



IAIC



DGBIC



CREDA

DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA

FONDATA E DIRETTA DA

Alberto M. Gambino

COMITATO DI DIREZIONE

Valeria Falce, Giusella Finocchiaro, Oreste Pollicino,
Giorgio Resta, Salvatore Sica

21 luglio 2022

Internet aperto o eccessi proprietari? Brevi note a margine della recente giurisprudenza inglese e scozzese in tema di *linking* e comunicazione al pubblico

Guido Noto La Diega

COMITATO SCIENTIFICO

Guido Alpa, Fernando Bocchini, Giovanni Comandè, Gianluca Contaldi,
Vincenzo Di Cataldo, Giorgio Floridia, Gianpiero Gamaleri, Gustavo Ghidini,
Andrea Guaccero, Mario Libertini, Francesco Macario, Roberto Mastroianni,
Giorgio Meo, Cesare Mirabelli, Enrico Moscati, Alberto Musso, Luca Nivarra,
Gustavo Olivieri, Cristoforo Osti, Roberto Pardolesi, Giuliana Scognamiglio,
Giuseppe Sena, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini

E

Margarita Castilla Barea, Cristophe Geiger, Reto Hilty, Ian Kerr, Jay P. Kesan,
David Lametti, Fiona MacMillan, Maximiliano Marzetti, Ana Ramalho,
Maria Páz Garcia Rubio, Patrick Van Eecke, Hong Xue

 Nuova
Editrice
Universitaria

La rivista è stata fondata nel 2009 da Alberto M. Gambino ed è oggi pubblicata dall'Accademia Italiana del Codice di Internet (IAIC) sotto gli auspici del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo - Direzione generale biblioteche e istituti culturali (DGBIC) e dell'Università Europea di Roma con il Centro di Ricerca di Eccellenza del Diritto d'Autore (CREDA). Tutti i diritti sono dell'IAIC.

Comitato dei Valutazione Scientifica

EMANUELA AREZZO (Un. Teramo), EMANUELE BILOTTI (Un. Europea di Roma), FERNANDO BOCCHINI (Un. Federico II), ROBERTO BOCCHINI (Un. Parthenope), ORESTE CALLIANO (Un. Torino), LOREDANA CARPENTIERI (Un. Parthenope), LUCIANA D'ACUNTO (Un. Federico II), VIRGILIO D'ANTONIO (Un. Salerno), FRANCESCO DI CIOMMO (Luiss), MARILENA FILIPPELLI (Un. Tuscia), CESARE GALLI (Un. Parma), MARCO MAUGERI (Un. Europea di Roma), ENRICO MINERVINI (Seconda Un.), GILBERTO NAVA (Un. Europea di Roma), MARIA CECILIA PAGLIETTI (Un. Roma Tre), ANNA PAPA (Un. Parthenope), ANDREA RENDA (Un. Cattolica), ANNARITA RICCI (Un. Chieti), FRANCESCO RICCI (Un. LUM), GIOVANNI MARIA RICCIO (Un. Salerno), CRISTINA SCHEPISI (Un. Parthenope), BENEDETTA SIRGIOVANNI (Un. Tor Vergata), GIORGIO SPEDICATO (Un. Bologna), ANTONELLA TARTAGLIA POLCINI (Un. Sannio), RAFFAELE TREQUATTRINI (Un. Cassino), DANIELA VALENTINO (Un. Salerno), FILIPPO VARI (Un. Europea di Roma), ALESSIO ZACCARIA (Un. Verona).

Norme di autodisciplina

1. La pubblicazione dei contributi sulla rivista "Diritto Mercato Tecnologia" è subordinata alla presentazione da parte di almeno un membro del Comitato di Direzione o del Comitato Scientifico e al giudizio positivo di almeno un membro del Comitato per la Valutazione Scientifica, scelto per rotazione all'interno del medesimo, tenuto conto dell'area tematica del contributo. I contributi in lingua diversa dall'italiano potranno essere affidati per il referaggio ai componenti del Comitato Scientifico Internazionale. In caso di pareri contrastanti il Comitato di Direzione assume la responsabilità circa la pubblicazione.
2. Il singolo contributo è inviato al valutatore senza notizia dell'identità dell'autore.
3. L'identità del valutatore è coperta da anonimato.
4. Nel caso che il valutatore esprima un giudizio positivo condizionato a revisione o modifica del contributo, il Comitato di Direzione autorizza la pubblicazione solo a seguito dell'adeguamento del saggio.

La Rivista adotta un Codice etico e di buone prassi della pubblicazione scientifica conforme agli standard elaborati dal Committee on Publication Ethics (COPE): Best Practice Guidelines for Journal Editors.

Comitato di Redazione – www.dimt.it – dimt@unier.it

ANTONINA ASTONE, MARCO BASSINI, CHANTAL BOMPRESZI, VALENTINA DI GREGORIO, GIORGIO GIANNONE CODIGLIONE, FERNANDA FAINI, MASSIMO FARINA, SILVIA MARTINELLI, DAVIDE MULA (Coordinatore), ALESSIO PERSIANI, MARTINA PROVENZANO (Vice-Coordinatore), MARIA PIA PIGNALOSA, MATILDE RATTI, ANDREA STAZI (Coordinatore)

Sede della Redazione

Accademia Italiana del Codice di Internet, Via dei Tre Orologi 14/a, 00197 Roma, tel. 06.8083855, fax 06.8070483, www.iaic.it, info@iaic.it

INTERNET APERTO O ECCESSI PROPRIETARI?

BREVI NOTE A MARGINE DELLA RECENTE GIURISPRUDENZA INGLESE E SCOZZESE IN TEMA DI *LINKING* E COMUNICAZIONE AL PUBBLICO

Guido Noto La Diega *

La pratica del *linking*, consistente nel pubblicare collegamenti ipertestuali ('link') che reindirizzano gli utenti dell'internet verso siti terzi, è ormai divenuta un tema classico del diritto d'autore¹. E' trascorso ormai quasi un decennio dal *leading case Svensson*², una vera pietra miliare nell'affermazione dell'importanza costituzionale di un internet aperto. Come è noto, uno dei diritti esclusivi del titolare del diritto d'autore è il diritto alla comunicazione ai sensi della Direttiva 'Infosoc'³. Mentre è di norma difficilmente contestabile che il *linking* costituisca un atto di comunicazione di un'opera dell'ingegno⁴, risulta normalmente piu' problematico accertare se detta comunicazione sia rivolta al pubblico e, in particolare, a un pubblico 'nuovo'. Per pubblico nuovo si intende "un pubblico che i titolari del diritto d'autore non abbiano considerato, al momento in cui abbiano autorizzato la comunicazione iniziale al

* Professore Associato di Diritto della Proprietà Intellettuale e della Privacy, Università di Stirling; Componente dell'Expert Group on AI and Data in Education, Commissione Europea; Direttore, Scottish Law and Innovation Network (SCOTLIN); Fellow, Centro Nexa su Internet & Società.

¹ V. ad es. Justin Koo, *The Right of Communication to the Public in EU Copyright Law* (Hart 2019) 52 e passim.

² CGUE, *Svensson c. Retriever Sverige AB* (C-466/12) [2014] All E.R. (EC) 609.

³ Direttiva 2001/29/CE, art. 3(1). Utili riferimenti alle 25 sentenze della Corte di Giustizia in tema di comunicazione al pubblico v. *Tunein Inc v Warner Music UK Ltd* [2021] EWCA Civ 441 [67].

⁴ E' diventata affermazione costante in giurisprudenza che "la nozione di comunicazione dev'essere intesa in senso ampio, nel senso che ricomprende qualsiasi trasmissione delle opere protette, a prescindere dal mezzo o dal procedimento tecnico utilizzati" (CGUE, *Football Association Premier League Ltd c. QC Leisure* (C-403/08 e C-429/08) [2011] E.C.R. I-9083, para. 193). In dottrina, sul *linking* come comunicazione al pubblico, v. Jane C Ginsburg - Luke Ali Budiardjo, *Liability for Providing Hyperlinks to Copyright-Infringing Content: International and Comparative Law Perspectives*, in *Columbia J. Law & the Arts*, 2018, 43, 153, 155-160.

pubblico”⁵. Ne seguì in *Svensson* che la pubblicazione di link che consentono di accedere ad opere dell’ingegno liberamente accessibili online non costituiscono una violazione del diritto d’autore. Questo bilanciamento fra le ragioni proprietarie e le libertà dell’internet svolse un ruolo chiave nel mantenere un internet ‘aperto’, nonostante le crescenti pressioni alla sua centralizzazione e ‘chiusura.’ Più praticamente, come notato dall’Avvocato Generale Wathelet in *GS Media*⁶, “la messa a disposizione dei collegamenti ipertestuali da parte degli internauti è al contempo sistematica e *necessaria per l’attuale architettura di Internet*”⁷. Considerato che a causa della convergenza fra pandemia e ‘Internet delle Cose’ le nostre vite si svolgono ormai in larga parte online, questi sviluppi dovrebbero essere al centro del dibattito giuridico e pubblico.

La successiva giurisprudenza ha intorbidito le acque⁸ al punto che risulta spesso difficile prevedere se la relativa condotta sia lecita. In particolare, il *linking* può condurre a una violazione del diritto d’autore, nonostante i contenuti siano liberamente accessibili online⁹, qualora (i) il titolare del diritto abbia acconsentito alla loro pubblicazione, ma abbia nel contempo implementato ‘efficaci misure tecnologiche’ atte a prevenire la relativa comunicazione al pubblico¹⁰; (ii) il titolare non avesse acconsentito alla pubblicazione e il contenuto avesse agito per fini di lucro¹¹; (iii) il titolare non avesse acconsentito

⁵ *Svensson*, cit., para. 24.

⁶ CGUE, *GS Media BV c. Sanoma Media Netherlands BV* (C-160/15) [2016] E.C.D.R. 25.

⁷ Conclusioni dell’Avvocato General Melchior Wathelet, presentate il 7 aprile 2016 nella Causa C-160/15 *GS Media BV c. Sanoma Media Netherlands BV et al*, para. 78.

⁸ V. ad es. Eleonora Rosati, *GS Media and its implications for the construction of the right of communication to the public within EU copyright architecture*, in *Common Market Law Review*, 2017, 54, IV. 1221.

⁹ Eccessono i limiti di questa nota gli scenari in cui il link conduca a opere dell’ingegno non liberamente disponibili online. Un caso importante sul tema è CGUE, *BestWater International GmbH v Mebes* (C-348/13) [2014] 10 WLUK 615.

¹⁰ *Svensson*, cit., para. 31 (che però si riferisce genericamente a ‘misure restrittive’); *GS Media*, cit., para. 50 (che segue la formulazione di *Svensson*); CGUE, *VG Bild-Kunst v Stiftung Preussischer Kulturbesitz* (C-392/19) [2021] E.C.D.R. 9, para. 45 ss. Vale la pena notare come, in quest’ultimo caso, la Corte abbia chiarito che ‘al fine di garantire la certezza del diritto e il corretto funzionamento di Internet, il titolare del diritto d’autore non dovrebbe essere autorizzato a limitare il suo consenso se non per mezzo di misure tecnologiche efficaci [...] in mancanza di simili misure, potrebbe rivelarsi difficile, in particolare per i privati, accertare se il titolare dei diritti abbia voluto opporsi al *framing* delle sue opere’ (*ivi*, para. 46).

¹¹ *GS Media*, cit., para. 55.

alla pubblicazione e il convenuto fosse a conoscenza dell'illegalità dei contenuti¹². Negli scenari *sub ii*) e (iii) si aggiunge la condizione che il titolare abbia notificato al fornitore del link circa l'illegalità dei contenuti e questi si sia rifiutato di rimuovere il link¹³. In tutti e tre i casi resta salva l'applicazione delle norme sulle libere utilizzazioni, che però variano ancora da Paese Membro a Paese Membro e spesso non prevalgono su contratti e misure tecnologiche¹⁴.

Ne segue che lo sviluppo ipertifico del concetto di 'comunicazione al pubblico', in combinato disposto con l'ascesa della responsabilità delle piattaforme¹⁵, sta ingessando il linking, così minando le fondamenta dell'internet. Ad esempio, la recente sentenza *VG Bild-Kunst*¹⁶ sul c.d. *framing*¹⁷ ha confermato la deriva filo-proprietaria della Corte di Giustizia che, estendendo il concetto di comunicazione al pubblico, minaccia tanto il funzionamento dell'internet quanto le libertà di pensiero e informazione degli utenti dell'internet¹⁸. Forse per l'effetto Bruxelles¹⁹ che sembrerebbe prevalere sulla spinta centrifuga di Brexit o a causa di uno *Zeigeist* di capitalismo *rentier* in cui Unione Europe e Regno Unito sono immersi²⁰, le corti britanniche sposano il

¹² *Ivi*, para. 47.

¹³ *Ivi*, para. 49.

¹⁴ Cf. Rossana Ducato - Alain Strowel, *Limitations to text and data mining and consumer empowerment: making the case for a right to "machine legibility"*, in *IIC*, 2019, 50, VI, 649.

¹⁵ V. Giancarlo Frosio, *It's All Linked: How Communication to the Public Affects Internet Architecture*, in *Computer Law & Security Review*, 2020, 37, 105410.

¹⁶ *VG Bild-Kunst*, cit.

¹⁷ La tecnica del *framing* consiste nel "dividere una pagina di un sito Internet in più riquadri e nel visualizzare in uno di essi, mediante un collegamento cliccabile o un link Internet incorporato (inline linking), un elemento proveniente da un altro sito al fine di nascondere agli utilizzatori di tale sito l'ambiente di origine al quale appartiene tale elemento" (*ivi*, para. 35).

¹⁸ Roberto Caso, *Diritto d'autore, comunicazione al pubblico e misure tecnologiche di protezione contro il framing: VG Bild-Kunst e l'ultimo cioccolatino della Corte di Giustizia*, in *LawTech Research Paper n. 45*, 2021, 7.

¹⁹ Anu Bradford, *The Brussels effect: How the European Union rules the world* (Oxford University Press) 2020.

²⁰ Sul ruolo della c.d. proprietà intellettuale nel contesto del capitalismo *rentier*, v. Brett Christophers, *Rentier Capitalism. Who Owns the Economy and Who Pays for It* (Verso 2020) 17 e *passim*. Sia consentito anche il rinvio a Guido Noto La Diega, *Internet of Things and the Law. Legal Strategies for Consumer-Centric Smart Technologies* (Routledge 2022).

medesimo approccio della Corte di Giustizia, come dimostrato dai due recenti casi di cui procedo a dar conto.

Neanche due settimane dopo *VG Bild-Kunst*, la Civil Division della Court of Appeal inglese ha pubblicato la decisione in *TuneIn Inc v Warner Music UK Ltd*²¹. L'*appellant* è un aggregatore di radio web, cioè un servizio che consente di ascoltare in streaming centinaia di migliaia di stazione radiofoniche su scala globale. Il *respondent*, nota società dei servizi d'intrattenimento, era risultata vittoriosa in primo grado, dacché la Chancery Division aveva statuito che detta attività di aggregazione costituiva un'illecita comunicazione al pubblico in violazione dei diritti sui relativi fonogrammi. TuneIn forniva a radioascoltatori nel Regno Unito link sia a radio nazionali che internazionali. Siccome i siti internet delle radio in esame erano liberamente accessibili, TuneIn riteneva – e questo autore sarebbe stato del medesimo avviso – che il *linking* in question non avrebbe reso disponibili contenuti protetti a un pubblico nuovo. Quest'argomento non convinse la corte con riguardo alla radio estere in ragione del fatto che le relative licenze avevano contenuto territorialmente limitato, cioè non riguardavano il Regno Unito. Questa conclusione a favore del *respondent* non è priva di mende, considerato che (i) i relativi contenuti erano liberamente disponibili online; (ii) erano stati resi disponibili col consenso del titolare (la frammentazione delle licenze, derivante dalla territorialità del diritto d'autore, non dovrebbe porre in non cale siddetto consenso); (iii) visto l'elevato numero di stazioni (oltre 115.000) sarebbe stato irragionevole attendersi che TuneIn verificasse il consenso del titolare in tutti i casi, dovendo invece bastare le rassicurazioni delle radio in tal senso; (iv) e gli utenti avrebbero potuto accedere agli stessi contenuti mediante ricerche generiche e ciò non sarebbe stato illegale.

A stretto giro, a inizio Aprile 2021, l'Outer House della Court of Session adotta una posizione ancor piu' filo-proprietaria. In *Sky v Cherrie*²², il

²¹ *TuneIn*, cit.

²² 2021 CSOH 36.

*pursuer*²³ riuscì a ottenere un *interim interdict*²⁴ contro un utente delle piattaforme Reddit e YouTube che aveva pubblicato link alla programmazione dell'Art Channel di Sky che, giova ricordare, era un canale *free to air*, cioè trasmesso liberamente, senza bisogno di pagare una sottoscrizione. Applicando approcci a questo punto desueti ci si sarebbe attesi che siccome le relative opere erano liberamente accessibili e chiunque si trovasse nel Regno Unito avrebbe potuto godere della relativa offerta gratuitamente, il *defender*²⁵ sarebbe stato immune da responsabilità. Così non fu giacché Lady Wolffe ritenne che siccome per accedere all'Art Channel bisogna scaricare l'app Sky Go e accettare i relativi Termini & Condizioni – i quali consentivano solo l'uso dell'app a fini personali – non si poteva dire che i contenuti fossero realmente liberamente accessibili a tutti. Queste sentenza è criticabile per almeno due motivi: (i) propone un'interpretazione ingiustificatamente estensiva di 'misure tecnologiche efficaci' in quanto la condizione di scaricare un'app non può considerarsi una misura restrittiva e tantomeno efficace; (ii) propone un'interpretazione ingiustificatamente restrittiva del concetto di 'liberamente accessibile' perché chiunque nel Regno Unito poteva avere accesso al canale a prescindere dai link distribuiti da Cherrie; (iii) conferma la convinzione sempre più insuperabile che l'inibitoria sia l'unico modo di tutelare il diritto

²³ Il *pursuer* è l'attore in diritto scozzese ed equivale al *claimant* di diritto inglese. Sebbene la perifrasi 'UK Law' sia diffusa, va ricordato che trattasi solo di espressione di comodo, giacché il Regno Unito si compone di tre sistemi giuridici: Inghilterra e Galles, Scozia, e Irlanda del Nord. Allo stesso modo, riferire 'diritto inglese' ai *diritti* del Regno Unito è al più un'utile sineddoche. Nel campo del diritto d'autore, sebbene il Parlamento di Westminster abbia competenza legislativa in materia ('*reserved matter*' a mente dello Scotland Act 1998, Schedule 5 Head C), "[n]onetheless...IP is rightly a subject of public policy discussion in devolved Scotland" (Hector MacQueen, *Intellectual Property in a Peripheral Jurisdiction*, in David Vaver - Lionel Bently (a cura di) *Intellectual Property in the New Millennium* (Cambridge University Press 2004) 58-76. Va inoltre ricordato che "*the Scottish system is often distinct in substance or in nomenclature*" (David Llewelyn - Tania Aplin, *Cornish, Llewelyn & Aplin Intellectual property: patents, copyright, trade marks and allied rights* (9th edn, Sweet and Maxwell 2019) ch. 1-003).

²⁴ Inibitoria cautelare, nota come *interim injunction* in diritto inglese. L'inibitoria è diventata un altro tema classico del diritto d'autore ed è sempre più vista come il rimedio migliore, se non l'unico, per reagire a violazioni perpetrate online. V. ad es. Giancarlo Frosio - Oleksandr Bulayenko, *Website blocking injunctions in flux: static, dynamic and live*, in *JIPLP*, 2021, 16, X, 1127.

²⁵ Il convenuto, noto in diritto inglese come *defendant*, si chiama *defender* in Scots Law.

d'autore, uno scivolamento da regole di responsabilità a regole di proprietà che conferma la deriva proprietaria denunciata in queste note²⁶.

Molto tempo è ormai passato da quando si considerava l'internet come uno spazio extragiuridico dove le regole scritte per il mondo 'offline' non avessero applicazione o efficacia. Siamo oramai al di là del proverbiale specchio di Alice e osserviamo un intreccio inestricabile di regole di varia natura – *hard law*, ma soprattutto regole private (contratti, misure tecnologiche, design) – tutte (o quasi) intese però a rafforzare gli attuali squilibri di potere e sposare le ragioni del capitale, stavolta servite dal trattamento panproprietary della tutela dei beni immateriali, a discapito dell'ideale originario di un internet aperto, decentralizzato e paladino della libertà d'espressione.

²⁶ Ho denunciato un simile ingiustificato slittamento in campo brevettuale in Guido Noto La Diega, *Legal Issues and Solutions to Improve the Standard Essential Patents Ecosystem: Competition, Transparency, and Frameworks* (UK Intellectual Property Office 2022), disponibile all'indirizzo https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4043016.

DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA

Numeri Speciali

- 2016 **LO STAUTO ETICO GIURIDICO DEI CAMPIONI BIOLOGICI UMANI**
a cura di Dario Farace
- 2017 **IL MERCATO UNICO DIGITALE**
a cura di Gianluca Contaldi
- 2018 **LA RICERCA SU MATERIALI BIOLOGICI DI ORIGINE UMANA:
GIURISTI E SCIENZIATI A CONFRONTO**
a cura di Alberto M. Gambino, Carlo Petrini e Giorgio Resta
- 2019 **LA TASSAZIONE DELL'ECONOMIA DIGITALE TRA SVILUPPI RECENTI
E PROSPETTIVE FUTURE**
a cura di Alessio Persiani

La rivista “Diritto Mercato Tecnologia” intende fornire un costante supporto di aggiornamento agli studiosi e agli operatori professionali nel nuovo scenario socio-economico originato dall’interrelazione tra diritto, mercato e tecnologia, in prospettiva interdisciplinare e comparatistica. A tal fine approfondisce, attraverso studi nei settori privatistici e comparatistici, tematiche afferenti in particolare alla proprietà intellettuale, al diritto antitrust e della concorrenza, alle pratiche commerciali e alla tutela dei consumatori, al biodiritto e alle biotecnologie, al diritto delle comunicazioni elettroniche, ai diritti della persona e alle responsabilità in rete.

