a reference to a source where it may be possible to access it and where access to the specific work itself or otherwise protected material is not achieved. On the other hand, links which lead directly to specific protected material, thereby using its unique URL, fall normally within the framework of a copyright use." In linea con questa impostazione anche Alessandro Cogo, "Linking e framing al vaglio della Corte di Giustizia dell'Unione Europea", *cit.*, p. 2205, secondo cui una comunicazione al pubblico si sarebbe potuta dire integrata per i soli "collegamenti ipertestuali che consentano un 'accesso diretto' all'opera protetta", lasciando "da parte i c.d. *surface link*, quelli cioè che conducono l'utente alla home page del sito in cui si trova il contenuto desiderato".

dalla Corte di Giustizia ha significativamente ampliato il potere di esclusiva dei titolari, mettendoli nella posizione di richiedere e ottenere la rimozione di collegamenti che permettono non solo l'accesso diretto a un'opera, ma a un'intera pagina web. E ciò a prescindere dalla circostanza che questa contenga anche altre opere, che ben possono essere lecite o, comunque, non costituire una comunicazione al pubblico. Con tutti i dubbi che conseguono in termini di proporzionalità delle eventuali inibitorie e, a monte, del principio che le permette.

Particolarmente vantaggiosa per i titolari, inoltre, è la natura flessibile della comunicazione al pubblico – e del potere dei titolari di vietarla – introdotto da *Svensson* e ribadito in *GS Media*.¹⁷

Secondo alcuni commentatori, l'approccio che presenta maggiori analogie con il Sistema elaborato dalla Corte di Giustizia è quello della licenza implicita, adottato dalla Corte Suprema tedesca sin dalla decisione *Paperboy*. Secondo quell'orientamento, la scelta del titolare di non sottoporre le opere messe a disposizione su internet a misure restrittive in sede di comunicazione iniziale doveva intendersi come una sua autorizzazione implicita a che le opere in questione fossero oggetto di link. Non contavano, nella prospettiva tedesca, le condotte del titolare successive a quelle iniziali. L'autorizzazione implicita concessa tramite il comportamento concludente tenuto in sede di primo caricamento dell'opera doveva ritenersi definitiva, oltre che estesa alle copie illecite delle opere inizialmente comunicate.¹⁸ Con le sentenze *Svensson* e *GS Media*, la Corte di Giustizia supera l'idea secondo cui l'unico elemento rilevante è la condotta del titolare al momento della comunicazione iniziale. La scelta del titolare, nel Sistema della Corte, è sempre rilevante. Lo è, certamente, all'atto della comunicazione iniziale, ma rilevano anche le successive modifiche del regime di accesso e le aggiunte di contenuti successive al momento in cui è stato fornito il link. Rispetto alle decisioni tedesche, che avevano stabilito un sistema di *opt-out* iniziale a garanzia della certezza del diritto e della circolazione dei contenuti su internet, la circostanza che un collegamento integri o meno una comunicazione (e, quindi, un pubblico nuovo) varia con il variare del regime di accesso all'opera e dei contenuti di una pagina internet. Modifiche, queste, che possono essere effettuate dal titolare in qualsiasi momento e in modo

¹⁷ Su cui si veda *supra*, capitolo II, paragrafo 10.

¹⁸ Sostiene questa tesi anche Emanuela Arezzo, "Hyperlinks and Making Available Right in the European Union - What Future for the Internet After Svensson?", *cit.*, pp. 541 e 542: "The reference to the circumstance that the protected work had been released to the public with no restriction measure as a crucial element to exclude liability of third parties' linking activities immediately brings to mind echoes of the implied licence doctrine cherished by some national judges. According to such doctrine, certain conduct, even if not expressly authorized by the rightholder, should be deemed lawful whenever the latter, by her conduct, has generated in third parties acting in good faith the impression that she has implicitly agreed to such practices. Adapted to copyright and the linking discourse, application of the implied licence doctrine has led to the conclusion that the legality of linking – hence, the lack of liability of the person/entity providing links to someone else's material already uploaded on the web – could be inferred from the circumstance that the owner of the material had not implemented any technical measure, amongst the many available, to prevent linking".

del tutto arbitrario.¹⁹

Eppure, le maggiori critiche rivolte al Sistema elaborato dalla Corte di Giustizia riguardano proprio la subordinazione del diritto di comunicazione al pubblico all'esistenza di un pubblico nuovo.

Oltre a non esservi menzione alcuna nelle norme applicabili, è stato sostenuto, il criterio del pubblico nuovo era stato proposto e rigettato nell'ambito delle negoziazioni che hanno portato all'adozione della Convenzione di Berna a favore del principio secondo cui il titolare ha diritto di autorizzare ogni comunicazione che viene posta in essere da un ente diverso. L'adozione del criterio del pubblico nuovo da parte della Corte di Giustizia sarebbe quindi frutto di un'interpretazione errata della Guida WIPO alla Convenzione di Berna del 1978.²⁰

Secondo alcuni Autori, l'adozione del criterio del pubblico nuovo comporterebbe, nel contesto del linking, l'esaurimento del diritto di comunicazione al pubblico. A fronte della libera messa a disposizione di contenuti su internet, i titolari si vedrebbero privati del diritto di esercitare la loro esclusiva. Un'ipotesi, questa, che i titolari potrebbero evitare solo sottoponendo le opere comunicate a misure di restrizione al momento della comunicazione iniziale.²¹ Secondo

¹⁹ Una riflessione, in merito, è stata svolta *supra*, capitolo II, paragrafo 10.

²⁰ La ragione del rigetto, riportano P. Bernt Hugenholtz - Sam C. Van Velze, "Communication to a New Public? Three reasons why EU copyright law can do without a 'new public'", *cit.*, p. 808, risiedeva nella difficoltà di identificare che cosa dovesse intendersi per "pubblico nuovo": "One of the main issues of contention during the Brussels Conference was the retransmission of broadcast signals. Different proposals were discussed relating to the question whether or when such a retransmission amounted to a new act of communication to the public and thus would no longer be part of the initial communication. Belgium suggested that a new act of communication to the public arises if a rebroadcast 'procure[s] a fresh circle of listeners' – in other words, if a broadcast reaches a 'new public', authorisation by the right holder would be required. This proposal led to negative responses, the main argument being that the criterion would be impracticable; it would be (very) difficult to distinguish between an 'original' and a 'new' public. Monaco, the Netherlands and Luxembourg proposed instead to focus on the 'organisation' making the (re)broadcasting as the decisive factor. Belgium then came up with a new proposal, in which the 'new public' criterion was replaced with the requirement of the 'organisation other than the original one'". Danno atto del rigetto formale del criterio nell'ambito delle negoziazioni che hanno portato all'adozione Convenzione di Berna anche Sam Ricketson, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, Wolters Kluwer, 1989, p. 449; Sam Ricketson - Jane C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, *cit.*, pp. 725 e ss.; Mihály J. Ficsor, "Svensson: honest attempt at establishing due balance concerning the use of hyperlinks – spoiled by the erroneous 'new public' theory", *cit.*; ALAI, *Opinion on the criterion 'New Public', developed by the Court of Justice of the European Union (CJEU), put in the context of making available and communication to the public*, *cit.*, pp. 11 e ss.; ALAI, *Report and Opinion on a Berne-compatible reconciliation of hyperlinking and the communication to the public right on the internet*, *cit.* Sul punto si soffermano anche le Conclusioni depositate dall'Avvocato Generale nella causa SGAE, *cit.*, punti 50 e 51. Come si ricorderà, si tratta della decisione che ha portato all'introduzione del criterio del pubblico nuovo nell'analisi della comunicazione al pubblico. A dispetto del rigetto formale, l'Avvocato Generale conclude che quello del pubblico nuovo rimane comunque il criterio sostanziale adottato dalla Convenzione: "Sembra che il criterio di comunicazione effettuata «da un ente diverso da quello originario», usato nell'art. 11 bis, n. 1, 2), della Convenzione, sia stato adottato in quanto distinzione «puramente funzionale»: l'opzione di esigere una nuova autorizzazione in ogni caso in cui la ritrasmissione «procurava una nuova cerchia di ascoltatori» è stata deliberatamente rifiutata. In ogni caso ciò sembra costituire l'essenza dell'effetto della disposizione. Anche la guida dell'OMPI conferma tale interpretazione. [...] Appare chiaro alla luce delle considerazioni di cui sopra che l'art. 8 del WCT mira ad integrare l'art. 11 bis, n. 1, della Convenzione di Berna potenziando il diritto degli autori ad autorizzare la comunicazione delle proprie opere in circostanze in cui i progressi tecnologici hanno consentito che una comunicazione già autorizzata sia ritrasmessa ad una cerchia di persone diversa dagli individui cui la comunicazione iniziale era destinata".

²¹ Così Mihály J. Ficsor, "Svensson: honest attempt at establishing due balance concerning the use of hyperlinks – spoiled by the erroneous 'new public' theory", *cit.*, pp. 6 e ss.; ALAI, *Opinion on the criterion 'New Public', developed by the Court of Justice of the European Union (CJEU), put in the context of making available and*

questa tesi, l'adozione del criterio del pubblico nuovo si porrebbe in aperto contrasto con il principio secondo cui il diritto di comunicazione al pubblico non è soggetto a esaurimento²² nonché, più in generale, con il considerando 29 della Direttiva sulla Società dell'Informazione²³ che esclude l'esaurimento in relazione a tutti i servizi online.²⁴

communication to the public, cit.; ALAI, *Report and Opinion on a Berne-compatible reconciliation of hyperlinking and the communication to the public right on the internet, cit.*; Péter Mezei, "Enter the matrix: the effects of the CJEU's case law on linking and streaming technologies", *cit.*, p. 895 e ss.; Thomas Höppner - Felicitas Rieger, "Moving Towards a World of Selfies? – A Critical View of the European Legal Framework for the Online Use of Third Party Images", *cit.*, p. 635. È significativo, peraltro, che la Corte di Giustizia, nella sentenza *Svensson*, *cit.*, punto 7, citi espressamente l'articolo 3, comma 3, della Direttiva sulla Società dell'Informazione, che esclude l'esaurimento per il diritto di comunicazione al pubblico. Pur non venendo mai in rilievo nel corso della decisione, la Corte dimostra così di essere pienamente consapevole di quel limite e di tenerne conto nella sua decisione.

²² Che riguarda solo il diritto di distribuzione. Ai sensi del considerando 28 della Direttiva, "[...] La prima vendita nella Comunità dell'originale di un'opera o di sue copie da parte del titolare del diritto o con il suo consenso esaurisce il contenuto del diritto di controllare la rivendita di tale oggetto nella Comunità. Tale diritto non dovrebbe ritenersi esaurito in caso di vendita dell'originale o di sue copie da parte del titolare del diritto o con il suo consenso al di fuori della Comunità. I diritti di noleggio e i diritti di prestito per gli autori sono stati stabiliti nella direttiva 92/100/CEE". La regola è ripresa dall'articolo 4, comma 2 della Direttiva, ai sensi del quale "Il diritto di distribuzione dell'originale o di copie dell'opera non si esaurisce nella Comunità, tranne nel caso in cui la prima vendita o il primo altro trasferimento di proprietà nella Comunità di detto oggetto sia effettuata dal titolare del diritto o con il suo consenso". Secondo l'articolo 3, comma 3, della Direttiva sulla Società dell'Informazione, invece, "I diritti di cui ai paragrafi 1 e 2 non si esauriscono con alcun atto di comunicazione al pubblico o con la loro messa a disposizione del pubblico, come indicato nel presente articolo". I confini tra distribuzione e comunicazione, nel contesto digitale, sono tuttavia piuttosto sfumati, come osservava già Marco Ricolfi, "Comunicazione al pubblico e distribuzione", *cit.*, p. 72, secondo cui "all'interno del diritto esclusivo di comunicazione al pubblico riemergerebbe" un "diritto di distribuzione, interattiva e digitale". Anche Rossella Rivaro, "L'applicazione del principio di esaurimento alla distribuzione digitale di contenuti protetti", in *Giurisprudenza Commerciale* 2014, fasc.6, p. 1149, osserva che "la distinzione fra 'distribuzione' (soggetta a esaurimento) e 'messa a disposizione del pubblico' (non soggetta) non sembrerebbe essere che frutto di un formalismo al servizio di un obiettivo anti-concorrenziale. L'art. 3, par. 1, direttiva 2001/29/CE detta invero una norma ambigua. E così facendo lascia spazio per ipotizzare che la trasmissione interattiva di *file* digitali non integri (unicamente) una semplice messa a disposizione del pubblico dell'opera (par. 2), bensì (anche) una vera e propria distribuzione produttiva dell'esaurimento del diritto ex art. 4, par. 2, direttiva 2001/29/CE (par. 3 e 4). [...] L'ambiguità del disposto dell'art. 3, par. 1, direttiva 2001/29/CE discende dal fatto che tutte le utilizzazioni che avvengono attraverso internet e che prevedono la comunicazione di un contenuto protetto ad un fruitore finale presuppongono un'attività che rientra a prima vista nel concetto di messa a disposizione del pubblico: il caricamento dei *file* corrispondenti al contenuto offerto su di un *server* e la loro tenuta a disposizione in modo tale che chi desideri fruirne possa attivare la trasmissione dal *server* centrale al suo terminale nel momento e nel luogo da lui prescelti."

²³ Secondo il considerando 29 della Direttiva, "La questione dell'esaurimento del diritto non si pone nel caso di servizi, soprattutto di servizi "on-line". Ciò vale anche per una copia tangibile di un'opera o di altri materiali protetti realizzata da un utente di tale servizio con il consenso del titolare del diritto. Perciò lo stesso vale per il noleggio e il prestito dell'originale e delle copie di opere o altri materiali protetti che sono prestazioni in natura. Diversamente dal caso dei CD-ROM o dei CD-I, nel quale la proprietà intellettuale è incorporata in un supporto materiale, cioè in un bene, ogni servizio "on-line" è di fatto un atto che dovrà essere sottoposto ad autorizzazione se il diritto d'autore o i diritti connessi lo prevedono".

²⁴ Dibattuta è la questione se i file digitali possano effettivamente considerarsi "servizi" o, come sarebbe più logico, "beni" digitali: "The scope of the principle of digital exhaustion laid down in *UsedSoft* is still debated, especially if it should be generally applicable for other types of copyright works – a question outside the scope of this article. However, the ruling in *UsedSoft* could be invoked as an argument that there should not be any difference in the contractual rules covering the supply of digital content – depending on whether the works are supplied by means of a download or by online streaming – because they are, from an economic point of view, functionally equivalent. Further support for a similar line of reasoning can be found in the 19th recital in the preamble of Directive 2011/83. In the recital, it is held that contracts for digital content that is not supplied on a tangible medium should be classified, for the purpose of the Directive, neither as sale contracts nor as service contracts. Even though that statement is made in respect of consumers' rights to withdraw a distance contract, it clearly demonstrates the legal uncertainties as to the status of a purchased digital work"; così Stojan Arnerstål, "Licensing digital content in a sale of goods context", *cit.*, p. 887. Per un inquadramento generale del fenomeno si veda Andreas Wiebe, "The Principle of Exhaustion in European Copyright Law and the Distinction Between

Questa conclusione non sembra condivisibile.

L'istituto dell'esaurimento dei diritti di proprietà intellettuale comporta l'impossibilità, per il titolare, di esercitare il suo diritto di esclusiva rispetto a beni messi in commercio con il suo consenso. Obiettivo di tale principio è effettuare un bilanciamento tra gli interessi esclusivi del titolare e quelli concorrenziali dei consociati. Immettendo l'esemplare di un'opera sul mercato, si deve presumere che il titolare ottenga un compenso sufficiente a remunerare il suo lavoro creativo; a vendita avvenuta, non vi è quindi ragione (salvi casi particolari, come il diritto di seguito) per cui il titolare stesso possa pretendere remunerazioni ulteriori.²⁵ Per quanto riguarda il diritto d'autore, a seguito della prima immissione nel mercato dell'esemplare di un'opera con il consenso del titolare del diritto d'autore, il titolare non può mai più opporsi alla sua ulteriore distribuzione (sotto forma, ad esempio, di rivendita) nel mercato dell'Unione Europea, avendo egli ottenuto con il primo atto di distribuzione una controprestazione adeguata – in quanto da lui stesso stabilita – ed essendo quindi la funzione del diritto d'autore pienamente soddisfatta.²⁶

L'istituto dell'esaurimento e la possibilità dei titolari di agire contro il fornitore del link a contenuti leciti solo qualora il collegamento eluda una misura di restrizione presentano *ratio* parzialmente comuni. Anche nel secondo caso, infatti, la limitazione del potere del titolare può venire ascritta all'esigenza di tutelare la libertà e la certezza dei traffici dei beni.²⁷ I due istituti condividono anche la natura negoziale, fondandosi entrambi su un fatto giuridico (l'immissione sul mercato, nel primo caso, la messa a disposizione con o senza l'impiego di misure restrittive, nel secondo) posto in essere dal titolare attraverso cui egli esprime, in modo esplicito o implicito, una volontà.

Le limitazioni territoriali che caratterizzano il principio dell'esaurimento sono tuttavia estranee alla *ratio* del Sistema delineato dalla Corte di Giustizia rispetto al linking. Diverso è anche il contenuto dell'atto volontario posto in essere dal titolare. Nel caso dell'esaurimento, si tratta

Digital Goods and Digital Services", *cit.*, pp. 114 e 115: "Making available of information online is equated with a service. The same argumentation can be found in recital 29 of the InfoSoc Directive. This perception is also sustained by Art. 2a recital 18 of the E-Commerce Directive where information services are said to include all kinds of commercial online activities, especially the online sale of goods". Eleonora Rosati, "Online copyright exhaustion in a post-*Allposters* world", *cit.*, 673 e ss., conclude che la sentenza *Allposters*, *cit.*, sembra escludere la possibilità di un esaurimento rispetto ai beni intangibili previsti dalla Direttiva sulla Società dell'Informazione.

²⁵ Molto chiara, in merito, la Corte di Giustizia nella sentenza del 3 luglio 2012, *UsedSoft GmbH contro Oracle International Corp.*, causa C-128/11, riguardante la vendita di una particolare tipologia di bene digitale, il software di seconda mano. Nella decisione in questione, punti 62 e 63, la Corte ha sottolineato che "l'obiettivo del principio dell'esaurimento del diritto di distribuzione delle opere protette dal diritto d'autore è quello di limitare, al fine di evitare la compartimentazione dei mercati, le restrizioni alla distribuzione delle opere stesse a quanto necessario per proteggere l'oggetto specifico della proprietà intellettuale di cui trattasi" in assenza di detto principio, l'esclusiva autoriale "consentirebbe al titolare del diritto d'autore di controllare la rivendita delle copie scaricate via Internet e di pretendere, in occasione di ogni rivendita, una nuova remunerazione, laddove la prima vendita della copia da qua avrebbe già consentito al titolare stesso di ottenere una remunerazione adeguata. Una siffatta restrizione alla rivendita delle copie di programmi per elaboratore scaricati via Internet andrebbe al di là di quanto è necessario per tutelare l'oggetto specifico della proprietà intellettuale di cui trattasi".

²⁶ Così Paolo Auteri, "Il contenuto del diritto d'autore", *cit.*, p. 609.

²⁷ Riguardo alle ragioni che fondano l'istituto dell'esaurimento, si veda Davide Sarti, *Diritti esclusivi e circolazione dei beni*, *cit.*, pp. 62 e ss.

della volontà di destinare l'esemplare dell'opera al mercato tipizzato dal legislatore;²⁸ nel Sistema delineato dalla Corte, invece, esso si concreta nell'accettazione a che un'opera sia o meno oggetto di link da parte di terzi stabiliti in modo del tutto sconnesso da elementi territoriali.²⁹

Sotto un ulteriore e decisivo profilo, un'equiparazione tra le situazioni in questione sembra doversi escludere alla luce della diversa natura delle "limitazioni" al diritto di esclusiva che esse comportano.

Nell'esaurimento, infatti, il primo atto di immissione di un'opera sul mercato pone fine una volta per tutte alla possibilità per il titolare di esercitare il suo diritto di distribuzione rispetto all'esemplare dell'opera. Nel caso del linking, invece, la limitazione del potere di esclusiva del titolare ha natura intermittente.³⁰ La mancata adozione di misure restrittive nel contesto della comunicazione iniziale, infatti, non priva il titolare della facoltà di esercitare il diritto di comunicazione in modo definitivo. Se l'opera liberamente disponibile dovesse essere sottoposta a misure restrittive in un secondo momento, il titolare riacquisirà la piena facoltà di agire contro chi fornisce link che le eludono.³¹ E' quindi vero che in entrambi i casi vi può essere l'impossibilità per il titolare di far valere la sua esclusiva contro un terzo. Quell'impedimento, però, ha natura definitiva nell'istituto dell'esaurimento, mentre assume natura dinamica e dipendente rispetto al regime di accesso dell'opera scelto dal titolare nel Sistema delineato dalla Corte. L'intermittenza che caratterizza la comunicazione al pubblico delineata dalla Corte è evidentemente incompatibile con l'istituto dell'esaurimento. I principi elaborati in *Svensson*, per contro, appaiono più affini all'istituto della licenza, dove l'impossibilità di far valere un diritto è legata, almeno nelle intenzioni,³² alla volontà che il

²⁸ Davide Sarti, *Diritti esclusivi e circolazione dei beni*, cit., pp. 80 e ss.

²⁹ Nelle sentenze *Svensson* e *GS Media* non si fa alcun riferimento a territori di sorta. Ciò sembra in linea con la natura extraterritoriale di internet e con la volontà di escludere la sussistenza di una comunicazione al pubblico rispetto a opere lecite e liberamente disponibili in tutto il mondo.

³⁰ Su cui si veda *supra*, capitolo II, paragrafo 10.

³¹ Si veda, sul punto, Taina Pihlajarinne, "Setting the limit for the implied license in copyright and linking discourse - The European Perspective", cit.

³² La circostanza che dalla mancata adozione di misure di restrizione possa essere desunta l'autorizzazione del titolare a rendere le opere in questione oggetto di link è contestata da più Autori. ALAI, *Report and Opinion on a Berne-compatible reconciliation of hyperlinking and the communication to the public right on the internet*, cit., p. 3 sottolinea che "An implied license approach risks cutting too broadly for another reason as well: an author's express or implied authorization to make a work available through linking from a particular website (even if a freely accessible one) does not justify inferring consent to linking from any third-party website. If the author's website carries advertising, for example, one may infer that the author would like to drive traffic to his or her site, including by means of third-party linking, so that an augmented audience will click on the advertisements on the author's site, thereby increasing his or her revenue. These same facts, by contrast, strongly suggest that the author would not consent to framing links which surround copyright content with advertisements on the framer's site, thus enriching the framer to the author's detriment. Yet if placement of the content on the site in the first place suffices, in the absence of technological or express restrictions, to permit the inference of authorization to deep link or to frame, then the implied license approach would override even evidence pointing toward the contrary inference that authorization was not permitted". Anche Thomas Höppner - Felicitas Rieger, "Moving Towards a World of Selfies? – A Critical View of the European Legal Framework for the Online Use of Third Party Images", cit., p. 637, enfatizzano la supposta contrarietà del sistema della licenza implicita con i principi del diritto d'autore, sostenendo che esso "contradicts the general principle under copyright law that in case of doubt, a rights holder does not intend to assign usage rights. Moreover, the approach creates legal uncertainty as the

titolare esprime attraverso la scelta del regime di accesso all'opera messa a disposizione su internet.³³

Sotto un diverso profilo, sono senz'altro più fondate le rimostranze dei titolari rispetto alle condizioni costitutive del diritto di comunicazione al pubblico introdotto dalla Corte in relazione ai link a contenuti illeciti con la sentenza *GS Media*. Subordinare l'esistenza di un diritto di proprietà intellettuale allo stato psicologico di un terzo, infatti, sembra effettivamente in contrasto con la natura proprietaria del diritto d'autore e con il divieto di formalità per il suo esercizio sancito, in prima battuta, dalla Convenzione di Berna.³⁴

Le conseguenze pratiche dei principi introdotti nella decisione *GS Media*, tuttavia, potrebbero essere più limitate di quanto sembri. Chi fornisce collegamenti a fini lucrativi, infatti, deve presumere che un'opera liberamente disponibile su internet potrebbe non essere stata messa a disposizione con il consenso del titolare dei diritti. Per quei soggetti, quindi, vige l'obbligo di accertarsi che il titolare abbia fornito il suo consenso al caricamento di quel contenuto su internet.³⁵ La combinazione di queste due presunzioni è verosimilmente idonea a ridurre di molto, se non a eliminare del tutto, i casi in cui il titolare non può esercitare il suo diritto di comunicazione al pubblico contro i fornitori professionali di link.

Nelle ipotesi marginali in cui il fornitore professionale di collegamenti, all'esito della sua verifica, sia stato erroneamente indotto a ritenere che l'opera fosse lecita, sarà probabilmente sufficiente una diffida del titolare in cui si dichiara il contrario a integrare l'elemento soggettivo dell'intervento necessario alla sussistenza del diritto di comunicazione al pubblico (e, quindi, della possibilità per il titolare di esercitare il diritto), in modo non dissimile dalla situazione che la Corte ha prefigurato a proposito di chi colloca i link senza fini

stakeholders cannot foresee which uses of content will be considered "common" enough to justify the assumption of implied consent. Are social media services "common" and if so – which? Rights holders risk being deprived of the value of their content or forced into long and costly litigation to determine the scope of what is included under implied consent". Nello stesso senso, benché in materia di copia privata, anche Davide Sarti, "Copia privata e apprendisti stregoni", *cit.*, pp. 430 e 431, secondo cui alla mancata adozione di misure tecnologiche di protezione non potrebbe attribuirsi un significato univoco, essendo la scelta del titolare dettata da un insieme di fattori complessi che il sistema della licenza implicita sarebbe inidoneo a cogliere.

³³ Sostengono questa tesi anche Emanuela Arezzo, "Hyperlinks and Making Available Right in the European Union - What Future for the Internet After Svensson?", *cit.*, pp. 541 e 542 e Alessandro Cogo, "Linking e framing al vaglio della Corte di Giustizia dell'Unione Europea", *cit.*, p. 2206. Taina Pihlajarinne, "Setting the limit for the implied license in copyright and linking discourse - The European Perspective", *cit.*, p. 707, sottolinea come la Corte di Giustizia potrebbe non avere giurisdizione per pronunciarsi in tema di licenza implicita, essendo questo un tema estraneo all'ambito di uniformazione previsto dalla Direttiva sulla Società dell'Informazione: "The evaluation of the construction of implied license is influenced by how the legal system of each EU Member State perceives copyright assignments and waivers. [...] The starting point is that the EU's harmonization concerning copyright does not extend to regulation concerning copyright assignments and waivers. However it is not clear whether problems related to implied license should be solved by national legislators. For instance Rognstad states that the ECJ could give a preliminary ruling concerning implied license in the information society directive context".

³⁴ Si vedano le considerazioni svolte *supra*, capitolo II, paragrafo 5, e *infra*, paragrafo 6.

³⁵ Sentenza *GS Media*, *cit.*, punto 51. La circostanza che, rispetto ai fornitori professionali di link, i titolari godano di un diritto esercitabile in modo sostanzialmente incondizionato è enfatizzata dalla Corte anche al successivo punto 53: "i titolari del diritto d'autore possono agire non soltanto contro la pubblicazione iniziale della loro opera su un sito Internet, ma anche contro qualsiasi persona che collochi a fini lucrativi un collegamento ipertestuale verso l'opera illegittimamente pubblicata su tale sito".

lucrativi. Le presunzioni introdotte dalla Corte, infatti, hanno natura relativa e devono evidentemente lasciare il passo alle dichiarazioni esplicite del titolare idonee a comportare la conoscenza effettiva, da parte del fornitore, in merito alla natura illecita delle opere oggetto di link. Anche in quei casi marginali, quindi, gli impedimenti all'esercizio del diritto posti dalla decisione *GS Media* sembrano tutt'altro che insuperabili.

La decisione *GS Media* non sembra comportare particolari svantaggi per i titolari dei diritti nemmeno in relazione ai link forniti senza scopo di lucro.

In quel contesto, l'unico elemento di un qualche rilievo pratico connesso alla qualificazione dell'elemento soggettivo come costitutivo della comunicazione al pubblico sembra essere l'impossibilità, per i titolari, di agire in giudizio contro un privato senza averlo prima messo a conoscenza dell'illiceità della sua condotta.³⁶ In mancanza di un atto idoneo a integrare l'elemento soggettivo, infatti, il titolare del diritto d'autore non avrebbe a disposizione alcun diritto di comunicazione al pubblico contro i privati che quel link hanno fornito.³⁷ Anche in questo caso, le conseguenze pratiche appaiono piuttosto limitate.

Nella pratica, infatti, l'invio di una lettera di diffida che metta l'utente a conoscenza dell'illiceità del suo comportamento è un fatto piuttosto comune e non particolarmente oneroso, anzi.³⁸

Se l'utente adotta un approccio collaborativo, un invito stragiudiziale alla rimozione del contenuto rappresenta senz'altro il sistema più conveniente per ottenere la cessazione di una condotta illecita. Ciò è tanto più vero ove si consideri che l'attività dei "privati" che collocano link non è, nella maggioranza dei casi, una condotta tanto rilevante da meritare rilevanti investimenti in spese giudiziarie. Nelle ipotesi marginali in cui il collocamento di link a opere illecite da parte di privati dovesse assumere dimensioni tanto rilevanti da giustificare un'azione giudiziaria, i titolari avranno comunque la possibilità di instaurare un procedimento previo invio di una comunicazione al convenuto in cui si identifichi la condotta illecita e a fronte del suo rifiuto a cessarla.

Al netto degli obblighi informativi verso i privati, il Sistema di decisioni adottate dalla Corte di Giustizia fornisce ai titolari la possibilità di invocare la violazione del loro diritto di comunicazione al pubblico in tutte le ipotesi in cui viene elusa la loro volontà di restringere la fruizione dell'opera attraverso misure tecnologiche e nella grande maggioranza delle situazioni in cui vengono forniti link a opere illecite rese liberamente disponibili da terzi senza

³⁶ Sentenza *GS Media*, cit., punti 49 e 53.

³⁷ Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, nella misura in cui i link oggetto di contestazione siano indicati in modo specifico, l'atto introduttivo del giudizio può certamente svolgere una funzione informativa in tal senso e integrare l'elemento soggettivo del privato. Tale integrazione, tuttavia, si perfezionerebbe nel momento della notifica, che è successivo a quello in cui il giudizio è stato instaurato. E' solo quest'ultimo, tuttavia, il momento rilevante per valutare la sussistenza del diritto azionato. Senza una precedente lettera di diffida, quindi, il titolare sarebbe verosimilmente dichiarato privo di legittimazione attiva, non esistendo alcun diritto di comunicazione al pubblico azionato in giudizio al momento dell'instaurazione del procedimento.

³⁸ In alcuni ordinamenti, l'invio di una lettera di diffida prima di iniziare alcune tipologie di procedimenti è addirittura obbligatoria. Si veda, ad esempio, la nuova legge russa in materia di marchi, descritta in "Cease and desist letters mandatory in infringement lawsuits", in *World Trade Mark Review* 2016.

il loro consenso. L'unico reale svantaggio, nella prospettiva dei titolari, è quindi rappresentato dall'impossibilità di qualificare come comunicazione al pubblico l'attività di linking a opere lecite liberamente disponibili. Si tratta di una limitazione che ha poco a che vedere con una reale esigenza repressiva. Come dimostrano le vicende della *Google Tax* in Spagna e, soprattutto, in Germania,³⁹ sono i titolari stessi ad avere interesse a che le opere lecite e liberamente disponibili siano fatte oggetto della maggiore circolazione possibile – in caso contrario, e su questo la Corte coglie nel segno, quelle opere non sarebbero liberamente disponibili.⁴⁰ Quello che i titolari speravano di ottenere dalla sentenza *Svensson*, in altre parole, era la possibilità di rilasciare licenze di linking a contenuti leciti. Una possibilità che la Corte ha negato ma che, come si è visto,⁴¹ potrebbe essere introdotta per via legislativa con il diritto connesso sulla messa a disposizione delle opere di informazione in discussione

³⁹ Sulla vicenda spagnola, si veda Raquel Xalabarder, "The Remunerated Statutory Limitation for News Aggregation and Search Engines Proposed by the Spanish Government - Its Compliance with International and EU Law", in *IN3 Working Paper Series*, settembre 2013. Sull'esperienza tedesca e, più in generale, sulla compatibilità di tali iniziative nazionali con il diritto dell'Unione Europea si vedano Eleonora Rosati, "Neighbouring Rights for Publishers: Are National (Possible) EU Initiatives Lawful?", *cit.*, pp. 569 e ss. Le due esperienze sono analizzate in una dimensione comparativa da Christophe Geiger e Altri, *Opinion of the CEIPI on the European Commission's copyright reform proposal, with a focus on the introduction of neighbouring rights for press publishers in EU law*, 28 novembre 2016, disponibile all'indirizzo http://www.ceipi.edu/fileadmin/upload/DUN/CEIPI/Documents/CEIPI_Opinion_on_the_introduction_of_neighbouring_rights_for_press_publishers_in_EU_final.pdf. A p. 6, gli Autori riportano che la possibilità di introdurre un diritto simile era stata considerata anche in altri Paesi europei a seguito delle situazioni di conflitto tra i provider e gli editori: "In 2013, Germany amended its Law on Authors' and Neighbouring Rights by introducing a section that provides exclusive neighbouring rights to press publishers. This right covers the making available for commercial purpose of any publications and their fragments, with the consequence that only individual words or the smallest text excerpts do not fall within its scope. In 2014, Spain added a new provision to its Intellectual Property Law (Article 32(2)), introducing a remunerated exception or limitation for press publishers.¹¹ It effectively provides press publishers—or authors, if there are no publishers—with a right to remuneration for making available online non-significant fragments of their publications. Meanwhile, conflicts between press publishers and online service providers—such as online news aggregators and search engines—emerged also in Belgium, France and Italy, although they did not result into the adoption of new legislation".

⁴⁰ Come riportano Christophe Geiger e Altri, *Opinion of the CEIPI on the European Commission's copyright reform proposal, with a focus on the introduction of neighbouring rights for press publishers in EU law*, *cit.*, p. 15, "Some smaller news aggregation services operating in Germany (e.g., Bing News) delisted press publishers or stopped using snippets (e.g., Rivva).⁵⁶ In Spain, the adoption of the law also led to some unexpected results. First, Google shut down its Spanish Google News service—most likely the primary target of the legislative action.⁵⁷ In addition, recent empirical evidence confirmed that news aggregators had a positive effect on online news sites in Spain, rather than the opposite as implied by the Impact Assessment and the Directive Proposal. The study found that in the first 3 months of 2015, the closing of Google News and a number of smaller news aggregation services led to a decline of internet traffic to Spanish newspapers above 6%. The Internet traffic decline had harsher impact in terms of "market expansion effect" on small publications." Il sostanziale fallimento delle esperienze spagnola e tedesca viene enfatizzato anche da Martin Kretschmer - Séverine Dusollier - Christophe Geiger - P. Bernt Hugenholtz, "The European Commission's Public Consultation on the Role of Publishers in the Copyright Value Chain: A Response by the European Copyright Society", in *EIPR* 2016, Vol. 38, n. 10, p. 594 e da Tanya Aplin e Altri, *Call For Views: Modernising the European Copyright Framework*, 5 dicembre 2016, disponibile all'indirizzo <http://www.iposgoode.ca/wp-content/uploads/2016/12/IPOModernisingIPProfResponsePressPublishers.pdf>, p. 5: "initiatives in Germany and Spain have proved ineffective. [...] the legal certainty offered by the right being European may confer greater bargaining power, but it is far from clear that that is what doomed the existing German and Spanish initiatives. Nor has any evidence been offered to support the proposition in situations where the transactional rules on ownership are common (as in the United States where ownership of copyright is governed by Federal law. Section 201 of the 1976 Act) there is any less 'piracy' or more effective 'licensing.'".

⁴¹ Si veda *supra*, capitolo II, paragrafo 8.

nell'ambito del processo di riforme legato al Mercato Unico Digitale.⁴²

3. Il Sistema e i fornitori professionali di link

Una diversa categoria interessata dalle conseguenze del Sistema della Corte di Giustizia è quella dei soggetti che mettono a disposizione collegamenti "a fini lucrativi".⁴³

Come si è visto in precedenza, sembra ragionevole incluso in questo gruppo chiunque collochi link (nonché, probabilmente, chiunque sia coinvolto nella fornitura di prodotti o servizi in cui siano collocati link)⁴⁴ nell'ambito di un'attività commerciale o professionale. Nel ragionamento della Corte, il discrimine tra questa categoria e quella degli utenti "privati" è costituito dalla possibilità dei fornitori di link a fini lucrativi di affrontare economicamente – e, verrebbe da dire, professionalmente – le onerose verifiche in merito alla liceità delle opere oggetto del collegamento che si intende mettere a disposizione.⁴⁵

Nell'ampio novero di soggetti cui sono rivolti i principi introdotti nelle decisioni *Svensson* e *GS Media*, i fornitori di link professionali sono quelli che subiscono le conseguenze più svantaggiose.

Rispetto al collocamento di link a contenuti leciti e liberamente disponibili, la posizione dei fornitori di link professionali non registra significativi cambiamenti. Salve alcune decisioni isolate,⁴⁶ la giurisprudenza precedente alle sentenze della Corte di Giustizia aveva già ampiamente escluso la possibilità di considerare la fornitura di collegamenti a contenuti leciti e liberamente disponibili rilevante ai fini del diritto d'autore.⁴⁷

E' rispetto alla fornitura di link a contenuti illeciti, tuttavia, che il Sistema elaborato dalla Corte di Giustizia potrebbe comportare un significativo peggioramento in termini di obblighi e libertà di circolazione delle informazioni. Nel tentativo di operare un bilanciamento ragionevole tra le diverse istanze in gioco, la Corte ha adottato nei confronti degli utenti professionali un approccio discriminatorio e apparentemente contrastante con gli obiettivi perseguiti dalla Direttiva sulla Società dell'Informazione.

La sentenza *GS Media*, infatti, fonda le sue conclusioni su due rilievi di fatto difficilmente

⁴² In merito, si rimanda alle analisi di Eleonora Rosati, "Neighbouring Rights for Publishers: Are National (Possible) EU Initiatives Lawful?"; Christophe Geiger e Altri, *Opinion of the CEIPI on the European Commission's copyright reform proposal, with a focus on the introduction of neighbouring rights for press publishers in EU law*; Martin Kretschmer - Séverine Dusollier - Christophe Geiger - P. Bernt Hugenholtz, "The European Commission's Public Consultation on the Role of Publishers in the Copyright Value Chain: A Response by the European Copyright Society", Tanya Aplin e Altri, *Call For Views: Modernising the European Copyright Framework*; tutte *citt.*

⁴³ Sentenza *GS Media*, *cit.*, punti 51 e 53.

⁴⁴ Come risulterebbe nel caso in cui la Corte di Giustizia aderisse alle indicazioni fornite dall'Avvocato Generale nel caso *Filmpeleer*, *cit.*, che è stato oggetto di analisi nel capitolo II, paragrafo 8.

⁴⁵ Le ragioni di questa conclusione sono illustrate *supra*, capitolo II, paragrafo 7.

⁴⁶ E perlopiù risalenti; si veda *supra*, capitolo I, paragrafo 6.

⁴⁷ *Ibid.*

contestabili. Il primo è il riconoscimento della circostanza che il collocamento di link è essenziale per il pieno sviluppo di libertà fondamentali quali la libertà di espressione e di circolazione delle informazioni.⁴⁸ Il secondo elemento di cui viene dato atto è la difficoltà di verificare la liceità delle opere liberamente disponibili, vale a dire se il titolare dei diritti d'autore su un contenuto che circola su internet ne ha autorizzato o meno la pubblicazione. In merito, la Corte riconosce che spesso le opere lecite vengono messe a disposizione su siti diversi da quelli gestiti dal titolare del diritto d'autore. Ciò può avvenire in virtù di un sistema di licenze e sublicenze di cui gli utenti non possono essere a conoscenza.⁴⁹ Nell'ambiente internet, la strutturale difficoltà di risalire al soggetto che detiene i diritti su alcune tipologie di opere dell'ingegno viene complicata da una dinamica di circolazione dei contenuti destrutturata e disintermediata.⁵⁰ A ciò si aggiunge il carattere volatile del diritto di comunicazione al pubblico delineato dalla Corte di Giustizia, che può sussistere o meno a seconda del regime di accesso deciso dal titolare in un dato momento e delle opere caricate sul sito cui il collegamento indirizza anche successivamente al collocamento del link.⁵¹

Le difficoltà di cui si è appena dato conto e i possibili riflessi negativi per la circolazione delle informazioni che un regime di responsabilità diretta per ogni collegamento fornito potrebbe comportare hanno portato la Corte a concludere per una sostanziale "libertà di link" per i soggetti privati.⁵² A conclusioni opposte, invece, è giunta la Corte rispetto ai fornitori professionali di collegamenti. Per questi ultimi sono infatti obbligati a presumere che tutte le opere presenti su internet siano state rese disponibili senza il consenso del titolare. Di conseguenza, la Corte pone in capo ai fornitori professionali l'obbligo di svolgere tutte le verifiche necessarie per accertarsi che non sia così e che il titolare abbia effettivamente dato il suo consenso alla pubblicazione su internet dell'opera oggetto del collegamento.

La ragione di questa differenza di trattamento risiede nella necessità di garantire un "livello

⁴⁸ Sentenza *GS Media*, *cit.*, punti 31, 44 e 45.

⁴⁹ Sentenza *GS Media*, *cit.*, punto 46.

⁵⁰ Il fenomeno che vede la progressiva perdita di importanza dei canali di produzione e circolazione tradizionali delle opere è oggetto di ampio studio nella dottrina (anche) giuridica. Viene spesso citato, in merito, Lawrence Lessig, *Remix: Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy*, *cit.*, che tra i primi ha osservato come il ruolo dell'utente privato sia passato dalla tradizionale posizione "RO", "read only", all'approccio "RW", "read and write". Sull'impatto di questo fenomeno nell'ambito della realizzazione del cosiddetto "internet 2.0" si veda Luigi Mansani, "Contenuti generati dagli utenti", *cit.*, pp. 244 e ss. La disintermediazione non attiene solo al momento creativo, ma anche alle dinamiche di distribuzione dei contenuti. Osserva Marco Ricolfi, "Making Copyright Fit for the Digital Agenda", *cit.*, p. 2: "The time has come for us to finally become aware that in our post-post-industrial age, the long route which used to lead the work from its creator to the public by passing through different categories of businesses is gradually being replaced by a short route, which puts in direct contact creators and the public". La circostanza che la creazione e la circolazione dei contenuti sia sempre meno affidata a società commerciali, rende naturalmente più arduo rintracciare – e, verrebbe da dire, "tracciare" – il soggetto o i soggetti titolari dei diritti su un determinato contenuto.

⁵¹ Su cui si veda *supra*, capitolo II, paragrafo 10.

⁵² Libertà in prima battuta, almeno, grazie alla presunzione di non consapevolezza della natura illecita dell'opera stabilita dalla sentenza *GS Media*, *cit.*, punto 48, considerato *supra*, capitolo III, paragrafo 6. La libertà lascia spazio alla responsabilità per la diffusione di materiale illecito qualora il privato acquisisca effettiva conoscenza del fatto che l'opera è in violazione in seguito a una notifica del titolare; cfr. sentenza *GS Media*, *cit.*, punti 49 e 53. La posizione degli utenti privati è considerata *infra*, paragrafo 6.

elevato di tutela a favore degli autori", che la Corte di Giustizia persegue mettendo i titolari nella condizione di "agire non soltanto contro la pubblicazione iniziale della loro opera su un sito Internet, ma anche contro qualsiasi persona che collochi a fini lucrativi un collegamento ipertestuale verso l'opera illegittimamente pubblicata su tale sito".⁵³

Il solito riferimento al "livello elevato di tutela" non sembra sufficiente a giustificare la scelta di regolare situazioni analoghe con regimi così diversi. Le difficoltà associate al sistema di licenze e sub-licenze cui può essere sottoposta un'opera liberamente disponibile su internet, infatti, interessano in egual modo sia gli utenti privati sia quelli professionali. Lo stesso vale per l'incertezza derivante dal carattere volatile e intermittente della comunicazione al pubblico.⁵⁴ Monitorare eventuali modifiche del regime di accesso a un'opera o l'introduzione di nuovi contenuti sulla pagina internet cui ogni link precedentemente fornito indirizza sono attività estremamente onerose, per non dire del tutto inaffrontabili, sia per i privati sia per qualsiasi società commerciale.⁵⁵ Ciò vale a maggior ragione per le società più piccole, i cui mezzi umani ed economici appaiono difficilmente compatibili con le onerose e continue verifiche che la Corte pretende dai soggetti che forniscono link a fini genericamente lucrativi.⁵⁶

La grossolana suddivisione tra utenti privati e professionali non tiene in debito conto che le difficoltà di accertamento della liceità di un'opera in ambiente digitale costituiscono una variabile indipendente, applicabile tanto ai privati quanto alle società commerciali. L'introduzione del regime di presunzioni previsto per queste ultime penalizza in modo sensibile la loro attività e rischia di tradursi in una responsabilità oggettiva e discriminatoria,

⁵³ Sentenza *GS Media*, *cit.*, punto 53.

⁵⁴ Come sottolinea Emanuela Arezzo, "Hyperlinks and Making Available Right in the European Union - What Future for the Internet After Svensson?", *cit.*, p. 547: "The practical implications stemming from a comprehensive interpretation of the Svensson judgment are far from reassuring for linkers. In fact, unlike the clear-cut solution the Court provided in the case at issue, it seems that the effect of the judgment will be in the sense of imposing upon linkers the duty to constantly monitor: i) if the linked website contains material that has been lawfully uploaded thereon or whether it has been taken from another web-source without authorization, and ii) if, in the latter circumstance, the material is still openly available on the original website where it was stored with the rightholder's consent".

⁵⁵ Così Emanuela Arezzo, "Hyperlinks and Making Available Right in the European Union - What Future for the Internet After Svensson?", *cit.*, p. 545: "A duty to monitor that the linked content stays openly accessible on the website where it was initially uploaded with the copyright holder's consent would have the effect of impairing the functioning of the internet, as such monitoring would be extremely cumbersome for individual users and technically unfeasible for internet service providers".

⁵⁶ Le ragioni sono analoghe a quelle che Vincenzo Franceschelli aveva rilevato rispetto all'applicazione di un regime di responsabilità oggettiva per i contenuti generati dagli utenti che gli internet service provider trasmettono o ospitano. In merito, l'Autore aveva giustamente sottolineato che l'applicazione di un regime di responsabilità oggettiva avrebbe colpito in particolare gli ISP meno strutturati, con evidenti danni tanto alla libertà di espressione quanto alla concorrenza: "solo alcuni service providers - dell'innumerevole numero, che costituisce la rete - vorranno o potranno sopportare tali costi. Alcuni chiuderanno, i più forti acquisteranno i più deboli. Si sarà dato così l'avvio ad un processo di concentrazione, che farà sopravvivere i pochi dai molti. Già questa previsione si pone in conflitto con i principi generali della concorrenza e si avrebbe il risultato paradossale che da un mercato originariamente frammentato, si favorisca un fenomeno di concentrazione. Senza considerare, ovviamente, gli effetti sulla libertà di espressione e sulla libertà di comunicazione dei contenuti e delle idee". Così Vincenzo Franceschelli, "Sul controllo preventivo del contenuto dei video immessi in rete e i provider. A proposito del caso Google/Vividown", in *Riv.Dir.Ind.* 2010, 4-5, pp. 347 e ss.

difficilmente compatibile con lo sviluppo armonico della società dell'informazione previsto dalla Direttiva.

A situazioni omogenee, sarebbe stato più preferibile applicare regimi omogenei. Anche i fornitori professionali di link avrebbero dovuto poter beneficiare del regime stabilito per i fornitori di collegamenti privati, che a fronte delle difficoltà di cui si è detto valorizza l'elemento soggettivo e la conoscenza effettiva dell'illecito. Così facendo, si sarebbe istituzionalizzata una delle *best-practice* ampiamente diffuse nella prassi, in cui difficilmente un procedimento giudiziario viene instaurato senza prima aver invitato il supposto contraffattore a rimuovere il contenuto contestato tramite una lettera di diffida. Così facendo, si sarebbero altresì scongiurati abusi del diritto da parte dei titolari, che ben potrebbero decidere di sfruttare il carattere "intermittente" della comunicazione al pubblico e l'oggettiva impossibilità di un monitoraggio continuo dei contenuti oggetto di link per modificare unilateralmente il sito cui il collegamento indirizza al solo fine di fondare domande risarcitorie non esattamente in linea con i principi di buona fede.

L'estensione ai fornitori professionali di un sistema rodato ed efficiente come quello del *notice-and-take-down* previsto per gli internet service provider e, ora, anche per i privati, avrebbe comunque mantenuto "elevato" il livello di tutela a favore dei titolari del diritto d'autore, evitando al contempo che agli utenti commerciali siano imposti obblighi difficilmente affrontabili.⁵⁷ Il più elevato grado di diligenza che è ragionevole attendersi dagli enti commerciali avrebbe certamente trovato riconoscimento anche nel contesto di tale dinamica. Una volta soddisfatto l'obbligo di informazione, ad esempio, si sarebbe potuto pretendere dai fornitori professionali di collegamenti una rimozione più celere rispetto a quella dei privati. La soglia di diligenza professionale avrebbe anche potuto comportare un ampliamento degli elementi di cui i fornitori commerciali sono "tenuti ad essere al corrente", presumendo ad esempio che un giornalista professionista sappia che un contenuto disponibile su un *cyberlocker* è difficilmente lecito se la stessa opera è sottoposta a misure di restrizione sul sito del titolare dei diritti. In questa prospettiva, un semplice riferimento al fatto che la

⁵⁷ Aura Bertoni - Maria Lilla Montagnani, "Il ruolo degli intermediari Internet tra tutela del diritto d'autore e valorizzazione della creatività in rete", in *Giur. Comm.* 2013, pp. 537 e ss., parlano di uno scenario di tutela che, dall'essere concentrato sull'"*enforcement contro*", si è gradualmente spostato verso l'"*enforcement con*" gli internet service provider: "tralasciando temporaneamente la distinzione tra paesi che propendono per la *collaborazione volontaria* tra intermediari e titolari dei diritti — ed altri che invece *obbligano* gli intermediari ad intervenire in tal senso — si può sin d'ora rilevare come, in ambo le circostanze, non sempre l'elemento della garanzia giurisdizionale venga considerato necessario, né nella forma di un provvedimento che autorizzi l'operare dell'intermediario *a priori*, ma neppure che ne convalidi l'operato *a posteriori*. Da ultimo, preme rilevare come, in molti casi, i procedimenti adottati a livello legislativo non siano altro che il mero consolidamento di pratiche già "collaudate" dagli intermediari in adempimento ad obblighi di autoregolamentazione. In termini più generali, a chiosa, il contributo degli intermediari può essere effettivamente scisso in rimozione degli effetti dell'attività di violazione del diritto d'autore (tramite NTD) e prevenzione delle violazioni del diritto d'autore (tramite *filtering* e *blocking*), suddivisione che riecheggia quella tipica del diritto della proprietà intellettuale, che distingue gli strumenti di tutela delle privative intellettuali in *ex post* ed *ex ante*." Sul punto si veda anche Alessandro Mantelero, "La tutela del diritto d'autore verso nuove strategie nei rapporti fra titolari ed intermediari", in Franco Pizzetti (a cura di), *Il caso del diritto di autore*, seconda edizione, Giappichelli, 2013.

determinazione della responsabilità per la violazione del diritto di comunicazione al pubblico avrebbe dovuto fondarsi sul criterio della diligenza *professionale* avrebbe permesso ai Tribunali dei Paesi Membri di valorizzare quell'aspetto e, con esso, la differenza tra privati e società commerciali. Si sarebbe così salvaguardata un'altra delle libertà coinvolte nella materia del linking, quella di iniziativa economica, che sembra gravemente limitata dal regime per cui la Corte ha optato rispetto ai soggetti che forniscono link per fini lucrativi.

4. Il Sistema e gli internet service provider

Nella generale categoria dei fornitori di link, un discorso a parte meritano gli internet service provider ("ISP"). La Direttiva sul Commercio Elettronico definisce il provider come "la persona fisica o giuridica che presta un servizio della società dell'informazione". Un "servizio della società dell'informazione", a sua volta, è descritto come un "qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi".⁵⁸ La Direttiva sul Commercio Elettronico ne identifica tre diverse tipologie.⁵⁹

I primi sono i *mere conduit*. Si tratta di servizi di comunicazione elettronica che forniscono agli utenti la connessione a internet e si limitano a trasmettere contenuti attraverso una rete di proprietà o, comunque, in loro gestione.⁶⁰

⁵⁸ Si veda l'articolo 1, punto 2, della direttiva 98/34/CE, come modificata dalla direttiva 98/48/CE, nonché dall'articolo 1, comma 1, lettera b), della legge 21 giugno 1986, n. 317, richiamati dall'articolo 2 della Direttiva sul Commercio Elettronico e dal D.Lgs. 70/03 che l'ha implementata in Italia. Nella gran parte dei casi, gli ISP sono società commerciali che forniscono servizi a pagamento. Non è tuttavia escluso che tra essi vi possano essere "persone fisiche" o, comunque, persone giuridiche che prestano un servizio della società dell'informazione non a scopo commerciale, come avviene ad esempio nel caso dell'enciclopedia online Wikipedia. L'impiego dell'avverbio "normalmente" nell'articolo 2 della Direttiva sul Commercio Elettronico, infatti, sembra indicare che il carattere lucrativo non sia una caratteristica essenziale della categoria di cui si discute.

⁵⁹ Per un inquadramento generale sugli internet service provider e sui criteri che ne regolano la loro responsabilità per i contenuti generati dagli utenti trasmessi o memorizzati, in via temporanea o potenzialmente definitiva, si vedano Giovanni Maria Riccio, *La responsabilità civile degli internet providers*, Giappichelli, 2002, disponibile all'indirizzo

https://www.academia.edu/2167057/La_responsabilit%C3%A0_civile_degli_internet_providers_opera_fuori_commercio_Giappichelli_editore_2002; Roberto Bocchini, *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico. Contributo allo studio dell'illecito plurisoggettivo permanente*, Esi, 2003; Francesco Di Ciommo, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, Esi, 2003; Emilio Tosi, *Diritto Privato dell'informatica, I beni - I contratti - Le responsabilità*, Giuffrè, 2006, pp. 430 e ss.; Marcello De Cata, *La responsabilità civile dell'Internet service provider*, Giuffrè, 2010; Luca Nivarra, *Responsabilità del Provider*, Utet, 2003; Alessandro Mantelero, "La responsabilità degli intermediari di rete nella giurisprudenza italiana alla luce del modello statunitense e di quello comunitario", in *Contratto e Impresa/Europa* 2010, pp. 529 e ss.; Alessandro Mantelero, "La responsabilità on-line: il controllo nella prospettiva dell'impresa", in *Il Dir. Informatica* 2010, pp. 405 e ss.; Sara Alvanini, "La responsabilità dei service providers", in *Il Diritto Industriale* 2010, 4, pp. 329 e ss.; Emilio Tosi, "La responsabilità civile per fatto illecito degli Internet Service Provider e dei motori di ricerca a margine di recenti casi 'Google Suggest' per errata programmazione dei Software di ricerca e 'Yahoo Italia!' per link illecito in violazione dei diritti di proprietà intellettuale", in *Riv. Dir. Ind.* 2012, pp. 44 e ss.; Aura Bertoni - Maria Lillà Montagnani, "Il ruolo degli intermediari Internet tra tutela del diritto d'autore e valorizzazione della creatività in rete", *cit.*; Aura Bertoni - Maria Lillà Montagnani, "La modernizzazione del diritto d'autore e il ruolo degli intermediari internet quali propulsori delle attività creative in rete", in *Dir. Informatica* 2015, pp. 111 e ss.

⁶⁰ I *mere conduit* sono provider che trasmettono contenuti di terzi su una rete o forniscono accesso alla rete stessa. Sono disciplinati dall'articolo 12 della Direttiva sul Commercio Elettronico e dall'articolo 14 del D.Lgs.

La seconda categoria è costituita dai *caching provider*. L'attività di questi ultimi si contraddistingue per una memorizzazione automatica, intermedia e temporanea delle informazioni generate dai terzi, effettuata allo scopo di rendere più efficace "il successivo inoltramento ad altri destinatari a loro richiesta".⁶¹ Si tratta di una condotta tipica del processo di funzionamento dei motori di ricerca come Google, Bing o Yahoo! Attraverso software chiamati "*spider*", quei servizi scandagliano la rete alla ricerca di informazioni (testi, immagini, video, foto) che vengono successivamente memorizzate temporaneamente e indicizzate in database in continuo aggiornamento, al fine di riproporle agli utenti sotto forma di risultati di ricerca.

Il terzo gruppo di *provider* espressamente regolati dalla Direttiva sul Commercio elettronico è quello degli *hosting*. Si tratta di ISP che memorizzano sui loro server i contenuti generati dagli utenti in modo potenzialmente definitivo.⁶² La nozione di *hosting provider* include un'ampia gamma di servizi internet che vanno dai server remoti *cloud-based* che si sono visti sopra a servizi più evoluti come i social network, che con i primi condividono la prestazione di un servizio di memorizzazione remoto per contenuti generati dagli utenti come video (YouTube, Vimeo), foto (Flickr, Instagram), testi (forum e bacheche virtuali come Google Groups), offerte di vendita (eBay, Kijiji) e ogni genere di contenuto multimediale generato dagli utenti (Facebook, Twitter e altri social network).⁶³

Tutte e tre le categorie di ISP espressamente disciplinate dalla Direttiva sul Commercio Elettronico sono coinvolte nella diffusione di link sulla rete internet, benché con modalità molto diverse.

I link stanno ai *mere conduit* come le automobili alle autostrade. I provider che forniscono connessione si limitano a trasmettere le informazioni che soggetti terzi generano e condividono su internet. Le informazioni in questione possono ben riguardare contenuti il cui

70/03.

⁶¹ L'articolo 13 della Direttiva sul commercio elettronico e l'articolo 15 del D.Lgs. 70/03 definiscono l'attività dei *caching provider* come l'offerta di un servizio "della società dell'informazione consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio" caratterizzato dalla "memorizzazione automatica, intermedia e temporanea di tali informazioni effettuata al solo scopo di rendere più efficace il successivo inoltramento ad altri destinatari a loro richiesta".

⁶² Ai sensi degli articoli 14 della Direttiva sul Commercio Elettronico e 16 del D.Lgs. 70/03, gli *hosting provider* sono "un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio".

⁶³ Con specifico riferimento agli *hosting provider*, si vedano Giovanni Maria Riccio, "Social Networks e responsabilità civile", in *Il Dir. Informatica* 2010, pp. 859 e ss.; Pedro A. De Miguel Sensio, "Social Networking Sites: An Overview of Applicable Law Issues", in *AIDA* 2011, pp. 5 e ss.; Giovanni Sartor, "Social networks e responsabilità del provider", in *AIDA* 2011, pp. 39 e ss.; Andrea Zincone, "Hosting 'attivo' e violazione del copyright: cosa cambia nella responsabilità dell'internet provider", in *Il Dir. Aut.* 2012, 2, pp. 149 e ss.; Alberto Bellan, "Per una *reasonable liability*: critiche alla responsabilità oggettiva dei provider e tutela dei diritti su internet", in *Il Diritto Industriale* 2012, 3, pp. 243 e ss.; Luigi Cuomo, "La Cassazione affonda la baia dei pirati", in *Cass. pen.* 2011, pp. 1102 e ss.; Luca Guidobaldi, "You Tube e la diffusione di opere protette dal diritto d'autore: ancora sulla responsabilità dei providers tra hoster attivi, conoscenza dell'illecito e obbligo di sorveglianza", in *Rivista dell'informazione e dell'informatica* 2010, pp. 278 e ss.; Maria Lilla Montagnani, "Primi orientamenti in materia di responsabilità dei fornitori di servizi *cloud* per violazione del diritto d'autore in rete", *cit.*, p. 179 e ss.; Giuseppe Colangelo, "L'enforcement del diritto d'autore nei servizi cloud", in *Il Dir. Aut.* 2012, 2, pp. 64 e ss.

accesso è facilitato da link, che tuttavia i *mere conduit* non forniscono né ospitano, ma "trasportano" da un server a un altro della rete.⁶⁴

Ben più decisivo è il ruolo dei link nell'attività dei *caching provider* più diffusi: i motori di ricerca.⁶⁵ Quando un utente digita una parola chiave nella stringa di ricerca, infatti, un algoritmo seleziona le informazioni più attinenti alle parole chiave tra quelle memorizzate temporaneamente dal caching provider, riproponendole all'utente normalmente sotto forma di hyperlink o, nel caso di contenuti multimediali, di embedded link.⁶⁶ A titolo di esempio, le ricerche svolte con la sezione generale del motore di ricerca Google Web Search restituiscono perlopiù normali hyperlink alle pagine di terzi o alle relative copie cache nel database di Google. La sezione "immagini" dello stesso servizio, invece, restituisce contenuti sia sotto forma di hyperlink sia di embedded link – il che avviene con le immagini a più alta risoluzione visualizzate dopo aver cliccato sulle *thumbnail*. Sono proprio quei link, in quanto derivanti dalle copie cache realizzate dal motore di ricerca, a costituire i contenuti generati dagli utenti oggetto della limitazione di responsabilità prevista dalla Direttiva sul Commercio Elettronico.

I link giocano un ruolo fondamentale anche nell'ambito delle attività di *hosting*.

Attivare un link, ad esempio, è l'unico modo per poter accedere alle opere caricate da terzi utenti su un server *cloud*.⁶⁷ I link costituiscono uno dei principali mezzi di condivisione di informazioni tra gli utenti anche nell'ambito dei servizi offerti dagli *hosting provider* evoluti. Analogamente ai servizi *cloud-based*, ogni contenuto caricato su una piattaforma di *video-sharing*, ad esempio, viene associato in via automatica a uno o più link che permettono

⁶⁴ Chi scrive aveva già proposto la metafora nel capitolo dedicato alla giurisdizione italiana dell'opera di Christopher Heath - Anselm Kamperman Sanders (a cura di), *Intellectual property liability of consumers, facilitators, and intermediaries*, cit., p. 94: "On a basic level, mere conduits (or 'access providers') provide and technically manage connectivity to the web. Thus, mere conduits are substantially neutral *vis-à-vis* content transmitted, representing for them what highways represent for cars. On a highway, cars are autonomous and no one could ever think to find the highway (or its managers) liable for unlawful activities carried out by drivers".

⁶⁵ Su cui si vedano Stefan Kulk, "Search Engines - Searching for trouble?", in *EIPR* 2011, 33, 10, pp. 611 e ss. e Birgit Clark, "ECJ decides in French Google Adword referrals: more seek than find?", in *Journal of Intellectual Property Law and Practice* 2010, 5, 7, pp. 477 e ss.

⁶⁶ Benché la Direttiva sul Commercio Elettronico non lo richieda, alcuni Stati Membri hanno introdotto nel loro ordinamento ulteriori tipologie di ISP che riguardano espressamente i fornitori di hyperlink e i motori di ricerca. Tra questi, Spagna, Portogallo, Austria, Ungheria e Lichtenstein, come riporta la Commissione Europea nella *Prima relazione in merito all'applicazione della direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno (Direttiva sul commercio elettronico)*, cit., p. 14. In tale documento si dà atto che l'introduzione di questa forma di ISP è stata "motivata dal desiderio di creare incentivi per gli investimenti e l'innovazione e promuovere lo sviluppo del commercio elettronico offrendo una maggiore chiarezza del diritto ai fornitori di servizi. Anche se nella direttiva non si è ritenuto necessario occuparsi di hyperlink e motori di ricerca, la Commissione ha incoraggiato gli Stati membri a migliorare la certezza del diritto per gli intermediari Internet. È incoraggiante che la giurisprudenza recente degli Stati membri riconosca l'importanza dei collegamenti e dei motori di ricerca per il funzionamento di Internet. Generalmente questa giurisprudenza sembra confermare l'obiettivo del mercato interno di garantire la fornitura di servizi d'intermediazione fondamentali promuovendo lo sviluppo di Internet e del commercio".

⁶⁷ Si veda l'analisi svolta *supra*, capitolo II, paragrafo 9. Sul punto si vedano anche Maria Lillà Montagnani, "Primi orientamenti in materia di responsabilità dei fornitori di servizi *cloud* per violazione del diritto d'autore in rete", cit., p. 179 e ss. e Giuseppe Colangelo, "L'enforcement del diritto d'autore nei servizi cloud", cit., pp. 64 e ss.

l'accesso alla pagina dove è ospitato il contenuto. I servizi in questione includono spesso motori di ricerca interni che restituiscono hyperlink o embedded link in modo non diverso da quanto avviene con i motori di ricerca generali. In altri casi, i link costituiscono il contenuto generato dagli utenti oggetto di condivisione. Si pensi a una conversazione su un forum online in cui un utente fa riferimento a un contenuto ospitato su una pagina diversa, copiando nel suo messaggio il relativo link. Su diverse piattaforme di social network come Facebook, inoltre, la condivisione di contenuti multimediali avviene spesso non attraverso il caricamento di un file, ma tramite il collocamento di embedded link a contenuti (video e foto) ospitati su pagine terze.⁶⁸

La relazione tra il Sistema delineato in tema di linking dalla Corte di Giustizia e gli ISP interessa due piani distinti.

Sotto un primo profilo, si tratta di comprendere se le condotte che gli ISP pongono in essere nell'ambito della diffusione di link generati da terzi possa integrare una comunicazione al pubblico ai sensi dell'articolo 3, comma 1, della Direttiva sulla Società dell'informazione. La risposta sembra essere negativa.⁶⁹

Nel caso di collegamenti a opere lecite e liberamente disponibili, dovrebbero innanzitutto applicarsi i medesimi principi stabiliti per gli altri utenti. I link trasmessi da un fornitore di connessione, restituiti dai motori di ricerca o ospitati sui server remoti degli *hosting provider*, quindi, non integrerebbero il requisito del pubblico nuovo, il che farebbe venire meno uno dei requisiti essenziali per la sussistenza di una comunicazione al pubblico secondo quanto previsto nella sentenza *Svensson*.

Rispetto ai collegamenti che eludono misure di restrizione o che indirizzano a opere liberamente disponibili ma illecite, l'attività degli ISP non pare integrare il requisito dell'intervento imprescindibile e intenzionale, né nella sua dimensione oggettiva, né oggettiva. Come si è visto in precedenza,⁷⁰ la Corte di Giustizia considera tale criterio soddisfatto nella misura in cui un soggetto "interviene, con piena cognizione delle conseguenze del suo comportamento, per dare ai suoi clienti accesso a un'opera protetta",

⁶⁸ Così anche Taina Pihlajarinne, "Setting the limit for the implied license in copyright and linking discourse - The European Perspective", *cit.*, pp. 706, che sottolinea come, rispetto alla tutela degli interessi legati alla libertà di espressione, "in social media services, links provided by private users can serve as important tools for social debate, and they are very often of embedded type".

⁶⁹ Su una posizione diversa, invece, Emanuela Arezzo, "Hyperlinks and Making Available Right in the European Union - What Future for the Internet After Svensson?", *cit.*, p. 547. Secondo l'Autrice, i criteri adottati dalla Corte nella sentenza *Svensson* potrebbero applicarsi direttamente all'attività degli ISP, la quale integrerebbe una comunicazione al pubblico. Con gravi svantaggi per quei soggetti, in particolare per i motori di ricerca specializzati in informazioni giornalistiche: "The consequences outlined above will have detrimental effects not only for internet users, but especially for internet search engines which are not capable of monitoring whether the linked contents have been uploaded on the internet with the rightholder's consent, not to mention whether such consent has later been removed.¹⁰⁹ More specifically, the worst consequence will be for the specific category of internet search engines represented by news aggregators. In fact, the circumstance that certain copyright content might initially be put at users' disposal openly and at no cost, and then later be removed from such online location by the rightholder seems a hypothesis especially tailored to news articles, which are freely accessible for a certain amount of time and then often moved to a restricted-access area available to paying subscribers only".

⁷⁰ Si veda l'analisi svolta *supra*, capitolo III, paragrafi 4 e 5.

di modo che "in mancanza di questo intervento" imprescindibile, i suoi "clienti non potrebbero, in via di principio, fruire dell'opera diffusa".⁷¹

Dal lato oggettivo, il ruolo degli ISP nella diffusione dei link non sembra "imprescindibile". I *mere conduit*, i *caching* e gli *hosting provider* che trasmettono o memorizzano link, infatti, si limitano a fornire una rete o un server su cui quei collegamenti sono trasmessi o memorizzati, in via temporanea o definitiva.⁷² I motori di ricerca e alcune tipologie di *hosting provider* come le piattaforme di condivisione di video o foto, inoltre, indicizzano quei collegamenti e possono offrire servizi automatici aggiuntivi volti a facilitarne il reperimento e la fruizione all'interno della piattaforma. Nessuna di queste attività, tuttavia, integra una "fornitura" di link nel senso indicato dalla Corte. La trasmissione, la memorizzazione temporanea e l'indicizzazione automatica di collegamenti, infatti, non costituiscono condotte imprescindibili in mancanza delle quali gli internauti "non potrebbero, in via di principio, fruire dell'opera diffusa", accedendovi direttamente tramite i link. In mancanza della creazione del collegamento o del contenuto cui il collegamento è automaticamente associato da parte dell'utente, infatti, non sussisterebbe alcuna trasmissione, memorizzazione o indicizzazione. Di conseguenza, è proprio e solo l'utente che quel link ha creato e che è intervenuto mettendolo a disposizione su internet a svolgere un ruolo imprescindibile nella diffusione dei collegamenti trasmessi o ospitati dagli ISP, integrando così una comunicazione al pubblico ai sensi dell'articolo 3, comma 1, della Direttiva sulla Società dell'Informazione.⁷³

Nel contesto dell'attività degli ISP, ancora più evidente è l'assenza dell'intervento soggettivo consistente nella "piena cognizione delle conseguenze" della loro condotta e della loro intenzione di dare ai "clienti accesso a un'opera protetta".⁷⁴ La caratteristica essenziale dei servizi offerti dai provider, infatti, è proprio quella di trasmettere o ospitare contenuti generati dagli utenti che essi non hanno creato e del cui contenuto non possono avere contezza. La ragione è essenzialmente numerica.

⁷¹ Sentenze *GS Media*, *cit.*, punto 35. *FAPL*, *cit.*, punti 195; *SCF*, *cit.*, punti 82 e 92; *Phonographic Performance*, *cit.*, punto 31; *SGAE*, *cit.*, punto 42; *Airfield*, *cit.*, punto 79; e *Reha Training*, *cit.*, punto 46.

⁷² Sotto questo profilo, la loro attività sembra potersi qualificare come "mera fornitura di attrezzature fisiche atte a rendere possibile o ad effettuare una comunicazione" che, ai sensi del considerando 27 della Direttiva sulla Società dell'Informazione, non costituisce un atto di comunicazione al pubblico.

⁷³ Così, in relazione ai soli *hosting provider*, si veda Eleonora Rosati, "Why a reform of hosting providers' safe harbour is unnecessary under EU copyright law", in *EIPR* 2016, p. 675: "Further to the decisions in *Reha Training* and *GS Media*, it is arguable that—in the case of a copyright work made available through the service of a passive online intermediary (the host)—the latter would not commit an act of (unauthorised) communication to the public (potentially giving rise to primary liability for copyright infringement), because the role that is "indispensable" in the whole process is the one of the third party/uploader, rather than that of the hosting provider. A passive hosting provider does not do any of the acts restricted by copyright per se, nor does it usually authorise others to do so. This conclusion is in line with relevant case law at the level of individual Member States."

⁷⁴ Come osserva Maurice Schellekens, "Reframing hyperlinks in copyright", *cit.*, p. 407, "search engines [...] cannot have knowledge of the legality of all the hyperlinked hits that a query brings up [...] although they are able to remove a particular result from hit lists if it is confirmed as unauthorised. The latter may be accomplished by a good notice and takedown procedure [...]. In terms of fundamental rights, the freedom to do business of the search engine is at stake and the freedom to receive information of the public, given the essential role search engine have making information findable in the wide expanse of the internet".

Sul motore di ricerca Google Web Search vengono eseguite ogni giorno circa 3,3 miliardi di ricerche. Per ognuna di quelle ricerche, l'algoritmo di Google seleziona tra le informazioni presenti nella memoria *cache* e restituisce agli utenti in via automatica un numero di link equivalente a 3,5 miliardi moltiplicato per diverse decine di unità.⁷⁵ Ogni minuto, un miliardo di utenti caricano su YouTube circa 300 ore di video. Il database video caricati dagli utenti su YouTube è stimato nell'ordine delle diverse centinaia di milioni di contenuti.⁷⁶ Cifre simili caratterizzano i contenuti generati dagli utenti ospitati da altri *hosting provider* come Facebook (4,75 miliardi di contenuti condivisi sul social network ogni giorno),⁷⁷ Twitter (più di 500 milioni di contenuti caricati al giorno in forma di testo, foto, o video)⁷⁸ e, più in generale, tutte le piattaforme che permettono la condivisione di contenuti generati dagli utenti e che hanno reso internet il mezzo di comunicazione che conosciamo oggi.

La mole di contenuti trasmessi o ospitati e il mancato coinvolgimento del provider nella loro creazione esclude che gli ISP possano avere "piena cognizione delle conseguenze" che la trasmissione o la memorizzazione di quelle informazioni possono comportare, anche in termini di "accesso a un'opera protetta". L'intervento "soggettivo", che la decisione *GS Media* considera decisivo ai fini dell'integrazione del diritto di cui all'articolo 3, comma 1, della Direttiva sulla Società dell'Informazione, non può quindi dirsi integrato dalle condotte dei provider previsti dalla Direttiva sul Commercio Elettronico.⁷⁹

Il secondo piano, distinto e autonomo rispetto a quello appena affrontato, riguarda la responsabilità degli ISP per i collegamenti generati dagli utenti che integrano una violazione del diritto di comunicazione al pubblico.

In merito, la Direttiva sul Commercio Elettronico prevede un regime di responsabilità attenuato per tutti i contenuti generati da terzi che gli ISP trasmettono o memorizzano. Gli ISP non sono considerati responsabili della natura illecita dei contenuti in questione, a meno che non si sussistano determinate condizioni, che variano a seconda della tipologia di provider coinvolto nella trasmissione o memorizzazione dei contenuti.⁸⁰

⁷⁵ Sulla base dei dati rilasciati da Google nel 2015, le ricerche mensili sul motore di ricerca ammontano a circa 100 miliardi al mese. Per un report statistico dell'attività del motore di ricerca si veda Danny Sullivan, "Google now handles at least 2 trillion searches per year", disponibile all'indirizzo <http://searchengineland.com/google-now-handles-2-999-trillion-searches-per-year-250247>.

⁷⁶ Il dato è quello comunicato dalla stessa YouTube LLC sul blog del servizio, disponibile all'indirizzo <http://youtube-global.blogspot.com>.

⁷⁷ Si tratta di un dato riferito al 2013 e condiviso da Facebook in diverse sedi, tra cui sui suoi profili ufficiali. Si veda, ad esempio, il profilo disponibile all'indirizzo <https://www.facebook.com/FacebookSingapore/posts/563468333703369>.

⁷⁸ La statistica è fornita da Twitter nel 2013 sul blog ufficiale della piattaforma di *microblogging*. Il comunicato è disponibile all'indirizzo <https://blog.twitter.com/2013/new-tweets-per-second-record-and-how>.

⁷⁹ Sentenza *GS Media*, *cit.*, punti da 46 a 51. Sull'intervento soggettivo, si veda anche l'analisi svolta *supra*, capitolo III, paragrafi 5 e 6.

⁸⁰ Il tema è oggetto di ampio studio in dottrina. Per una trattazione generale e comparativa rispetto al regime adottato negli Stati Uniti, si vedano Giovanni Maria Riccio, *La responsabilità civile degli internet providers*, *cit.*; Alessandro Mantelero, "La responsabilità degli intermediari di rete nella giurisprudenza italiana alla luce del modello statunitense e di quello comunitario", *cit.*; Aura Bertoni - Maria Lillà Montagnani, "Il ruolo degli intermediari Internet tra tutela del diritto d'autore e valorizzazione della creatività in rete", *cit.*; Aura Bertoni - Maria

Il regime in questione è dettato dall'esigenza di permettere l'esistenza stessa di quel tipo di servizi.⁸¹ Se gli ISP fossero considerati direttamente responsabili dei contenuti trasmessi o ospitati, infatti, essi dovrebbero rispondere di informazioni illecite che non hanno creato, che non conoscono e che non potrebbero ragionevolmente conoscere. A fronte della mole di contenuti generati dagli utenti che gli ISP trasmettono o ospitano, un obbligo di verificare la liceità di tutte quelle informazioni renderebbe quei servizi praticamente, tecnologicamente ed economicamente insostenibili. Vista l'impossibilità di conoscere la natura dei contenuti ospitati o trasmessi, considerare gli ISP responsabili per la loro illiceità si tradurrebbe nell'adozione di un regime di responsabilità oggettiva a danno non solo dei provider ma, più in generale, di tutti gli utenti le cui libertà economiche e sociali trovano piena realizzazione anche attraverso i servizi offerti dagli ISP. L'esenzione di responsabilità prevista dalla Direttiva sul Commercio Elettronico è stata introdotta proprio al fine di evitare questo scenario.⁸²

Il bilanciamento tra le esigenze di una tutela effettiva e ragionevole dei diritti di terzi e la possibilità per gli ISP di continuare a operare al riparo da responsabilità per illeciti di cui non sono a conoscenza si fonda sulla valorizzazione dell'elemento soggettivo. La sostanziale

Lilla Montagnani, "La modernizzazione del diritto d'autore e il ruolo degli intermediari internet quali propulsori delle attività creative in rete", *cit.*

⁸¹ Fatto, questo ribadito dalla stessa Commissione Europea, nella *Relazione in merito all'applicazione della direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno (Direttiva sul commercio elettronico)*, *cit.*, dove si sottolinea che la Direttiva sul Commercio Elettronico "vieta agli Stati membri d'imporre agli intermediari Internet l'obbligo generale di controllare le informazioni che si trasmettono o archiviano ovvero l'obbligo generale di cercare attivamente fatti o circostanze atte a indicare il perseguimento di attività illegali. Ciò è importante poiché un controllo generale di milioni di siti e pagine Web risulterebbe in pratica impossibile e determinerebbe un onere sproporzionato per gli intermediari nonché maggiori costi di accesso ai servizi fondamentali per gli utenti". A ribadire tale circostanza è stata, recentemente, di nuovo la Commissione Europea nella Comunicazione *Le piattaforme online e il mercato unico digitale - Opportunità e sfide per l'Europa* del 25 maggio 2016, {SWD(2016) 172 final}, dove si legge: "L'attuale regime di responsabilità relativo ai prestatori intermedi di servizi, definito dalla direttiva sul commercio elettronico, è stato concepito in un'epoca in cui le piattaforme online non presentavano le caratteristiche e la portata che hanno oggi, ma ha creato un ambiente normativo tecnologicamente neutro che ha sensibilmente agevolato il loro sviluppo. Ciò è in parte dovuto, per determinati tipi di piattaforme online, all'armonizzazione dell'esenzione dalla responsabilità relativa ai contenuti e alle attività illegali su cui non hanno controllo e di cui non sono consapevoli. Benché siano state espresse alcune preoccupazioni su aspetti attinenti alla responsabilità, la consultazione ha evidenziato che i principi previsti dalla direttiva sul commercio elettronico godono di ampio sostegno. Considerando tale contesto, la Commissione manterrà un regime di responsabilità equilibrato e prevedibile per le piattaforme online. Ciò è fondamentale per lo sviluppo futuro dell'economia digitale nell'UE e per sbloccare gli investimenti a favore degli ecosistemi di piattaforme".

⁸² I servizi offerti dai *caching* e dagli *hosting provider* sono un valore essenziale per lo sviluppo economico e culturale della società dell'informazione. Essi rendono possibili innumerevoli attività imprenditoriali. Decisivo, inoltre, è il loro ruolo di promozione e tutela della circolazione delle informazioni e della libertà di espressione in generale, permettendo la creazione, il reperimento e la diffusione su scala globale di idee e contenuti senza barriere territoriali. Nella Comunicazione *Le piattaforme online e il mercato unico digitale - Opportunità e sfide per l'Europa* del 25 maggio 2016, *cit.*, la circostanza viene posta alla base del cammino di riforme del Mercato Unico Digitale: "Le piattaforme online hanno cambiato considerevolmente l'economia digitale degli ultimi due decenni, e offrono oggi molti vantaggi alla società digitale contemporanea, svolgendo un ruolo di spicco nella creazione di "valore digitale" a sostegno della crescita economica futura nell'UE e rivestendo quindi una grande importanza per il funzionamento efficace del mercato unico digitale".

irresponsabilità degli ISP rispetto ai contenuti generati dagli utenti, in particolare,⁸³ viene meno nel caso in cui i *caching*⁸⁴ e gli *hosting provider*⁸⁵ abbiano effettiva conoscenza della natura illecita dei contenuti ospitati sui loro server e non agiscano "immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitare l'accesso alle medesime".⁸⁶ Il soggetto onerato di far sorgere in capo al provider l'effettiva conoscenza della natura illecita delle informazioni memorizzate è, naturalmente, il titolare dei diritti che si assumono violati. In linea con i principi che reggono l'onere della prova, è solo il titolare a conoscere i suoi diritti e a poter individuare i contenuti che assume essere in violazione. Dall'altro lato, per gli Stati Membri e i tribunali nazionali vige un divieto generale di imporre agli ISP obblighi di sorveglianza *ex ante* e di ricerca attiva *ex post* sui contenuti trasmessi o ospitati. Per mettere i provider a effettiva conoscenza della natura illecita dei contenuti ospitati sui loro server, quindi, la comunicazione che i titolari inviano agli ISP deve essere sufficientemente specifica. La quasi⁸⁷ totalità della giurisprudenza europea che si è espressa in merito concorda sulla circostanza che il requisito di specificità possa essere integrato solo attraverso la comunicazione all'ISP dell'URL che identifica in modo univoco la collocazione dell'informazione di cui si chiede la rimozione.⁸⁸

⁸³ I *mere conduit* non sono sostanzialmente mai responsabili dei contenuti trasmessi. Lo diventano nell'ipotesi in cui diano origine alla trasmissione, ne selezionino il destinatario oppure modifichino le informazioni trasmesse. Attività, queste, che presuppongono un coinvolgimento nell'attività di diffusione e creazione dei contenuti che prevede a sua volta un certo grado di conoscenza del loro contenuto.

⁸⁴ Per poter beneficiare dell'esenzione di responsabilità, inoltre, i *caching provider* non devono aver modificato le informazioni memorizzate temporaneamente e devono conformarsi alle relative condizioni di accesso e norme di aggiornamento, come indicate in un modo ampiamente riconosciuto e utilizzato dalle imprese del settore.

⁸⁵ Gli hosting provider sono esonerati dalla responsabilità fino a patto che non siano "effettivamente al corrente" del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non siano al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione.

⁸⁶ A differenza di quanto disposto dalla Direttiva sul Commercio Elettronico, gli articoli 15 e 16 del D.Lgs. 70/03 condizionano l'obbligo di rimozione dei contenuti illeciti memorizzati rispettivamente dai *caching* e dagli *hosting provider* all'ulteriore condizione consistente nell'adozione di un provvedimento che ordini la rimozione da parte delle autorità giurisdizionali o amministrative competenti.

⁸⁷ In tutta Europa, fa eccezione solo il Tribunale di Roma, IX Sezione civile, che in una singolare serie di decisioni riguardante la diffusione di materiale tutelato dal diritto d'autore su internet, ha stabilito che la comunicazione da parte del titolare non deve indicare in modo specifico gli URL relativi ai contenuti in contestazione. Sulla base di un'interpretazione distorta dell'altrettanto contestabile teoria dell'*hosting provider* attivo, quella Corte ha così concluso che per il titolare sarebbe sufficiente indicare all'*hosting provider* i titoli delle opere di cui lamenta il caricamento illecito. Tale conclusione sembra porsi in aperto contrasto con il regime di responsabilità delineato dalla Direttiva sul Commercio Elettronico. In assenza dell'indicazione specifica dell'URL in grado di identificare univocamente il contenuto di cui si chiede la rimozione, infatti, l'*hosting provider* verrebbe obbligato a ricercare attivamente le informazioni oggetto delle doglianze del titolare, in violazione del divieto di imporre agli ISP un obbligo di ricerca attiva disposto dall'articolo 15 della Direttiva sul Commercio Elettronico. Sul punto, si veda Eleonora Rosati, "Why a reform of hosting providers' safe harbour is unnecessary under EU copyright law", *cit.*, p. 675.

⁸⁸ La necessità che la diffida del titolare, per poter far sorgere in capo all'ISP una conoscenza effettiva della natura illecita dei contenuti ospitati, debba essere sufficientemente specifica, è stata enfatizzata dalla stessa Corte di Giustizia nella decisione del 12 luglio 2011, *L'Oréal e Altri v eBay*, causa C-324/09, punto 122: "pur se, certamente, una notifica non può automaticamente far venire meno il beneficio dell'esonero dalla responsabilità [...] – stante il fatto che notifiche relative ad attività o informazioni che si asseriscono illecite possono rivelarsi insufficientemente precise e dimostrate – [la diffida] costituisce, di norma, un elemento di cui il giudice nazionale deve tener conto per valutare, alla luce delle informazioni così trasmesse al gestore, l'effettività della conoscenza da parte di quest'ultimo di fatti o circostanze in base ai quali un operatore economico diligente avrebbe dovuto constatare l'illiceità" dei contenuti ospitati.

I principi stabiliti nelle decisioni *Svensson* e *GS Media* non sembrano influire in alcun modo sul regime di responsabilità attenuata prevista per gli ISP dalla Direttiva sul Commercio Elettronico.

Esse, infatti, riguardano i requisiti in presenza di cui il diritto di comunicazione al pubblico è integrato ed eventualmente violato. L'attribuzione a un determinato soggetto della responsabilità per quella violazione, tuttavia, è una questione giuridica che si pone su un piano del tutto diverso, parallelo e indipendente rispetto all'oggetto delle pronunce della Corte.

Il regime di responsabilità previsto per gli ISP dalla Direttiva sul Commercio Elettronico, inoltre, riguarda indistintamente tutti i contenuti generati dagli utenti, a prescindere dalla ragione su cui si fonda la loro natura illecita. Che si tratti di contenuti in violazione di un diritto di proprietà intellettuale, di un diritto della personalità o, più generalmente, di un'informazione foriera di danni ingiusti, gli ISP non devono comunque risponderne fino a che non acquisiscono effettiva conoscenza della loro presenza sui loro server. I collegamenti restituiti da un motore di ricerca o ospitati su un social network rimangono "contenuti generati dagli utenti" a prescindere dalla loro idoneità a integrare una comunicazione al pubblico secondo i principi elaborati dalla Corte di Giustizia. E, rispetto ad essi, gli ISP hanno sempre la possibilità di invocare le esenzioni di responsabilità previste dalla Direttiva sul Commercio Elettronico.⁸⁹

Tra il Sistema elaborato dalla Corte di Giustizia e il *safe harbour* previsto dalla Direttiva sul Commercio Elettronico, quindi, non sussiste alcuna antinomia. I regimi in questione si riferiscono a due elementi in diritto diversi – la sussistenza di un diritto di sfruttamento economico, il primo, e la responsabilità per la sua eventuale violazione da parte di una speciale categoria di soggetti, il secondo. Entrambe le norme rispondono a esigenze di tutela di diritti e libertà fondamentali quali la libertà economica e di espressione, oltre che la proprietà intellettuale. Nel momento in cui a un ISP dovesse essere contestata la violazione del diritto di comunicazione al pubblico derivante dai link trasmessi o ospitati, quindi, sarà necessario eseguire un bilanciamento tra le norme che tutelano interessi di pari grado.⁹⁰

⁸⁹ Unanime, in merito, è la giurisprudenza anche italiana. Si vedano, ad esempio, le decisioni del Tribunale di Milano, 25 settembre 2014, in *Giur. Imprese* 2014, ove proprio con riferimento all'ipotesi di violazione del diritto d'autore tramite la fornitura di link il Tribunale ha accertato la necessaria applicazione al motore di ricerca del regime di responsabilità del *caching provider*, aggiungendo che "l'applicabilità al caso di specie della speciale disciplina prevista dagli artt. 15 e 17 D.Lgsvo 70/03 deve essere confermata anche per le attività diverse dal mero linking segnalate dall'attrice, e cioè l'embedding e lo strumento di ricerca suggest search". In linea con questa conclusione anche il Tribunale di Firenze, 25 maggio 2012, in *Dir. Informatica* 2012, 6, pp. 1210 e ss. e l'ulteriore decisione del Tribunale di Milano, 25 ottobre 2010, in *Dir. Informatica* 2011, 2, pp. 299 e ss..

⁹⁰ In tema di bilanciamento tra norme poste a tutela di interessi costituzionali (apparentemente) contrastanti, si veda Maria Lilla Montagnani, *Il diritto d'autore nell'era digitale - La distribuzione online delle opere dell'ingegno*, cit., pp. 22 e 23: "Se [...] i diritti di proprietà intellettuale sono annoverabili tra i diritti fondamentali, al pari del diritto all'informazione e dei suoi corollari, allora l'interazione avverrà tra due corpi di norme di pari livello. In tale ipotesi, l'equiparazione del diritto d'autore alla libertà di manifestazione del pensiero necessita che il bilanciamento tra protezione delle opere dell'ingegno, da un lato, e accesso all'informazione e libera circolazione dei contenuti digitali, dall'altro, recuperi il punto di equilibrio che ha perso, la qual cosa potrebbe essere agevolata dal

Quel bilanciamento esclude che la natura commerciale dei servizi offerti dagli ISP sia sufficiente a comportare l'applicazione nei loro confronti del regime stabilito nella decisione *GS Media* per i fornitori di collegamenti "a fini lucrativi".⁹¹ Quel regime, infatti, è stato elaborato dalla Corte in relazione a soggetti commerciali che, creando o selezionando in modo non automatico i link, sono o dovrebbero ragionevolmente essere a conoscenza della natura illecita delle opere cui indirizzano.⁹² D'altra parte, è lo stesso divieto di porre in capo ai provider un obbligo di controllo preventivo dei contenuti trasmessi o ospitati a essere evidentemente incompatibile con la legittima aspettativa "che l'autore di tale collocamento realizzi le verifiche necessarie per garantire che l'opera di cui trattasi non sia pubblicata illegittimamente sul sito cui rimandano detti collegamenti ipertestuali", prevista dalla Corte per *content provider* come *Geen Stijl*.⁹³ In questa prospettiva, ritenere gli ISP responsabili dei contenuti trasmessi o ospitati in base alla loro natura commerciale si tradurrebbe in una sostanziale disapplicazione del regime di responsabilità previsto dalla Direttiva sul Commercio Elettronico. Una possibilità, questa, difficilmente conciliabile nell'ottica di bilanciamento tra tutele di pari rango di cui si è detto.

Più correttamente, il provider potrà invece essere chiamato a rispondere di una sua responsabilità secondaria solo a seguito di una comunicazione del titolare che lo metta effettivamente a conoscenza della natura illecita dei collegamenti ospitati o trasmessi e di una sua inerzia nella rimozione degli stessi. Si tratta di una dinamica molto simile a quella prevista da *GS Media* per gli utenti privati, anche in quel caso alla luce delle difficoltà oggettive che non permettono una consapevolezza effettiva in merito all'illiceità della condotta posta in essere. Se diverse sono le difficoltà che gli ISP e i privati si trovano ad affrontare e diversi sono i piani interessati dai regimi di cui si discute, la sentenza *GS Media* e il regime di responsabilità dei provider previsto dalla Direttiva sul Commercio Elettronico condividono sembrano condividere l'attenzione per un principio cardine della responsabilità aquiliana, quello secondo cui non può esservi responsabilità per un fatto illecito in mancanza di dolo o colpa – elementi, questi, che presuppongono almeno la conoscenza dell'esistenza

riconoscimento che tali diritti condividono la stessa finalità, ovvero la promozione della conoscenza e il rafforzamento della sfera pubblica".

⁹¹ Il regime, per intendersi, descritto nella sentenza *GS Media*, *cit.*, punti 51 e 53 e su cui ci si è soffermati *supra*, capitolo III, paragrafo 6.

⁹² La necessaria sussistenza di un atto attivo e consapevole di scelta dei link messi a disposizione è enfatizzato anche nelle Conclusioni dell'Avvocato Generale nel caso *Filmpeleer*, *cit.*, punti 52 e 53: "Whatever the method or technical process by which they are installed, hyperlinks serve to enable third parties to access digital content which has already been uploaded — in this case, unlawfully — to the internet. The significant aspect of the communication to the public which takes place through those hyperlinks is the fact that it increases the range of potential users who, I repeat, are provided with a functionality involving the prior selection of websites that allow digital content to be viewed free of charge. It is therefore possible to refer to the indispensable role, within the meaning of the case-law, played by Mr Wullems in the communication to the public of protected works; his intervention is performed deliberately and with full knowledge of the consequences entailed".

⁹³ Sentenza *GS Media*, *cit.*, punto 52.

di un fatto illecito.⁹⁴

5. Il Sistema e gli utenti privati

Gli utenti privati sono coinvolti nelle dinamiche regolate dal Sistema della Corte di Giustizia nella doppia veste di fornitori e semplici fruitori di collegamenti. In entrambi i casi, la libertà di link gioca un ruolo fondamentale nella piena esplicazione della libertà di espressione, che include anche la libertà di informare (da parte di chi colloca i link) e di essere informati (per tutti gli utenti cui i link sono rivolti).⁹⁵

Rispetto ai soggetti che forniscono collegamenti nell'ambito di un'attività non commerciale, le conclusioni cui è giunta la Corte sembrano realizzare un quadro legale ragionevolmente bilanciato, almeno per quanto attiene ai link a contenuti liberamente disponibili.

L'attività non commerciale di linking a contenuti leciti e non sottoposti a misure restrittive rimane libera. Il criterio del pubblico nuovo nella sentenza *Svensson*⁹⁶ ha scongiurato le conseguenze potenzialmente disastrose che la necessità di ottenere l'autorizzazione del titolare dei diritti sulle opere oggetto di ogni collegamento avrebbe comportato per la libertà di link e per la circolazione delle informazioni.⁹⁷ E ciò a prescindere dalla circostanza che il collegamento indirizzi a un'opera ospitata sulla homepage (*surface link*) o su una pagina interna del sito di destinazione (*deep link*).⁹⁸

⁹⁴ Un principio, questo, comune a tutti gli ordinamenti occidentali, come sottolineano Mauro Bussani - Vernon Valentine Palmer, *Pure Economic Loss in Europe*, Cambridge University Press, 2003, pp. 7 e ss.

⁹⁵ Sui concetti di libertà di informazione attiva e passiva si veda Gianluca Gardini, *Le regole dell'informazione: Dal cartaceo al bit*, Giappichelli, terza edizione, 2014, pp. 52 e ss.

⁹⁶ Come sottolinea Mira Burri, "Permission to Link: Making Available via Hyperlinks in the European Union after *Svensson*", *cit.*, "it was the 'new public' condition that really saved the case. This is in contrast to more liberal interpretations, which argue that with hyperlinking no *transmission*, regarded as a prerequisite for the communication to the public, occurs, and tend to agree with the German Supreme Court's reasoning in *Paperboy* that a hyperlink is a mere reference, comparable to a quotation, in particular as the operator of the target website still possesses full control over the making available of the works". Sul criterio del nuovo pubblico e sulle sue possibili interpretazioni si vedano *supra*, capitolo II, paragrafi 8 e 9.

⁹⁷ Come efficacemente sintetizzato da Lionel Bentley e Altri della European Copyright Society, "The Reference to the CJEU in Case C-466/12 *Svensson*", *cit.*, punto 68, prima dell'adozione della sentenza *Svensson*, "In this case, the Court needs equally to consider the effect of its ruling. If hyperlinking is regarded as communication to the public, all hyperlinks would need to be expressly licensed. In our view, that proposition is absurd".

⁹⁸ Si tratta di una scelta non scontata. Come si è avuto modo di vedere *supra*, capitolo II, paragrafi 4 e 11, erano diverse le voci in dottrina che sostenevano la necessità di trattare diversamente i collegamenti che indirizzano alla pagina principale di un sito web e quelli, denominati "*deep*", che puntano a una pagina interna. L'opportunità che ai titolari fosse concessa facoltà di autorizzare il *deep linking* è legata al fatto che quei collegamenti non permetterebbero di generare traffico sulla *homepage*, la cui pubblicità sarebbe quella di maggior valore per i titolari. Si veda, sul punto, Alessandro Cogo, "Linking e framing al vaglio della Corte di Giustizia dell'Unione Europea", *cit.*, pp. 2207; Giacomo Bonelli, "Il sito web quale opera dell'ingegno", in *Dir. Informatica 2002*, *cit.*, p. 213, secondo cui "di liceità quantomeno dubbia è invece la pratica del deep linking, ossia quella tramite la quale l'ingresso nel sito altrui avviene saltando direttamente in una delle pagine internet del sito, con conseguente facile disorientamento dell'utente". In linea con queste conclusioni anche Javier Garrote, "Linking and framing: a comparative law approach", *cit.*, p. 196: "Policy considerations, involving especially First Amendment concerns and freedom of expression, suggest that explicit permission to establish a normal link to a web page should not be required [...] However, deep links, embedded links and frames should only be permitted on licence or permission from the copyright owner of the linked site". ALAI ha sostenuto la necessità che deep e framing link fossero considerati una comunicazione al pubblico sin dal *Report and opinion on the making available and*

Anche la fornitura non commerciale di link a opere liberamente disponibili ma illecite non comporta, nella grande maggioranza dei casi, conseguenze immediate per gli utenti privati. Secondo i principi adottati in *GS Media*, infatti, sussiste una comunicazione al pubblico nella sola misura in cui il fornitore privato di link a opere illecite sia a conoscenza dell'illiceità dell'opera oggetto del collegamento. In merito, vige una presunzione di non consapevolezza della natura illecita dell'opera oggetto del collegamento da parte del privato. La presunzione in questione ha natura relativa. Essa viene superata in presenza di fatti che dimostrano che il fornitore sa o avrebbe dovuto sapere che il contenuto oggetto del link è stato messo a libera disposizione su internet senza il consenso del titolare. Tra i fatti idonei a confutare la presunzione, la Corte cita l'invio di una lettera di diffida con cui il titolare mette il privato a conoscenza della natura illecita dell'opera oggetto del collegamento.⁹⁹ Il diritto di comunicazione al pubblico sorge nel momento in cui il privato acquisisce consapevolezza di quell'illiceità. La responsabilità del privato per la sua violazione si perfeziona qualora, in seguito a tale comunicazione, egli si rifiuti di rimuovere il collegamento.

La Corte ha evidentemente mutuato questo regime dal sistema di *notice-and-take-down* in vigore per alcuni ISP ai sensi della Direttiva sul Commercio Elettronico. Di quel sistema, il regime introdotto dalla decisione *GS Media* mira a riproporre l'ottimale allocazione di costi e benefici.¹⁰⁰ Agli utenti privati non viene infatti richiesta una verifica preventiva della liceità delle opere oggetto del link che intendono collocare, il che contribuisce a tutelare la libera circolazione delle informazioni. Dall'altro lato, l'obbligo di rimuovere un link sorge solo a fronte di una comunicazione specifica da parte dei titolari, vale a dire i soggetti che meglio e con meno costi possono identificare i collegamenti illeciti e a richiederne la rimozione. Nella grande maggioranza dei casi, contribuire alla diffusione di opere illecite è un'attività non meritevole di tutela giuridica. Il rifiuto dei privati di rimuovere il collegamento a contenuti in violazione non pare quindi giustificato da particolari interessi generali o particolari, mentre sembra ragionevole che da esso possa scaturire una responsabilità per violazione dei diritti dei titolari.¹⁰¹

communication to the public in the internet environment – focus on linking techniques on the Internet, cit., affermando nel successivo *Report and Opinion on a Berne-compatible reconciliation of hyperlinking and the communication to the public right on the internet, cit.*, pp. 4 e 5, che gli strumenti tecnici per evitare che servizi automatici quali i motori di ricerca forniscano deep link ci sarebbero (ed altri potrebbero seguire, se solo il linking richiedesse sempre un'autorizzazione del titolare), ma che gli internet service provider si rifiuterebbero di adottarli.

⁹⁹ Su cui si rimanda all'analisi svolta supra, capitolo III, paragrafi 5, 6 e 7.

¹⁰⁰ Sull'efficacia e sulle problematiche del meccanismo di *notice-and-take-down* introdotto in Europa dalla Direttiva sul Commercio Elettronico si rimanda a Aura Bertoni - Maria Lilla Montagnani, "Il ruolo degli intermediari Internet tra tutela del diritto d'autore e valorizzazione della creatività in rete", in *Giur. Comm.* 2013, pp. 537 e ss.. Si vedano anche Giovanni Maria Riccio, "Social Networks e responsabilità civile", *cit.*, pp. 859 e ss.; Pedro A. De Miguel Sensio, "Social Networking Sites: An Overview of Applicable Law Issues", *cit.*, pp. 5 e ss.; e Giovanni Sartor, *Social networks e responsabilità del provider, cit.*, pp. 39 e ss.

¹⁰¹ La dinamica è descritta nella sentenza *GS Media, cit.*, punto 53: "i suddetti titolari hanno la possibilità di informare, in qualsiasi circostanza, tali persone dell'illegittimità della pubblicazione della loro opera su Internet e di agire contro le stesse nell'ipotesi in cui rifiutino di rimuovere tale collegamento senza che esse possano avvalersi di una delle eccezioni elencate in detto articolo 5, paragrafo 3".

L'invio di una comunicazione specifica da parte dei titolari, tuttavia, viene indicato dalla Corte di Giustizia solo in termini esemplificativi.¹⁰² Il requisito dell'intervento consapevole, quindi, sembrerebbe configurabile anche in altre circostanze che non coinvolgono una comunicazione specifica da parte dei titolari. Gli elementi positivi connessi all'introduzione del sistema di *notice-and-take-down* applicato ai fornitori di link privati, quindi, potrebbero venire meno nel caso in cui la presunzione relativa di non conoscenza della natura illecita dell'opera oggetto del link venisse intesa in modo restrittivo – o, per converso, le circostanze idonee a confutare tale presunzione venissero considerate in modo non sufficientemente rigoroso.

Un primo esempio di questo fenomeno si ritrova nella stessa sentenza della Corte, che indica il collocamento di un link idoneo a eludere una misura restrittiva come un indice della circostanza che l'intervento del privato sarebbe "voluto",¹⁰³ concludendo quindi per l'integrazione del diritto di comunicazione al pubblico. L'inconsapevolezza che caratterizza l'agire sulla rete internet dei privati,¹⁰⁴ tuttavia, potrebbe non investire la sola liceità di un contenuto liberamente disponibile, ma anche gli effetti stessi del link. E' verosimile, ad esempio, che molti utenti non siano a conoscenza della possibilità che un collegamento possa aggirare una misura restrittiva, essendo tale caratteristica ragionevolmente nota al solo utente che crea il link e non ai soggetti che contribuiscono alla sua diffusione con delle semplici condotte di copia e incolla. Considerato che la valorizzazione dell'elemento soggettivo risponde a esigenze di tutela di libertà fondamentali, quali quelle di espressione e di circolazione delle informazioni, sembra auspicabile che la consapevolezza richiesta per l'integrazione del diritto di comunicazione al pubblico da parte dei privati sia il quanto più possibile affine a quella "effettiva" che la Direttiva sul Commercio Elettronico richiede per la responsabilità degli ISP in relazione ai contenuti generati dagli utenti.¹⁰⁵ Tornando al caso del collegamento che elude misure restrittive, ad esempio, la presunzione relativa può essere certamente confutata rispetto all'utente che ha creato quel link o che ha usufruito di strumenti che manifestamente servono a raggiungere un risultato illecito.¹⁰⁶ Al contrario, per chi si è

¹⁰² Nella sentenza *GS Media, cit.*, punto 49, la Corte di Giustizia afferma che qualora sia accertato che il privato "era al corrente, od era tenut[o] ad esserlo" della natura illecita dell'opera cui il collegamento indirizza, "la messa a disposizione di detto collegamento costituisce una «comunicazione al pubblico» ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29". Ciò avverrebbe "ad esempio", nelle situazioni in cui la persona che colloca il link era stata avvertita di tale circostanza dai titolari del diritto d'autore.

¹⁰³ Sentenza *GS Media, cit.*, punto 50.

¹⁰⁴ Che la Corte riconosce nella sentenza *GS Media, cit.*, punti 46, 47 e 48.

¹⁰⁵ Sulle diverse interpretazioni della nozione da parte della Corte di Giustizia e della giurisprudenza dei Paesi Membri si veda Eleonora Rosati, "Why a reform of hosting providers' safe harbour is unnecessary under EU copyright law", *cit.*

¹⁰⁶ Ad esempio perché promossi attraverso una comunicazione commerciale che indica la possibilità di fruire delle opere in modo illegale. Questo elemento è stato considerato rilevante dall'Avvocato Generale nelle conclusioni rese nel caso *Filmspeler, cit.*, punti 19 e 53. La commercializzazione del dispositivo Filmspeler è accompagnata da una comunicazione che enfatizza il possibile utilizzo illecito dello strumento attraverso espressioni come "Never again pay for films, series, sport, directly available without advertisements and waiting time. (no subscription fees, plug and play) Netflix is now past tense!", "Want to watch free films, series, sport

limitato a diffondere tali collegamenti in modo inconsapevole, sarebbe opportuno concludere per l'integrazione di una comunicazione al pubblico solo a fronte di una diffida dei titolari in linea con lo schema di *notice-and-take-down* che la Corte ha previsto rispetto alla fornitura non commerciale di link a opere illecite liberamente disponibili.¹⁰⁷

Su un piano diverso, il Sistema elaborato dalla Corte di Giustizia comporta delle conseguenze anche sulla circolazione delle informazioni in generale. In questo frangente, gli utenti rilevano in quanto fruitori delle informazioni alla cui circolazione i collegamenti contribuiscono.

L'aver escluso che il collocamento di link verso contenuti leciti liberamente disponibili possa integrare una comunicazione al pubblico costituisce, in linea di principio, un elemento idoneo a favorire la libertà di espressione e di circolazione delle informazioni. Una simile conclusione, tuttavia, non pare spostare di molto lo stato delle cose antecedente a quella decisione. Eccezion fatta per qualche isolata decisione nazionale e voce di dottrina,¹⁰⁸ i più hanno sempre ritenuto paradossale che il collocamento di link verso un'opera che l'autore ha precedentemente messo a disposizione su internet possa integrare una violazione del diritto d'autore.¹⁰⁹ Il collocamento di link verso opere lecite e liberamente disponibili è una pratica ampiamente diffusa e quasi unanimemente accettata. In questa prospettiva, le conclusioni cui è giunta la Corte di Giustizia in *Svensson* sembrano limitarsi a confermare la liceità di un fenomeno che sarebbe stato davvero ostico – oltre che non particolarmente utile – dichiarare non conforme alla legge.¹¹⁰

without having to pay? Who doesn't?!", "Never have to go to the cinema again thanks to our optimised XBMC software. Free HD films and series, including films recently shown in cinemas, thanks to XBMC." E' anche alla luce di tali espressioni che l'Avvocato Generale conclude per la sussistenza di una comunicazione al pubblico da parte del soggetto che commercializza il dispositivo, sottolineando che "his intervention is performed deliberately and with full knowledge of the consequences entailed. That is clear, in particular, from the examples of the advertising he uses to promote his device".

¹⁰⁷ Sentenza *GS Media*, *cit.*, punti 49 e 53.

¹⁰⁸ Hanno sostenuto la tesi secondo cui i link a contenuti liberamente disponibili dovrebbe costituire una comunicazione al pubblico nella misura in cui essi permettono di evitare la pagina principale del sito dei titolari Alessandro Cogo, "Linking e framing al vaglio della Corte di Giustizia dell'Unione Europea", *cit.*, pp. 2207; Javier Garrote, "Linking and framing: a comparative law approach", *cit.*, p. 196; ALAI *Report and opinion on the making available and communication to the public in the internet environment – focus on linking techniques on the Internet*, *cit.*, e *Report and Opinion on a Berne-compatible reconciliation of hyperlinking and the communication to the public right on the internet*, *cit.* Sul piano diverso ma non del tutto sconnesso dell'agganciamento e delle pratiche confusorie, ha sottolineato la supposta illiceità del deep linking anche Emilio Tosi, "Domain grabbing", 'linking', 'framing' e utilizzo illecito di 'meta-tag' nella giurisprudenza italiana: pratiche confusorie online 'vecchie' e nuove tra contraffazione di marchio e concorrenza sleale", *cit.*, p. 383. Secondo l'Autore "[l]a lesività del deep linking è evidente: detta pratica scorretta impedendo l'identificazione del fornitore dell'informazione può indurre il pubblico a ritenere che detta informazione ed il relativo servizio siano forniti direttamente da colui che ha costituito il «link», con conseguente grave rischio di confusione tra segni distintivi - quelli del sito 'agganciato' e quelli del sito 'agganciato' - oltreché ingiusto approfittamento dell'attività altrui sanzionabile ai sensi dell'art. 2598, n. 1) e 3), c.c.". In linea con tale conclusione anche Giacomo Bonelli, "Il sito web quale opera dell'ingegno", in *Dir. Informatica* 2002, *cit.*, p. 213.

¹⁰⁹ Tra molti, si rimanda alle argomentazioni svolte sul punto da Marco Ricolfi, "Comunicazione al pubblico e distribuzione", *cit.* e Lionel Bently e Altri della European Copyright Society, "The Reference to the CJEU in Case C-466/12 *Svensson*", *cit.*

¹¹⁰ Senza scomodare l'aporia tra giuspositivismo e giusnaturalimo, la circostanza che le norme sono tanto rispettate quanto più sono condivise è un fatto abbastanza acclarato. Si vedano, ad esempio, Jonathan Jackson -

Nella prospettiva della libera circolazione delle informazioni, qualche profilo problematico sembrano introdurre l'enfasi che la Corte ha adottato rispetto alle misure restrittive cui i titolari possono sottoporre i contenuti leciti e il regime di presunzioni riguardante i soggetti che forniscono a fini lucrativi collegamenti a opere illecite.

Nella sentenza *Svensson*, appare piuttosto chiaro che l'unico modo attraverso cui i titolari possono vedere integrato il diritto di comunicazione al pubblico rispetto a collegamenti a opere lecite è sottoporre queste ultime a una misura di restrizione tecnica.¹¹¹ Secondo alcuni Autori, questo principio potrebbe portare a una proliferazione di quelle tecnologie. Per costringere i fornitori di collegamenti a richiedere il loro consenso, in altre parole, i titolari dei diritti potrebbero iniziare ad adottare in maniera diffusa sistemi di *paywall* o misure che richiedono la registrazione gratuita e obbligatoria per la fruizione dei contenuti, così da impedire agli utenti di accedere direttamente in mancanza di link che li eludano.¹¹² Ciò causerebbe un significativo rallentamento della circolazione delle informazioni su internet.

Quello appena descritto è uno scenario sperabilmente inverosimile. L'adozione generalizzata di misure restrittive, infatti, andrebbe a detrimento anche dei titolari. Questi ultimi hanno tutto l'interesse a che le tipologie di informazioni che sono normalmente messe nella libera disposizione di tutti gli utenti continuino a formare oggetto di libero accesso e di agile diffusione su internet. L'accesso libero e la diffusione fluida delle informazioni lecite significano reputazione e traffico. E reputazione e traffico comportano valore aggiunto per l'opera e per i suoi creatori.¹¹³ Considerato che gli utenti privati difficilmente potranno scegliere di ottenere una licenza per collocare dei link, non si vede quale vantaggio potrebbe comportare l'implementazione massiva di misure di restrizione a contenuti leciti e liberamente disponibili. D'altro canto, le istanze secondo cui ogni link avrebbe integrato a una comunicazione al pubblico sembravano indirizzate più ad ottenere la possibilità di licenziare quel tipo di condotta ad utenti commerciali, che a rendere necessario un procedimento

Ben Bradford - Mike Hough e Altri, "Why Do People Comply with the Law? Legitimacy and the Influence of Legal Institutions", in *British Journal of Criminology* 2012, Vol. 52, n. 6, pp. 1051-1071. Con specifico riferimento al diritto d'autore, si rimanda a Lawrence Lessig, *Free culture: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*, Penguin, 2004, p. 202: "The rule of law depends upon people obeying the law. The more often, and more repeatedly, we as citizens experience violating the law, the less we respect the law".

¹¹¹ In merito, si rimanda all'analisi svolta supra, capitolo II, paragrafo 9.

¹¹² "[T]he 'new public' criterion may be controversial as it may, in effect, instruct source website owners to install a paywall or other type of restricted access that would mean that any further hyperlinking happens to a 'new public'". Così Mira Burri, "Permission to Link: Making Available via Hyperlinks in the European Union after *Svensson*", *cit.* Nello stesso senso, Ted Shapiro, "CJEU rules on linking in *Svensson*", *cit.*, p. 23: "Right holders for their part will need to consider carefully their initial communication of their works online. Moreover, content providers will need to think about what constitutes a 'restriction' - how and where are they put in place. In fact, the CJEU's decision may actually lead to increased restrictions and paywalls online".

¹¹³ Significative, in merito, sono gli sviluppi seguiti all'introduzione di diritti connessi per il link a contenuti giornalistici liberamente disponibili adottati in Spagna e Francia. In Spagna, in crollo del traffico per i gestori di siti di news online è stato così rilevante da portare più di qualche titolare a ripensare all'opportunità della misura. In Germania, i titolari hanno contribuito a rendere il diritto connesso in questione sostanzialmente inefficace. Si vedano, sul punto, Raquel Xalabarder, "The Remunerated Statutory Limitation for News Aggregation and Search Engines Proposed by the Spanish Government - Its Compliance with International and EU Law", *cit.*; Eleonora Rosati, "Neighbouring Rights for Publishers: Are National (Possible) EU Initiatives Lawful?", *cit.*, pp. 569 e ss.

autorizzativo prima della fornitura di ogni collegamento. Un risultato, questo, che alcuni titolari dei diritti potrebbero ottenere attraverso l'introduzione del diritto connesso sulla messa a disposizione di notizie giornalistiche anche lecite e anche liberamente disponibili attualmente in discussione nell'ambito delle riforme relative al Mercato Unico Digitale.¹¹⁴

Un certo impatto sulla circolazione delle informazioni sembra averlo anche il regime di presunzioni previsto in relazione alla fornitura di link a fini lucrativi.¹¹⁵

Si è visto in precedenza come la difficoltà di indagare la natura di un'opera su internet valga per tutti gli utenti, privati e commerciali. Si è anche visto come la presunzione di conoscenza della natura illecita di un'opera istituisca una responsabilità quasi oggettiva per i secondi, che si trovano nella situazione di dover investire ingenti risorse per effettuare indagini sulla liceità di contenuti che potrebbero non avere esiti certi o univoci.¹¹⁶ Gli svantaggi del regime in questione, tuttavia, non riguardano i soli fornitori commerciali di link.

I soggetti commerciali che creano contenuti hanno un ruolo fondamentale per la libertà di espressione e per la circolazione di informazioni di qualità. La creazione e la condivisione (anche) professionale di contenuti, nell'ambiente internet, non può prescindere dallo strumento del link. "*Do what you do best, link to the rest*", recita un principio (che dovrebbe essere) ampiamente condiviso nella comunità del giornalismo digitale.¹¹⁷ Fare ciò che si sa fare meglio è importante quanto la possibilità di fare riferimento a informazioni e contenuti altrui. E' in questo modo che si realizza l'"accesso di massa" alle informazioni che internet ha reso possibile.¹¹⁸ E' attraverso i collegamenti forniti anche da soggetti commerciali che gli utenti hanno la possibilità di accedere a contenuti di qualità.

Nessun dubbio che l'accesso a informazioni in violazione del diritto d'autore debba essere contrastato. Tale contrasto, tuttavia, dovrebbe avvenire in modo bilanciato. Aspettarsi dalle società commerciali una maggiore attenzione e un dovere di diligenza più intenso rispetto ai privati nella tutela delle esclusive altrui è cosa ragionevole. Prevedere l'obbligo generalizzato per tutti i fornitori professionali di collegamenti di svolgere verifiche approfondite prima di collocare ogni link non è probabilmente altrettanto auspicabile. Con le parole citate dalla stessa Corte di Giustizia rispetto agli utenti privati, tale soluzione comporta "conseguenze fortemente restrittive per la libertà d'espressione e d'informazione e non rispett[a] il giusto

¹¹⁴ Su cui si vedano Eleonora Rosati, "Neighbouring Rights for Publishers: Are National (Possible) EU Initiatives Lawful?", *cit.*; Christophe Geiger e Altri, *Opinion of the CEIPI on the European Commission's copyright reform proposal, with a focus on the introduction of neighbouring rights for press publishers in EU law*, *cit.*; Martin Kretschmer - Séverine Dusollier - Christophe Geiger - P. Bernt Hugenholtz, "The European Commission's Public Consultation on the Role of Publishers in the Copyright Value Chain: A Response by the European Copyright Society", *cit.*, pp. 594 e ss.; Tanya Aplin e Altri, *Call For Views: Modernising the European Copyright Framework*, *cit.*

¹¹⁵ Si rimanda, in merito, alle riflessioni svolte *supra*, capitolo III, paragrafo 6.

¹¹⁶ Si veda il paragrafo 3 del presente capitolo.

¹¹⁷ Jeff Jarvis, "Hacks should do what they do best and link to the rest", *cit.*

¹¹⁸ L'espressione è di Gustavo Ghidini, "Exclusion and Access in Copyright Law: The Unbalanced Features of the European Directive 'On Information Society' (InfoSoc)", *cit.*

equilibrio che la direttiva 2001/29 mira a stabilire tra detta libertà e l'interesse generale, da un lato, nonché l'interesse dei titolari di un diritto d'autore a una tutela efficace della loro proprietà intellettuale, dall'altro".¹¹⁹

Se i principi della sentenza *GS Media* venissero rispettati, infatti, sarebbe ragionevole aspettarsi un sensibile decremento dell'uso di link da parte delle società commerciali. Per evitare il rischio di incorrere in responsabilità e l'investimento di ingenti risorse nelle indagini relative alla liceità di ogni opera oggetto di link, queste ultime si risolverebbero a impiegare collegamenti solo quando strettamente necessario. In questo contesto, ne soffrirebbero anche la circolazione delle informazioni, lo sviluppo della società dell'informazione e, di riflesso, gli utenti. Che su quelle informazioni contano per realizzare appieno la libertà di espressione attiva e passiva che rappresenta l'occasione più grande dell'era digitale.¹²⁰

6. Il Sistema e il diritto d'autore

Le conclusioni opposte cui era giunta la dottrina che ha affrontato il tema del link prima della sentenza *Svensson*¹²¹ dimostrano un certo smarrimento riguardo ai confini del diritto previsto dall'articolo 3, comma 1, della Direttiva sulla Società dell'Informazione, la cui vaghezza si presta a interpretazioni flessibili, per non dire arbitrarie. All'ampio margine di interpretazione concesso dalla lettera della norma, la Corte non ha mai saputo contrapporre delle linee guida chiare e tutt'altro che univoche.

Il travagliato percorso giurisprudenziale che ha interessato la definizione del diritto di comunicazione al pubblico anche prima della sentenza *Svensson*, infatti, non si è certo distinto per linearità. L'elaborazione di criteri non previsti dalle norme europee e

¹¹⁹ Sentenza *GS Media*, *cit.*, punto 44.

¹²⁰ Che l'accesso alle e la produzione e circolazione delle informazioni sia la più grande opportunità messa a disposizione dallo sviluppo di internet è una circostanza piuttosto condivisa. Hanno approfondito la questione Gustavo Ghidini, *Profili Evolutivi del Diritto Industriale*, *cit.*, che a p. 254 parla di "legittime istanze di accesso" alle informazioni presenti sulla rete troppo spesso compresse a fronte di esclusive sempre più in espansione. Maria Lillà Montagnani, *Il diritto d'autore nell'era digitale - La distribuzione online delle opere dell'ingegno*, *cit.*, pp. 78 e ss. enfatizza la necessità di un quadro equilibrato al fine di permettere a quelle opportunità di essere godute appieno e ai nuovi diritti digitali, inclusi quelli creativi, di evolversi. Non è d'altra parte un caso, secondo alcuni autori anglosassoni, che la libertà di link sarebbe tutelata dal Primo Emendamento della Costituzione americana. Si vedano, sul punto, Alain Strowel - Nicolas Ide, "Liability with Regard to Hyperlinks", *cit.*, pp. 108 e ss.: "Originally, when the Internet was used almost exclusively by the academic community, it seemed obvious that all relations between web sites were 'good' since they helped to structure, and thus to enrich, the immense database that we call the Internet. Limiting the ability to create links is viewed by many 'netizens', who have grown accustomed to moving within a very open system, as an unacceptable form of censorship. Imposing constraints on linking can be perceived as restricting the thesaurus of the ever-expanding encyclopedia formed by the Web. It is mainly since the Web began to be used for commercial purposes that the question of the limits to the ability to create links has arisen and with it that of knowing whether there is a form of freedom or 'right to link.' Moreover, some courts (particularly in the United States) which have had to consider cases of linking have accepted the fundamental role of hyperlinks (and search engines) in the development of the Internet". Per un'analisi comparativa della situazione statunitense e quella europea in materia di libertà di espressione e diritto d'autore si veda Vincenzo Zeno-Zencovich, "Diritto d'autore e libertà di espressione: una relazione ambigua", in *AIDA* 2005, p. 153.

¹²¹ Di quel dibattito si è dato conto nel capitolo II, paragrafo 4.

internazionali e la loro applicazione "individualizzata" hanno contribuito alla creazione di un quadro legale confuso e incerto. Dopo poco meno di una ventina di decisioni sul punto, la nozione stessa di comunicazione al pubblico è un concetto lontano dall'essere ben definito. Le decisioni della Corte in materia di linking sono allo stesso tempo frutto e continuazione del percorso giurisprudenziale scomposto e caratterizzato da leggerezze piuttosto sorprendenti. Nella sentenza *Svensson*, il punto fondamentale della controversia era la possibilità di qualificare il link come comunicazione rilevante ai sensi dell'articolo 3, comma 1 della Direttiva sulla Società dell'Informazione. La giurisprudenza americana e di diversi Paesi Membri avevano già concluso in senso negativo.¹²² In linea con il considerando 24 della Direttiva, la Corte avrebbe potuto stabilire che ogni atto di comunicazione presuppone una trasmissione dell'opera e che, non essendo questo il caso del link, esso non può mai integrare un diritto di comunicazione al pubblico. La decisione è andata in senso opposto, senza una compiuta giustificazione teorica.¹²³

L'aver considerato il link idoneo integrare una "comunicazione" di per sé è il "peccato originale" della Corte. Il percorso che ne è seguito sembra un continuo affannarsi alla ricerca di soluzioni per mitigare le conseguenze potenzialmente dirompenti di quel principio sullo sviluppo della società dell'informazione.

Il criterio del pubblico nuovo, ad esempio, non pare in linea con quanto previsto nella Convenzione di Berna o nei suoi testi interpretativi, vecchi o nuovi che siano.¹²⁴ La sua valorizzazione nella sentenza *Svensson*, tuttavia, è decisiva per evitare che tutti coloro che collocano link a un'opera lecita si potessero trovare, da un giorno all'altro, in una situazione di illegalità, con evidenti ripercussioni sulla credibilità del diritto d'autore in generale.¹²⁵

Dubbi anche maggiori suscitano le modalità attraverso cui la Corte si è distanziata dalla decisione *Svensson* nel caso *GS Media*. Il rischio, in quel frangente, era che il "pubblico nuovo" impiegato in senso liberale nella decisione *Svensson* acquisisse valenza opposta rispetto ai collegamenti a opere illecite,¹²⁶ con effetto paralizzante sulla circolazione delle informazioni e sull'impiego del link in generale. Il pubblico che accede a un contenuto

¹²² Cfr. *supra*, capitolo I, paragrafo 6.

¹²³ Si veda *supra*, capitolo II, paragrafo 5.

¹²⁴ Si rimanda, in merito, alle riflessioni svolte da P. Bernt Hugenholtz - Sam C. Van Velze, "Communication to a New Public? Three reasons why EU copyright law can do without a 'new public'", *cit.*; Mihály J. Ficsor, "Svensson: honest attempt at establishing due balance concerning the use of hyperlinks – spoiled by the erroneous 'new public' theory", *cit.*; ALAI, *Opinion on the criterion 'New Public', developed by the Court of Justice of the European Union (CJEU), put in the context of making available and communication to the public*, *cit.*; ALAI, *Report and Opinion on a Berne-compatible reconciliation of hyperlinking and the communication to the public right on the internet*, *cit.*

¹²⁵ In tema, si vedano ancora Jonathan Jackson - Ben Bradford - Mike Hough e Altri, "Why Do People Comply with the Law? Legitimacy and the Influence of Legal Institutions", *cit.* e Lawrence Lessig, *Free culture: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*, *cit.*, p. 202.

¹²⁶ L'applicazione del principio del pubblico nuovo adottato nella decisione *Svensson* rispetto a collegamenti che indirizzano a opere illecite, infatti, avrebbe potuto portare a concludere che il pubblico che accede a un contenuto pubblicato su internet senza il consenso del titolare è per definizione "nuovo", nel senso di non preso in considerazione dal titolare dei diritti. D

pubblicato su internet senza il consenso del titolare, si sarebbe potuto sostenere, è per definizione "nuovo", perché per definizione il titolare non prende in considerazione usi dell'opera che non ha autorizzato.¹²⁷

Il tentativo della Corte di porre rimedio alla sua stessa giurisprudenza è certamente lodevole. Meno condivisibile è aver fondato tale inversione di rotta sul principio secondo cui la sussistenza e l'esercizio del diritto di comunicazione al pubblico sono condizionati allo stato psicologico di un terzo:¹²⁸ una conclusione inedita e sorprendente, che sembra porsi in aperto contrasto con il principio secondo cui il diritto d'autore sorge con la creazione dell'opera. Così facendo, la sentenza GS Media sembra avere trasformato il diritto di comunicazione al pubblico in qualcosa di diverso dall'esclusiva di stampo proprietario che il titolare può, in mancanza di eccezioni e limitazioni, esercitare nei confronti dei consociati a sua discrezione. Quale sia la reale natura del diritto di comunicazione al pubblico nel contesto del linking è possibile indagarlo alla luce degli istituti in cui lo stato soggettivo del soggetto cui viene ascritta una violazione svolge una qualche funzione.

Il primo di essi è il risarcimento del danno, che negli ordinamenti occidentali il titolare di un diritto violato ha la possibilità di ottenere a condizione che il danneggiante abbia commesso il fatto illecito con dolo o, quantomeno, con colpa.¹²⁹ Il principio è valido anche in materia di danni per violazione di diritti di proprietà intellettuale. L'articolo 13 della Direttiva Enforcement,¹³⁰ ad esempio, impone agli Stati Membri di permettere il risarcimento in tutti i casi in cui l'autore della violazione ha posto in essere una violazione "*consapevolmente o con ragionevoli motivi per esserne consapevole*".¹³¹ Gli fanno eco gli articoli 125 del Codice

¹²⁷ Così ha concluso, ad esempio, l'Avvocato Generale nel caso *Filmspeler, cit.*, punti 57 e 59: "the protected works were either distributed on the internet without the authorisation of the right holders or that authorisation was granted only for subscription sites, in other words, restricted access sites. Hence, the multimedia player sold by Mr Wullems widens the pool of users beyond that intended by the authors of those works, inasmuch as it links both to websites distributing such digital content without authorisation and to sites containing protected works and making them available only to certain users who have to pay for access. [...] the distribution of protected works which Mr Wullems facilitates is directed to a public which the right holders did not take into account when they authorised access to those works or did so only on payment circuits, from which it follows that the condition of a 'new public' is satisfied".

¹²⁸ Si rimanda, in merito, all'analisi svolta supra, capitolo III, paragrafo 5.

¹²⁹ Così, Mauro Bussani - Vernon Valentine Palmer, *Pure Economic Loss in Europe, cit.*, pp. 7 e ss., che sottolineano come il danno economico consequenziale, che gli Autori definiscono come danno connesso a un pregiudizio alla persona o alla proprietà, "is in principle recoverable in every European system within this study – whether the source of the loss is intentional or negligent conduct, or an activity subject to strict liability [...] here at least is an area of common ground that is worth noting".

¹³⁰ Direttiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale.

¹³¹ L'elemento soggettivo rileva, ma in senso opposto, ai fini del risarcimento del danno tramite la retroversione degli utili. In merito, l'articolo 13, comma 2, della Direttiva Enforcement prevede che: "Nei casi in cui l'autore della violazione è stato implicato in un'attività di violazione senza saperlo o senza avere motivi ragionevoli per saperlo, gli Stati membri possono prevedere la possibilità che l'autorità giudiziaria disponga il recupero dei profitti o il pagamento di danni che possono essere predeterminati". Secondo Giorgio Floridia, "Risarcimento del danno e reversione degli utili nella disciplina della proprietà industriale", in *Il Diritto Industriale* 2012, 5, pp. 7 e ss., la differenza tra il regime ordinario fondato sul dolo o colpa del danneggiante e quello previsto in tema di restituzione degli utili sarebbe "sostanzialmente annullata dall'orientamento che, parificando la colpa all'ignoranza colpevole di ledere l'altrui diritto di proprietà industriale, giunge alla conclusione che l'ignoranza è sempre

della Proprietà Industriale e 158 L. Aut., che rimandano alla disciplina generale codicistica, retta dal principio del fatto "doloso o colposo" del danneggiante di cui all'articolo 2043 c.c.¹³² Per espressa ammissione della Corte, tuttavia, l'articolo 3, comma 1, della Direttiva sulla Società dell'Informazione conferisce al titolare la facoltà di inibire la fornitura di link, non solo il diritto al risarcimento quando l'esclusiva viene violata. L'analogia, quindi, non sembra particolarmente significativa.

Spostandoci dal piano risarcitorio a quello sostanziale, l'elemento soggettivo ha natura costitutiva in relazione a una serie piuttosto ampia di illeciti connessi a condotte professionalmente o scorrette dal punto di vista concorrenziale. Molti ordinamenti europei, infatti, riconoscono al titolare di un diritto la possibilità di reprimere condotte di terzi anche nel contesto di azioni extracontrattuali formalmente autonome dal diritto di proprietà intellettuale. Nel Regno Unito, ad esempio, l'istituto dell'*authorisation* conferisce la facoltà di impedire condotte che, pur non costituendo contraffazione di per sé, concedono o danno l'impressione di concedere a terzi l'autorizzazione a commettere l'atto che costituisce una violazione diretta.¹³³ In una recente decisione,¹³⁴ l'istituto in questione è stato interpretato nel senso di ritenere il fornitore di un link responsabile indirettamente per la violazione di un'opera a cui il collegamento indirizzava. Lo stesso atto di fornire un link, in altre parole, è stato considerato costituisce un'autorizzazione a fruire dell'opera illecita. In quel contesto,¹³⁵ la consapevolezza del soggetto che ha posto in essere la condotta di autorizzazione è venuta in rilievo

colpevole perché è ingiustificata a fronte del sistema di pubblicità legale che concerne la brevettazione e la registrazione dei diritti di proprietà industriale".

¹³² Almeno formalmente. Se è certamente vero che "la Direttiva impone dunque di dare rilievo decisivo allo stato soggettivo dell'autore della violazione, utilizzando in proposito espressioni non equivocate", altrettanto pacifico in dottrina è che la presunzione di colpa adottata dalla giurisprudenza italiana abbia sostanzialmente privato di rilevanza il requisito soggettivo ai fini valutazione risarcitoria: "la giurisprudenza applica uno standard per cui la presunzione di colpa in realtà non sarebbe mai superabile. Qui occorre riconoscere apertamente la probabile inadeguatezza, rispetto alla materia specifica della proprietà industriale, di una disciplina che comunque subordina l'obbligo di risarcire il danno alla condizione che il danno sia stato pregiudicato 'con dolo o con colpa'. Non è infatti facile capire perché il titolare del diritto, che a causa della violazione non ha potuto sfruttare pienamente le opportunità economiche offerte dal diritto di esclusiva a causa di un'altrui violazione, dovrebbe rinunciare anche al risarcimento per equivalente, oltretutto al risarcimento in forma specifica [...] solo perché il contraffattore non era consapevole di violare il diritto e non aveva motivi ragionevoli per esserne consapevole. Tuttavia la scelta del legislatore europeo ed italiano è stata diversa e deve essere rispettata, tanto più che, grazie alla innovativa disciplina della retroversione degli utili, la violazione inconsapevole non può comunque arricchire l'autore della medesima. Non si può dunque accettare l'idea, che in pratica significa eludere la volontà del legislatore, che basti la pubblicità del registro dei brevetti e dei marchi e dei modelli per escludere ipso facto la possibilità di vincere la presunzione di colpa". Così Marco Valerio Spolidoro, "Il risarcimento del danno nel codice della proprietà industriale. Appunti sull'art. 125 c.p.i.", in *Riv. Dir. Ind.* 2009, n. 3, p. 161. Nello stesso senso, si veda anche Luca Nivarra, "Dolo, colpa e buona fede nel sistema delle 'sanzioni' a tutela della proprietà intellettuale", in *AIDA* 2000, pp. 325 e ss.

¹³³ Lionel Bently - Brad Sherman, *Intellectual Property Law*, cit., pp. 171 e ss.

¹³⁴ England and Wales High Court, Chancery Division, *Paramount v Sky* [2013] EWHC 3479 (Ch), [2014], punto 38.

¹³⁵ Così come in altre precedenti decisioni della stessa Corte, tra cui England and Wales High Court, Chancery Division, *Dramatico v Sky* [2012] EWHC 268 (Ch), [2012], punto 78: "Infringement is not merely an inevitable consequence of the provision of torrent files by TPB. It is the operators of TPB's objective and intention". Nello stesso senso anche England and Wales High Court, Chancery Division, *Emi v Sky*, EWHC 379 (Ch), [2013] WLR(D) 86, punto 58.

nell'ambito del requisito dell'"inevitabilità della violazione",¹³⁶ che è stato interpretato come "l'obiettivo e l'intenzione" di permettere violazioni da parte di soggetti terzi tramite la fornitura del collegamento.¹³⁷

L'approccio britannico non è isolato.¹³⁸

Nel procedimento principale che ha dato origine al rinvio pregiudiziale poi conclusosi con la sentenza *GS Media*, ad esempio, la Corte d'Appello di Amsterdam aveva escluso che la fornitura di link a contenuti in violazione liberamente disponibili su internet potesse integrare una violazione al pubblico, sancendo tuttavia la responsabilità di *Geen Stijl* per violazione indiretta proprio sulla base della sua consapevolezza che le foto in questione erano state pubblicate illecitamente su internet – conoscenza derivante dalle diffide inviate da Sanoma prima e dopo la collocazione dei link ai siti cyberlocker dove il servizio fotografico era disponibile.¹³⁹

L'elemento soggettivo del terzo rileva anche rispetto a diverse ipotesi di contraffazione indiretta previste dal diritto di proprietà intellettuale.

L'istituto del *contributory infringement* nasce ed è tradizionalmente più sviluppato nei sistemi anglosassoni. Nel Regno Unito, ad esempio, il *Copyright, Designs and Patents Act* del 1988 disciplina la violazione indiretta del diritto d'autore in cinque distinte disposizioni.¹⁴⁰ Quelle

¹³⁶ Assieme a tale requisito, sono rilevanti ai fini dell'integrazione della fattispecie di cui si discute anche l'assistenza fornita dal soggetto che autorizza nel porre in essere la violazione diretta, alla natura della relazione tra il contraffattore indiretto e diretto, al ruolo del mezzo messo a disposizione dal primo e alla sua idoneità a consentire la violazione, al grado di controllo e agli strumenti adottati dal soggetto che autorizza per evitare la violazione. Si vedano, in merito, Lionel Bently - Brad Sherman, *Intellectual Property Law*, cit., pp. 171 e ss.

¹³⁷ Nel prendere in rassegna gli elementi costitutivi dell'istituto dell'*authorisation*, Maurice Schellekens, "Reframing hyperlinks in copyright", cit., p. 406, sottolinea come "Mere assistance to the primary infringer is not enough to find authorisation. Additional circumstances are needed. These include: the nature of the relationship between the alleged authoriser and the primary infringer; whether the means provided by the authoriser (for example the link) constitutes the means used to infringe; whether it is inevitable that these means will be used to infringe; and the degree of control which the authoriser retains and whether he has taken any steps to prevent infringement. These circumstances provide much latitude to come to a decision tailored to a specific case. The knowledge element seems to be absent. However, in *Dramatico v Sky*, the court read the objective and intention of the authoriser into the element of the 'inevitability of infringement'".

¹³⁸ Nell'ambito della concorrenza sleale italiana, dolo e colpa non sono considerati elementi costitutivi delle fattispecie più direttamente connesse con la violazione di un diritto di proprietà intellettuale. L'elemento soggettivo, invece, rileva rispetto a fattispecie ulteriori che la giurisprudenza ha enucleato a partire da quella norma, come la concorrenza sleale per terzo interposto, lo storno di dipendenti e il boicottaggio. Si veda, in merito, Gustavo Ghidini, *La concorrenza sleale*, UTET, 2001, pp. 227 e ss. Inoltre, l'elemento soggettivo rileva, ai sensi dell'articolo 2600 c.c., ai fini del risarcimento del danno, pur sussistendo anche in quel caso una presunzione di colpa del concorrente sleale.

¹³⁹ Come riporta Maurice Schellekens, "Reframing hyperlinks in copyright", cit., p. 406, peraltro, la giurisprudenza dei Paesi Bassi è piuttosto univoca sul punto: "The latter case law is based on general tort law. In *Real Networks v Edskes*, it was held that a link facilitates the download of a work and that that is unlawful under circumstances. These circumstances include that the link structurally, systematically and intentionally facilitates the downloading of infringing content. In *X v Noordhoff*, the court found indirect infringement because the links made it much easier to access the works and they detracted from the normal exploitation by the right holder. The Appeals Court in *Sanoma v Geen Stijl* held that *Geen Stijl*'s links to certain photos on public internet locations was an indirect infringement. The circumstances leading the court to this decision were *Geen Stijl*'s knowledge that the photos were unlawfully publicised and the fact that *Geen Stijl*'s public could not have easily found the photos without the help (i.e. the hyperlinks) of *Geen Stijl*, giving the links a highly facilitative character".

¹⁴⁰ Si tratta degli articoli 22 ("Secondary infringement: importing infringing copy"), 23 ("Secondary infringement: possessing or dealing with infringing copy"), 24 ("Secondary infringement: providing means for making infringing

norme contemplano la sussistenza di una responsabilità secondaria per la violazione del diritto d'autore nella misura in cui il soggetto che pone in essere l'atto rilevante "conosce o aveva ragione di conoscere" la sussistenza di una violazione posta in essere dal contraffattore diretto.

La contraffazione indiretta non è mai stata oggetto di armonizzazione a livello europeo. Frammenti di armonizzazione, tuttavia, si rinvencono rispetto a violazioni dei diritti di proprietà intellettuale poste in essere attraverso intermediari, in particolare gli internet service provider di cui si è detto nei paragrafi che precedono. In quel genere di situazioni, la contraffazione diretta è posta in essere da un terzo, mentre la condotta dell'intermediario viene in rilievo nella misura in cui "consente" la violazione primaria. L'elemento soggettivo è una condizione imprescindibile per il perfezionamento della responsabilità secondaria. Una violazione indiretta¹⁴¹ dell'ISP sussiste a condizione che l'intermediario abbia "effettiva conoscenza" della natura illecita dei contenuti trasmessi o memorizzati.¹⁴²

La contraffazione indiretta è considerata con diffidenza negli ordinamenti continentali. L'integrazione giuridica europea e la circolazione dei modelli che ne sta conseguendo, tuttavia, rendono il quadro piuttosto fluido. In sede di ratifica dell'Accordo sul Tribunale Unificato dei Brevetti, ad esempio, sta per fare ingresso negli ordinamenti che aderiscono al Trattato una norma che introduce un'ipotesi di responsabilità indiretta in capo a un terzo che non commette alcuna violazione del brevetto, ma che fornisce "i mezzi relativi a un elemento indispensabile di tale invenzione e necessari" per l'attuazione dell'invenzione. Anche in quel caso, la sussistenza di un atto illecito è subordinata alla presenza dell'elemento soggettivo in capo al contraffattore indiretto, potendo tale diritto essere azionato nella sola misura in cui "il terzo abbia conoscenza dell'idoneità e della destinazione di detti mezzi ad attuare l'invenzione o sia in grado di averla con l'ordinaria diligenza".¹⁴³ Nel prossimo futuro, ulteriori

copies"), 25 ("Secondary infringement: permitting use of premises for infringing performance") e 26 ("Secondary infringement: provision of apparatus for infringing performance, &c").

¹⁴¹ I soggetti di una violazione così descritta e la diversa natura delle loro condotte sono ben identificate nel considerando 59 della Direttiva sulla Società dell'Informazione, ai sensi del quale il contraffattore diretto "viola" il diritto, mentre l'intermediario si limita a "consentire" tale violazione: "In particolare in ambito digitale, i servizi degli intermediari possono essere sempre più utilizzati da terzi per attività illecite. In molti casi siffatti intermediari sono i più idonei a porre fine a dette attività illecite. Pertanto fatte salve le altre sanzioni e i mezzi di tutela a disposizione, i titolari dei diritti dovrebbero avere la possibilità di chiedere un provvedimento inibitorio contro *un intermediario che consenta violazioni in rete da parte di un terzo* contro opere o altri materiali protetti. [...]" (enfasi aggiunta).

¹⁴² Si veda, in particolare, il paragrafo 4 del presente capitolo.

¹⁴³ Articolo 4 del Disegno di Legge relativo alla "Ratifica ed esecuzione dell'Accordo su un tribunale unificato dei brevetti, con Allegati, fatto a Bruxelles il 19 febbraio 2013" del 18 ottobre 2016, che propone di introdurre, nell'articolo 66 c.p.i., anche i seguenti nuovi comma: "2-bis. Il brevetto conferisce al titolare anche il diritto esclusivo di vietare ai terzi, salvo proprio consenso, di fornire o di offrire di fornire a soggetti diversi dagli aventi diritto all'utilizzazione dell'invenzione brevettata i mezzi relativi a un elemento indispensabile di tale invenzione e necessari per la sua attuazione nel territorio di uno Stato in cui la medesima sia protetta, qualora il terzo abbia conoscenza dell'idoneità e della destinazione di detti mezzi ad attuare l'invenzione o sia in grado di averla con l'ordinaria diligenza.

2-ter. Il comma 2-bis non si applica quando i mezzi sono costituiti da prodotti che si trovano correntemente in commercio, a meno che il terzo non induca il soggetto a cui sono forniti a compiere gli atti vietati ai sensi del

ipotesi di violazione indiretta potrebbero essere introdotte anche nel campo del diritto d'autore. E' questa la direzione che sembra avere intrapreso la serie di riforme connesse alla modernizzazione del Mercato Unico Digitale. In quel contesto, la Commissione ha a più riprese sostenuto che il ruolo fondamentale che gli intermediari hanno assunto nella circolazione delle informazioni "comporta necessariamente maggiori responsabilità" in relazione alle violazioni dirette poste in essere dai loro utenti.¹⁴⁴

Tornando al quesito che ci si era inizialmente posti, la rassegna degli istituti in cui rileva lo *status of mind* del soggetto in conflitto con il titolare sembra suggerire che, rispetto ai fornitori di link a opere illecite, la comunicazione al pubblico tratteggiata nella decisione *GS Media* sia un diritto sostanzialmente relativo. Nell'operare il bilanciamento tra esigenze di tutela del diritto d'autore e quelle di circolazione delle informazioni, la Corte di Giustizia ha privato il diritto di comunicazione al pubblico della natura *erga omnes* che caratterizza i diritti di proprietà (anche) intellettuale. La circostanza che la sua sussistenza dipenda dalla consapevolezza che un terzo ha dell'illecito pone il diritto di comunicazione al pubblico rispetto a link a opere illecite sullo stesso piano di un illecito aquiliano da concorrenza sleale o di una violazione indiretta di un diritto di proprietà intellettuale.

Rispetto alla comunicazione al pubblico effettuata tramite link a opere illecite, tuttavia, manca la contraffazione diretta. Non sussiste, in altre parole, la possibilità per i titolari di esercitare il diritto a loro discrezione, in forza della sola pienezza dell' esclusiva, perché l'esclusiva senza l'elemento soggettivo del terzo semplicemente non sussiste.¹⁴⁵ Un quadro che, almeno a livello teorico, non deve sembrare incoraggiante ai fini dell'"alto livello di tutela" del diritto d'autore che la Corte continua ad affermare di voler garantire.¹⁴⁶

comma 2."

¹⁴⁴ Anche in termini di tutela dei diritti di proprietà intellettuale. In merito, si veda la *Comunicazione* della Commissione Europea intitolata *Le piattaforme online e il mercato unico digitale - Opportunità e sfide per l'Europa* del 25 maggio 2016: "Per molte componenti della società, in termini di accesso alle informazioni e ai contenuti, le piattaforme svolgono un ruolo sempre più importante, che comporta necessariamente maggiori responsabilità. L'attuale regime di responsabilità relativo ai prestatori intermedi di servizi, definito dalla direttiva sul commercio elettronico è stato concepito in un'epoca in cui le piattaforme online non presentavano le caratteristiche e la portata che hanno oggi". In merito al diritto d'autore, nella *Comunicazione* in questione si afferma che "sono emerse nuove forme di distribuzione dei contenuti online, grazie alle quali i contenuti protetti dal diritto d'autore caricati dagli utilizzatori finali vengono messi a disposizione del pubblico. [...] Nel contesto della valutazione e della modernizzazione dell'applicazione dei diritti di proprietà intellettuale, la Commissione stabilirà il ruolo che gli intermediari potranno svolgere nella tutela dei diritti di proprietà intellettuale, anche per quanto riguarda le merci contraffatte, e prenderà in considerazione la possibilità di modificare il quadro giuridico specifico relativo all'applicazione di tali diritti".

¹⁴⁵ Come espressamente sottolineato nella decisione *Svensson*, inoltre, gli Stati Membri non sono autorizzati ad interpretare il diritto di comunicazione al pubblico di cui all'articolo 3, comma 1, della Direttiva sulla Società dell'Informazione in modo difforme rispetto a quanto stabilito dalla Corte di Giustizia. La sentenza *GS Media*, quindi, ha anche escluso che un diritto assoluto di comunicazione al pubblico possa sorgere in qualsiasi Paese dell'Unione Europea in materia di linking a opere illecite.

¹⁴⁶ Optare per una tutela fondata sull'attribuzione ai fornitori di link di una responsabilità solo indiretta si risolve nella creazione di un quadro giuridico in cui i titolari sono privati di efficaci e uniformi strumenti di protezione sul territorio dell'Unione, in aperto contrasto con gli obiettivi della stessa Direttiva sulla Società dell'Informazione, sostiene Alexander Tsoutsanis, "Why copyright and linking can tango", *cit.*, p. 502. Nel caso in cui la Corte avesse concluso per l'impossibilità di considerare la fornitura di link a un'opera una comunicazione al pubblico ai sensi dell'articolo 3, comma 1, della Direttiva sulla Società dell'Informazione, infatti, ai titolari dei diritti di proprietà

Dall'altro lato, il declassamento della comunicazione al pubblico a diritto relativo risponde a una precisa esigenza di bilanciamento. Il potere assoluto derivante da un diritto proprietario, secondo cui l'uso di un bene senza il consenso del titolare costituisce una violazione di per sé, mal si concilia con lo strumento del linking e con le pratiche quotidiane in cui viene impiegato. L'introduzione di una serie di criteri costitutivi ulteriori, primo tra tutti quello soggettivo, è quindi funzionale a rendere l'analisi delle fattispecie in violazione più flessibile e bilanciata rispetto ai diversi interessi in gioco.

Prima della decisione *GS Media*, diversi Autori avevano segnalato l'opportunità di valutare la violazione dei diritti sulle opere oggetto di link (anche o solo) sulla base della concorrenza sleale o degli istituti di *contributory infringement* presenti nelle diverse legislazioni nazionali. In questo modo, era stato osservato, le Corti europee e nazionali avrebbero potuto mantenere lo spazio di libertà necessario per valutare in maniera flessibile le situazioni, i soggetti, le intenzioni e gli interessi coinvolti nelle diverse ipotesi di violazione di un diritto tramite linking.¹⁴⁷ Che la Corte abbia aderito a queste istanze snaturando uno dei più importanti diritti di sfruttamento economico d'autore potrebbe essere significativo della poca

intellettuale non sarebbe rimasta altra scelta che agire contro chi colloca collegamenti a opere illecite in base ai ventotto istituti di concorrenza sleale o *contributory infringement* previsti dalle norme degli Stati Membri.

¹⁴⁷ Di questo avviso, ad esempio, Alessandro Cogo, "Linking e framing al vaglio della Corte di Giustizia dell'Unione Europea", *cit.*, pp. 2206 e 2207, secondo cui un bilanciamento ideale tra le istanze di protezione dei titolari dei diritti e quelle di libera circolazione dei contenuti poteva raggiungersi, come infine è stato, adottando "quale criterio di soluzione la consapevolezza da parte del linker della natura illecita della comunicazione primaria. Per questa via, la sua responsabilità non deriverebbe di per sé dalla pubblicazione del link, che resta in linea di principio un'attività libera, ma dal porre in essere o dal perseverare in un'azione che il linker sa essere funzionale alla violazione di diritti d'autore di terzi, ad esempio perché ha ricevuto dal titolare del diritto una diffida ad eliminare il collegamento ipertestuale ed è dunque consapevole di partecipare ad un'attività potenzialmente illecita". Lo stesso Autore sottolinea come, così facendo, "il linking non si configurerebbe qui come una comunicazione di secondo grado non autorizzata, mancandone i presupposti. Non avrebbe dunque natura d'illecito autonomo ed acquisirebbe invece rilevanza come una forma di partecipazione consapevole all'illecito posto in essere dal gestore del sito-bersaglio, del quale amplifica gli effetti e dal quale trae vantaggio". Nello stesso senso anche Maurice Schellekens, "Reframing hyperlinks in copyright", *cit.*, p. 407: "links to 'unauthorised material' are hard to avoid completely without altering the way the internet functions, while on the other hand the right holder cannot be left unprotected against links that unacceptably compromise the exploitation of their works. This requires tailor-made solutions that are hard to realise under the right to communication to the public without decreasing the protections copyright offers to right holders. Here it is argued that indirect infringement is a better instrument [...] the required flexibility can be obtained while safeguarding the relevant fundamental rights. Ideally, indirect copyright infringement would be harmonised in the EU. However, there is no need to await harmonisation". E' un auspicio condiviso anche da Lionel Bently e Altri della European Copyright Society, "The Reference to the CJEU in Case C-466/12 Svensson", *cit.*, punto 57: "in so far as 'framing' leads Internet users to believe that the material that they see originates with the framer, rather than with the website where it is published, this act may amount to unfair competition". Lo stesso auspicio è condiviso da Ben prima, l'approccio gradato e flessibile garantito dall'ambito di protezione proprio delle norme che regolano le violazioni indirette era stato indicato quale percorso preferibile per governare il fenomeno del linking, almeno per quanto attiene ai link semplici, anche da Ignacio Javier Garrote, "Linking and framing: a comparative law approach", *cit.*, 24(4), p. 196: "Policy considerations, involving especially First Amendment concerns and freedom of expression, suggest that explicit permission to establish a normal link to a web page should not be required. However, a website owner should be allowed to notify a linking site that the link is unwelcome in a particular case. With proper notice, the link should be removed within a reasonable period of time. If the link is provided to a website that only posts materials that are already in the public domain, the linked site owner might rely on other laws to prevent linking. However, deep links, embedded links and frames should only be permitted on licence or permission from the copyright owner of the linked site. It is difficult to say, however, whether these rules should be set out by the legislator or by the courts. Professor Trotter Hardy suggests that in cyberspace it is better, so far, to take a case-by-case approach, as we do not know how the internet will evolve".

idoneità di un diritto di stampo proprietario a regolare condotte digitali che si fondano sempre meno sulla proprietà e sempre più sull'accesso.¹⁴⁸ Nonché, probabilmente, della tendenza espansionistica dell'attività di armonizzazione della Corte.

E' probabile che la violazione indiretta sia il regime che meglio si adatta a un'analisi flessibile e giusta delle diverse situazioni che coinvolgono il linking. Nessuna Direttiva o Regolamento europeo, tuttavia, uniforma istituti quali la violazione indiretta, la concorrenza sleale o la responsabilità secondaria in maniera unitaria. La Corte, quindi, era ed è formalmente impossibilitata a pronunciarsi in materia di contraffazione indiretta.¹⁴⁹

Ritenendo inopportuno qualificare la fornitura di collegamenti a un'opera illecita come una violazione diretta del diritto d'autore e non esistendo un regime di *contributory infringement* europeo, la Corte ha trasformato la comunicazione al pubblico in un diritto relativo esercitabile solo attraverso un'azione in tutto analoga a quella per contraffazione indiretta. Con la decisione *GS Media*, in altre parole, è stato introdotto per via giurisprudenziale il primo istituto di violazione indiretta del diritto d'autore armonizzato a livello europeo.¹⁵⁰ Il che fornisce l'ultimo tassello per rispondere alla domanda che ci si è posti all'inizio del presente paragrafo e, ancora prima, nel capitolo introduttivo di questo lavoro: quali sono gli effetti del Sistema elaborato dalla Corte sul diritto d'autore e, in particolare, sulla comunicazione al (e sulla messa a disposizione del) pubblico?

L'analisi delle decisioni della Corte di Giustizia in materia di linking sembrano avvalorare l'ipotesi secondo cui la messa a disposizione del pubblico costituisce un'esclusiva diversa rispetto al diritto di comunicazione al pubblico che pure, formalmente, la include. Il dichiarato

¹⁴⁸ E' significativo che il tentativo di mitigare le rigidità del paradigma proprietario passi per la mutazione di criteri previsti dalle discipline del *contributory infringement* / concorrenza sleale. Queste ultime sono tradizionalmente legate al diritto di proprietà intellettuale, tanto da aver svolto in più circostanze il ruolo di "incubatore" di nuove esclusive immateriali, tutelate in un primo momento attraverso norme concorrenziali e codificate solo dopo sotto forma di nuovi diritti di proprietà intellettuale; si veda, in merito, Annette Kur, "What to protect, and how? Unfair competition, intellectual property, or protection *sui generis*", in Nari Lee - Guido Westkamp - Annette Kur - Nsgar Ohly, *Intellectual Property, unfair competition and publicity - Convergences and development*, Edward Elgar, 2014, p. 19: "a line of jurisprudence becomes the forerunner of a codified intellectual property (or *sui generis*) right, i.e. where unfair competition has served as 'incubator' for new types of rights". Il percorso, in *GS Media*, però, sembra inverso. Non è più la disciplina delle violazioni indirette, interpretata e sviluppata nel diritto vivente, a ispirare la codificazione di nuovi diritti d'autore. Sono i vecchi diritti d'autore, poco adattabili e poco adatti a cogliere le peculiarità delle nuove sfide, a perdere la loro natura proprietaria e a trasformarsi in *tort*.

¹⁴⁹ Un fatto, questo sottolineato anche da Maurice Schellekens, "Reframing hyperlinks in copyright", *cit.*, p. 407: "As a court, the CJEU cannot harmonise indirect infringement. This is rather a task that the EU Commission could take up, perhaps as part of the Digital Single Market initiative. In this context, it is already looking into the liability for online intermediaries. 58 The exemptions from liability for hosting providers have a close connectivity with indirect copyright infringement and in national jurisdictions internet intermediaries are often dealt with under indirect infringement theories. The ever-growing possibilities of ICT to distribute tasks over multiple actors (e.g. in cloud computing) will only increase the need for a coherent framework for indirect copyright infringement".

¹⁵⁰ Si veda, in questo senso, Joel Smith - Heather Newton, "Hyperlinking to material on the internet: the CJEU expands on the circumstances when it may amount to copyright infringement", *cit.*, p. 770, che osservano come l'approccio della Corte sia andato ben oltre l'ambito proprio del diritto d'autore: "Traditionally, liability for primary acts of infringement is not dependent on the knowledge of the infringer as to whether they are infringing copyright. However, by bringing consideration of the knowledge of the user into the test for whether there has been a deliberate act of communication, the CJEU has changed this for infringement under art.3(1) of the Directive. This is a new and significant development, which arguably goes beyond the remit of the CJEU in interpreting the Copyright Directive".

rapporto di genere a specie che intercorrerebbe tra i due diritti, quindi, non sembra aver confinato la nozione di messa a disposizione entro i limiti del diritto di comunicazione al pubblico. Anzi. Proprio in virtù del diritto di messa a disposizione, la comunicazione al pubblico ha prima esteso i suoi confini, sì da ricomprendere un'attività che difficilmente avrebbe potuto configurarsi come "comunicazione". Salvo poi, per scongiurare le conseguenze di quell'espansione, contrarsi e mutare in un'esclusiva diversa e distante rispetto alla famiglia dei diritti assoluti cui pure dovrebbe appartenere.

Di buono, in questo percorso, c'è una rinnovata attenzione della Corte di Giustizia rispetto alle esigenze complesse che il delicato rapporto tra diritto e tecnologia ha sempre presentato e che sempre di più presenterà. Un po' meno entusiasmante, invece, è che a queste esigenze la Corte ritenga di poter rispondere con un iper-attivismo che travalica, forse, il quadro istituzionale in cui è chiamato a operare un organo giurisdizionale.

BIBLIOGRAFIA

Alvanini S., "La responsabilità dei service providers", in *Il Dir. Ind.* 2010, 4, pp. 329 e ss.;

Aplin T., "Factoring the public interest into private enforcement of copyright", in Montagnani M.L. - Borghi M. (a cura di), *Proprietà Digitale - Diritti d'autore, nuove tecnologie e digital rights management*, Egea, 2006, pp. 165 e ss.;

Arezzo E., "Copyright enforcement on the internet in the European Union: Hyperlinks and making available right", in Torremans P. (a cura di), *Research Handbook on Cross-border Enforcement of Intellectual Property*, Edward Elgar Publishing 2014, pp. 819 e ss;

Arezzo E., "Hyperlinks and Making Available Right in the European Union - What Future for the Internet After Svensson?", in *IIC* 2014, pp. 524 e ss;

Arnerstål S., "Licensing digital content in a sale of goods context", in *GRUR Int.* 2015, pp. 882 e ss.;

Association Littéraire et Artistique Internationale, "Report and Opinion on the making available and communication to the public in the internet environment – focus on *linking techniques* on the Internet", in *EIPR* 2014, 36(3), pp. 149 e ss;

Association Littéraire et Artistique Internationale, *A Berne-compatible reconciliation of hyperlinking and the communication to the public right on the internet*, 2015, disponibile all'indirizzo <http://www.alai.org/en/assets/files/resolutions/201503-hyperlinking-report-and-opinion-2.pdf>;

Association Littéraire et Artistique Internationale, *Opinion on the criterion 'New Public', developed by the Court of Justice of the European Union (CJEU), put in the context of making available and communication to the public*, 2014, disponibile all'indirizzo <http://www.alai.org/en/assets/files/resolutions/2014-opinion-new-public.pdf>;

Auteri P., "Fattispecie costitutiva e soggetti", in Auteri P. - Florida G. - Mangini V. - Olivieri G. - Ricolfi M. - Spada P., *Diritto Industriale - Proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappichelli, 2012, quarta edizione, pp. 581 e ss.;

Baker A., "EU Copyright Directive: Can a Hyperlink be a 'Communication to the Public'?", in *Computer and Telecommunications Law Review* 2014, pp. 100 e ss.;

Bechtold S., in Thomas Dreier - P. Bernt Hugenholtz, *Concise European Copyright Law*, Seconda Edizione, Wolters Kluwer 2016, pp. 421 e ss.;

Bellan A., "Intellectual property liability of consumers, facilitators and intermediaries: the position in Italy", in Heath C. - Kamperman Sanders A. (a cura di), *Intellectual property liability of consumers, facilitators, and intermediaries*, Wolters Kluwer, 2012, pp. 87 e ss.;

Bellan A., "Per una reasonable liability: critiche alla responsabilità oggettiva dei provider e tutela dei diritti su internet", in *Il Dir. Ind.* 2012, 3, pp. 243 e ss.;

Bently L. - Brad Sherman, *Intellectual Property Law*, terza edizione, Oxford University Press, 2009;

Bently L. e Altri, "The Reference to the CJEU in Case C-466/12 Svensson", *University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 6/201*, 15 febbraio 2013;

Berners-Lee T., "Links and Law", in *Commentary on Web Architecture*;

Bertoni A. - Montagnani M.L., "Il ruolo degli intermediari Internet tra tutela del diritto d'autore e valorizzazione della creatività in rete", in *Giur. Comm.* 2013, pp. 537 e ss.;

Bertoni A. - Montagnani M.L., "La modernizzazione del diritto d'autore e il ruolo degli intermediari internet quali propulsori delle attività creative in rete", in *Dir. Informatica* 2015, pp. 111 e ss.;

Bocchini R., *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico. Contributo allo studio dell'illecito plurisoggettivo permanente*, Esi, 2003;

Bolter N. - Dickson G., "Courts address the social media-copyright clash", in *Managing Intellectual Property* 2014, pp. 39 e ss.;

Bonelli G., "Il sito web quale opera dell'ingegno", in *Dir. Informatica* 2002, pp. 199 e ss.;

Borruso R. - Tiberi C., *L'informatica per il giurista - Dal bit a internet*, seconda edizione, Giuffrè, 2001;

Breakey H., "Properties of copyright - Exclusion, exclusivity, non-interference and authority", in Howe H.R. - Griffiths J. (a cura di), *Concepts of property in intellectual property law*, Cambridge University Press, 2013, pp. 6 e ss.;

Burri M., "Permission to Link: Making Available via Hyperlinks in the European Union after Svensson", in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law* 2014, Vol. 5, pp. 245 e ss.;

Bussani M. - Palmer V.V., *Pure Economic Loss in Europe*, Cambridge University Press, 2003;

Bussani M., *Il Diritto dell'Occidente - Geopolitica delle regole globali*, Einaudi, 2010;

Bussani M., *La colpa soggettiva - Modelli di valutazione della condotta nella responsabilità extracontrattuale*, CEDAM, 1991;

Cahir J., "The structure of control - Communication systems and copyright law", in Westkamp G. (a cura di), *Emerging issues in intellectual property: trade, technology and market freedom: essays in honour of Herchel Smith*, Edward Elgar, 2007, pp. 73 e ss.;

Caso R., "Il Signore degli Anelli nel ciberspazio: controllo delle informazioni e Digital Rights Management", in Montagnani M.L. - Borghi M. (a cura di), *Proprietà Digitale - Diritti d'autore, nuove tecnologie e digital rights management*, Egea, 2006, pag. 109 e ss.;

Clark B. - Tozzi S., "'Communication to the public' under EU Copyright Law: an increasingly delphic concept or intentional fragmentation?", in *European Intellectual Property Review* 2016, Vol. 12, pp. 715 e ss.;

Clark B., "ECJ decides in French Google Adword referrals: more seek than find?", in *Journal of Intellectual Property Law and Practice* 2010, 5, pp. 477 e ss.;

Cock M. - Van Asbroeck B., "Le critère du 'public nouveau' dans la jurisprudence de la Cour de Justice", in *Intellectuele Rechten - Droits Intellectuels* 2015, Vol. 4, pp. 259 e ss.;

Cogo A., "La comunicazione al pubblico negli alberghi", in *AIDA* 2007, pp. 503 e ss.;

Cogo A., "Linking e framing al vaglio della Corte di Giustizia dell'Unione Europea", in *Giur. It.* 2014, pp. 2201 e ss.;

Colangelo G., "L'enforcement del diritto d'autore nei servizi cloud", in *Dir. Aut.* 2012, 2, pp. 64 e ss.;

Collins M., *The Law of Defamation and the Internet*, Oxford University Press, 2010;

Comella C., "Indici sommari, ricerche e aspetti tecnici della 'de-indicizzazione'", in *Dir. Informatica* 2014, fasc.4-5, pp. 177 e ss.;

Commissione Europea, *Le piattaforme online e il mercato unico digitale - Opportunità e sfide per l'Europa del 25 maggio 2016*, {SWD(2016) 172 final}, 2016;

Commissione Europea, *Prima relazione in merito all'applicazione della direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno*, 2003;

Commissione Europea, *Proposal for a European Parliament and Council Directive on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the Information Society*, COM(97) 628 final, 1998;

Cornthwaite J., "AdWords or Bad Words? A UK perspective on keywords and trade mark infringement", in *EIPR* 2009, 7, pp. 347 e ss.;

Cornthwaite J., "To key or not to key? The judgement of the European Court of Justice in the Google France AdWords cases", in *EIPR* 2010, pp. 352 e ss.;

Cuomo L., "La Cassazione affonda la baia dei pirati", in *Cass. pen.* 2011, pp. 1102 e ss.;

Danzigera S. - Levav J. - Avnaim-Pessoa L., "Extraneous factors in judicial decisions", in *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America* 2011, Vol. 108, n. 17, pp. 6889 e ss.;

De Beer. J - Burri M., "Transatlantic Copyright Comparisons: Making Available via Hyperlinks in the European Union and Canada", in *EIPR* 2014, Vol. 2, pp. 95 e ss.;

De Cata M., *La responsabilità civile dell'Internet service provider*, Giuffrè, 2010;

De Miguel Sensio P.A., "Social Networking Sites: An Overview of Applicable Law Issues", in *AIDA* 2011, pp. 3 e ss.;

De Sanctis V.M., *I soggetti del diritto d'autore*, Giuffrè, 2005;

De Sanctis V.M., *Manuale del Nuovo Diritto d'Autore*, Editoriale Scientifica, 2010;

Depreeuw S., *The variable scope of the exclusive economic rights in copyright*, Information Law Series, Kluwer Law International, 2014;

Di Ciommo F., *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, Esi, 2003;

Di Mico P., "Il rapporto tra diritto di autore e social network: un nuovo capitolo, ma non l'ultimo", in *Dir. Aut.* 2010, 3, pp. 262 e ss.;

Dreier T. - Hugenholtz P.B., *Concise European Copyright Law*, Seconda Edizione, Wolters Kluwer 2016;

Dutfuekd G. - Suthersanen U., *Global intellectual property Law*, Edward Elgar, 2008;

Beyer K.E., "Taking the 'Hype' Out of Hyper-Linking: Linking Online Content Not Grounds for U.S. Copyright Infringement", in *Idea: The Intellectual Property Law Review*, 55, pp. 6 e ss.;

Fabiani M., *Diritto d'autore e diritti degli artisti interpreti o esecutori*, Giuffrè, 2004;

Ficsor M., *The Law of Copyright and the Internet*, Oxford University Press, 2002;

Ficsor M.J., "Svensson and the CJEU's 'new public' theory: what the E.U. may learn from the U.S. to avoid judicial lapses", *Fordham Intellectual Property Law Institute & Emily C. & John E. Hansen Intellectual Property Institute, 23rd Annual Intellectual Property Law & Policy Conference*, aprile 2015;

Ficsor M.J., "Svensson: honest attempt at establishing due balance concerning the use of hyperlinks – spoiled by the erroneous 'new public' theory", in *Copyright See-Saw 2014*;

Ficsor M.J., *Guide to the copyright and related rights treaties administered by WIPO and glossary of copyright and related rights terms*, WIPO, Ginevra, 2003;

Floridia G., "Risarcimento del danno e reversione degli utili nella disciplina della proprietà industriale", in *Il Dir. Ind.* 2012, 5, pp. 7 e ss.;

Franceschelli V., "Sul controllo preventivo del contenuto dei video immessi in rete e i provider. A proposito del caso Google/Vividown", in *Riv. Dir. Ind.* 2010, pp. 4 e ss.;

Galgano F. (a cura di), *Commentario del Codice Civile*, Zanichelli, 2008;

Galli C. - Contini A., "Stampanti 3D e proprietà intellettuale: opportunità e problemi", in *Riv. Dir. Ind.* 2015, fasc.3, 2015, pp. 115 e ss.;

Galli C. - Gambino A. (a cura di), *Codice commentato della Proprietà Industriale ed Intellettuale*, Giuffré 2011;

Galli P., "Artt. 15, 16 e 17 l.a.", in Ubertazzi L.G. (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, quinta edizione, CEDAM, 2012, pp. 1399 e ss.;

Gardini G., *Le regole dell'informazione: Dal cartaceo al bit*, Giappichelli, terza edizione, 2014;

Garrote I.J., "Linking and framing: a comparative law approach", in *European Intellectual Property Review* 2002, 24(4), pp. 184 e ss.;

Geiger C. e Altri, *Opinion of the CEIPI on the European Commission's copyright reform proposal, with a focus on the introduction of neighbouring rights for press publishers in EU law*, 28 novembre 2016, disponibile all'indirizzo http://www.ceipi.edu/fileadmin/upload/DUN/CEIPI/Documents/CEIPI_Opinion_on_the_introduction_of_neighbouring_rights_for_press_publishers_in_EU_final.pdf;

Geiger C., "Intellectual Property shall be protected!? Article 17(2) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union: a mysterious provision with an unclear scope", in *European Intellectual Property Review* 2009, 31, pp. 113 e ss.;

Geronimo V., "Tarantino v Gawker: the news, hyperlinking, & contributory infringement liability", in *Fordham Intellectual Property Media & Entertainment Law Journal* 2014, 25, pp. 307 e ss.;

Ghidini G., "Exclusion and Access in Copyright Law: The Unbalanced Features of the European Directive 'On Information Society' (InfoSoc)", in *Rivista di Diritto Industriale* 2013, Vol. 62, Fasc. 1, pp. 5 e ss.;

Ghidini G., *La concorrenza sleale*, UTET, 2001;

Ghidini G., *Profili Evolutivi del Diritto Industriale*, terza edizione, Giuffrè Editore, 2015;

Ginsburg J., "Hyperlinking and 'making available'", in *EIPR* 2014, 36(3), pp. 147 e ss.;

Ginsburg J.C., "From Having Copies to Experiencing Works: the Development of an Access Right in U.S. Copyright Law", in *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.* 2003, 50, pp. 113 e ss.;

Ginsburg J.C., "Hyperlinking and 'making available'", in *EIPR* 2014, 36(3), pp. 147 e ss.;

Ginsburg J.C., "The (New?) Right of Making Available to the Public", in D. Vaver - L. Bently (a cura di), *Intellectual Property in the New Millennium – Essays in Honour of William R. Cornish*, Cambridge University Press, 2004, pp. 234 e ss.;

Ginsburg J.C., "Toward International Copyright Law? The WTO Panel Decision and the 'Three-Step Test' for Copyright Exceptions", in *Revue Internationale du Droit d'Auteur* 2001;

Goldstein P. - Hugenholtz P.B., *International Copyright: Principles, Law and Practice*, Oxford University Press, 2001;

Guglielmetti G., "Il diritto di comunicazione e messa a disposizione del pubblico", in *AIDA* 2010, pp. 147 e ss.;

Guglielmetti G., "Riproduzione e riproduzione temporanea", in *AIDA* 2002, pp. 3 e ss.;

Guidobaldi L., "You Tube e la diffusione di opere protette dal diritto d'autore: ancora sulla responsabilità dei providers tra hoster attivi, conoscenza dell'illecito e obbligo di sorveglianza", in *Rivista dell'informazione e dell'informatica* 2010, pp. 278 e ss.;

Heath C. - Kamperman Sanders A. (a cura di), *Intellectual property liability of consumers, facilitators, and intermediaries*, Wolters Kluwer, 2012;

Höppner T. - Rieger F., "Moving Towards a World of Selfies? – A Critical View of the European Legal Framework for the Online Use of Third Party Images", in *GRUR Int.* 2016, pp. 633 e ss;

Howe H.R. - Griffiths J. (a cura di), *Concepts of property in intellectual property law*, Cambridge University Press, 2013;

Hugenholtz P.B. - Van Velze S.C., "Communication to a New Public? Three reasons why EU copyright law can do without a 'new public'", in *IIC* 2016, Vol. 47, 7, pp. 797 e ss.;

Jackson J. e Altri, "Why Do People Comply with the Law? Legitimacy and the Influence of Legal Institutions", in *British Journal of Criminology* 2012, Vol. 52, n. 6;

Jarvis J., "Hacks should do what they do best and link to the rest", in *The Guardian*, 30 aprile 2007;

Kloth M., "Rechteinhaber muss Fehlen der Zustimmung zum Hochladen beim 'Framing' beweisen", in *GRUR-Prax* 2016, pp. 484 e ss.;

Koehler W., "A Longitudinal Study of Web Pages Continued: A Consideration of Document Persistence", in *Information Research* 2004, 9(2) paper 174;

Koolen C., "The Use of Hyperlinks in an Online Environment: Putting Links in Chains?", in *GRUR Int.* 2016, pp. 867 e ss.;

Kretschmer M. - Dusollier S. - Geiger C. - P. Bernt Hugenholtz, "The European Commission's Public Consultation on the Role of Publishers in the Copyright Value Chain: A Response by the European Copyright Society", in *EIPR* 2016, Vol. 38, n. 10;

Kulk S., "Search Engines - Searching for trouble?", in *EIPR* 2011, 33, pp. 10 e ss.;

Kumar V. e Altri, "The New York Times Paywall", in *Harvard Business School Case* 512-077, febbraio 2012;

Kur A., "What to protect, and how? Unfair competition, intellectual property, or protection sui generis", in Lee N. - Westkamp G. - Kur A. - Ohly N., *Intellectual Property, unfair competition and publicity - Convergences and development*, Edward Elgar, 2014, pp. 11 e ss.;

Lauinger T. e Altri, "Holiday Pictures or Blockbuster Movies? Insights into Copyright Infringement in User Uploads to One-Click File Hosters", in Salvatore J. Stolfo - Angelos Stavrou - Charles V. Wright (a cura di), *Research in Attack, Intrusions, and Defenses*, Springer, 2013, pp. 369 e ss.;

Lessig L., *Free culture: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*, Penguin, 2004;

Lessig L., *Remix: Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy*, Penguin, 2008;

Lopez Tarruella A. (a cura di), *Google and the Law*, Springer, 2012;

MacQueen H. - Waelde C. - Laurie G. - Brown A., *Contemporary Intellectual Property - Law and Policy*, II Edizione, Oxford University Press;

Makeen M.F., *Copyright in A Global Information Society: the Scope of Copyright Protection Under International, US, UK and French Law*, Kluwer Law, 2000;

Mansani L., "Contenuti generati dagli utenti", in *AIDA* 2011, pp. 244 e ss.;

Mansani L., "La pubblicità tramite parole chiave (keyword)", in *Studi in memoria di Paola Frassi*, Giuffrè 2010, pp. 471 e ss.;

Mantelero A., "La responsabilità degli intermediari di rete nella giurisprudenza italiana alla luce del modello statunitense e di quello comunitario", in *Contratto e Impresa/Europa* 2010, pp. 529 e ss.;

Mantelero A., "La responsabilità on-line: il controllo nella prospettiva dell'impresa", in *Dir. Informatica* 2010, pp. 405 e ss.;

Mantelero A., "La tutela del diritto d'autore verso nuove strategie nei rapporti fra titolari ed intermediari", in Pizzetti F. (a cura di), *Il caso del diritto di autore*, seconda edizione, Giappichelli, 2013, pp. 149 e ss.;

Mezei P., "Enter the matrix: the effects of the CJEU's case law on linking and streaming technologies", in *GRUR Int.* 2016, pp. 887 e ss.;

Minero G., "Are hyperlinks covered by the right to communicate works to the public? The *Svensson* case", *Queen Mary Journal of Intellectual Property* 2014, Vol. 4 No. 4, pp. 325 e ss.;

Moir A. - Montagnon R. - Newton H., "Communication to the public: the CJEU finds linking to material already 'freely available' cannot be restricted by copyright owners: *Nils Svensson and Others v Retriever Sverige AB (C-466/12)*", in *EIPR* 2014, vol. 6, pp. 399 e ss.;

Montagnani M.L. - Borghi M. (a cura di), *Proprietà Digitale - Diritti d'autore, nuove tecnologie e digital rights management*, Egea, 2006;

Montagnani M.L., "A new interface between copyright law and technology: how user-generated content will shape the future of online", in *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal* 2009, 26, pp. 719 e ss.;

Montagnani M.L., "Dal 'peer-to-peer ai sistemi di Digital Rights Management: primi appunti sul Melting Pot della distribuzione on line", in *Dir. Aut.* 2007, pp. 1 e ss.;

Montagnani M.L., "Primi orientamenti in materia di responsabilità dei fornitori di servizi *cloud* per violazione del diritto d'autore in rete", in *Il Dir. Ind.* 2014, pp. 176 e ss.;

Montagnani M.L., *Il diritto d'autore nell'era digitale - La distribuzione online delle opere dell'ingegno*, Giuffrè, 2012;

Musso A., "Del diritto d'autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche", in Francesco Galgano (a cura di), *Commentario del Codice Civile*, Zanichelli, 2008;

Musso A., "Ipertesti e thesauri nella disciplina del diritto d'autore", in *AIDA* 1998, pp. 211 e ss.;

Nivarra L., "Dolo, colpa e buona fede nel sistema delle 'sanzioni' a tutela della proprietà intellettuale", in *AIDA* 2000, pp. 327 e ss.;

Nivarra L., *Responsabilità del Provider*, Utet, 2003;

Nygren E. e Altri, "The Akamai Network: A Platform for High-Performance Internet Applications", in *ACM SIGOPS Operating Systems Review* 2010, vol. 44, n. 3;

Ottolia A., *The public interest and intellectual property models*, Giappichelli Editore, 2010;

Patroni Griffi U., "Il diritto di distribuzione", in *AIDA* 2010, pp. 183 e ss.;

Peguera M., "Copyright issues regarding Google images and Google cache", in Lopez Tarruella A. (a cura di), *Google and the Law*, Springer, 2012, pp. 169 e ss.;

Perotti P., "Spunti sui confini '*inferiore*' e '*superiore*' del diritto di marchio (o dell'importanza sistematica del 'giusto motivo')", in via di pubblicazione su *Riv. Dir. Ind.* 2017;

Phillips J., "Google Ad-Words: Trade Mark Law and Liability of Internet Service Providers", in Lopez Tarruella A. (a cura di), *Google and the Law*, Springer, 2012, pp. 37 e ss.;

Pihlajarinne T., "Setting the limit for the implied license in copyright and linking discourse - The European Perspective", in *IIC* 2012, pp. 700 e ss.;

Pizzetti F. (a cura di), *Il caso del diritto di autore*, seconda edizione, Giappichelli, 2013;

Pizzetti F., "Le autorità garanti per la protezione dei dati personali e la sentenza della corte di giustizia sul caso Google Spain: è tempo di far cadere il 'Velo di Maya'", in *Dir. Informatica* 2014, pp. 255 e ss.;

Podlas K., "Linking to Liability: When Linking to Leaked Movies, Scripts, and Television Shows Is Copyright Infringement", in *Harvard Journal of Sports & Entertainment Law* 2015, 6, pp. 41 e ss.;

Pollicino P., "Un digital right to privacy preso (troppo) sul serio dai Giudici di Lussemburgo? Il ruolo degli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza nel reasoning di *Google Spain*", in *Dir. Informatica* 2014, fasc. 4-5, pp. 7 e ss.;

Prosperetti E., *L'opera digitale tra regole e mercato*, Giappichelli, 2013;

Quintais J.P., "Private Copying and Downloading from Unlawful Sources", in *IIC* 2015, pp. 74 e ss.;

Reed C., *Internet Law - Text and Materials*, seconda edizione, Cambridge University Press, 2004;

Reinbothe J. - von Lewinski S., *The WIPO Treaties on Copyright: A Commentary on the WCT, the WPPT, and the BTAP*, Oxford University Press, 2015;

Reinbothe J., "The new WIPO treaties: a first resume", *EIPR* 1997, 4, pp. 171 e ss.;

Riccio G.M., "Diritto all'oblio e responsabilità dei motori di ricerca", in *Dir. Informatica* 2014, pp. 753 e ss.;

Riccio G.M., "Social Networks e responsabilità civile", in *Il Dir. Informatica* 2010;

Riccio G.M., *La responsabilità civile degli internet providers*, Giappichelli, 2002;

Ricketson S. - Ginsburg J.C., *International Copyright and Neighbouring Rights - The Berne Convention and Beyond*, Vol. 1, Oxford University Press, 2006;

Ricketson S., *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886 - 1986*, Wolters Kluwer, 1989;

Ricolfi M., "Motori di ricerca, link sponsorizzati e diritto dei marchi: il caso Google di fronte alla Corte di giustizia", in *Giur. It.* 2010, n. 7, pp. 1603 e ss.;

Ricolfi M., "Comunicazione al pubblico e distribuzione", in *AIDA* 2002, pp. 48 e ss.;

Ricolfi M., "Le utilizzazioni libere dell'IP nei social network", in *AIDA* 2011, pp. 295 e ss.;

Ricolfi M., "Making Copyright Fit for the Digital Agenda", in *12th EIPIN Congress 2011 - Constructing European IP: Achievements and new Perspectives*, febbraio 2011, disponibile al seguente indirizzo <http://nexa.polito.it/nexafiles/Making%20Copyright%20Fit%20for%20the%20Digital%20Agenda.pdf>;

Rivaro R., "L'applicazione del principio di esaurimento alla distribuzione digitale di contenuti protetti", in *Giur. Comm.* 2014, fasc. 6, pp. 1149 e ss.;

Romano R., *L'opera e l'esemplare*, CEDAM, 2001;

Rosati E., "Copyright in the EU: in search of (in)flexibilities", in *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 2014, 9 (7), pp. 585 e ss.;

Rosati E., "Luxembourg, we have a problem: where have the Advocates General gone?", in *Journal of Intellectual Property Law and Practice* 2014, Vol. 9, n. 8, pp. 619 e ss.;

Rosati E., "Neighbouring Rights for Publishers: Are National (Possible) EU Initiatives Lawful?", in *IIC* 2016, 47(5), pp. 569 e ss.;

Rosati E., "Online copyright exhaustion in a post-Allposters world", in *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 2015, pag. 673 e ss.;

Rosati E., "Unauthorized hyperlinks to live TV broadcasts not infringements under the InfoSoc Directive", in *Journal of Intellectual Property Law and Practice* 2015, pp. 582 e ss.;

Rosati E., "Why a reform of hosting providers' safe harbour is unnecessary under EU copyright law", in *EIPR* 2016, pp. 669 e ss.;

Rosati E., *Originality in EU Copyright - Full Harmonization through Case Law*, Edward Elgar, 2013;

Rovati A.M., "Appunti su alcune clausole generali nel diritto d'autore", disponibile all'indirizzo <http://orizzontideldirittocommerciale.it/media/11071/rovati.pdf>;

Samuelson P., *WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment*, WIPO, 2003;

Sarti D., "Copia privata e apprendisti stregoni", in *AIDA* 2014, fasc.1, pp. 410 e ss.;

Sarti D., "I soggetti di Internet", in *AIDA* 1996, pp. 5 e ss.;

Sarti D., "Introduzione alla Legge 22 aprile 1941, n. 633", in Luigi Carlo Ubertazzi (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, CEDAM, 2007, V Ed., pp. 1486 e ss.;

Sarti D., *Diritti esclusivi e circolazione dei beni*, Giuffrè, 1996;

Sartor G., "Social networks e responsabilità del provider", in *AIDA* 2011, pp. 39 e ss.;

Savola P., "Blocking injunctions and website operators' liability for copyright infringement for user-generated links", in *EIPR* 2014, pp. 279 e ss.;

Schellekens M., "Reframing hyperlinks in copyright", in *European Intellectual Property Review* 2016, 38(7), pp. 401 e ss.;

Schmidt – Wudy F., "Haftung für Hyperlinks auf ohne Erlaubnis des Rechteinhabers veröffentlichte Inhalte", in *EuZW* 2016, pp. 786 e ss.;

Senftleben M., *Copyright, Limitations and the Three-Step Test: an Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, Kluwer Law International 2004;

Shapiro T., "CJEU rules on linking in *Svensson*", in *Managing Intellectual Property* 2014, pp. 21 e ss.;

Shemtov N., "Searching for the right balance: Google, keywords advertising and trade mark use", in *EIPR* 2008, pp. 470 e ss.;

Sica S. - D'Antonio V., "La procedura di de-indicizzazione", in *Dir. Informatica* 2014, fasc.4-5, pp. 703 e ss.;

Silver I. - Aitken-Quack K., "CJEU Zooms In On Framing", in *Mondaq Business Briefing*, 17 novembre 2014;

Sironi G., "Social Network e Segni Distintivi", in *AIDA* 2011, pp. 283 e ss.;

Smith J. - Newton H., "Hyperlinking to material on the internet: the CJEU expands on the circumstances when it may amount to copyright infringement", in *EIPR* 2016, vol. 12, pp. 768 e ss.;

Spolidoro M.S., "Il sito WEB", in *AIDA* 1998, pagg 190 e ss.;

Spolidoro M.S., "Le eccezioni e limitazioni", in *AIDA* 2007, pp. 184 e ss.;

Spolidoro M.V., "Il risarcimento del danno nel codice della proprietà industriale. Appunti sull'art. 125 c.p.i.", in *Riv. Dir. Ind.* 2009, n. 3;

Stazi A., "La tutela del diritto d'autore in rete: bilanciamento di interessi, opzioni regolatorie europee e 'modello italiano'", in *Dir. Informatica* 2015, 1, pp. 89 e ss.;

Sterling S., *World copyright law*, terza edizione, Sweet & Maxwell, 2008;

Stolfo S.J. - Stavrou A. - Wright C.V. (a cura di), *Research in Attack, Intrusions, and Defenses*, Springer, 2013;

Strowel A. - Ide N., "Liability with Regard to Hyperlinks", in *Columbia Journal of Law & the Arts* 2001, vol. 24, n° 4, pp. 101 e ss.;

Tavella M. - Bonavita S., "La Corte di Giustizia sul caso 'Ad-Words': tra normativa marchi e commercio elettronico", in *Il Dir. Ind.* 2010, pp. 429 e ss.;

Teece D.J., "Business Models, Business Strategy and Innovation", in *Long Range Planning*, 2010;

Todd P., *E-Commerce Law*, Routledge-Cavendish, 2005;

Torremans P. (a cura di), *Research Handbook on Cross-border Enforcement of Intellectual Property*, Edward Elgar Publishing, 2014;

Torremans P., "Is copyright a human right?", in *Michigan State Law Review* 2007, pp. 271 e ss.;

Torrente A. - Schlesinger P., *Manuale di diritto privato*, nona edizione, Giuffrè, 2009;

Tosi E., *I problemi giuridici di Internet. Dall'E-commerce all'E-business*, Giuffrè 2003;

Tosi E., "'Domain grabbing', 'linking', 'framing' e utilizzo illecito di 'meta-tag' nella giurisprudenza italiana: pratiche confusorie online 'vecchie' e nuove tra contraffazione di marchio e concorrenza sleale", in *Riv. Dir. Ind.* 2002, parte II, pp. 371 e ss.;

Tosi E., "Contraffazione di marchio e concorrenza sleale in Internet: dal classico 'domain grabbing' all'innovativo 'key-word' marketing confusorio", in *Riv. Dir. Ind.* 2009, II, pp. 387 e ss.;

Tosi E., "La responsabilità civile per fatto illecito degli Internet Service Provider e dei motori di ricerca a margine di recenti casi 'Google Suggest' per errata programmazione dei Software di ricerca e 'Yahoo Italia!' per link illecito in violazione dei diritti di proprietà intellettuale", in *Riv. Dir. Ind.* 2012, II, pp. 44 e ss.;

Tosi E., *Diritto Privato dell'informatica, I beni - I contratti - Le responsabilità*, Giuffrè, 2006

- Tsoutsanis A., "Why copyright and linking can tango", in *Journal of Intellectual Property Law and Practice* 2014, 9, 6, pp. 495 e ss.;
- U.S. Copyright Office, *The making available right in the United States*, febbraio 2016;
- Ubertazzi L.C., "Il fondamento costituzionale del diritto d'autore", in *AIDA* 2003, pp. 279 e ss.;
- Ubertazzi L.C., "Spunti sulla comunicazione al pubblico dei fonogrammi", in *AIDA* 2005, pp. 292 e ss.;
- Ubertazzi L.G. (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, quinta edizione, CEDAM, 2012;
- Van Gompel S., *Formalities in Copyright Law: An Analysis of Their History, Rationales and possible future*, Kluwer Law International, 2011;
- Vanzetti A. (a cura di), *Codice della proprietà industriale*, Giuffrè, 2013;
- Vaver D. - Bently L. (a cura di), *Intellectual Property in the New Millennium – Essays in Honour of William R. Cornish*, Cambridge University Press, 2004;
- Walter M. - von Lewinski S., *European Copyright Law. A Commentary*, Oxford University Press, 2010;
- Westkamp G. (a cura di), *Emerging issues in intellectual property: trade, technology and market freedom: essays in honour of Herchel Smith*, Edward Elgar, 2007;
- Wiebe A., "The Principle of Exhaustion in European Copyright Law and the Distinction Between Digital Goods and Digital Services", *GRUR Int* 2009, pp. 114 e ss.;
- WIPO, *Guide to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971)*, Ginevra, 1978;
- WIPO, *Records of the Diplomatic Conference on Certain Copyright and Neighbouring Right Questions*, Vol. 1, Ginevra, 1996;
- Woods A., "The CJEU's ruling in Premier League pub TV cases – the final whistle beckons: joined cases Football Association Premier League LTD v QC Leisure (C-403/08) and Murphy v Media Protection Services Ltd (C-429/08)", in *EIPR* 2012, 34(3), pp. 203 e ss.;
- Xalabarder R., "Google News and Copyright", in Lopez Tarruella A. (a cura di), *Google and the Law*, Springer, 2012, pp. 113 e ss.;

Xalabarder R., "The Remunerated Statutory Limitation for News Aggregation and Search Engines Proposed by the Spanish Government - Its Compliance with International and EU Law", in *IN3 Working Paper Series*, settembre 2013;

Zeno-Zencovich V., "Diritto d'autore e libertà di espressione: una relazione ambigua", in *AIDA* 2005, pp. 151 e ss.;

Zimbehl P., "Google Images", in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law* 2010, pp. 192 e ss.;

Zincone A., "Hosting 'attivo' e violazione del copyright: cosa cambia nella responsabilità dell'internet provider", in *Dir. Aut.* 2012, 2, pp. 149 e ss.;

Zittrain J. e Altri, "Perma: Scoping and Addressing the Problem of Link and Reference Rot in Legal Citations - How to make legal scholarship more permanent", in *Harvard Law Review* 2014, 127, pp. 176 e ss.