

Rivista di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Diretta da
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei

Direttore Responsabile
Marco Cardilli

Coordinamento Editoriale
Luigi Ferrara, Giuseppe Egidio Iacovino,
Carlo Rizzo, Francesco Rota, Valerio Sarcone

FASCICOLO N. 5-6/2016

estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Salvatore Bonfiglio, Gianfranco D'Alessio, Gianluca Gardini, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Angelo Piazza, Alessandra Pioggia, Antonio Uricchio, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Annamaria Angiuli, Helene Puliat.

Comitato dei referee

Gaetano Caputi, Marilena Rispoli, Luca Perfetti, Giuseppe Bettoni, Pier Paolo Forte, Ruggiero di Pace, Enrico Carloni, Stefano Gattamelata, Simonetta Pasqua, Guido Clemente di San Luca, Francesco Cardarelli, Anna Corrado.

Comitato dei Garanti

Domenico Mutino, Mauro Orefice, Stefano Toschei, Giancarlo Laurini, Angelo Mari, Gerardo Mastrandrea, Germana Panzironi, Maurizio Greco, Filippo Patroni Griffi, , Vincenzo Schioppa, Michel Sciascia, Raffaello Sestini, Leonardo Spagnoletti, Giuseppe Staglianò, Alfredo Storto, Alessandro Tomassetti, Italo Volpe, Fabrizio Cerioni.

Comitato editoriale

Laura Albano, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Silvia Carosini, Sergio Contessa, Marco Coviello, Ambrogio De Siano, Flavio Genghi, Concetta Giunta, Filippo Lacava, Massimo Pellingra, Stenio Salzano, Francesco Soluri, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano.

amministrativamente
Rivista di diritto amministrativo

Libertà d'impresa e tutela del diritto d'autore: conflitto o coesistenza? Uno sguardo alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Ue

Di Giovanna Carugno *

Abstract

Il tema del rapporto tra *copyright* e altri diritti è da tempo al centro di un importante dibattito dottrinale e giurisprudenziale, che oscilla tra posizioni "iper-protezionistiche" verso il diritto d'autore e orientamenti intermedi a favore di un certo contemperamento tra interessi contrapposti.

Delineare il confine tra tutela del diritto d'autore e protezione di altri diritti e libertà (non solo libertà di impresa, ma anche *privacy*, libertà di espressione e diritto all'informazione) appare più complesso all'indomani della "rivoluzione digitale", che ha reso possibile nuove modalità di fruizione e circolazione delle opere protette dal *copyright*, soprattutto in ambienti *online*.

Sommario

1. 1. Introduzione - 2. Il diritto d'autore e la libertà d'impresa nella Carta di Nizza e nella CEDU – 3. La prima giurisprudenza della Corte di giustizia: il caso *Scarlet Extended* – 4. La sentenza *Telekabel Wien* – 5. Nuovi orientamenti e sviluppi futuri alla luce del caso *Mc Fadden*.

1. Il tema del rapporto tra *copyright* e altri diritti è da tempo al centro di un importante dibattito dottrinale e giurisprudenziale, che oscilla tra posizioni "iper-protezionistiche" verso il diritto d'autore[1] e orientamenti intermedi a favore di un certo contemperamento tra interessi contrapposti.
Delineare il confine tra tutela del diritto d'autore e protezione di altri diritti e libertà (non solo libertà di impresa, ma anche *privacy*, libertà di espressione e diritto all'informazione) appare più complesso all'indomani della "rivoluzione digitale", che ha reso possibile nuove modalità di fruizione e circolazione delle opere protette dal *copyright*, soprattutto in ambienti *online*.
Se da un lato i fenomeni di crescente violazione del diritto d'autore impongono un *enforcement* del livello di tutela, diretto a contrastare soprattutto il fenomeno della pirateria informatica, d'altra parte tale livello non può essere elevato al punto da comprimere l'esercizio di altri diritti fondamentali. Questa conclusione, sostenuta dalla Corte di giustizia dell'Ue fin dalle prime pronunce in materia di proprietà intellettuale, esclude che possa configurarsi una protezione "assoluta" del diritto d'autore, ben potendo quest'ultimo risultare cedevole di fronte all'esigenza di tutelare altri diritti e libertà, quale la libertà di impresa.

2. L'Unione europea è intervenuta a riconoscere valore di diritto fondamentale al diritto d'autore con l'adozione, il 7 dicembre 2000, della Carta dei diritti fondamentali, il cui articolo 17, paragrafo 2 sancisce che «la proprietà intellettuale è protetta».
Si tratta di una disposizione la cui ampia formulazione è atta a comprendere non solo i diritti di proprietà industriale (marchi, brevetti, modelli di utilità, disegni, modelli), ma anche il *copyright*[2].

* *Dottoranda in Diritto comparato e processi di integrazione presso la Seconda Università degli Studi di Napoli*

[1] Tendenze legate al fenomeno dell'intervenuta "iper-regolamentazione" della materia a livello europeo, sia in senso "verticale" – con allargamento dell'ambito della tutela offerta dal diritto d'autore (ad esempio al *software)* – che in senso "orizzontale" – con protezione di utilizzazioni dell'opera in diversi contesti, come quello delle nuove tecnologie -.
Sul punto si sono espressi G. GHIDINI, *Prospettive protezionistiche del diritto industriale,* in «Rivista di diritto industriale», 1995, I, p. 73 e P. AUTERI, *Iperprotezione dei diritti di proprietà intellettuale?*, in «*Aida. Annali* italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo», VXI, 2007, Milano, Giuffrè, 2008, p. 155.

[2] La norma in esame è parte della disposizione rubricata come "Diritto di proprietà" e il suo inserimento al secondo paragrafo sembra avallare l'idea di poter considerare la proprietà intellettuale quale mero aspetto del più generale diritto di proprietà. Questa linea interpretativa, sostenuta da parte della dottrina, non appare condivisibile: invero, se la proprietà intellettuale non assumesse configurazione autonoma rispetto al diritto proprietà enunciato al primo paragrafo, non vi sarebbe ragione per accordare a essa specifica tutela, con conseguente superfluità della norma di cui al secondo paragrafo (cfr. sul punto R. MASTROIANNI**,** *Proprietà intellettuale e costituzioni europee,* in «*Aida. Annali* italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo», *Milano, Giuffrè,* 2005, p. 16).

La considerazione del diritto d'autore in termini di diritto fondamentale aveva già trovato spazio nell'articolo 27 paragrafo 2 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo[3], il quale riconosce all'autore dell'opera diritti patrimoniali e morali: «ogni individuo ha diritto alla protezione degli interessi morali e materiali derivanti da ogni produzione scientifica, letteraria ed artistica di cui egli sia autore». La protezione accordata dalla Dichiarazione, di carattere essenzialmente programmatico, è stata riconosciuta anche nel successivo Patto delle Nazioni Unite sui diritti economici, sociali e culturali, il quale, all'articolo 15, paragrafo 1, contempla il diritto di ogni individuo a «godere della tutela degli interessi morali e materiali scaturenti da qualunque produzione scientifica, letteraria o artistica di cui egli sia l'autore»[4].

Quanto invece alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), essa non contiene alcun riferimento specifico alla tutela della proprietà intellettuale e, segnatamente, alla protezione del diritto d'autore. Di contro, il diritto di proprietà, escluso anch'esso dal testo originario della Convenzione, ha trovato considerazione nel Primo Protocollo addizionale, firmato a Parigi il 20 marzo 1952, il cui articolo 1 riconosce il diritto di ogni persona al rispetto dei suoi beni.

Attraverso un'interpretazione estensiva della nozione di "bene" si perviene ad affermare come nel quadro della Convenzione possa rientrare anche la tutela degli *intellectual property rights*: la stessa Corte di Strasburgo ha precisato come l'uso del termine "bene" non ha portata limitata alla proprietà dei beni corporali, ben potendo riferirsi ad altri diritti e interessi aventi carattere economicamente valutabile[5]. Di conseguenza, l'ambito di applicazione oggettivo dell'articolo 1 del Protocollo si presta a ricomprendere i diritti di proprietà intellettuale[6], incluso il diritto d'autore.

Per ciò che concerne la libertà d'impresa, essa trova tutela nell'articolo 16 della Carta di Nizza, che la riconosce «conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali».

Tale libertà era già stata declinata dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo come triade comprendente: a) la libertà di esercitare un'attività economica o commerciale; b) la libertà contrattuale; c) la libertà di concorrere sul mercato[7].

[3] La Dichiarazione è stata adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite a New York il 10 dicembre 1948, quale «ideale da raggiungersi da tutti i popoli e da tutte le Nazioni, al fine che ogni individuo e ogni organo della società [..] si sforzi di promuovere, con l'insegnamento e l'educazione il rispetto di questi diritti e queste libertà».
Il testo della Dichiarazione è consultabile sul sito www.un.org.

[4] Si noti che in dottrina la questione della qualificazione del diritto d'autore come diritto fondamentale è stata oggetto di un ampio dibattito, animato da posizioni contrastanti. Alcuni autori escludono in via categorica che il *copyright* possa assumere natura di diritto fondamentale, celandosi il pericolo di un insanabile conflitto tra interessi privati, tutelati dal diritto d'autore, e interessi pubblici, protetti da diversi diritti fondamentali.
Diversamente, un'altra opinione dottrinale, esaltando la complementarietà corrente tra diritto d'autore e diritti umani, ha riconosciuto la dimensione fondamentale dei diritti patrimoniali e morali in cui si declina il *copyright*.
Infine, non sono mancate posizioni intermedie che hanno evidenziato come solo alcuni aspetti dei diritti di proprietà intellettuale possano avere natura di diritti fondamentali, non coincidendo integralmente con il novero delle facoltà di cui si articola il diritto d'autore né con la totalità dei possibili titolari del medesimo.

[5] Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Iatridis c. Grecia*, in «*Rivista internazionale* dei *diritti* dell'uomo», 1999, p. 800.

[6] L.C. UBERTAZZI, *Introduzione al diritto europeo della proprietà intellettuale*, in «Contratto e Impresa/Europa», 2003, p. 1093. Questa impostazione è stata confermata anche dalla Commissione europea dei diritti dell'uomo, la quale si è pronunciata a favore dell'applicabilità dell'articolo 1 del Protocollo all'ipotesi di titolarità di un brevetto per sostanza chimica (Caso *Smith Kline,* in *European Commission of Human Rights, Decisions and Reports,* 1991, p. 137 ss.).

[7] *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali*: *spiegazione relativa all'articolo 16 – libertà d'impresa*, in

Al pari del diritto d'autore, anche la libertà d'impresa non ha trovato esplicita enunciazione nella CEDU quale diritto fondamentale e, in origine, risultava anch'essa concepita quale "corollario" del più generale diritto di proprietà[8]. Secondo parte della dottrina, tale mancanza è legata alla *ratio* sottesa alla CEDU, concepita «nell'ottica di una tutela dell'essere umano a prescindere dal suo agire economico»[9]; diversamente, la Carta di Nizza rafforza «la tutela dei diritti umani alla luce dell'evoluzione della società, del progresso sociale e degli sviluppi scientifici e tecnologici»[10], sottendendo a un rapporto di strumentalità tra diritti fondamentali e diritti del mercato.

In questo senso, la Carta ha costituito anche uno strumento di orientamento per l'attività del legislatore europeo in materia di armonizzazione. Questo aspetto è emerso tanto più in materia di *intellectual property*, considerato che già prima del Trattato di Lisbona alcuni atti di diritto derivato, come la Direttiva 2004/48/CE, contenevano un esplicito riferimento alla Carta di Nizza, risultando adottati nell'ottica di rispettare la previsione di cui all'articolo 17, paragrafo 2.

3. In qualità di diritti fondamentali, tanto il diritto d'autore quanto la libertà d'impresa possono essere oggetto di contemperamento con altri diritti e libertà e possono limitarsi reciprocamente.

Fin dalla sua prima giurisprudenza, la Corte di giustizia ha evidenziato come la tutela del *copyright* non possa imporsi in modo tale da impedire od ostacolare l'esercizio di altri diritti fondamentali: infatti, se è vero che il diritto d'autore trova protezione nell'articolo 17 paragrafo 2 della Carta di Nizza, non dato desumere «né da tale disposizione né dalla giurisprudenza della Corte che tale diritto sia intangibile e che la sua tutela debba essere garantita in modo assoluto»[11].

Parimenti, anche la libertà d'impresa appare cedevole dinanzi all'esigenza di tutelare ulteriori diritti e libertà previsti dal legislatore europeo.

Il bilanciamento dei diritti enunciati nella Carta deve realizzarsi secondo le condizioni indicate nell'articolo 52 della medesima: *in primis*, «eventuali limitazioni all'esercizio di diritti e libertà […] devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà»; in secondo luogo, le limitazioni devono essere apportate nel rispetto del principio di proporzionalità, solo se «necessarie» e rispondenti «effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui»[12].

«Gazzetta ufficiale dell'Unione europea», 13 dicembre 2007.

[8] Così ricorda anche l'Avvocato generale Cruz Villalón nelle Conclusioni sul caso *Mark Alemo-Herron c. Parkwood Leisure* (sentenza 18 luglio 2013, causa C-426/11, in «Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia», punti 48-50), richiamando la sentenza *Eridania* (sentenza 12 marzo 2002, causa 230/78, in «Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia», p. 2749, punti 20 e segg.) e il caso *Finsider c. Commissione* (sentenza 30 gennaio 1992, cause riunite C- 63/84 e C-147/84, in «Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia», p. 2857, punto 23).

[9] L. DELLI PRISCOLI, *Liberalizzazioni e diritti fondamentali*, Key, Vitalvi, 2016, p. 12.

[10] Preambolo alla *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in «Gazzetta ufficiale dell'Unione europea», C 236 del 26 ottobre 2012, p. 391 ss.

[11] Sentenza 24 novembre 2011, causa C-70/10, *Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, in «Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia», 2011, I, p. 1959.

[12] La norma riproduce una formula impiegata dalla Corte di giustizia, secondo la quale «restrizioni all'esercizio dei diritti fondamentali possono essere operate, in particolare nell'ambito di un'organizzazione comune di mercato, purché tali restrizioni rispondano effettivamente a finalità di interesse generale perseguite dalla Comunità e non si risolvano, considerato lo scopo perseguito, in un intervento sproporzionato e inammissibile che pregiudicherebbe la stessa sostanza di tali diritti»

Alla stregua di questi principi, la Corte di giustizia ha affermato, nella sentenza sul caso *Sky Österreich*, che «la libertà d'impresa può essere soggetta ad un ampio ventaglio di interventi dei poteri pubblici suscettibili di stabilire, nell'interesse generale, limiti all'esercizio dell'attività economica»[13].

Quanto all'operatività della tecnica del bilanciamento, occorre osservare che solo recentemente la giurisprudenza europea si è soffermata sulla necessità di pervenire a un contemperamento tra diritti fondamentali, avendo mantenuto in passato un atteggiamento di prudenza[14], dimostrato anche dalla circostanza per cui i giudici non hanno mai precisato con chiarezza il significato dell'espressione «giusto equilibrio» tra diritti fondamentali, presente in numerose pronunce e atti di diritto derivato.

L'intervento della Corte in sede di interpretazione del diritto derivato si è aperto a soluzioni di bilanciamento tra libertà d'impresa e diritto d'autore a partire dal 2011: con la pronuncia sul caso *Scarlet Extended*, i giudici di Lussemburgo hanno ritenuto lesiva della libertà d'impresa di un *Internet service provider* (ISP)[15] l'ingiunzione del giudice nazionale di sottoporre a controlli le comunicazioni elettroniche veicolate sulla rete con lo scopo di tracciare scambi non autorizzati di *files* contenenti opere protette dal diritto d'autore[16].

Nella specie, la Corte riconosceva che il provvedimento di ingiunzione emesso dal Tribunale di Bruxelles a carico del *provider* Scarlet, su istanza di Sabam (società belga degli autori e degli editori) fosse diretto a garantire la tutela del diritto d'autore, a fronte del rischio che quest'ultimo potesse restare leso dalla natura e dal contenuto delle comunicazioni elettroniche realizzate attraverso la rete dell'ISP, ma concludeva sostenendo che lo stesso comportava l'adozione di misure inutilmente onerose e complesse per il *provider*, dando così luogo a una violazione dell'articolo 3, paragrafo 1 della Direttiva 2004/48/CE in materia di rispetto dei diritti di proprietà intellettuale[17].

(sentenza 13 aprile 2000, causa C-292/97, *Kjell Karlsson e altri*, in «Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia», 2000, p. I-2737, punto 45).

[13] Sentenza 22 gennaio 2013, causa C-283/11, *Sky Österreich GmbH c. Österreichischer Rundfunk*, in «Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia», consultabile all'indirizzo http://eur-lex.europa.eu/.

Per un commento sulla sentenza si vedano: G. ANAGNOSTARAS, *Balancing conflicting fundamental rights: the Sky Österreich Paradigm*, in «European Current Law», 2014, n. 5, p. 493-506; W. HINS, *The freedom to conduct a business and the right to receive information for free: Sky Österreich*, in «Common Market Law Review», 2014, p. 665-677.

[14] Originariamente, la giurisprudenza europea si è orientata nel senso di privilegiare un'impostazione atomistica, non volendo addentrarsi in questioni rimesse al giudice nazionale e lasciando a quest'ultimo il compito di valutare caso per caso a quale dei diritti in conflitto riconoscere tutela (M. OROFINO, *La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti. Il dinamismo dei diritti in una società in continua trasformazione*, Giappichelli, Torino, 2104, p. 102).

[15] Gli ISP esercitano «un'attività imprenditoriale di prestatore di servizi della società dell'informazione offrendo servizi di connessione, trasmissione e immagazzinamento dei dati, ovvero ospitando un sito sulle proprie apparecchiature» (Relazione Illustrativa allegata al D. Lgs. del 9 aprile 2003 n. 70 sull'*Attuazione della direttiva 2003/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico*). Essi offrono diversi servizi all'utenza, in particolare quello di fornire accesso alla rete in via «propedeutica alla fruizione […] di tutti gli altri servizi telematici offerti da Internet quali quelli della navigazione sul World Wide Web, i servizi d'E-mail» (R. RISTUCCIA e L. TUFARELLI, *La natura giuridica di Internet e le responsabilità del provider*, consultabile all'indirizzo www.interlex.it).

[16] La Corte di giustizia era adita in via pregiudiziale dalla Corte d'appello di Bruxelles per chiarire se l'ingiunzione del giudice nazionale rivolta al fornitore di accesso a Internet (FAI) di installare un sistema di filtraggio delle comunicazioni elettroniche per individuare l'eventuale circolazione sulla propria rete di *files* contenenti opere protette dal diritto d'autore fosse o meno compatibile con il diritto derivato dell'Ue, in particolare con quanto stabilito dalle direttive 2001/29/CE e 2004/48/CE.

[17] L'articolo in esame stabilisce che «gli Stati membri definiscono le misure, le procedure e i mezzi di ricorso

Invero, all'ISP era fatto obbligo di predisporre a suo carico un "sistema di sorveglianza" generalizzato sulle comunicazioni elettroniche, in grado di filtrare tutti i contenuti (anche quelli legali) in un margine di tempo illimitato, con conseguente illegittima restrizione della libertà d'impresa a esso riconosciuta ai sensi dell'articolo 16 della Carta dei diritti fondamentali.
La Corte ha dimostrato di privilegiare l'esigenza di tutela della libertà d'impresa rispetto alla necessità di proteggere il diritto d'autore, atteso che le restrizioni all'esercizio della prima erano realizzate a mezzo di un provvedimento del giudice, senza l'intervento del legislatore, così da costituire una violazione dell'articolo 52 paragrafo 1 della Carta di Nizza. Inoltre, il giudice nazionale, nell'effettuare il contemperamento tra gli interessi in gioco, avrebbe dovuto tener conto del principio di proporzionalità sancito dal paragrafo 2 del suddetto articolo, invece disatteso dall'ingiunzione al *provider* di installare, a proprie spese, un sistema di filtraggio articolato e applicabile senza distinzioni a tutte le comunicazioni elettroniche transitanti sui propri *server*.
La prima giurisprudenza della Corte sembra dunque non riconoscere rango superiore al diritto d'autore rispetto ad altri diritti e libertà tutelati dalla Carta di Nizza, sostenendo in caso di conflitto la necessità di realizzare un contemperamento *ad hoc*, che tenga conto delle circostanze del caso concreto.

4. – In una successiva pronuncia, la Corte perviene a una diversa valutazione della libertà d'impresa e a una maggiore considerazione dell'esigenza di tutelare diritto d'autore. Si tratta della sentenza *Telekabel Wien*[18], in cui si discuteva della possibilità per i titolari di diritti d'autore di chiedere un provvedimento inibitorio nei confronti di intermediari di servizi Internet utilizzati per violare il *copyright*. Infatti, UPC Telekabel Wien, fornitore di servizi di accesso a Internet, consentiva agli utenti di condividere opere cinematografiche protette da privativa con trasmissione in *streaming* di queste ultime sul sito Kino.to, in assenza di consenso dei titolari dei diritti d'autore.
Le case di produzione Constantin Film e Wega, dopo aver chiesto in via stragiudiziale all'ISP di introdurre una misura di blocco degli accessi al sito web, adivano il Tribunale di Vienna, il quale emanava un'ordinanza nel senso richiesto dai titolari del diritto d'autore, vietando all'UPC Telekabel di «fornire ai suoi abbonati l'accesso al sito Internet contestato, indicando che tale divieto avrebbe dovuto essere attuato in particolare mediante il blocco del nome del dominio e dell'indirizzo IP («Internet Protocol») attuale nonché di ogni altro indirizzo futuro di cui tale società possa venire a conoscenza»[19]. In seguito all'opposizione effettuata anche in appello da Telekabel, la questione fu portata all'attenzione della Corte suprema austriaca, la quale sospendeva il giudizio per adire la Corte di giustizia del'Ue, sottoponendo alla cognizione di quest'ultima alcune questioni pregiudiziali: in particolare, richiedendo se il divieto posto in capo a un ISP di consentire ai suoi abbonati l'accesso a un determinato sito Internet fosse o meno compatibile con la Direttiva 29/2001/CE - il cui articolo 8 paragrafo 3 consente ai «titolari dei diritti [di] chiedere un provvedimento inibitorio nei confronti degli intermediari i cui servizi siano utilizzati da

necessari ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale di cui alla presente direttiva.
Tali misure, procedure e mezzi di ricorso sono leali ed equi, non inutilmente complessi o costosi e non comportano termini irragionevoli né ritardi ingiustificati».

[18] Sentenza 27 marzo 2014, causa C-314/12, *UPC Telekabel Wien GmbH c. Constantin Film Verleih GmbH e Wega Filmsproduktionsgesellschaft mbH*, consultabile all'indirizzo http://www.curia.europa.eu/.
[19] Punto 12 della sentenza.

terzi per violare un diritto d'autore o diritti connessi» - e con la necessità di operare un bilanciamento tra i diritti fondamentali delle parti coinvolte. In tale occasione, mentre l'Avvocato generale Cruz Villalón aveva prospettato una soluzione in linea di continuità con i principi affermati nel caso *Scarlet,* la Corte avanzava argomentazioni e conclusioni innovative.

In primis, l'Avvocato generale evidenziava come un provvedimento che ingiunga, in modo generale e senza prescrizione di misure concrete, all'ISP di vietare ai propri utenti l'accesso a un sito Internet, comporti una limitazione della libertà d'impresa, poiché atto a incidere sull'organizzazione dell'attività del *provider*, che si vede costretto ad allocare diversamente l'utilizzo delle proprie risorse per realizzare interventi tecnici necessari a evitare violazioni del diritto d'autore.

Inoltre, il provvedimento in esame risultava, a parere dell'Avvocato generale, lesivo anche del diritto all'informazione, in quanto le modalità per realizzare lo scopo di *web blocking* restavano rimesse alla piena discrezionalità del *provider*, potendo anche estendersi a un controllo sul contenuto delle comunicazioni, ostacolando di fatto l'accesso a informazioni lecite da parte dell'utenza[20].

Secondo un'argomentazione già impiegata nel caso *Scarlet Extended*, la misura di blocco dovrebbe essere tale da incidere unicamente sul «materiale all'origine della violazione», venendosi così a tutelare il diritto d'autore, senza che «sussista alcun rischio di bloccare l'accesso a materiale lecito»[21].

Da qui il richiamo all'articolo 15 della Direttiva 2000/31/CE, secondo cui «gli Stati membri non possono imporre ai prestatori un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino attività illecite».

Inoltre, occorre considerare il disposto di cui all'articolo 52 della Carta di Nizza, secondo il quale le limitazioni all'esercizio di diritti fondamentali devono essere previste dalla legge, nel rispetto del principio di proporzionalità; pertanto, il blocco del sito richiede un'espressa norma legislativa che lo contempli, mentre il principio di proporzionalità impone di adottare misure appropriate e necessarie per il conseguimento degli scopi legittimamente perseguiti dalla normativa, privilegiando, nella scelta tra più misure egualmente idonee alla finalità individuata, quella che appare meno restrittiva.

La Corte non ha condiviso le conclusioni dell'Avvocato generale, statuendo la legittimità di un'ingiunzione generalizzata che lascia al destinatario l'onere di determinare le misure necessarie per raggiungere il risultato perseguito. Secondo i giudici di Lussemburgo, il margine di discrezionalità riconosciuto al *provider* ben si concilia con l'esercizio della libertà d'impresa, potendo lo stesso ISP valutare quali interventi realizzare in ragione dei mezzi di cui dispone, con possibilità di sottrarsi a responsabilità attraverso la dimostrazione di aver adottato tutte le cautele necessarie per garantire l'accesso degli utenti ai soli contenuti leciti. Tali misure devono tuttavia risultare proporzionali al perseguimento del duplice obiettivo di ostacolare violazioni al diritto d'autore (impedendo ovvero rendendo difficilmente realizzabili le consultazioni non autorizzate delle opere protette) e lasciare agli utenti la possibilità di accedere a informazioni lecite.

L'ordine di *web blocking* finalizzato alla protezione del diritto d'autore risulta così compatibile con il diritto europeo e deve essere ottemperato dall'ISP anche se esso «non conduca alla cessazione completa delle violazioni arrecate al

[20] Si pensi, per esempio, all'accesso a opere in pubblico dominio o messe gratuitamente in rete da parte degli autori (punto 52 della sentenza).
[21] Punto 82 della sentenza.

diritto di proprietà intellettuale» ovvero qualora «non esista alcuna tecnica che consenta di porre completamente fine alle violazioni del diritto di proprietà intellettuale, o che non sia praticamente realizzabile»[22].
In quest'ultimo senso, vietare all'ISP di concedere l'accesso a un sito Internet che contenga materiali protetti dal *copyright* appare l'*extrema ratio* a cui ricorrere per tutelare le prerogative dei titolari dei diritti d'autore. Secondo la Corte, quand'anche questa soluzione non possa completamente evitare che si verifichino ulteriori violazioni, essa risulta adeguata per salvaguardare la libertà d'informazione degli utenti e la libertà d'impresa riconosciuta al *provider*.
La sentenza *Telekabel Wien* segna così un punto di svolta nel contemperamento tra diritto d'autore e libertà d'impresa[23]: tali diritti possono ben coesistere se l'esigenza di tutelare il *copyright* trova protezione attraverso misure concretamente scelte dall'operatore economico (l'ISP, in questo caso) che si conformino all'ingiunzione pronunciata dal giudice nazionale quanto all'obiettivo da raggiungere.

5. – La giurisprudenza europea sul contemperamento tra diritto d'autore e libertà d'impresa appare soggetta a rapida evoluzione: se inizialmente la Corte di giustizia aveva dimostrato una certa chiusura nell'ammettere restrizioni alla libertà d'impresa per ragioni di tutela della proprietà intellettuale e, segnatamente, del diritto d'autore, con la pronuncia sul caso *Telekabel Wien* ha prospettato una soluzione di maggiore equilibrio tra i vari interessi coinvolti, che potesse conciliare le istanze degli utenti, dell'ISP e dei titolari dei diritti sulle opere protette dal *copyright*.
La questione del bilanciamento tra libertà d'impresa e diritto d'autore è tornata recentemente all'attenzione delle Corte con il caso *Mc Fadden*, relativo all'imposizione di un obbligo di proteggere l'accesso alla rete Internet a carico del titolare di un'attività commerciale.
Nel caso di specie, il gestore di un negozio era stato adito innanzi al Tribunale regionale di Monaco perché ritenuto indirettamente responsabile per violazione del diritto d'autore su un'opera musicale del catalogo Sony, scaricata dalla clientela attraverso la rete Wi-Fi dell'esercizio commerciale.
Il Tribunale, ipotizzando che la mancata protezione della rete da parte del gestore potesse aver consentito ovvero agevolato la condotta illecita degli utenti, si rivolgeva in via pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo con il fine di stabilire se e a quali condizioni un professionista che, nel contesto della propria attività, gestisce una rete Wi-Fi gratuitamente aperta al pubblico, possa incorrere in responsabilità per violazione del diritto d'autore posta in essere dalla clientela.
L'Avvocato generale Maciej Szpunar presentava le sue conclusioni a Marzo 2016[24], rilevando *in primis* la possibilità di equiparare la posizione del professionista, che esercita l'attività di gestione della rete Wi-Fi in modo accessorio rispetto all'attività commerciale (attività economica di natura principale), a quella dell'ISP che svolge attività di mero trasporto di informazioni.
In questo caso, l'ISP «non è responsabile delle informazioni trasmesse a condizione che egli: a) non dia origine alla trasmissione; b) non sele-

[22] Punti 59 e 60 della sentenza.
[23] Tale pronuncia ha costituito strumento di orientamento anche per le corti nazionali: si pensi, esemplificativamente, all'ordinanza del Tribunale di Milano del 18 novembre 2015, che ha ingiunto all'ISP di adottare misure dirette a impedire il ripetersi delle violazioni dei diritti di proprietà intellettuale vantati da alcune società del Gruppo Mediaset.
[24] Conclusioni dell'Avvocato generale, 16 marzo 2016, *Tobias Mc Fadden c. Sony Music Entertainment Germany GmbH*, causa C-484/14, in «Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia», consultabile all'indirizzo http://eur-lex.europa.eu/.

zioni il destinatario della trasmissione; c) non selezioni né modifichi le informazioni trasmesse» (articolo 12 della Direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico). Parimenti, il gestore dell'esercizio commerciale non potrebbe essere ritenuto responsabile in via indiretta della violazione del diritto d'autore posta in essere da terzi e, per tali ragioni, essere condannato al risarcimento danni e al pagamento delle spese legali; diversamente, egli potrà essere soggetto a un'ingiunzione diretta a impedire la prosecuzione della violazione, ove ciò sia previsto dalla legge nazionale.

Sotto questo aspetto, l'Avvocato generale rileva che il provvedimento d'ingiunzione deve poter lasciare margini di libertà all'esercente l'attività commerciale in ordine alle misure concretamente adottabili per porre fine alla violazione del *copyright*. Solo così potrà dirsi rispettata la libertà d'impresa riconosciuta all'esercente l'attività commerciale, il quale, diversamente, si troverebbe a dover realizzare un'operazione di vera e propria "sorveglianza" sui contenuti veicolati sulla rete.

Infatti, darebbe luogo illegittima restrizione della libertà d'impresa l'ingiunzione che obblighi il destinatario a disattivare la connessione Wi-Fi o proteggerla con previsione di una password, subordinando l'accesso a essa all'espletamento da parte dell'utenza di una procedura di registrazione. Una simile misura, oltre ad apparire sproporzionata rispetto all'attività del gestore, che si vedrebbe costretto a identificare preventivamente i clienti, potrebbe risultare inefficace a prevenire la violazione del diritto d'autore poiché gli utenti, seppure registrati, potrebbero ugualmente utilizzare la rete Wi-Fi per accedere a materiali protetti da *copyright*.

Del resto, appare chiaro come fornire gratuito accesso a Internet possa costituire un'attività di vero e proprio "marketing" per il professionista, utile ad attirare nuovi clienti e, dunque, funzionale all'esercizio dell'attività economica principale[25].

L'Avvocato generale ricorda che lo stesso diritto derivato europeo fa luce su alcuni elementi-chiave utili a realizzare un certo di bilanciamento tra i diritti fondamentali coinvolti nel caso di specie (libertà d'impresa, diritto d'autore, diritto all'informazione).

Si pensi, in particolare, all'articolo 3 della Direttiva 2004/48/CE sull'effettività, la proporzionalità e il carattere dissuasivo delle misure oggetto dell'ingiunzione e agli articoli 12 paragrafo 3 e 15 paragrafo 1 della Direttiva 2000/31/CE, che escludono la legittimità di misure generalizzate, richiedendo invece misure destinate a prevenire o porre fine a una violazione specifica[26].

Le conclusioni dell'Avvocato generale sembrano porsi in linea con la giurisprudenza inaugurata con il caso *Telekabel Wien* per cui, se si ammette un'ingiunzione che imponga un *facere* all'ISP (o, in questo caso, a un professionista che svolge l'attività di gestione della rete in via secondaria), le misure da assumere in concreto per ottemperare a tale obbligo restano rimesse alla scelta del destinatario e non possono essere determinate dal giudice in modo tale da risultare limitative della libertà d'impresa dell'operatore economico.

La pronuncia della Corte[27] accoglie in parte l'orientamento prospettato dall'Avvocato generale, riconoscendo natura di «servizio della società dell'informazione» alla prestazione di messa a disposizione della rete Wi-Fi a titolo gratuito, potendo la stessa rientrare nell'ambito di applicazione della Direttiva 2000/31/CE, il cui articolo 12 stabilisce l'esenzione da respon-

[25] Punto 45 delle conclusioni.

[26] Punto 114-115 delle conclusioni.

[27] Sentenza 16 marzo 2016, *Tobias Mc Fadden c. Sony Music Entertainment Germany GmbH*, causa C-484/14, in «Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia», consultabile all'indirizzo http://eur-lex.europa.eu/.

sabilità del prestatore del servizio per le informazioni trasmesse[28].

Anche i giudici di Lussemburgo ribadiscono la possibilità «che un organo giurisdizionale nazionale o un'autorità amministrativa esiga che un prestatore di servizi ponga fine ad una violazione di diritti d'autore o che la prevenga»[29], assicurando così la tutela riconosciuta *ex* articolo 17 paragrafo 2 della Carta di Nizza. Quanto al contenuto del provvedimento di ingiunzione, la Corte puntualizza come le misure richieste al prestatore del servizio, tese a evitare una reiterazione della condotta di violazione del *copyright* da parte della clientela, non debbano consistere in una chiusura della connessione alla rete Wi-Fi, evidentemente incompatibile con la libertà d'impresa di qualsiasi soggetto che, anche a titolo accessorio, persegua un'attività economica diretta a fornire un accesso a Internet.

Seguendo la linea argomentativa inaugurata con il caso *Promusicae*, in cui per la prima volta la Corte aveva rilevato la necessità di assicurare un «giusto equilibrio» tra *copyright* e altri diritti[30], l'ingiunzione del giudice nazionale può configurarsi quale strumento per realizzare un simile bilanciamento, purchè esso venga attuato a certe condizioni, ossia *in primis* non arrecando alcuna forma di pregiudizio al «contenuto essenziale» di uno dei diritti in concorrenza, quale quello alla libertà d'impresa[31]. Tale pregiudizio non verrebbe in essere qualora l'ingiunzione avesse a oggetto l'adozione di misure che si limitino marginalmente a definire una modalità tecnica di esercizio dell'attività del fornitore: proprio tra queste, la Corte fa rientrare la protezione della connessione Internet mediante la richiesta di inserimento della password.

Invero, in contrasto con le conclusioni dell'Avvocato generale, i giudici europei riconoscono alla suddetta misura una specifica funzione di deterrente, atteso che essa potrebbe essere in grado di «dissuadere gli utenti […] dal violare un diritto d'autore o diritti connessi, nei limiti in cui tali utenti siano obbligati a rivelare la loro identità al fine di ottenere la password richiesta e non possano quindi agire anonimamente»[32].

Ciò avrebbe l'effetto di «rendere difficilmente realizzabili le consultazioni non autorizzate dei materiali protetti e di scoraggiare seriamente gli utenti di Internet che ricorrono ai servizi del destinatario di tale ingiunzione dal consultare tali materiali»[33].

[28] L'esenzione da responsabilità opera indipendentemente dal fatto che il prestatore del servizio abbia o meno interrotto tempestivamente l'accesso ai contenuti illeciti, considerato che il servizio di trasporto esaminato nel caso di specie (trasporto semplice o *mere conduit*) non si prolunga nel tempo, non consentendo, a differenza dei diversi sistemi di *hosting*, alcuna forma di controllo e rimozione *ex post* delle informazioni (Punti 56-64 della sentenza).

[29] Punto 76 della sentenza.

[30] Sentenza 29 gennaio 2008, causa C-275-06, *Productores de Música de España (Promusicae) c. Telefónica de España SAU*, in «Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia», 2008, p. I-271.

Si trattava di una controversia sorta tra l'associazione senza scopo di lucro *Promusicae* e la compagnia telefonica nazionale spagnola, in merito al rifiuto, da parte di quest'ultima, di comunicare alla prima, la quale agiva per conto dei titolari di diritti di proprietà intellettuale, i dati personali di coloro che avevano violato il *copyright* con l'utilizzo di Internet, le cui connessioni erano state fornite dalla *Telefónica.* La Corte di giustizia, adita in via pregiudiziale, concludeva affermando il principio secondo cui, stante il rango di diritto fondamentale da riconoscere tanto al diritto alla riservatezza quanto al *copyright*, spetta agli Stati membri garantire l'effettiva protezione del diritto d'autore, precisando poi che la tutela apprestata dalla normativa statale non potrebbe essere tale da pregiudicare la protezione dei dati personali. I giudici di Lussemburgo hanno chiarito che il diritto europeo non impone ai legislatori nazionali di applicare l'obbligo di divulgazione di dati personali all'ambito di un processo civile poiché l'esigenza di tutelare il diritto d'autore non può arrivare a pregiudicare l'interesse alla protezione della *privacy*.

[31] Punto 91 della sentenza.

[32] Punto 96 della sentenza.

[33] Punto 95 della sentenza.

A ben vedere, una simile misura sarebbe atta a garantire non solo la protezione dei diritti vantati dai titolari sulle opere protette, ma anche il diritto all'informazione degli utenti che hanno interesse ad accedere a materiali leciti.

Una soluzione di coesistenza si profilerebbe anche per la libertà d'impresa, atteso che la Corte considera la procedura di registrazione, espletata dall'utenza al fine ricevere la password di accesso alla rete Wi-Fi, una misura poco restrittiva per il gestore dell'attività commerciale; questo, chiaramente, se paragonata all'ipotesi di totale terminazione della connessione a Internet o a quella di controllo capillare sulle informazioni trasmesse.

Tuttavia, imporre al gestore di condizionare l'accesso a un servizio, sebbene prestato in via accessoria rispetto all'attività principale, alla fornitura da parte dell'utenza di dati personali, non solo potrebbe sollevare dubbi di compatibilità con il diritto alla *privacy*[34], ma avrebbe conseguenze limitative proprio della libertà d'impresa del commerciante, il quale potrebbe perdere parte della clientela per la mancanza di *free access* alla rete Internet[35].

Imporre una simile misura con provvedimento di ingiunzione sembra da un lato contraddire la tendenza giurisprudenziale profilata con la sentenza *Telekabel Wien*, avente a oggetto, da un lato, la necessaria effettività delle misura richiesta all'ISP – sulle cui conseguenze in termini di risultato, nel caso di specie, non vi è alcuna certezza, atteso che la specifica funzione di deterrenza non è stata concretamente apprezzata e assume solo per definizione valenza dissuasiva –, dall'altra parte, la libertà di scelta per l'operatore economico dei mezzi per far cessare violazioni del *copyright*.

Pur configurando i suddetti profili di criticità, la sentenza *Mc Fadden* ha il merito di aver individuato una soluzione mediana tra l'esigenza di tutela il *copyright* e quella di evitare una deriva del contenuto dell'ingiunzione verso forme di "sorveglianza" della rete, le quali, come sottolineato dallo stesso Avvocato generale, potrebbero «comportare uno svantaggio per la società nel suo insieme, che rischierebbe di superare il suo potenziale vantaggio per i titolari» dei diritti d'autore[36].

Rispetto alla giurisprudenza precedente, i giudici di Lussemburgo sembrano conferire maggiore peso alle istanze di tutela del diritto d'autore rispetto alla necessità di proteggere la libertà d'impresa dell'operatore economico.

Inoltre, il contemperamento, in parola raggiunto dalla Corte, potrebbe vacillare di fronte all'urgenza di dover tutelare altri diritti, come quello alla protezione dei dati personali.

[34] La Corte non fa menzione del diritto alla protezione dei dati personali dell'utenza, limitandosi a riferire sul bilanciamento tra libertà d'impresa, diritto d'autore e, *a latere*, diritto all'informazione.
Con riguardo alle pregresse pronunce in materia, appare evidente l'orientamento della Corte a favore di un certo *enforcement* del diritto d'autore, specialmente quando rileva, come avvenuto nella citata sentenza *Promusicae* e nella successivo caso *Bonnier Audio*, che in base al diritto europeo non osta alla legge di uno Stato membro di prevedere l'obbligo per un operatore di Internet di fornire l'identità di un proprio abbonato, nell'ambito di un procedimento civile, qualora si impongano esigenze di tutela del *copyright* (cfr. sentenza 19 aprile 2012, causa C-461/10, *Bonnier Audio e a.c. Perfect Communication Sweden,*in «Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia», 2012).

[35] La soluzione prospettata dalla Corte è invece poco restrittiva per l'operatore economico se considerata sotto l'aspetto della semplicità tecnica e dei bassi costi da sostenere per subordinare l'accesso alla rete al possesso della password, in linea con quanto sancito per il caso *Scarlet Extended*.
Tuttavia, nell'ipotesi di specie, la presunta non incisività della misura sulla libertà d'impresa avrebbe dovuto essere valutata alla stregua di altri parametri, primo fra tutti l'importanza che l'attività secondaria di fornitura della rete riveste rispetto a quella principale di natura commerciale, ciò soprattutto in termini di "pubblicità" (si veda il punto 23 della sentenza, dove viene rilevato come il gestore Mc Fadden abbia scelto di lasciare libero l'accesso a Internet proprio con l'obiettivo di «attirare l'attenzione dei clienti dei negozi adiacenti, dei passanti e dei vicini sulla sua attività»).

[36] Punto 148 delle conclusioni.

In conclusione, giova ricordare come ogni operazione di bilanciamento, inclusa quella tra libertà d'impresa e il *copyright*, si presta per sua natura a non essere condotta isolatamente, ma richiede di essere interfacciata con valutazioni che involgono la considerazione di ulteriori diritti e libertà, tra loro in concorrenza.