

Law and Media Working Paper Series

no. 11/2016

GIANLUCA CAMPUS - ALESSIA VINAZZANI\*

***Linking e diritto d'autore: l'Opinione dell'Avvocato Generale  
nel caso GS Media e il criterio dell'indispensabilità***

INDICE: 1. Introduzione. – 2. Il Caso GS Media (C-160/15). – 3. Le Conclusioni Dell'Avvocato Generale Melchior Wathelet sul caso GS Media. – 4. Conclusioni.

1. *Introduzione.*

La diffusione di Internet ha portato con sé la necessità di affrontare nuove problematiche legate allo sfruttamento economico delle opere tutelate dal diritto d'autore, in quanto sono molte le modalità attraverso cui le opere possono essere rese disponibili al pubblico del web. Tra queste modalità vi è il *linking*, ovvero quella attività che consente al gestore di un sito web, ad esempio, di rinviare attraverso un collegamento ipertestuale a risorse esterne al sito stesso. Questa attività, alla base della navigazione su Internet, suscita particolari

---

\* Avvocati presso Franzosi Dal Negro Setti, Milano.

problematiche giuridiche nel momento in cui il link rinvia ad opere protette dal diritto d'autore. Esistono molteplici modalità con cui il *linking* può avere luogo:

(i) il *surface linking* permette di trasferire il visitatore di un sito direttamente nella home page di un altro sito;

(ii) il *deep linking*, ovvero il rinvio alla pagina di un altro sito, diversa dalla homepage;

(iii) il *framing*, consente di far comparire all'interno di una delle cornici di un sito web la pagina di un altro sito esterno o una porzione di esso;

(iv) l'*object linking* o *embedding*, permette di integrare un contenuto presente in un sito in un altro sito.

Dopo alcuni precedenti come *Svensson* e *BestWater*, la Corte di Giustizia Europea si è trovata ancora una volta ad esprimersi su alcune questioni pregiudiziali che hanno come oggetto la nozione di "comunicazione al pubblico" rilevante ai sensi dell'art. 3, paragrafo 1, della Direttiva sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione (di seguito la "Direttiva Infosoc").

## 2. Il Caso *GS Media* (C-160/15).

Il caso per cui è stato chiesto l'intervento della Corte di Giustizia Europea è stato aperto da Sanoma, editrice della rivista mensile Playboy; nei Paesi Bassi l'editrice Sanoma ha denunciato GS Media, gestore del sito Internet GeenStijl, in quanto su tale sito era apparso un collegamento ipertestuale che rinvitava i visitatori al sito australiano Filefactory.com. In quest'ultimo sito erano state messe a disposizione dei visitatori, apparentemente senza limiti di accesso (almeno in base a quanto ricostruito dall'Avvocato Generale), le foto di un servizio fotografico della Signora Britt Dekker, modella di Playboy.

Nonostante diverse richieste da parte della Sanoma, la GS Media si è sempre rifiutata di rimuovere il link in questione, affermando che non vi fosse alcuna violazione del diritto d'autore. Al contrario il sito australiano Filefactory.com ha provveduto a rimuoverle.

Nonostante ciò GS Media ha pubblicato nuovamente su GeenStijl un nuovo link verso un altro sito Imageshack.us, sul quale erano ancora una volta visibili le foto in questione. Anche quest'ultimo sito, in seguito alla richiesta dell'editrice, ha provveduto alla rimozione delle foto.

Tutto ciò non ha ostacolato gli internauti, i quali hanno inserito nuovamente nel forum del sito gestito dalla GS Media nuovi collegamenti ipertestuali che rinviavano ad altri siti Internet in cui le foto erano liberamente visibili.

Secondo l'editrice Sanoma, la GS Media ha violato il diritto d'autore rendendo disponibili sul suo sito dei link che rimandavano ad altri siti contenenti le foto del suddetto servizio fotografico.

Dopo aver affrontato i primi due gradi di giudizio nei tribunali olandesi, la Corte Suprema dei Paesi Bassi ha deciso di proporre rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia Europea, chiedendogli se l'articolo 3, paragrafo 1, della Direttiva Infosoc debba essere interpretato nel senso che costituisce un atto di comunicazione al pubblico la predisposizione su un sito Internet di un collegamento ipertestuale verso un altro sito liberamente accessibile, gestito da un terzo soggetto e sul quale siano state messe a disposizione del pubblico opere protette dal diritto d'autore senza l'autorizzazione del titolare.

Inoltre la Corte Suprema dei Paesi Bassi ha chiesto se sia rilevante al fine dell'interpretazione dell'articolo 3, paragrafo 1, della Direttiva Infosoc la circostanza che il soggetto che mette a disposizione il collegamento ipertestuale sia al corrente o dovrebbe essere al corrente del fatto che il titolare del diritto d'autore non abbia dato la propria autorizzazione alla prima comunicazione dell'opera.

### 3. *Le Conclusioni Dell'Avvocato Generale Melchior Wathelet sul caso GS Media.*

L'Avvocato Generale Melchior Wathelet nelle sue Conclusioni si è concentrato sulla posizione del gestore del sito che ha ospitato i link litigiosi. L'Avvocato ha peraltro dato conto del fatto che i siti cui i link erano diretti (Filefactory.com e Imageshack.us), rendendo disponibili senza autorizzazione le foto del servizio fotografico (protette dal diritto d'autore), possono essere considerati in violazione del diritto d'autore. La condotta dei due siti ora detti non risulta comunque oggetto del rinvio pregiudiziale e neanche il posizionamento di un ritaglio delle fotografie oggetto della controversia direttamente sul sito GeenStijl.

L'Avvocato Generale basa la sua interpretazione della Direttiva Infosoc e della definizione di "comunicazione al pubblico", contenuta nell'art. 3, paragrafo 1, a partire da due recenti casi decisi dalla Corte di Giustizia; la sentenza *Svensson* (C-466/12) e l'ordinanza *BestWater* (C-348/13). In entrambi i casi appena citati la Corte ha precisato che il collocamento su un sito Internet di link che rinviano ad un'opera protetta e liberamente accessibile su un altro sito web rappresenta un atto di comunicazione, ma non una comunicazione al pubblico ai sensi dell'art. 3, paragrafo 1, della Direttiva Infosoc.

Nel caso *Svensson* la Corte di Giustizia ha affermato che la "comunicazione al pubblico" può essere considerata in violazione del diritto d'autore nel momento in cui tale comunicazione abbia ad oggetto le stesse opere della comunicazione iniziale, le stesse modalità tecniche ma soprattutto sia rivolta ad un pubblico nuovo ovvero "un pubblico che i titolari del diritto d'autore non abbiano considerato, al momento in cui abbiano autorizzato la comunicazione iniziale al pubblico".

Secondo l'Avvocato Generale nel caso GS Media sono due gli elementi necessari e cumulativi affinché una comunicazione al pubblico possa essere considerata in violazione del diritto d'autore, ovvero si deve trattare di un "atto di comunicazione" di un'opera e di una comunicazione dell'opera ad un pubblico.

Per quanto concerne il primo elemento, la nozione di «atto di comunicazione», occorre rilevare che il considerando 23 della Direttiva Infosoc indica segnatamente che la comunicazione al pubblico «dovrebbe comprendere qualsiasi trasmissione o ritrasmissione di un'opera al pubblico [non presente nel luogo in cui la comunicazione ha origine], su filo o senza filo, inclusa la radiodiffusione». Tuttavia, l'articolo 3, paragrafo 1, della Direttiva Infosoc, non fa alcun riferimento agli atti di trasmissione o di ritrasmissione, ma prevede in senso ampio che la comunicazione al pubblico comprenda «la messa a disposizione del pubblico».

Sul punto l'Avvocato Melchior Wathelet ritiene che la Corte di Giustizia abbia sinora interpretato la nozione di atto di comunicazione in senso molto ampio, includendo diverse modalità con cui l'opera tutelata dal diritto d'autore possa essere messa a disposizione del pubblico. La ratio della Direttiva Infosoc, nell'interpretazione della Corte, sarebbe quella di garantire la più ampia tutela ai titolari di diritti d'autore su qualsiasi modalità di utilizzo delle opere. In quest'ottica secondo l'Avvocato Generale la definizione di "atto di comunicazione" deve da un lato, garantire un'elevata tutela del diritto d'autore ma dall'altro, non deve alterare gli equilibri del web.

Nel caso in esame c'è quindi da chiedersi se l'aver posizionato sul sito un link che rimandava ad altri siti web in cui le foto della modella Britt Dekker, erano (apparentemente) liberamente accessibili, possa rientrare nella definizione di "atto di comunicazione".

L'Avvocato Generale argomenta su questo punto affermando che "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". Inoltre osserva 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".

L'intervento della GS Media non è essenziale per il reperimento delle foto in quanto ne agevola solo l'accesso e non soddisfa il "criterio di indispensabilità dell'intervento", (diversamente nel caso *Football Association Premier League C-403/08*, in cui il proprietario di un bar-ristorante è stato considerato autore di un atto di comunicazione in quanto senza il suo intervento i clienti non avrebbero potuto usufruire delle opere radiodiffuse). Alla luce di quanto sopra l'Avvocato Generale afferma che nel caso GS Media "uno degli elementi cumulativi necessari per ravvisare una comunicazione al pubblico ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della Direttiva 2001/29 è assente", quindi per l'Avvocato l'attività di *linking* della GS Media non è considerabile come un atto di comunicazione al pubblico in quanto non implica alcun atto di comunicazione. Inoltre non rileva neppure il fatto che GS Media sia stata a conoscenza o meno dell'assenza di autorizzazione iniziale, nonostante emerga dal fascicolo che il gestore fosse a conoscenza della mancanza di tale autorizzazione.

L'esame del secondo elemento ovvero della comunicazione dell'opera al "pubblico", passa ovviamente in subordine in quanto essendo gli elementi cumulativi e mancando il primo, anche se ci fosse una comunicazione dell'opera al pubblico questa non sarebbe tale da rappresentare una violazione del diritto d'autore.

Ove anche si volesse considerare tuttavia sussistente l'atto di comunicazione tramite *linking*, secondo l'Avvocato Generale è comunque dubbio che nel caso GS Media si possa identificare un "pubblico nuovo". Innanzitutto sia il caso *Svensson* sia il caso *Football Association Premier League* sembrerebbero presupporre che si possa parlare di "pubblico nuovo" solo nel caso in cui vi sia una autorizzazione iniziale alla comunicazione al pubblico (il che nel caso GS Media non è). Se si volesse anche prescindere dal tema della mancanza di autorizzazione iniziale, comunque sempre nel caso *Svensson* la Corte di Giustizia stessa ha affermato che il criterio del "pubblico nuovo" è soddisfatto solo se l'intervento del gestore di un sito Internet, che colloca link sul proprio sito web (i quali rinviano ad opere protette dal

diritto d'autore), è indispensabile affinché le opere possano essere messe a disposizione di un pubblico nuovo. Ma mettere a disposizione un link non può essere considerato indispensabile a raggiungere un pubblico "nuovo" allorché il sito web cui è diretto il link sia liberamente accessibile.

L'Opinione dell'Avvocato Generale è comunque molto cauta nelle sue conclusioni in quanto la sua ricostruzione poggia sul presupposto secondo cui le opere in questione fossero «liberamente accessibili» sui siti dei terzi. Se questo presupposto fattuale è vero (e gli atti di rimessione alla Corte di Giustizia sembrano avvalorare questa ricostruzione) si applicherebbero le conclusioni della sentenza *Svensson* e il *linking* al contenuto liberamente accessibile, ove mai fosse qualificabile come atto di comunicazione, sarebbe comunque un atto di comunicazione non diretto a un pubblico nuovo.

In realtà i fatti di causa non sono del tutto chiari. Il sito Filefactory.com sembrerebbe infatti configurarsi come un archivio digitale in cui i file sono caricati da singoli utenti sul loro profilo e non sarebbero accessibili senza una chiave digitale (e una chiave digitale potrebbe essere considerata come una "misura tecnica di protezione"). Nel caso in cui i Giudici olandesi dovessero ritenere che i file presenti su Filefactory.com non potessero considerarsi "privati" in quanto la chiave digitale era stata resa pubblica (tanto sembra essere stato accertato in primo grado), allora non vi sarebbe motivo per ritenere che l'attività di *linking* di GS Media abbia aggirato le misure di protezione.

Opportunamente però l'Avvocato Generale precisa che qualora un collegamento ipertestuale consentisse agli utilizzatori del sito in cui esso si trova di «eludere misure restrittive» adottate sui siti di terzi per limitare l'accesso ad opere protette (ad es. arrivare ad un archivio on line protetto da chiave digitale), il collegamento ipertestuale in questione costituirebbe allora un intervento indispensabile, senza il quale detti utilizzatori non potrebbero beneficiare delle opere. E ne trae la conseguenza che "tale intervento mette le opere in questione a disposizione [...] e costituisce, di conseguenza, un atto di comunicazione ad un pubblico".

Questo sembra uno dei passaggi più significativi ma anche più delicati dell'Opinione dell'Avvocato Generale, dal momento che crea una certa commistione tra l'applicazione del criterio dell'indispensabilità al fine di qualificare l'atto come "atto di comunicazione" e al fine di qualificare lo stesso atto come diretto a un "nuovo pubblico", lasciando non del tutto chiariti i profili di differenziazione tra le diverse applicazioni del criterio in questione.

L'Opinione svolge inoltre delle considerazioni più generali sulla funzione del *linking* nell'ambito della comunicazione via Internet, in particolare dove si afferma che "la messa a disposizione dei collegamenti ipertestuali da parte degli internauti è al contempo sistematica e necessaria per l'attuale architettura di Internet".

Se infatti un collegamento ipertestuale che rinvia a opere protette dal diritto d'autore costituisca un atto di comunicazione al pubblico, ai sensi dell'art. 3, paragrafo 1 della Direttiva Infosoc, gli internauti sarebbero molto più restii a linkare in quanto onerati di pesanti obblighi, quali la richiesta di autorizzazione al legittimo titolare dell'opera e la verifica della liceità della pubblicazione del sito linkato. Il tutto andrebbe ovviamente a discapito del buon funzionamento della Rete, e un approccio teso a limitare le attività di *linking* sulla Rete secondo l'Avvocato Generale non potrebbero essere il frutto dell'evoluzione giurisprudenziale ma dovrebbero al più ed eventualmente essere materia per un intervento del legislatore europeo.

#### 4. Conclusioni.

Le Conclusioni dell'Avvocato Melchior Wathelet sembrerebbero il tentativo di introdurre un cambiamento nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. Ciò che emerge dalla analisi dell'Avvocato Generale è molto chiaro: il collegamento ipertestuale a un sito Internet non rappresenta un atto di comunicazione, anche nel caso in cui il sito linkato ospiti contenuti protetti dal diritto d'autore e nonostante quest'ultimo non abbia l'espressa autorizzazione



del titolare di tali contenuti. Difetterebbe quindi di uno degli elementi essenziali per garantire l'applicazione dell'art. 3, paragrafo 1, della Direttiva Infosoc.

Questo approccio supererebbe la precedente giurisprudenza (i citati casi *Svensson* e *BestWater*) che non negava in radice la natura del *linking* come atto di comunicazione ma arrivava comunque ad escludere che il *linking* verso contenuti liberamente disponibili costituisca un atto di comunicazione diretto a un "pubblico nuovo".

Le norme europee hanno sempre affermato la necessità di tutelare il titolare di un'opera da illegittime comunicazioni ed utilizzi ma secondo l'Avvocato Generale lo spirito delle suddette norme, in particolare della Direttiva Infosoc, non può essere in contrasto con le esigenze del web e la libertà di circolazione delle idee. È necessario quindi trovare 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".

Non è facile prevedere se la Corte accetterà l'Opinione o se ne discosterà perché, al di là del chiaro orientamento liberale della ricostruzione adottata dall'Avvocato Generale, rimangono alcuni passaggi non del tutto chiari nella ricostruzione della fattispecie concreta, visto anche l'elevato tasso di dettaglio tecnico che la stessa presuppone, e nell'applicazione dei criteri invocati dall'Avvocato Generale.