

Opere protette da diritto d'autore e il dedalo dei collegamenti ipertestuali sul web

di Alessia Tranfo

Title: Copyright protected works and the maze of hyperlinks

Keywords: Copyright, framing, embedded link, communication to the public.

1. – Con la sentenza in commento la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (d'ora in avanti "CGUE" o "la Corte") decide sulla questione pregiudiziale sollevata dal *Bundesgerichtshof* tedesco (Corte federale di giustizia) in merito all'interpretazione dell'art. 3, paragrafo 1 della direttiva in materia di armonizzazione di alcuni profili del diritto d'autore 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2001 (d'ora in avanti anche la "direttiva") secondo cui è riconosciuto dagli Stati membri agli autori "il diritto esclusivo di autorizzare o vietare qualsiasi comunicazione al pubblico delle loro opere". Diviene quindi dirimente comprendere in quali casi si configuri una "comunicazione al pubblico" delle opere coperte da diritto autore e in quali ipotesi, invece, non ravvisandosi tale fattispecie, non si renda necessaria l'espressa autorizzazione da parte dell'autore.

In particolare, la domanda ai sensi dell'art. 267 TFUE viene presentata in occasione di una controversia tra la VG Bild-Kunst, società di gestione dei diritti d'autore nel campo delle arti visive in Germania (d'ora in avanti, per brevità, la "Società"), e la Stiftung Preußischer Kulturbesitz, una fondazione tedesca volta alla tutela e alla promozione del patrimonio culturale nazionale (d'ora in avanti, per brevità, la "Fondazione"), che gestisce, tra le altre, la Biblioteca digitale tedesca (in materia di normativa europea applicabile alle biblioteche digitali si suggerisce la lettura di C. PESCE, *Biblioteche e prestito librario digitale: nuovi istituti giuridici o evoluzione di quelli esistenti?* in *DPCE online*, 1/2017, pp. 129 e ss.; interessanti riflessioni sulla disciplina italiana in materia di opere d'arte digitalizzate sono riportate in P. MAGNANI, *Musei e valorizzazione delle collezioni: questioni aperte in tema di sfruttamento dei diritti di proprietà intellettuale sulle immagini delle opere*, in *Riv. Dir. Ind.*, 2016, pp. 211 ss.; G. SPEDICATO, *Digitalizzazione di opere librarie e diritti esclusivi*, in *Aedon*, 2011, pp. 3 ss.).

Quest'ultima consente la diffusione della cultura tramite la messa in rete di collegamenti ipertestuali che rimandano a contenuti digitali, pubblicati sui siti Internet delle Istituzioni culturali presenti in Germania. Dette opere - memorizzate sul portale della Biblioteca digitale - sono visibili in una versione miniaturizzata che, se cliccata, reindirizza sui portali dell'Istituzione che mette a disposizione il materiale in questione. Nel caso di specie, l'oggetto del contendere verteva sulle riproduzioni digitali sotto forma di miniature di opera protette da diritto d'autore.

Segnatamente, la Società si rendeva disponibile a concedere in licenza alla Biblioteca digitale, gestita dalla Fondazione, l'utilizzo del suo catalogo di opere, a condizione che venisse inserita nel contratto una clausola che imponesse alla Fondazione, in qualità di licenziataria, di attuare misure tecnologiche efficaci contro il *framing* delle opere e dei materiali protetti da *copyright*, pena la risoluzione del contratto.

La Fondazione contestava la legittimità di siffatta condizione risolutiva espressa e promuoveva azione civile dinnanzi al Tribunale del *Land* di Berlino adducendo una violazione del diritto d'autore, in quanto non sarebbe ragionevole subordinare il rilascio di una licenza a clausole che imponessero l'applicazione di misure tecnologiche contro la pratica del *framing*.

Il giudice di prime cure respingeva l'azione della Fondazione che in sede di appello prevaleva sulla Società davanti al Tribunale regionale superiore di Berlino. La parte soccombente, pertanto, ricorreva per cassazione nanti al *Bundesgerichtshof* al fine di vedere accolte le proprie posizioni in merito alla validità di una clausola contrattuale che obbligasse la Fondazione a prevenire la pratica del *framing*.

La definizione del giudizio civile, insorto tra le parti, richiedeva alla Corte federale di giustizia di verificare in quale contesto fosse legittimo applicare misure volte alla prevenzione delle violazioni del diritto d'autore e, in particolare, accertare se la pratica del *framing* favorisse una diffusione non autorizzata dell'opera. Il giudice *a quo* riteneva perciò necessario rivolgersi alla CGUE domandando se costituisse una "comunicazione al pubblico" dell'opera, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29 l'incorporazione, mediante *framing* su un sito Web di un terzo, di un'opera già disponibile su altro sito Internet liberamente accessibile con il consenso del titolare del diritto.

2. – Si ritiene opportuno procedere a una breve disamina delle nozioni finora richiamate, prima di volgere l'attenzione all'analisi della pronuncia della Corte.

Come noto, lo sfruttamento economico e commerciale dell'opera pertiene all'autore della stessa o ai suoi aventi causa ed è comunemente definito nell'ambito del diritto d'autore "diritto di esclusiva" (sul tema si rimanda a L. C. UBERTAZZI, *Diritti d'autore e connessi*, Milano, 2003).

La disposizione europea di cui all'art. 3 paragrafo 1, della direttiva ha voluto introdurre un diritto di natura precauzionale in favore degli autori che sono perciò legittimati a ricevere adeguato compenso per l'utilizzo delle proprie opere, anche e soprattutto, qualora queste vengano divulgate tramite comunicazione al pubblico.

Ciascuno Stato membro, pertanto, gode ai sensi della direttiva, di ampia discrezionalità in merito alle modalità tramite le quali declinare il diritto d'autore in relazione alle c.d. "comunicazioni al pubblico". L'Italia, in particolare, ha recepito con decreto legislativo del 9 aprile 2003, n. 68 la direttiva modificando la legge sul diritto d'autore di cui alla l. n. 633/1941.

L'attuale art. 16 della legge sul diritto d'autore sembra dunque specificare i contorni del dettato europeo definendone più dettagliatamente i contenuti. Le disposizioni di recepimento italiane esemplificano i casi di "comunicazione al pubblico" individuando già in sede normativa i mezzi in presenza dei quali si configurerebbe detta fattispecie. La norma italiana menziona espressamente "il telegrafo, il telefono, la radio, la televisione ed altri mezzi analoghi, la comunicazione via satellite, la ritrasmissione via cavo" quali modalità di diffusione consone a legittimare il diritto di esclusiva in relazione a comunicazioni al pubblico.

Analogamente, il Codice sulla gestione dei diritti d'autore tedesco (*Urheberrechtsgesetz* del 9 settembre 1965) prescrive all'articolo 20 i mezzi attraverso i quali si configura una comunicazione al pubblico. A differenza del legislatore italiano, il codice tedesco fornisce, tuttavia, un elenco più sintetico. Si fa infatti espresso riferimento esclusivamente a "*Ton- und Fernseh Rundfunk, Satellitenrundfunk*" (n.d.a. radio, televisione e satellite).

Il francese *Droit d'Auteur et Droit Visuels dans la Société de l'Information* del 3 agosto 2006, al contrario, specifica dettagliatamente la disciplina vigente per ogni diversa categoria di mezzo di informazione, dedicando ampio spazio ai contenuti multimediali e al più innovativo e attuale mezzo di diffusione, quale è Internet.

Non pare arbitrario affermare che la tecnica di introdurre una esemplificazione dei mezzi con i quali avviene la trasmissione dell'opera, adottata da alcuni Stati membri, sia volta a favorire una sorta di automatismo in base al quale l'adozione di talune modalità di comunicazione, per loro natura ampiamente divulgative, sarebbe sintomatico di una volontà di rendere la comunicazione accessibile a un'ampia cerchia di beneficiari quindi configurerebbe la fattispecie della comunicazione al pubblico.

Tuttavia, nonostante la chiarezza del dettato normativo europeo e nazionale, secondo consolidata giurisprudenza della Corte, la divulgazione di un'opera è riconducibile a una "comunicazione al pubblico" solo qualora ricorrano contestualmente diverse condizioni. In particolare, l'espressione si riferisce (i) alla trasmissione di un'opera d'arte (ii) accessibile a un numero indeterminato di potenziali destinatari (iii) numericamente quantificati in un insieme di unità considerevoli (iv) diretta a un "pubblico nuovo", mai preso

in considerazione dal titolare del diritto d'autore quando ha autorizzato la comunicazione originaria della sua opera al pubblico (su quest'ultimo requisito si vedano, tra le più recenti, sent. 2 aprile 2020, C-753/18 Stim e SAMI; sent. del 16 marzo 2017, C-138/16, AKM, sent. del 31 maggio 2016, C-117/15 Reha Training).

Pertanto, la CGUE sembra suggerire che, pur in presenza di un'opera divulgata attraverso i mezzi elencati dalle normative nazionali, non si possa presupporre l'applicazione della disciplina legata alla comunicazione al pubblico - rendendo necessaria l'autorizzazione dell'autore - qualora non ricorra il requisito di un pubblico nuovo rispetto a quello in favore del quale l'autore aveva prestato il consenso in origine. Quest'ultimo criterio è quello che interessa la pronuncia in esame.

Sebbene il requisito del pubblico nuovo, per valutare l'esistenza di una comunicazione al pubblico di opere coperte dal diritto d'autore, fosse già diffuso a fine anni Novanta, in particolar modo in relazione alla ritrasmissione dei programmi televisivi (conclusioni dell'Avv. gen. La Pergola - causa c-293/98), ben prima dell'entrata in vigore della direttiva 2001/29, solo a seguito dell'approvazione della normativa europea, tale criterio è stato richiamato a più riprese dalla Corte, da ultimo nella sentenza oggetto di studio.

3. – Prima di tornare sulle più recenti evoluzioni adottate dai giudici di Lussemburgo in merito alle condizioni in presenza delle quali si configura una “comunicazione al pubblico”, vale ora la pena soffermarsi brevemente sul significato di un altro termine poc'anzi citato: il *framing*.

È esperienza ormai comune e quotidiana l'accesso alle risorse disponibili sul Web tramite due differenti modalità: una diretta, che prevede l'inserimento dell'indirizzo URL nel motore di ricerca, e una indiretta tramite collegamento ipertestuale presente su una pagina Web visualizzata che rimanda ai contenuti pubblicati su una seconda pagina.

È evidente come l'utilizzo di Internet al giorno d'oggi non possa prescindere dalla diffusione capillare dei collegamenti ipertestuali (c.d. *link*). È dunque pacifico che l'utilizzo dei *link* sia l'elemento essenziale e identificativo stesso del Web in quanto consente di muoversi in modo flessibile e rapido all'interno dell'immensa offerta di contenuti presenti online. Pare innegabile che nell'attuale periodo storico il Web rappresenti parte integrante del sistema di informazione e sia a tutti gli effetti il luogo ove per antonomasia possa esercitarsi senza alcun condizionamento la libertà di espressione (la bibliografia sul tema è sconfinata, si rimanda alla lettura, tra gli altri, di A. MUSSO, *L'impatto dell'ambiente digitale su modelli e categorie dei diritti d'autore o connessi*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2018, pp. 473 ss.; M. STANGANELLI, *Spreading the news online: A fine balance of copyright and freedom of expression*, in *European Intellectual Property Review*, 2012, p. 745; P. CARETTI, *Pluralismo informativo e diritto comunitario*, in M. CARTABIA (a cura

di), *I diritti in azione, universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, pp. 415 ss.)

In questo contesto, pertanto, i collegamenti ipertestuali favoriscono un elevato grado di dinamismo nello scambio di informazioni, distinguendo il Web dalla più ricca collezione della più rifornita delle biblioteche. La rete di collegamenti ipertestuali assume così un ruolo funzionale all'esercizio della libertà di informazione ed espressione sancito dall'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Si colloca in questo ambito il *framing*, annoverabile tra i canali di accesso indiretti al Web e definibile come quella tecnica consistente nell'incorporazione di un contenuto, originariamente pubblicato altrove, in una pagina di terzi tramite un collegamento ipertestuale. Questa tecnica serve, di norma, a incorporare file grafici e audiovisivi, sovente coperti da diritto d'autore.

Più segnatamente, il *framing* consente di suddividere lo schermo in più parti, ognuna delle quali può visualizzare, in modo autonomo, una pagina o una risorsa Internet diversa. "Così, in una parte dello schermo può essere visualizzata la pagina Internet originaria e, nell'altra parte, può essere visualizzata una pagina o un'altra risorsa proveniente da un altro sito (c.d. "sito di destinazione"). L'indirizzo URL della pagina di destinazione è spesso nascosto, in modo che l'utente possa avere l'impressione di consultare una singola pagina Internet, quando in realtà ne sta consultando due" (Conclusioni dell'avvocato generale, Maciej Szpunar presentate il 10 settembre 2020, par. 11).

Detta pratica, in sintesi, richiama e ripropone il contenuto di un altro sito Internet, senza specificare la provenienza dell'opera, impedendo così all'autore l'esercizio dei suoi diritti di sfruttamento economico in merito all'utilizzo di detti contenuti ove coperti da diritto d'autore.

Proprio al fine di ridurre, e finanche eludere, il rischio di violazioni del diritto d'autore è diffusa l'applicazione di misure tecnologiche di protezione contro ogni attività che potrebbe favorire una compressione dei *copyright* su una certa opera. A titolo meramente esemplificativo, è consentito inserire nel codice html della pagina Internet protetta un comando capace di impedire il funzionamento del *link* o in grado di precludere l'apertura della pagina in un riquadro (c.d. "frame") imponendo l'apertura di una nuova finestra, o ancora che invia un'altra immagine al posto dell'elemento desiderato, ad esempio, un avviso sui diritti d'autore.

Dette misure sono espressamente previste dall'art. 6 della direttiva che impone agli Stati membri di prevedere un'adeguata protezione giuridica contro ogni attività perpetrata da chi intenzionalmente persegue l'obiettivo di eludere la tutela di opere o contenuti protetti dal diritto d'autore.

Non è quindi arduo comprendere le criticità che possono conseguire dall'utilizzo di questi collegamenti ipertestuali, adottati in assenza di misure tecnologiche che proteggano il sito originale su cui è pubblicata l'opera.

4. – La questione che si pone in relazione ai collegamenti ipertestuali richiede una riflessione in merito alla eventualità che inserire in una pagina Internet un *link* che reindirizza verso un'opera altrui – eventualmente già disponibile sul Web – possa costituire una comunicazione al pubblico ai sensi della direttiva, e quindi impone di domandarsi se l'inserimento di tale *link* rientri nel diritto esclusivo del titolare dei diritti d'autore su detta opera.

La Corte aveva già affrontato in passato il tema del *framing* soffermandosi, tuttavia, principalmente sull'elemento soggettivo della comunicazione.

Una prima formulazione proposta dalla Corte per favorire una indagine sulla autentica volontà dell'autore è offerta dalla nota sentenza del 13 febbraio del 2014 (C-466/12, Svensson).

Secondo l'orientamento inaugurato da detta pronuncia, qualora la comunicazione tramite *framing* 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 -, la messa a disposizione di siffatto collegamento costituisce in tal caso un intervento voluto e intenzionale, senza il quale tali utilizzatori non potrebbero fruire delle opere diffuse. Si sarebbe pertanto indubbiamente davanti a un pubblico nuovo configurandosi ragionevolmente una "comunicazione al pubblico".

Al contrario, nel caso di un'opera disponibile, già liberamente accessibile su un sito Internet, il pubblico destinatario del collegamento ipertestuale posto su un altro sito Internet non costituisce un pubblico nuovo rispetto a quello della comunicazione iniziale, non potendo il sito Web terzo ampliare ulteriormente la cerchia dei potenziali fruitori.

Il principio sancito con la sentenza *Svensson* lascia presupporre che un collegamento ipertestuale ad un'opera liberamente accessibile su Internet non costituisca una "comunicazione al pubblico" ai sensi dell'articolo 3 della direttiva, se l'opera in questione è stata in precedenza messa a disposizione del pubblico tramite il Web con l'autorizzazione del titolare dei diritti d'autore.

In seguito, i giudici di Lussemburgo sviluppano il ragionamento svolto in precedenza e osservano come il fatto di qualificare automaticamente come "comunicazione al pubblico" ogni diffusione di contenuti effettuata tramite collegamenti ipertestuali, qualora i titolari del diritto d'autore delle opere non avessero 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 stessa mira a stabilire tra detta libertà di espressione e la tutela dei diritti d'autore.

La CGUE imponeva perciò di procedere a una "valutazione individualizzata" circa le condotte di coloro che pubblicano link di opere protette da diritto d'autore.

Granitica giurisprudenza della Corte affermava infatti che non possa negarsi che sia applicabile l'art. 3 della direttiva qualora sia accertato che colui che inserisce il collegamento ipertestuale sia consapevole, od era tenuto ad esserlo, del fatto che così facendo fornisce un accesso a un'opera illegittimamente pubblicata su Internet, ad esempio, perché ne era stato avvertito dai titolari del diritto d'autore (sent. 8 settembre 2016, C- 601/15, *Gs Media BV*; sent. del 7 agosto 2018 C-161/17, *Renckhoff*).

La Corte aveva dunque avuto modo di distinguere tra i casi di collegamenti ipertestuali inseriti a scopo di lucro e i casi in cui non vi fosse, invece, alcun ritorno economico conseguente alla pubblicazione del contenuto protetto.

Nella prima ipotesi i giudici di Lussemburgo applicavano una sorta di presunzione: è legittimo aspettarsi che colui che utilizza un *link* realizzi le verifiche necessarie per garantire che l'opera richiamata dal *framing* non sia pubblicata illegittimamente sul sito cui rimandano detti collegamenti ipertestuali, pertanto la responsabilità sussiste, salvo prova contraria, poiché chi esercita un'attività di impresa ha l'onere di controllare la liceità o meno dei contenuti pubblicati e non può esimersi da detta cautela.

Al contrario, nel caso di *link* utilizzati senza perseguire alcun fine lucrativo, la Corte adottava un approccio meno rigido suggerendo una valutazione caso per caso della condotta posta in essere dal gestore del sito: "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".

Tuttavia, in dette pronunce passate, i giudici di Lussemburgo puntualizzavano che, nelle ipotesi in cui il collegamento ipertestuale dia accesso a un contenuto già liberamente visibile sul Web senza alcuna protezione o misura tecnologica volta a ridurre la cerchia di utenti che possono fruire di quella risorsa, è escluso che vi sia una "comunicazione al pubblico" in quanto viene a mancare l'elemento del pubblico nuovo. Il *framing* in dette circostanze non postulerebbe un'autorizzazione supplementare da parte del titolare dei diritti d'autore, in quanto, rivolgendosi al pubblico già preso in considerazione dall'autore al momento della messa a disposizione iniziale, è coperto dall'autorizzazione rilasciata da detto titolare quando è stata effettuata la prima comunicazione.

In conclusione, è innegabile che la giurisprudenza della Corte, a partire dalla sentenza *Gs Media*, si sia impegnata a bilanciare il diritto d'autore e la libertà di espressione ed individuare criteri di regolazione dei rapporti tra le due diverse situazioni giuridiche, fornendo una nozione di "comunicazione al pubblico" che impiega, da un lato, i criteri della finalità di lucro e, dall'altro, il principio di buona fede nella conoscenza dell'origine delle opere e di ordinaria diligenza per qualificare le condotte tenute dai gestori delle pagine Web.

La sentenza in esame dà alla Corte occasione di richiamare le riflessioni riassunte in merito al *framing* e, in parte, arricchirle.

5. – Delineati i contorni definitivi in cui si muove la pronuncia qui oggetto di studio, possiamo ora volgere lo sguardo sui profili sollevati dalla Corte e ripercorrere il ragionamento perseguito per pervenire alla risoluzione della questione pregiudiziale proposta dal giudice di ultima istanza tedesco.

La CGUE sottolinea che, se da un lato, è pur vero che non si dovrebbe ravvisare una “comunicazione al pubblico” ai sensi della direttiva, poiché la tecnica del *framing* utilizza le stesse modalità già applicate per trasmettere l’opera al pubblico sul sito internet di origine, per cui tale comunicazione effettuata tramite *framing* non soddisferebbe il requisito di una platea nuova di destinatari; dall’altro lato, è altrettanto vero, che sarebbe forzato, e finanche azzardato, acclarare che l’autore dell’opera, autorizzando la pubblicazione su un determinato sito Web, abbia implicitamente accettato che la sua opera possa essere accessibile dall’intero insieme degli utenti del Web, inteso come massa indeterminata di persone che da tutto il mondo accedono a Internet. La CGUE si discosta così dalla pregressa giurisprudenza, evolvendo il ragionamento svolto in precedenti occasioni.

Viene infatti messo in luce un distinguo sottile ma necessario per salvaguardare il diritto d’autore: il pubblico che è stato preso in considerazione dal titolare dei diritti d’autore in sede di autorizzazione della diffusione dell’opera su un sito Internet è costituito dal pubblico che consulta detto sito.

Benché un sito Internet liberamente accessibile possa potenzialmente essere visitato da qualsiasi utente di Internet, in concreto, il numero di fruitori effettivi sarà ridotto rispetto alla massa informe di utenti del web e si circoscriverà alla platea di soggetti interessati alla materia, geograficamente riconducibili ai parlanti la lingua utilizzata sul sito, etc. È peraltro ragionevole supporre che il titolare dei diritti d’autore, autorizzando la messa a disposizione della sua opera, prenda in considerazione l’ampiezza del suo pubblico, più o meno numeroso, così da poter quantificare proporzionalmente il valore della licenza. Non sarebbe infatti immaginabile che l’autore ritenga di raggiungere chiunque sul Web tramite l’autorizzazione alla divulgazione di un’opera su un solo sito specifico.

Peraltro, corre l’obbligo considerare che una ricostruzione che esclude la diffusione al pubblico nuovo, sulla base dell’assunto che la pubblicazione sia stata già autorizzata su un determinato sito Web, sembrerebbe vanificare il dettato espresso all’art. 3, c. 3 della direttiva secondo cui nei casi di comunicazioni al pubblico non si applica l’istituto dell’esaurimento del diritto di autorizzare o vietare ulteriori comunicazioni, tipico, invece, delle ipotesi di immissione sul mercato di prodotti o merci riportanti un marchio.

È noto, infatti, che qualora un prodotto coperto da marchio venga immesso sul mercato per la prima volta si esaurisca il diritto del titolare allo

sfruttamento economico successivo, salvo talune eccezioni (sull'istituto dell'esaurimento dei diritti si legga, *ex multis*, R. PERROTTI, *I marchi*, in R. PERROTTI (a cura di), *Proprietà industriale e intellettuale*, Pisa, 2021, pp. 97 ss.). Siffatto istituto dell'esaurimento del diritto è espressamente escluso dalla direttiva e dalle norme di recepimento nazionali nei casi di comunicazioni al pubblico di opere coperte da diritto d'autore.

Orbene, il criterio del pubblico nuovo che permette alla Corte di considerare che i collegamenti ipertestuali non richiedano, in linea di principio, l'autorizzazione del titolare dei diritti d'autore in quanto non ampliano la cerchia dei fruitori, deve secondo i giudici di Lussemburgo essere rimodulato.

In altre parole, i giudici sembrano non riconoscere una violazione del diritto d'autore qualora sin dall'origine il titolare dell'opera abbia consentito alla diffusione del contenuto tramite Web, accettando dunque da principio che l'insieme degli utenti di Internet possano accedere all'opera e che terzi possano comunicare al medesimo pubblico la stessa opera tramite reindirizzamento.

Ne consegue che, qualora l'autore conceda senza alcuna riserva né cautela la pubblicazione dei suoi contenuti sul sito Internet, senza imporre misure tecnologiche che limitino l'accesso a tali opere da parte di altri siti, si può ritenere che l'autore abbia autorizzato la comunicazione di dette opere a chiunque utilizzi il Web. Differentemente, il medesimo ragionamento non può riproporsi qualora l'autore abbia imposto fin da principio misure restrittive connesse alla pubblicazione della sua opera.

Si consideri peraltro che i giudici di Lussemburgo già in precedenza avevano aperto la porta alla tesi secondo cui non occorre che il consenso sia espresso esplicitamente, bensì è sufficiente che l'autorizzazione alla comunicazione al pubblico sia espressa anche con comportamenti concludenti, consentendone perciò anche la forma implicita (sent. del 16 novembre 2016, C-301/15, Soulier, Doke).

Nell'ipotesi in cui il sito ove è pubblicata l'opera adotti tecniche informatiche volte a consentire l'accesso a un pubblico circoscritto (ad es. solo agli abbonati) è evidente l'assenza di una accettazione, finanche implicita, all'ulteriore diffusione del contenuto protetto da diritto d'autore. Ragione per cui se un sito terzo mettesse in atto una modalità tale da ampliare il pubblico di utilizzatori tramite un collegamento cliccabile che consenta di estendere ad altri beneficiari l'accesso delle opere diffuse, il complesso di detti fruitori 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, perciò per tale comunicazione al pubblico si impone l'autorizzazione di tali titolari.

Ciò si verifica, in particolare, allorché l'opera di cui trattasi non è più a disposizione del pubblico sul sito in cui è stata inizialmente comunicata o quando è ormai accessibile su tale sito esclusivamente per un pubblico

limitato, mentre è accessibile su un altro sito Internet senza l'autorizzazione dei titolari del diritto d'autore.

Pertanto, la pronuncia in esame stabilisce, discostandosi dalle conclusioni dell'Avvocato generale Maciej Szpunar, che l'art. 3 della direttiva debba essere interpretato nel senso che costituisce una comunicazione al pubblico, pertanto richiede autorizzazione, "il fatto di incorporare, mediante il *framing* in una pagina internet di terzi, opere protette dal diritto d'autore e messe a disposizione del pubblico con l'autorizzazione del titolare, qualora tale incorporazione sia volta ad eludere le misure contro il framing adottate o imposte dal titolare".

6. – Vale infine la pena spendere alcune parole in merito alla ricostruzione proposta nelle conclusioni dall'Avvocato generale a cui la Corte ha preferito, almeno per ora, non aderire. In particolare, l'Avvocato generale proponeva un'accurata distinzione tra le diverse categorie di collegamenti ipertestuali.

Da un lato, descriveva la tecnica del *framing* evidenziando come si trattasse di un *link* la cui consultazione richiede un'attività proattiva da parte dell'utente. Quest'ultimo deve cliccare consapevolmente per accedere al sito sul quale l'autore ha voluto in principio pubblicare la sua opera. Pertanto, è plausibile che l'utente si accorga di essere rimandato a un'altra fonte del Web.

Dall'altro, viene individuata la tecnica della incorporazione automatica (c.d. *embedding* o *inline link*) che non richiede all'utente alcuna attività aggiuntiva o ulteriore rispetto alla consultazione della pagina Web nella quale è stato inserito il contenuto proveniente da un altro sito tramite tecnica del *embedded link*. Un collegamento di questo genere mostra la risorsa protetta da diritto d'autore quale elemento che costituisce parte integrante della pagina Internet contenente tale *link*. Per colui che consulta la pagina, dunque, non vi è alcuna differenza tra un'immagine presente legittimamente sul sito e quella incorporata proveniente da un altro sito Internet.

L'Avvocato generale sottolinea un distinguo che la Corte invece sembra trascurare: dal punto di vista sia tecnico sia funzionale, solo la tecnica dell'*embedding* lascia spazio al riconoscimento dell'istituto della comunicazione dell'opera in questione a un pubblico nuovo che non è stato preso in considerazione dal titolare dei diritti d'autore al momento dell'autorizzazione alla messa a disposizione sul sito originario. Il contenuto infatti diventa visibile da un pubblico che non consulta il sito coperto dalla autorizzazione originaria ma che si limita ad accedere da un altro spazio del Web, diverso da quello per il quale l'autore ha espresso l'accettazione.

L'Avvocato generale avrebbe pertanto riconosciuto solo nei casi degli *inline link* la sussistenza di una comunicazione al pubblico nuovo che richiede una ulteriore autorizzazione ai sensi dell'art. 3 della direttiva.

Veniva infatti suggerito dall'Avvocato generale di considerare il *framing* come una attività che non è destinata a un pubblico nuovo in quanto

i fruitori sarebbero sempre gli stessi, ossia quelli rimandati al sito Internet dal *link*. Sulla scorta di questo presupposto, il *framing* non implica una autorizzazione supplementare in quanto è già stata rilasciata per il sito di destinazione a cui rimanda il *link*.

L'Avvocato generale peraltro approfondisce un tema su cui la Corte invece non si sofferma con particolare attenzione. Viene infatti dedicato ampio spazio alle osservazioni relative alle misure tecnologiche atte a proteggere le opere comunicate al pubblico. Proseguendo il ragionamento tracciato dal distinguo delle diverse tipologie di *link*, nelle sue conclusioni l'Avvocato generale esclude che le misure informatiche volte alla tutela del diritto d'autore ai sensi dell'art. 6 della direttiva siano legittimamente applicabili a casi di *framing*.

È ragionevole supporre che l'uso di tali misure non presupponga necessariamente la volontà del titolare dei diritti d'autore di limitare la cerchia del pubblico a cui è destinato il contenuto protetto, è infatti plausibile che il titolare dei diritti d'autore non abbia le competenze tecniche per scegliere quali misure adottare, spesso autorizzi la pubblicazione su spazi del Web ove le misure di protezione non sono facilmente applicabili o addirittura l'autore non ha modo di intervenire in quanto non coincide neppure con chi autorizza la pubblicazione poiché ha concesso in base a una licenza i diritti di sfruttamento economico del contenuto protetto a un terzo.

Sarebbe pertanto fuorviante ritenere che dette misure determinino la cerchia di persone che sono state prese in considerazione come pubblico potenziale della messa a disposizione dell'opera. La loro eventuale elusione non dovrebbe ampliare quindi la platea dei destinatari dell'opera protetta.

Al contrario, viene caldeggiata una decisione che consideri efficaci ai sensi dell'articolo 6 della direttiva esclusivamente quelle misure di protezione adottate contro i casi di *embedded link* su altri siti Internet di opere protette, liberamente accessibili con l'autorizzazione del titolare dei diritti d'autore.

La soluzione prospettata pare interessante e meno severa rispetto a quella fornita poi dalla Corte. In particolare, le argomentazioni dell'Avvocato generale garantirebbero un maggiore temperamento tra la necessità di assicurare un elevato livello di protezione dei titolari dei diritti d'autore e l'esigenza di un giusto equilibrio tra gli interessi di detti titolari e quelli degli utenti del materiale protetto. Si tenga presente che il diritto d'autore, e più in generale la proprietà intellettuale, tutelati dall'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, non sono altro che una declinazione del diritto di proprietà e pertanto dovrebbe essere loro applicato un bilanciamento con la libertà di espressione di cui al già citato art. 11 della Carta nonché con gli interessi degli utenti dei materiali protetti.

Ciononostante, la Corte ha preferito adottare una soluzione meno innovativa individuando come anche la tecnica del *framing*, adottata per eludere misure di protezione, possa essere interpretata come una

comunicazione al pubblico e non debba perciò prescindere dall'autorizzazione da parte del titolare dei *copyright*.

Alessia Tranfo

Dipartimento di Giurisprudenza

Università degli Studi di Genova

Alessia.tranfo@hotmail.it