CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE VERICA TRSTENJAK presentate il 12 aprile 2011 [1]

Indice

I — Introduzione ..... I - 12540

II — Diritto applicabile ..... I - 12540

Il regolamento n. 44/2001 ..... I - 12540

La direttiva 93/38 e la direttiva 2006/116 ..... I - 12542

La direttiva 2001/29 ..... I - 12544

III — Fatti ..... I - 12546

IV — Procedimenti davanti ai giudici nazionali ..... I - 12547

V — Questioni pregiudiziali ..... I - 12548

VI — Procedimento davanti alla Corte ..... I - 12549

VII — Sulla ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale e delle singole questioni pregiudiziali ..... I - 12549

VIII — Sulla prima questione pregiudiziale ..... I - 12550

Principali argomenti delle parti ..... I - 12551

Sulla ricevibilità ..... I - 12553

Valutazione giuridica ..... I - 12553

Il foro competente per connessione nel sistema complessivo del regolamento n. 44/2001 ..... I - 12554

1 — Lingua originale: il tedesco; lingua processuale: il tedesco.

Relazioni sistematiche ..... I - 12555

Possibile riferimento all'art. 34, punto 3, del regolamento n. 44/2001 .. I - 12555

Riferimento all'art. 28 del regolamento n. 44/2001 ..... I - 12557

La giurisprudenza della Corte ..... I - 12559

Obiezioni legittime ..... I - 12560

Sul nesso stretto ai sensi dell'art. 6, punto 1, del regolamento n. 44/2001 ..... I - 12562

Nesso tra il ricorso di radicamento e l'altra ovvero le altre azioni ..... I - 12562

Situazione di fatto unitaria ..... I - 12563

Nesso giuridico sufficientemente stretto ..... I - 12565

Assenza di un accertamento specifico o di una previsione sul rischio di una contraddizione nel caso concreto ..... I - 12566

Conclusione ..... I - 12566

IX — Sulle altre questioni pregiudiziali ..... I - 12567

Sulla quarta questione pregiudiziale ..... I - 12567

Principali argomenti delle parti ..... I - 12568

Sulla ricevibilità ..... I - 12570

Valutazione giuridica ..... I - 12570

Sul diritto alla protezione di ritratti fotografici ..... I - 12571

Sulla nozione di riproduzione ..... I - 12572

Conclusione ..... I - 12574

Sulla terza questione pregiudiziale ..... I - 12574

Principali argomenti delle parti ..... I - 12575

Valutazione giuridica ..... I - 12577

Sulla tecnica normativa alla base dell'art. 5, n. 3, della direttiva 2001/29 I - 12577

Sulla lett. a) della terza questione ..... I - 12578

Sulla lett. b) della terza questione ..... I - 12580

Sulla lett. c) della terza questione ..... I - 12581

Sulla seconda questione pregiudiziale ..... I - 12581

Argomenti delle parti ..... I - 12582

Valutazione giuridica ..... I - 12583

Sulla seconda questione, lett. a) ..... I - 12584

Sulla seconda questione, lett. b) ..... I - 12586

Sull'impossibilità dell'indicazione ..... I - 12586

Sugli effetti giuridici in caso di insussistenza dell'impossibilità .... I - 12587

Conclusione ..... I - 12589

Osservazioni aggiuntive ..... I - 12589

Citazione a fini di critica o di rassegna ..... I - 12589

Citazione integrale ..... I - 12590

Ulteriori condizioni ..... I - 12591

X — Conclusioni ..... I - 12591

I — Introduzione

1. Con la presente domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE, l'Handelsgericht Wien (in prosieguo: il «giudice del rinvio») ci sottopone in primis una questione interpretativa relativa al foro competente per connessione, disciplinato dall'art. 6, punto 1, del regolamento (CE) del Consiglio 22 dicembre 2000, n. 44/2001, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale [2]. Ciò offre alla Corte l'opportunità di sviluppare ulteriormente la sua giurisprudenza in tale settore [3].

2. Le altre questioni pregiudiziali riguardano, in particolare, la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 22 maggio 2001, 2001/29/CE, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione [4]. Anzitutto si pone la questione se possa essere pubblicato su giornali, riviste e internet un identikit realizzato sulla base di una fotografia senza il consenso dell'autrice della stessa. Le altre questioni concernono la possibilità di disporre limiti prevista dall'art. 5, n. 3, lett. d) ed e), della direttiva che permette agli Stati membri di disporre eccezioni e limitazioni al diritto di riproduzione quando si tratti di citazioni ovvero per fini di pubblica sicurezza.

3. In punto di fatto, la causa principale è collegata con il sequestro della cittadina austriaca Natascha K., con le ricerche effettuate in detto caso da parte delle autorità di sicurezza, nonché con il resoconto mediatico dopo la sua fuga dal sequestratore.

II — Diritto applicabile [5]

Il regolamento n. 44/2001

4. Il regolamento n. 44/2001 sostituisce, ai sensi del suo art. 68, n. 1, tra gli Stati membri, ad eccezione della Danimarca, la Convenzione di Bruxelles 27 settembre 1968, concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e

2 — GU L 12, pag. 1.

3 — V., in particolare, sentenze 27 settembre 1988, causa 189/87, Kalfelis (Racc. pag. 5565), e 13 luglio 2006, causa C-539/03, Roche Nederland e a. (Racc. pag. I-6535) emanate tuttavia ancora in riferimento alla disposizione precedente, l'art. 6 della Convenzione di Bruxelles, nonché sentenza 11 ottobre 2007, causa C-98/06, Freeport (Racc. pag. I-8319).

4 — GU L 167, pag. 10.

5 — In conformità alle denominazioni utilizzate nel TUE e nel TFUE, l'espressione «diritto dell'Unione» viene qui impiegata come nozione globale comprendente il diritto comunitario e il diritto dell'Unione. Laddove, in prosieguo, assumeranno rilievo singole norme di diritto primario, verranno indicate le disposizioni pertinenti *ratione temporis*.

commerciale (in prosieguo: la «Convenzione di Bruxelles»).

5. I suoi «considerando» undicesimo, dodicesimo e quindicesimo sono così formulati:

«(11) Le norme sulla competenza devono presentare un alto grado di prevedibilità ed articolarsi intorno al principio della competenza del giudice del domicilio del convenuto, la quale deve valere in ogni ipotesi salvo in alcuni casi rigorosamente determinati, nei quali la materia del contendere o l'autonomia delle parti giustifichi un diverso criterio di collegamento. (…)

(12) Il criterio del foro del domicilio del convenuto deve essere completato attraverso la previsione di fori alternativi, ammessi in base al collegamento stretto tra l'organo giurisdizionale e la controversia, ovvero al fine di agevolare la buona amministrazione della giustizia.

(…)

(15) Il funzionamento armonioso della giustizia presuppone che si riduca al minimo la possibilità di pendenza di procedimenti paralleli e che non vengano emesse, in due Stati membri, decisioni tra loro incompatibili. (…)».

6. Le norme sulla competenza sono previste nel capo II del regolamento 44/2001, che comprende gli artt. 2-31.

7. L'art. 2, n. 1, del regolamento dispone:

«Salve le disposizioni del presente regolamento, le persone domiciliate nel territorio di un determinato Stato membro sono convenute, a prescindere dalla loro nazionalità, davanti ai giudici di tale Stato membro».

8. Ai termini dell'art. 3, n. 1, del regolamento:

«Le persone domiciliate nel territorio di uno Stato membro possono essere convenute davanti ai giudici di un altro Stato membro solo in base alle norme enunciate nelle sezioni da 2 a 7 del presente capo».

9. L'art. 6, punto 1, del regolamento, che figura in tale capo nella sezione 2 sotto il titolo «Competenze speciali», prescrive:

«[Una persona domiciliata nel territorio di uno Stato membro] può inoltre essere convenuta:

1) in caso di pluralità di convenuti, davanti al giudice del luogo in cui uno qualsiasi di essi è domiciliato, sempre che tra le domande esista un nesso così stretto da

rendere opportuna una trattazione unica ed una decisione unica onde evitare il rischio, sussistente in caso di trattazione separata, di giungere a decisioni incompatibili; (…)».

10. Ai sensi dell'art. 28 del regolamento contenuto nella sezione 9 («Litispendenza e connessione»):

«1. Ove più cause connesse siano pendenti davanti a giudici di Stati membri differenti, il giudice successivamente adito può sospendere il procedimento.

2. Se tali cause sono pendenti in primo grado, il giudice successivamente adito può inoltre dichiarare la propria incompetenza su richiesta di una delle parti a condizione che il giudice precedentemente adito sia competente a conoscere delle domande proposte e la sua legge consenta la riunione dei procedimenti.

3. Ai sensi del presente articolo sono connesse le cause aventi tra di loro un legame così stretto da rendere opportune una trattazione e decisione uniche per evitare soluzioni tra di loro incompatibili ove le cause fossero trattate separatamente».

11. L'art. 34, punto 3, del regolamento prevede, nel capo III («Riconoscimento ed esecuzione»):

«Le decisioni non sono riconosciute:

(…)

3) se sono in contrasto con una decisione emessa tra le medesime parti nello Stato membro richiesto; (...)».

La direttiva 93/38 e la direttiva 2006/116

12. Il diciassettesimo «considerando» della direttiva del Consiglio 29 ottobre 1993, 93/98/CEE, concernente l'armonizzazione della durata di protezione del diritto d'autore e di alcuni diritti connessi [6], recita come segue:

«considerando che la protezione delle opere fotografiche negli Stati membri è soggetta a regimi diversi; che, per conseguire un'armonizzazione sufficiente della durata di protezione delle opere fotografiche, in particolare di quelle che per la loro natura artistica o professionale hanno rilievo nell'ambito del

6 — GU L 290, pag. 9.

mercato interno, è necessario definire nella presente direttiva il livello di originalità richiesto; che un'opera fotografica ai sensi della convenzione di Berna deve essere considerata originale se è il risultato della creazione intellettuale dell'autore e rispecchia la personalità di quest'ultimo, indipendentemente da qualsiasi altro criterio quale il pregio o lo scopo; che è opportuno affidare la protezione delle altre fotografie alla legislazione nazionale (...)».

13. L'art. 6 di tale direttiva dispone:

«Le fotografie che sono opere originali, ossia sono il risultato della creazione intellettuale dell'autore, fruiscono della protezione prevista dall'articolo 1. Per determinare il diritto alla protezione non sono presi in considerazione altri criteri. Gli Stati membri possono prevedere la protezione di altre fotografie».

14. Le disposizioni della direttiva 93/98 sono state codificate dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 12 dicembre 2006, 2006/116/CE, concernente la durata di protezione del diritto d'autore e di alcuni diritti connessi [7].

15. Il suo sedicesimo «considerando» è formulato come segue:

«La protezione delle opere fotografiche negli Stati membri è soggetta a regolamentazioni diverse. Un'opera fotografica ai sensi della convenzione di Berna deve essere considerata originale se è il risultato della creazione intellettuale dell'autore e rispecchia la personalità di quest'ultimo, indipendentemente da qualsiasi altro criterio quale il pregio o lo scopo. È opportuno affidare la protezione delle altre fotografie alla legislazione nazionale».

16. L'art. 6 di detta direttiva prescrive:

«Le fotografie che sono opere originali, ossia sono il risultato della creazione intellettuale dell'autore, fruiscono della protezione prevista dall'articolo 1. Per determinare il diritto alla protezione non sono presi in considerazione altri criteri. Gli Stati membri possono prevedere la protezione di altre fotografie».

7 — GU L 372, pag. 12.

La direttiva 2001/29

17. I «considerando» nono, ventunesimo, trentaduesimo e quarantaquattresimo della direttiva 2001/29 sono così formulati:

«(9) Ogni armonizzazione del diritto d'autore e dei diritti connessi dovrebbe prendere le mosse da un alto livello di protezione, dal momento che tali diritti sono essenziali per la creazione intellettuale. La loro protezione contribuisce alla salvaguardia e allo sviluppo della creatività nell'interesse di autori, interpreti o esecutori, produttori e consumatori, nonché della cultura, dell'industria e del pubblico in generale. Si è pertanto riconosciuto che la proprietà intellettuale costituisce parte integrante del diritto di proprietà.

(…)

(21) La presente direttiva dovrebbe definire la portata degli atti coperti dal diritto di riproduzione in relazione ai vari beneficiari e ciò nel rispetto dell'acquis comunitario. È necessaria una definizione ampia di tali atti per garantire la certezza del diritto nel mercato interno.

(…)

(32) La presente direttiva fornisce un elenco esaustivo delle eccezioni e limitazioni al diritto di riproduzione e al diritto di comunicazione al pubblico. Talune eccezioni o limitazioni si applicano, se del caso, solo al diritto di riproduzione. Tale elenco tiene debito conto delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri e mira, allo stesso tempo, a garantire il funzionamento del mercato interno. Gli Stati membri dovrebbero arrivare ad applicare in modo coerente tali eccezioni e limitazioni e ciò dovrebbe essere valutato al momento del riesame futuro della legislazione di attuazione.

(…)

(44) La facoltà di applicare le eccezioni e le limitazioni previste nella presente direttiva deve essere esercitata nel rispetto degli obblighi internazionali. Le eccezioni e le limitazioni non possono essere applicate in modo da arrecare pregiudizio agli interessi legittimi dei titolari dei diritti o da essere in contrasto con la normale utilizzazione economica delle loro opere o materiali protetti. L'introduzione di tali eccezioni o limitazioni da parte degli Stati membri deve in particolare tenere debitamente conto dell'accresciuto impatto economico che esse possono avere nel contesto del nuovo ambiente elettronico. È pertanto possibile che la portata di alcune eccezioni o limitazioni debba essere ulteriormente limitata nel caso di taluni nuovi utilizzi di opere e materiali protetti».

18. L'art. 1, n. 1, della direttiva 2001/29 recita:

«La presente direttiva riguarda la tutela giuridica del diritto d'autore e dei diritti connessi nell'ambito del mercato interno, con particolare riferimento alla società dell'informazione».

19. L'art. 2, lett. a), di tale direttiva, che disciplina il diritto di riproduzione, dispone quanto segue:

«Gli Stati membri riconoscono ai soggetti sotto elencati il diritto esclusivo di autorizzare o vietare la riproduzione diretta o indiretta, temporanea o permanente, in qualunque modo o forma, in tutto o in parte:

a) agli autori, per quanto riguarda le loro opere; (…)».

20. L'art. 3, n. 1, della direttiva concerne il diritto di comunicazione di opere al pubblico, compreso il diritto di mettere a disposizione del pubblico altri materiali protetti. Esso prevede:

«Gli Stati membri riconoscono agli autori il diritto esclusivo di autorizzare o vietare qualsiasi comunicazione al pubblico, su filo o senza filo, delle loro opere, compresa la messa a disposizione del pubblico delle loro opere in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente».

21. L'art. 5 della direttiva («Eccezioni e limitazioni») prevede, in particolare, le seguenti disposizioni:

«(…)

3. Gli Stati membri hanno la facoltà di disporre eccezioni o limitazioni ai diritti di cui agli articoli 2 e 3 nei casi seguenti:

(…)

d) quando si tratti di citazioni, per esempio a fini di critica o di rassegna, sempreché siano relative a un'opera o altri materiali protetti già messi legalmente a disposizione del pubblico, che si indichi, salvo in caso di impossibilità, la fonte, incluso il nome dell'autore e che le citazioni siano fatte conformemente ai buoni usi e si limitino a quanto giustificato dallo scopo specifico;

e) allorché si tratti di impieghi per fini di pubblica sicurezza o per assicurare il corretto svolgimento di un procedimento amministrativo, parlamentare o giudiziario [nonché a scopo informativo];

(…)

5. Le eccezioni e limitazioni di cui ai paragrafi 1, 2, 3 e 4 sono applicate esclusivamente in determinati casi speciali che non siano in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera o degli altri materiali e non arrechino ingiustificato pregiudizio agli interessi legittimi del titolare».

III — Fatti

22. La ricorrente nella causa principale è una fotografa free lance che realizza fotografie, inter alia, di bambini nei giardini d'infanzia e negli asili. Nell'ambito della sua attività professionale ha realizzato ritratti fotografici della cittadina austriaca Natascha K. (in prosieguo: le «fotografie controverse») nel 1998, prima del suo sequestro. Nel farlo, ella ha ideato lo sfondo, stabilito la posa e l'espressione del viso, nonché prodotto e sviluppato le fotografie.

23. La ricorrente contrassegna, da oltre 17 anni, le fotografie da lei realizzate con il proprio nome e anche con l'indirizzo dello studio. L'indicazione aveva luogo, nel corso del tempo, secondo modalità diverse, tramite adesivi e/o timbri su buste o passe-partout. In ogni caso il nome e l'indirizzo professionale della ricorrente potevano dedursi da tali indicazioni d'autore.

24. La ricorrente nella causa principale ha venduto le opere da lei realizzate, ma non ha concesso a terzi diritti sulle fotografie, né ha prestato il proprio consenso alla pubblicazione delle immagini. Il prezzo di vendita richiesto per le fotografie concerneva pertanto solo il compenso per le opere.

25. Nel 1998, dopo che Natascha K., all'età di dieci anni, era stata sequestrata, le autorità di sicurezza competenti diramavano un avviso di ricerca nel quale venivano impiegate le fotografie controverse.

26. Le convenute nella causa principale sono editori di giornali. Solo la prima convenuta nella causa principale ha la sua sede a Vienna, Austria. Le convenute dalla seconda alla quinta hanno la loro sede in Germania.

27. La prima e la terza convenuta nella causa principale pubblicano quotidiani (*Der Standard* ovvero *Süddeutsche Zeitung*) distribuiti (anche) in Austria, la quarta convenuta, invece, divulga una rivista settimanale anche in Austria (*Der Spiegel*). La quinta convenuta pubblica un quotidiano distribuito esclusivamente in Germania (*Express*). La seconda convenuta pubblica un quotidiano (*Bild*), la cui edizione nazionale non viene distribuita in Austria. L'edizione monacese di detto giornale viene invece distribuita anche in Austria.

La seconda convenuta pubblica inoltre un altro quotidiano (*Die Welt*) distribuito anche in Austria e gestisce anche notiziari su internet.

28. Nel 2006 Natascha K. riusciva a sfuggire al suo sequestratore. La causa principale verte sul resoconto effettuato dalle convenute tra detto momento e la prima intervista televisiva pubblica di Natascha K. rilasciata il 5 settembre 2006. In tale periodo non esisteva alcuna foto recente di Natascha K. Nell'ambito del loro resoconto le convenute nella causa principale pubblicavano le fotografie controverse nei summenzionati giornali, riviste e pagine internet senza indicazione ovvero con un'indicazione imprecisa dell'autore, in quanto non veniva fornito il nome della ricorrente nella causa principale in qualità di autore, bensì un altro nome. Il resoconto effettuato sui quotidiani, sulla rivista e sul sito internet cambiava per la selezione delle immagini e il testo di accompagnamento. Le convenute nella causa principale invocano il fatto che avrebbero ricevuto le fotografie controverse da un'agenzia di stampa senza menzione del nome della ricorrente nella causa principale ovvero con un'indicazione dell'autore diversa dal nome di quest'ultima.

29. Inoltre, in alcuni resoconti, veniva pubblicato anche un identikit che avrebbe dovuto riprodurre le presunte attuali sembianze di Natascha K. (in prosieguo: l'«identikit controverso»). Esso era stato realizzato sulla base di una delle fotografie controverse da un grafico con l'ausilio di un programma informatico.

IV — Procedimenti davanti ai giudici nazionali

30. La ricorrente nella causa principale ha presentato un ricorso contro le convenute nella causa principale davanti all'Handelsgericht Wien in Austria. Detto ricorso è diretto, sostanzialmente [8], ad ottenere l'inibitoria della riproduzione delle fotografie controverse e dell'identikit controverso in assenza del consenso della ricorrente ovvero della menzione del nome di quest'ultima come autrice, nonché il pagamento di un indennizzo ed il risarcimento del danno.

31. Nel contempo, la ricorrente nella causa principale ha promosso una procedura cautelare sulla quale medio tempore si è pronunciata la Corte suprema.

8 — La ricorrente nella causa principale contesta altresì la diffusione delle fotografie. Dato che detto aspetto non è nella sostanza rilevante ai fini della domanda di pronuncia pregiudiziale, la questione della diffusione non deve essere presa in considerazione specificamente nel prosieguo. Comunque, va evidenziato a tale proposito che la possibilità di prevedere eccezioni e limitazioni ai sensi dell'art. 5, n. 3, lett. d) ed e), della direttiva 2001/29, è applicabile solo agli artt. 2 e 3 della medesima direttiva e quindi non comprende il diritto di distribuzione di cui all'art. 4 della stessa.

V — Questioni pregiudiziali

32. Con la domanda di pronuncia pregiudiziale 8 marzo 2010, il giudice del rinvio ha sollevato le seguenti questioni pregiudiziali:

1. Se l'art. 6, n. 1, del regolamento n. 44/2001 debba essere interpretato nel senso che non osta alla sua applicazione e, quindi, ad una trattazione unica, il fatto che domande formulate nei confronti di una pluralità di convenuti per violazioni del diritto d'autore di contenuto identico siano basate su fondamenti normativi differenti a livello nazionale, ma identici negli elementi essenziali del contenuto, come si verifica per tutti gli Stati europei relativamente al diritto all'inibitoria indipendentemente dalla colpa, al diritto ad un congruo indennizzo per le infrazioni del diritto d'autore e al diritto al risarcimento del danno cagionato dall'utilizzo illecito.

2. a) Se l'art. 5, n. 3, lett. d), in combinato disposto con l'art. 5, n. 5, della direttiva 2001/29 debba essere interpretato nel senso che non osta alla sua applicazione il fatto che un resoconto giornalistico che citi un'opera o altri materiali protetti non sia un'opera del linguaggio protetta dal diritto d'autore.

b) Se l'art. 5, n. 3, lett. d), in combinato disposto con l'art. 5, n. 5, della direttiva 2001/29 debba essere interpretato nel senso che non osta alla sua applicazione il fatto che l'opera citata o gli altri materiali protetti non siano corredati dal nome dell'autore o dell'interprete o esecutore.

3. a) Se l'art. 5, n. 3, lett. e), in combinato disposto con l'art. 5, n. 5, della direttiva 2001/29, debba essere interpretato nel senso che la sua applicazione nell'interesse della giustizia penale, da tutelare nel contesto della sicurezza pubblica, presuppone un appello concreto, attuale ed esplicito delle autorità di pubblica sicurezza a pubblicare ritratti, ossia la pubblicazione di ritratti finalizzata alle ricerche deve essere indotta dalle autorità, pena la violazione delle norme.

b) In caso di soluzione in senso negativo della questione 3 a): se i mass media possano invocare per sé l'art. 5, n. 3, lett. e), della direttiva 2001/29 anche quando decidano motu proprio, senza un corrispondente avviso di ricerca da parte dell'autorità, se le pubblicazioni di ritratti abbiano luogo «nell'interesse della sicurezza pubblica».

c) In caso di soluzione in senso affermativo della questione 3 b): se sia sufficiente in questo caso che i mass media ritengano a posteriori che la pubblicazione di un ritratto abbia giovato alle ricerche o se sia comunque necessario un avviso concreto di ricerca, che abbia un nesso diretto con la pubblicazione della fotografia, volto a chiedere la collaborazione dei lettori a far luce su un reato.

VI — Procedimento davanti alla Corte

33. La domanda di pronuncia pregiudiziale è stata depositata nella cancelleria della Corte il 22 marzo 2010.

34. Hanno depositato osservazioni scritte la ricorrente e le convenute nella causa principale, i governi austriaco, italiano e spagnolo, nonché la Commissione.

35. Poiché nessuna delle parti ha chiesto lo svolgimento della fase orale, successivamente alla riunione generale della Corte del 14 dicembre 2010 la causa era matura per la predisposizione delle presenti conclusioni.

4. Se l'art. 1, n. 1, in combinato disposto con l'art. 5, n. 5, della direttiva 2001/29 e l'art. 12 della Convenzione di Berna, in considerazione soprattutto dell'art. 1 del protocollo addizionale n. 1 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dell'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, debbano essere interpretati nel senso che le opere fotografiche e/o le fotografie, in particolare i ritratti fotografici, non godono di alcuna tutela o di una tutela «affievolita» del diritto d'autore rispetto all'elaborazione in quanto, in considerazione della «riproduzione realistica», presentano una potenzialità creativa troppo limitata.

VII — Sulla ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale e delle singole questioni pregiudiziali

36. Le convenute nella causa principale sono perplesse sulla ricevibilità dell'intera domanda di pronuncia pregiudiziale. Il giudice non avrebbe accertato sufficientemente i fatti e non avrebbe motivato adeguatamente i propri dubbi relativi alla corretta interpretazione del diritto dell'Unione. Non avrebbe stabilito neanche un sufficiente collegamento tra le

legislazioni nazionali applicabili alla controversia e le disposizioni di diritto dell'Unione, in particolare non avrebbe menzionato le norme pertinenti di diritto nazionale.

37. Tali censure non possono essere accolte.

38. Come emerge dalla domanda di pronuncia pregiudiziale, la peculiarità del caso in esame consiste nel fatto che è stato preceduto da una procedura cautelare. In detta procedura la Corte di cassazione austriaca (Oberster Gerichtshof; in prosieguo: l'«OGH») ha sostenuto tesi giuridiche la cui compatibilità con le norme di diritto dell'Unione è ora discussa tra le parti nella causa principale. Ai fini di una domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE è sufficiente che il giudice del rinvio riporti la tesi dell'OGH, precisando che, in ragione delle diverse opinioni espresse dalle parti nella causa principale, sussistono dubbi sulla compatibilità di detta tesi con le norme di diritto dell'Unione. Inoltre il giudice del rinvio, nell'esporre la tesi giuridica dell'OGH, ha descritto le norme pertinenti di diritto nazionale con una precisione sufficiente ai fini del presente procedimento.

VIII — Sulla prima questione pregiudiziale

39. La prima questione pregiudiziale verte sul foro competente per connessione ai sensi dell'art. 6, punto 1, del regolamento n. 44/2001. Il giudice del rinvio si chiede se, in base a detta disposizione, sia competente anche per le azioni proposte nei confronti della seconda e della quinta convenuta nella causa principale, laddove si tratti degli articoli comparsi nei giornali distribuiti solo in Germania (vale a dire il quotidiano *Express* e l'edizione federale della *Bild*) [9].

40. Le circostanze di fatto e di diritto del presente caso sono caratterizzate, inter alia, dal fatto che il giudice del rinvio è competente, in forza dell'art. 2 del regolamento n. 44/2001, per il ricorso contro la prima convenuta nella causa principale, che ha sede a Vienna e pubblica il quotidiano *Der Standard* distribuito in Austria. Secondo il giudice del rinvio, a tale ricorso, originato da una violazione dei diritti d'autore della ricorrente, è applicabile il diritto austriaco. Le azioni nei confronti della quinta e della seconda convenuta nella causa principale per gli articoli apparsi nel quotidiano *Express* e nell'edizione federale della *Bild* vengono basati su analoghe violazioni dei diritti d'autore della ricorrente. Se il giudice del rinvio risultasse competente per dette azioni, muovendo dalle sue stesse considerazioni, sarebbe applicabile il diritto tedesco in

9 — V. paragrafo 27 delle conclusioni. Il giudice del rinvio non ci sottopone tale questione per gli altri giornali, la rivista e i siti internet.

riferimento alla pubblicazione su detti quotidiani non distribuiti in Austria. Il giudice del rinvio sostiene inoltre che le norme di diritto tedesco e di diritto austriaco sarebbero sì diverse, ma contemplerebbero condizioni sostanzialmente analoghe.

favore di una siffatta interpretazione deporrebbero anche motivi di economia processuale. Inoltre dovrebbe essere consentito ad un autore, nell'era di internet, di perseguire efficacemente le violazioni di diritto d'autore commesse in diversi Stati membri.

Principali argomenti delle parti

41. Ad avviso della *ricorrente nella causa principale*, nel caso in questione il foro competente per connessione è incerto. Sarebbe opportuno procedere ad una trattazione unica e ad una decisione unica per evitare soluzioni tra di loro incompatibili, a dispetto di un'uguale situazione di fatto e di una pressoché identica situazione di diritto, ove le cause fossero trattate separatamente. L'oggetto della domanda sarebbe identico, fatte salve differenze minime, per tutte le parti nella causa principale. Il fatto è analogo in quanto in tutti i casi le fotografie controverse sarebbero state sfruttate senza il consenso della ricorrente nella causa principale. Non osterebbe all'applicazione dell'art. 6, punto 1, del regolamento il fatto che, sebbene trovi applicazione alle singole azioni un diverso diritto nazionale, esso contempli tuttavia presupposti della domanda identici negli elementi essenziali. A

42. Le *convenute nella causa principale* ritengono la questione anzitutto irricevibile, perché solo i giudici avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno potrebbero chiedere alla Corte l'interpretazione del regolamento n. 44/2001. Inoltre esse ritengono che l'art. 6, punto 1, del regolamento non sarebbe applicabile al caso di specie in quanto non sussisterebbe un nesso stretto richiesto da detta norma. In primo luogo, occorrerebbe valutare autonomamente di volta in volta la pubblicazione delle immagini controverse in ciascun giornale. In secondo luogo, la situazione di diritto nei singoli Stati membri potrebbe essere diversa cosicché non sarebbero possibili decisioni incompatibili. La Corte di giustizia, in un caso analogo, avrebbe già respinto, nella sentenza Roche Nederland [10], la sussistenza di un nesso sufficientemente stretto. In detto caso i singoli convenuti avrebbero fatto parte addirittura dello stesso gruppo e agito in modo analogo sulla base di una comune politica commerciale. A maggior ragione nel caso di specie non verrebbe in considerazione alcun nesso stretto.

10 — Già cit. alla nota 3.

43. Il *governo austriaco* e la *Commissione* sostengono che l'applicazione dell'art. 6, punto 1, del regolamento non verrebbe esclusa per il semplice fatto che troverebbe applicazione un diritto nazionale diverso nel ricorso proposto nei confronti del primo convenuto con sede in Austria e nelle altre azioni.

44. La Commissione fa notare anzitutto che la nozione di decisione incompatibile di cui all'art. 6, punto 1, del regolamento non potrebbe essere interpretata nello stesso modo della nozione corrispondente di cui all'art. 34, punto 3, del medesimo regolamento. L'art. 6, punto 1, del regolamento sarebbe piuttosto in stretto collegamento con l'art. 28, n. 3, dello stesso in quanto entrambi tali articoli avrebbero l'obiettivo di evitare decisioni incompatibili. Le finalità sottostanti alle due norme non sarebbero però del tutto identiche.

45. Il governo austriaco sottolinea altresì che, sebbene l'art. 6, punto 1, del regolamento non tenda all'eliminazione del rischio di decisioni incompatibili conseguente al fatto che le normative nazionali applicabili sono diverse e che tali differenze potrebbero riverberarsi in decisioni di diverso tenore, esso mirerebbe tuttavia ad impedire i contrasti tra due decisioni dipendenti da una diversa valutazione dei fatti. Pertanto l'art. 6, punto 1, del regolamento includerebbe altresì le azioni cui sarebbe applicabile di caso in caso una diversa normativa laddove siano sostanzialmente analoghe le condizioni stabilite dalle due normative.

46. Anche ad avviso della Commissione non è condizione per l'applicazione dell'art. 6, punto 1, del regolamento il fatto che le singole azioni si basino sui medesimi fondamenti normativi. In caso contrario tale disposizione perderebbe una parte significativa della sua efficacia pratica. Non sarebbe decisivo ai fini dell'applicazione di detta disposizione il rischio di decisioni incompatibili. Dovrebbero piuttosto essere valutate tutte le circostanze del caso concreto tenendo conto, in particolare, degli obiettivi del rafforzamento della tutela giuridica e della prevenzione di procedimenti paralleli, nonché degli interessi di ricorrenti e convenuti. Inoltre dovrebbe essere garantita la disponibilità di adeguati mezzi di affermazione dei diritti di proprietà intellettuale. Nel caso di specie, l'interesse della ricorrente nella causa principale ad una tutela giuridica effettiva contro le violazioni del diritto d'autore prevarrebbe nei riguardi della seconda convenuta nella causa principale, cosicché si applicherebbe l'art. 6, punto 1, del regolamento. Una siffatta azione non sarebbe stata invece ragionevolmente prevedibile per la quinta convenuta, che aveva distribuito il proprio giornale esclusivamente in Germania, cosicché l'art. 6, punto 1, del regolamento non troverebbe applicazione.

Sulla ricevibilità

47. Va respinta la censura delle convenute nella causa principale nella misura in cui essa abbia ad oggetto l'irricevibilità della prima questione in quanto solo i giudici avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno potrebbero chiedere alla Corte l'interpretazione del regolamento n. 44/2001.

48. Tale limitazione, prevista dall'art. 68, n. 1, CE, infatti, non si rinviene più nel TFUE, che è entrato in vigore il 1º dicembre 2009 e pertanto è applicabile *ratione temporis* alla domanda di pronuncia pregiudiziale pervenuta alla Corte il 22 marzo 2010.

Valutazione giuridica

49. Con la sua prima questione pregiudiziale, il giudice del rinvio chiede se il foro competente per connessione in base all'art. 6, punto 1, del regolamento n. 44/2001, possa sussistere con riguardo alla seconda e alla quinta convenuta, laddove si tratti delle fotografie controverse e dell'identikit controverso pubblicati nei quotidiani distribuiti solo in Germania, dunque dell'edizione federale della «Bild» e dell'«Express».

50. Ai sensi dell'art. 6, punto 1, del regolamento, un ricorrente che chiama in giudizio un soggetto davanti ai giudici del luogo del domicilio di quest'ultimo (in prosieguo: il «ricorso di radicamento») [11] può citare anche un altro soggetto davanti a detto giudice. Ne costituisce condizione tuttavia che tra il ricorso di radicamento e le altre azioni sussista un nesso così stretto da rendere opportune una trattazione e una decisione uniche per evitare soluzioni tra di loro incompatibili ove le cause fossero trattate separatamente.

51. Un ricorso di radicamento si individua, nel caso di specie, nel ricorso proposto nei confronti della prima convenuta che ha sede a Vienna.

52. Il giudice del rinvio nutre dubbi sulla sussistenza della seconda condizione stabilita dall'art. 6, punto 1, del regolamento, vale a dire del nesso stretto tra il ricorso di radicamento da una parte e le summenzionate azioni nei confronti della seconda e della quinta convenuta dall'altra. Tale condizione va riportata alla giurisprudenza della Corte relativa alla disposizione previgente della Convenzione di Bruxelles rispetto all'art. 6,

11 — Su tale nozione Althammer, C., Die Anforderungen an die «Ankerklage» am forum connexitatis, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2006, pagg. 558 e segg.

punto 1, del regolamento. L'art. 6, punto 1, della Convenzione di Bruxelles non prevedeva una siffatta condizione. La Corte ha tuttavia ritenuto necessario l'accertamento di detta ulteriore condizione al fine di garantire l'efficacia pratica dell'art. 2 della Convenzione di Bruxelles, in cui è enunciato il principio della competenza dei giudici dello Stato del domicilio del convenuto [12]. Nell'ambito del regolamento n. 44/2001, il legislatore dell'Unione ha recepito nel tenore letterale della disposizione tale condizione elaborata dalla Corte. Sussiste pertanto una linea di continuità tra l'art. 6, punto 1, del regolamento e l'art. 6, punto 1, della Convenzione di Bruxelles.

53. Il giudice del rinvio si pone la questione se possa sussistere un nesso stretto come quello richiesto dall'art. 6, punto 1, del regolamento in un caso in cui:

— in tutte e tre le azioni vengano fatte valere violazioni di diritti d'autore analoghe nel contenuto e vengano sollevate analoghe pretese,

— trovino applicazione il diritto austriaco al ricorso di radicamento e il diritto tedesco alle azioni proposte nei confronti della seconda e della quinta convenuta per i giornali distribuiti in Germania,

— le condizioni relative alle pretese fatte valere siano sostanzialmente identiche in base alla normativa austriaca e tedesca.

54. Giungerò gradualmente alla soluzione di tale questione. Anzitutto tratterò della posizione del foro competente per connessione nel sistema complessivo delle competenze ai sensi del regolamento n. 44/2001 (1). In seguito valuterò in che rapporto sia il suo art. 6, punto 1, che mira in particolare ad evitare decisioni incompatibili, con altre disposizioni aventi una finalità simile (2). Descriverò poi il modo in cui la Corte ha interpretato la condizione del nesso stretto (3). In considerazione del fatto che ritengo in parte fondate le obiezioni opposte alla giurisprudenza della Corte (4) proporrò di modificare lievemente il suo approccio (5).

Il foro competente per connessione nel sistema complessivo del regolamento n. 44/2001

55. In base all'art. 2 del regolamento n. 44/2001, in linea di principio, sono competenti per un ricorso i giudici dello Stato membro sul cui territorio il convenuto ha il suo domicilio. Il regolamento prevede tuttavia una serie tassativa di norme sulla competenza che

12 — Sentenze Kalfelis (cit. alla nota 3, punti 6-12), e 27 ottobre 1998, causa C-51/97, Réunion européenne e a. (Racc. pag. I-6511, punti 47 e seg.).

divergono da detto principio. Secondo costante giurisprudenza, tali norme speciali sulla competenza, di cui fa parte anche l'art. 6, punto 1, del regolamento, devono essere interpretate restrittivamente [13].

56. Nell'interpretazione dell'art. 6, punto 1, del regolamento occorre tener conto anche del suo undicesimo «considerando». In base a quest'ultimo, le norme sulla competenza devono presentare un alto grado di prevedibilità ed articolarsi intorno al principio della competenza del giudice del domicilio del convenuto. Si può prescindere da detto principio solo in alcuni casi rigorosamente determinati, nei quali la materia del contendere o l'autonomia delle parti giustifichi un diverso criterio di collegamento.

Relazioni sistematiche

57. La ratio dell'art. 6, punto 1, del regolamento consiste nell'evitare il rischio di decisioni incompatibili in caso, segnatamente, di domande tra cui sussista un nesso stretto [14]. È pertanto ovvio, nell'interpretare tale disposizione, riferirsi ad altre norme del regolamento con finalità analoghe. Anche l'art. 34, punto 3, del regolamento (a) e l'art. 28 del regolamento (b) riguardano le incompatibilità tra due decisioni giudiziarie.

Possibile riferimento all'art. 34, punto 3, del regolamento n. 44/2001

58. Si pone in primis la questione se l'art. 6, punto 1, del regolamento debba essere interpretato in riferimento all'art. 34, punto 3, del regolamento, nonché alla giurisprudenza elaborata su detta disposizione. Tale norma prevede che una decisione emessa tra due parti in uno Stato membro non è riconosciuta in un altro Stato membro qualora sia in contrasto con una decisione emessa tra le medesime parti in quest'ultimo Stato.

59. La Corte ha stabilito, relativamente alla norma anteriore all'art. 34, punto 3, del regolamento, cioè l'art. 27, n. 3, della Convenzione di Bruxelles, che può essere ammessa la sussistenza di un'inconciliabilità di due decisioni ai sensi della summenzionata norma soltanto qualora entrambe le decisioni producano effetti giuridici che si escludono reciprocamente [15]. Ciò si verifica, ad esempio, qualora la prima decisione emessa tra due persone disponga il pagamento di un assegno

13 — Sentenze Freeport (cit. alla nota 3, punto 35), e 13 luglio 2006, causa C-103/05, Reisch Montage (Racc. pag. I-6827, punto 23).

14 — Con l'art. 6, punto 1, del regolamento si perseguono anche obiettivi di economia processuale.

15 — Sentenza 4 febbraio 1988, causa 145/86, Hoffmann (Racc. pag. 645, punto 22).

alimentare basato sull'esistenza di un rapporto matrimoniale, mentre nella seconda decisione venga pronunciato il divorzio [16].

60. È stato proposto di riferirsi all'art. 34, punto 3, del regolamento nell'interpretazione del suo art. 6, punto 1, e di applicare a quest'ultimo la summenzionata giurisprudenza [17]. Contro tale approccio potrebbero tuttavia militare le seguenti ragioni.

61. In primo luogo, l'art. 34, punto 3, del regolamento e l'art. 6, punto 1, dello stesso riguardano situazioni diverse e perseguono pertanto diverse finalità.

62. L'art. 34, punto 3, del regolamento trova applicazione nella fase del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni di giudici di altri Stati membri. Esso costituisce una disposizione sulla risoluzione di un contrasto tra due decisioni giudiziarie emesse tra le medesime parti, che non avrebbe dovuto assolutamente crearsi, in linea di principio, in base al sistema del regolamento [18]. Il mancato riconoscimento ai sensi dell'art. 34, punto 3, del regolamento costituisce allora un unicum che, in via eccezionale, giustifica una deroga al principio del pressoché automatico riconoscimento delle decisioni di giudici degli altri Stati membri e dunque ad una «pietra angolare» del regolamento n. 44/2001. Pertanto tale disposizione deve essere interpretata restrittivamente e limitata alle decisioni che producono effetti giuridici che si escludono reciprocamente [19].

63. L'art. 6, punto 1, del regolamento riguarda invece un altro caso. In primis, esso mira ad evitare il rischio di decisioni giudiziarie incompatibili prima che esse possano in assoluto aver luogo. Inoltre, non si tratta di contrasti tra due decisioni emesse tra le medesime parti, ma di contrasti potenziali tra due decisioni delle quali l'una è resa tra il ricorrente ed il convenuto del ricorso di radicamento e l'altra tra il ricorrente ed un altro convenuto. L'art. 6, punto 1, del regolamento offre l'opportunità al ricorrente, nei casi in cui sussista un nesso stretto tra le domande, di far decidere entrambe le cause davanti allo stesso giudice al fine di evitare siffatti contrasti tra le decisioni che possono risultare dal fatto che due diversi giudici si pronuncino sulle domande [20].

16 — Sentenza Hoffmann (cit. alla nota 15, punto 25).

17 — In tal senso l'avvocato generale Léger, nei paragrafi 107-110 delle sue conclusioni presentate l'8 dicembre 2005 nella causa Roche Nederland (già cit. alla nota 3), ha preferito una siffatta interpretazione restrittiva dell'art. 6, punto 1, della Convenzione di Bruxelles. La Corte, nella sentenza emessa in detta causa, ha lasciato aperta la questione se debba seguirsi tale indirizzo (v. punto 25 della sentenza). Ma di certo può dedursi dalla sentenza Freeport (già cit. alla nota 3) che la Corte non prende seriamente in considerazione il riferito approccio restrittivo.

18 — V., in particolare, la norma sulla litispendenza di cui all'art. 27 del regolamento n. 44/2001.

19 — V. il diciassettesimo «considerando» del regolamento e la sentenza 6 dicembre 1994, causa C-406/92, Tatry (Racc. pag. I-5439, punto 55).

20 — L'applicazione dell'art. 6, punto 1, può determinare inoltre vantaggi in termini di economia processuale.

64. In ragione del suesposto diverso oggetto di regolamentazione delle due disposizioni mi sembra già meno scontata l'applicazione all'art. 6, punto 1, del regolamento della giurisprudenza relativa alla norma anteriore all'art. 34, punto 3, del regolamento.

65. In secondo luogo, contro la trasposizione della giurisprudenza relativa alla norma anteriore all'art. 34, punto 3, del regolamento depone il fatto che essa limiterebbe in misura rilevante l'effetto utile dell'art. 6, punto 1, del regolamento. Sussisterà un caso in cui gli effetti giuridici di due decisioni si escludono reciprocamente solo qualora si tratti di due decisioni emesse tra le medesime parti. Poiché l'art. 6, punto 1, del regolamento non riguarda tuttavia un caso del genere, bensì un caso in cui entrambe le decisioni sono emesse, da un lato, tra il ricorrente ed il convenuto nel ricorso di radicamento e, dall'altro, tra il ricorrente ed un altro convenuto, ciò non produrrà normalmente effetti giuridici che si escludono reciprocamente ai sensi dell'art. 34, punto 3, del regolamento. Infatti, anche se le decisioni dovessero risultare incompatibili, nondimeno potrebbero essere entrambe regolarmente eseguite [21].

66. In conclusione, va respinta un'interpretazione dell'art. 6, punto 1, del regolamento effettuata alla luce del suo art. 34, punto 3, nonché un'applicazione all'art. 6, punto 1, del regolamento della giurisprudenza relativa alla norma anteriore all'art. 34, punto 3 [22].

Riferimento all'art. 28 del regolamento n. 44/2001

67. Va preso in considerazione, per contro, il rapporto tra l'art. 6, punto 1, del regolamento e l'art. 28 dello stesso. In base all'art. 28, n. 1, del regolamento, il giudice successivamente adito può sospendere il procedimento, ove più cause connesse siano pendenti davanti a giudici di Stati membri differenti. Alle condizioni di cui al n. 2, il giudice successivamente adito può inoltre dichiarare la propria incompetenza. I requisiti di una connessione che possa giustificare, in base al n. 1 di detta disposizione, la sospensione del procedimento, nonché, alle condizioni aggiuntive stabilite dal suo n. 2, addirittura la dichiarazione di incompetenza, sono previsti dal successivo n. 3. Essi sono letteralmente identici alla seconda condizione stabilita per la connessione ai sensi dell'art. 6, punto 1, del regolamento. Come

21 — V., sul punto, il paragrafo 109 delle conclusioni dell'avvocato generale Léger nella causa Roche Nederland (cit. alla nota 3).

22 — In tal senso anche Gaudemet-Tallon, H., Compétence et exécution des jugements en Europe, IV ed. 2010, L.G.D.J., pag. 255.

suesposto [23], ciò è riconducibile al fatto che la formulazione dell'art. 6, punto 1, del regolamento riprende la giurisprudenza della Corte relativa all'art. 6, punto 1, della Convenzione di Bruxelles e che la Corte si è ispirata alla disposizione anteriore all'art. 28, n. 3, del regolamento, cioè all'art. 22, n. 3, della Convenzione di Bruxelles.

68. È naturale già per tale motivo prendere in considerazione, nell'interpretazione dell'art. 6, punto 1, del regolamento, la relazione sistematica con l'art. 28 dello stesso e così anche la giurisprudenza relativa a detta disposizione, nonché a quella che l'ha preceduta. Secondo la giurisprudenza della Corte, la nozione di connessione ai sensi dell'art. 22, n. 3, della Convenzione di Bruxelles deve essere interpretata nel senso che, affinché sussista connessione tra due questioni, è sufficiente che la loro istruzione e decisione separate comportino il rischio di pronunce contrastanti, senza che sia necessario che si configuri il rischio di conseguenze giuridiche che si escludano reciprocamente [24]. Mi sembra che tale giurisprudenza sia applicabile all'art. 6, punto 1, del regolamento.

69. Tuttavia non tutte le valutazioni inerenti all'art. 28 del regolamento possono essere applicate tout court all'art. 6, punto 1, del regolamento. Infatti, benché il tenore letterale di entrambe le disposizioni sia simile ed esse perseguano analoghe finalità, sussistono certamente tra di esse talune differenze che devono essere prese in considerazione.

70. L'art. 28, n. 1, del regolamento autorizza il giudice successivamente adito a sospendere il procedimento. Tuttavia la sospensione non comporta, diversamente dall'art. 6, punto 1, del regolamento, un trasferimento della competenza internazionale. È vero che un giudice, alle condizioni di cui all'art. 28, n. 2, del regolamento, può anche dichiararsi incompetente in base ad ulteriori condizioni; si deve però partire dal presupposto che un giudice nazionale emetterà le decisioni alle quali è autorizzato dall'art. 28 del regolamento tenendo conto, in particolare, dell'esigenza di un funzionamento armonioso della giustizia.

71. La scelta sull'utilizzazione del foro della connessione spetta, in compenso, esclusivamente al ricorrente. Questi non si orienterà però secondo l'esigenza di un funzionamento armonioso della giustizia, ma solo in funzione del foro per lui più conveniente. Per tale ragione, nell'interpretazione della nozione di nesso stretto ai sensi dell'art. 6, punto 1, del regolamento, si deve tenere adeguatamente conto degli interessi del convenuto, al fine di ridurre il rischio di un possibile abuso. Occorre fissare pertanto requisiti lievemente più rigorosi per la nozione di nesso contenuta nell'art. 6, punto 1, del regolamento rispetto

23 — V., supra, paragrafo 52.

24 — Sentenza Tatry (cit. alla nota 19, punto 58).

alla nozione di connessione di cui all'art. 28 del regolamento [25].

74. La Corte muove inoltre idealmente dal presupposto che un'applicazione dell'art. 6, punto 1, del regolamento n. 44/2001 (ovvero della Convenzione di Bruxelles) viene presa in considerazione solo qualora sussista una divergenza nelle soluzioni della controversia ai sensi di detta disposizione. A tal fine non basterebbe di per sé solo il fatto che sussista una divergenza nelle soluzioni della controversia, essendo invero necessario che tale divergenza si collochi anche nel contesto di *una stessa fattispecie di fatto e di diritto* [27].

La giurisprudenza della Corte

72. Dopo aver esposto il quadro normativo stabilito dal regolamento n. 44/2001, vorrei ora valutare l'interpretazione compiuta dalla Corte della nozione del nesso stretto di cui all'art. 6, punto 1, del regolamento. A tal riguardo occorre prendere in considerazione, per le ragioni predette, anche la giurisprudenza relativa all'art. 6, punto 1, della Convenzione di Bruxelles.

75. Si deduce inoltre dalla sentenza della Corte Roche Nederland che, nelle azioni per contraffazione di brevetto europeo, proposte nei confronti di più società, stabilite in Stati membri differenti, per fatti che sarebbero stati commessi nel territorio di uno, o più, degli Stati medesimi, non sussisterebbe la stessa situazione di fatto. La Corte ha motivato quest'interpretazione asserendo che vengono convenuti soggetti diversi e che gli atti di contraffazione loro contestati, posti in essere in Stati membri differenti, non sono gli stessi.

73. La Corte ha anzitutto precisato che la nozione di nesso stretto ai sensi dell'art. 6, punto 1, del regolamento costituisce una nozione di diritto dell'Unione che va interpretata in modo autonomo ed uguale in tutti gli Stati membri [26].

76. In detta sentenza la Corte ha inoltre affermato che non sussiste la stessa situazione di diritto se nelle due cause sia applicabile un diritto diverso e tale diritto, come nel settore del diritto dei brevetti, non sia completamente armonizzato. In un caso del genere le decisioni divergenti non potrebbero essere qualificate

25 — In tal senso Leible, S., in Rauscher, T., Europäisches Zivilprozessrecht, Sellier 2006, Art. 6, paragrafo 8.

26 — Sentenza Reisch Montage (cit. alla nota 13, punto 29).

27 — Sentenze Freeport (cit. alla nota 3, punto 40) e Roche Nederland (cit. alla nota 3, punto 26).

come incompatibili ai sensi dell'art. 6, punto 1, della Convenzione di Bruxelles [28].

77. Successivamente, la Corte ha ribadito, nella sentenza Freeport, che l'identità del fondamento normativo delle azioni proposte contro i vari convenuti non costituisce un requisito stabilito per l'applicazione dell'art. 6, punto 1, del regolamento [29]. Spetta al giudice nazionale valutare la sussistenza di un nesso stretto fra le varie domande ad esso presentate, vale a dire del rischio di soluzioni incompatibili se le cause di cui trattasi fossero decise separatamente e, a tale riguardo, prendere in considerazione tutti gli elementi del fascicolo occorrenti, il che, eventualmente e senza che ciò sia necessario ai fini della valutazione, può condurlo a tenere conto dei fondamenti normativi delle azioni promosse dinanzi a detto giudice [30].

28 — In tale sentenza la Corte ha stabilito che un brevetto resta disciplinato dal diritto nazionale di ogni singolo Stato contraente per il quale sia stato concesso («Bündeltheorie»). Un'azione per contraffazione di un brevetto europeo dovrebbe essere pertanto esaminata alla luce della normativa nazionale vigente. Ne consegue che, qualora più giudici di Stati membri differenti vengano aditi con azioni per contraffazione di un brevetto europeo rilasciato in ognuno degli Stati medesimi, le quali sono avviate nei confronti di convenuti domiciliati negli Stati stessi per pretesi fatti commessi nei rispettivi territori, eventuali divergenze tra le decisioni pronunciate dai giudici interessati non si collocherebbero nel contesto di una stessa situazione di diritto. Per tale motivo non ci sarebbe alcuna situazione di diritto paragonabile e, pertanto, non sussisterebbe in un caso del genere il rischio di decisioni incompatibili.

29 — Sentenza Freeport (cit. alla nota 3, punto 38).

30 — Sentenza Freeport (cit. alla nota 3, punto 41).

Obiezioni legittime

78. Si è obiettato su singoli aspetti di detta giurisprudenza [31]. Siffatti dubbi mi sembrano fondati con riguardo alla condizione elaborata dalla Corte nella causa Roche Nederland secondo la quale l'art. 6, punto 1, del regolamento può applicarsi solo se entrambe le azioni si collochino nell'ambito di una stessa situazione di diritto. Tale condizione sembra infatti basarsi, in astratto, sull'ipotesi che non possano sussistere decisioni incompatibili ai sensi dell'art. 6, punto 1, del regolamento, qualora siano applicabili alle azioni diritti diversi e detti diritti non siano pienamente armonizzati. Tale ipotesi non è però corretta [32]. Lo sarebbe solo se, nel caso di due azioni, pendenti presso due giudici diversi e alle quali sia applicabile rispettivamente una normativa diversa, *tutte* le contraddizioni tra le decisioni fossero riconducibili alle differenze

31 — Kur, A., «A Farewell to Cross-Border Injunctions? The ECJ Decisions GAT v. Luk and Roche Nederland v. Primus and Goldenberg», *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 2006, pagg. 844 e segg.; 849 e segg.; Wilderspin, M., «La compétence juridictionnelle en matière de litiges concernant la violation des droits de propriété intellectuelle», *Revue critique de droit international privé* 2006, pagg. 777 e segg., 791 e segg.; Schlosser, P., «Anmerkung zu EuGH, Urteil v. 13.7.2006 - Rs. C-539/03 Roche Nederland BV u.a./ Primus u. Goldenberg», *Juristenzeitung* 2007, pagg. 303 e segg., 305 e segg.; Watt Muir, H., in Magnus, U., Mankowski, P., *Brussels I Regulation*, Sellier 2007, Art. 6 paragrafo 25a. In tale contesto non deve trascurarsi il fatto che lo European Max Planck Group for Conflict of Laws in Intellectual Property (http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/clip_brussels_i_dec_06_final.pdf, pagg. 11 e seg.), conseguentemente alla sentenza Roche Nederland, ha proposto di modificare l'art. 6, punto 1, del regolamento n. 44/2001 in modo tale che siffatti casi rientrino nel foro competente per connessione.

32 — Molto critica Kur, A., già cit. alla nota 31, pag. 850, che qualifica detta argomentazione come «manifestamente erronea».

intercorrenti tra le due normative applicabili. Non è però questo il caso.

79. Infatti, in primo luogo, si può sempre immaginare che, relativamente a due decisioni pronunciate da due giudici, i contrasti tra esse siano riconducibili ad una diversa valutazione della situazione di fatto da parte di detti giudici. Ove vengano promosse, come nel caso in esame, due azioni per violazione del diritto d'autore, una delle quali sia disciplinata dal diritto austriaco e l'altra dal diritto tedesco, potrebbero manifestarsi delle divergenze tra le decisioni riconducibili alle differenze tra il diritto d'autore tedesco e quello austriaco. Possono tuttavia sussistere divergenze riportabili al fatto che due giudici, nell'applicare un criterio giuridico sostanzialmente analogo, possono giungere a conclusioni diverse in quanto valutano diversamente la situazione di fatto.

80. In secondo luogo può darsi il caso che, anche in un settore non pienamente armonizzato, risultino armonizzati taluni requisiti minimi. In un caso del genere, anche in riferimento alle azioni cui si applichino diverse normative nazionali, può trattarsi sostanzialmente, in ultima analisi, della medesima normativa, vale a dire delle prescrizioni comuni di diritto dell'Unione.

81. Non è allora sostenibile, a mio avviso, l'affermazione della Corte secondo cui non possono sussistere decisioni incompatibili ai sensi dell'art. 6, punto 1, del regolamento, qualora siano applicabili alle azioni diverse normative e queste ultime non siano pienamente armonizzate.

82. Essa non può essere sostenuta neanche sulla base della constatazione che i giudici degli Stati membri non sarebbero in grado di pronunciarsi sulla violazione di diritti di proprietà intellettuale posta in essere in un altro Stato membro in base al diritto vigente in detto Stato. Una siffatta competenza dei giudici è infatti, in linea di principio, sottesa al sistema introdotto dal regolamento n. 44/2001.

83. In terzo luogo, anche il seguente esempio pone la questione se possa costituire una condizione vincolante dell'art. 6, punto 1, del regolamento il fatto che si applichi la stessa normativa al ricorso di radicamento e alle altre azioni. In un caso di responsabilità da sinistro stradale, in cui uno dei convenuti è responsabile solo qualora l'altro non lo sia, o della responsabilità alternativa, sussiste a mio avviso un interesse pubblico a far decidere il caso da un unico giudice al fine di evitare il rischio di risultati incompatibili [33]. La connessione

33 — Si riscontrerebbe, ad esempio, un risultato incompatibile qualora un giudice decidesse che il convenuto, responsabile primario, non è debitore, mentre un altro giudice affermasse che l'altro convenuto, responsabile secondario, non è debitore perché avrebbe dovuto esserlo, a suo avviso, il responsabile primario.

giuridica tra le due azioni non dipende in un caso siffatto dalla questione se sia applicabile ad entrambe le azioni la stessa normativa.

84. Le suesposte considerazioni rendono incerto se un'applicazione dell'art. 6, punto 1, del regolamento sia effettivamente giustificata solo qualora trovi applicazione la medesima normativa ad entrambe le azioni.

85. Sebbene la Corte, nella sua sentenza Freeport, sembri discostarsi nella sostanza dall'approccio avuto nella sentenza Roche Nederland, tuttavia, nel richiedere ancora, in riferimento alla sentenza Roche Nederland, che debba sussistere la stessa situazione di diritto e di fatto [34], essa non consente di fare chiarezza sul suo approccio globale [35].

nell'accertamento della sussistenza di un nesso sufficientemente stretto ai sensi dell'art. 6, punto 1, del regolamento n. 44/2001, un criterio lievemente modificato. Va preliminarmente sottolineato che, nel contesto dell'art. 6, punto 1, del regolamento va tenuto conto solo di un nesso tra il ricorso di radicamento da un lato e l'altra ovvero le altre azioni, dall'altro. Detta prescrizione è da tenere seriamente in considerazione (a). La prima condizione per la sussistenza di un nesso stretto è che una medesima situazione di fatto sia alla base del ricorso di radicamento e delle altre azioni (b). In secondo luogo, deve esistere altresì una connessione giuridica sufficientemente stretta tra il ricorso di radicamento e le altre azioni (c). Non si deve invece accertare autonomamente se ci sia il rischio, nel caso concreto, di decisioni incompatibili (d).

Nesso tra il ricorso di radicamento e l'altra ovvero le altre azioni

Sul nesso stretto ai sensi dell'art. 6, punto 1, del regolamento n. 44/2001

87. L'art. 6, punto 1, del regolamento n. 44/2001, consente di dichiarare il foro competente per connessione solo per quelle azioni che presentano un nesso stretto con il ricorso di radicamento. Tali azioni possono, a loro volta, costituire un ricorso di radicamento per altre azioni che sono ad esse collegate da un nesso stretto.

86. Nell'ambito della critica, dal mio punto di vista giustificata, alla giurisprudenza finora sviluppata dalla Corte, propongo di impiegare,

34 — Sentenza Freeport (cit. alla nota 3, punto 40).

35 — Roth, H., Das Konnexitätserfordernis im Mehrparteiengerichtsstand des Art. 6 Ziffer 1 EuGVO, *Die Richtige Ordnung - Festschrift für Jan Kropholler*, Mohr Siebeck 2008, pagg. 884 e segg., 887, sottolinea le contraddizioni tra le due sentenze menzionate. In tal senso anche Gaudemet-Tallon, H., già cit. alla nota 22, pag. 256 e seg.

88. Ciò emerge in primo luogo dalla lettera dell'art. 6, punto 1, del regolamento, il quale richiede che sussista un nesso stretto tra il ricorso di radicamento e le altre azioni. In

secondo luogo, tale affermazione è corroborata dall'idea che le norme sulla competenza devono presentare un alto grado di prevedibilità per il convenuto.

89. Nel presente caso ciò implica che è competente il foro per connessione nelle cause contro la quinta e la seconda convenuta per i giornali pubblicati in Germania solo se sussiste un nesso sufficientemente stretto tra queste azioni e il ricorso di radicamento nei confronti della prima convenuta. È irrilevante invece, nell'ambito dell'art. 6, punto 1, del regolamento, se sussista un nesso tra le singole azioni proposte nei confronti delle convenute dalla seconda alla quinta, in quanto tali convenute non hanno la loro sede in Austria e dunque le azioni non possono costituire ricorsi di radicamento.

90. Così, la competenza del giudice del rinvio per l'azione nei confronti della seconda convenuta fondata sull'edizione federale della *Bild* apparsa in Germania non può essere motivata, ai sensi dell'art. 6, punto 1, del regolamento, dal fatto che pendono già davanti ad esso le altre azioni nei confronti della seconda convenuta per i giornali distribuiti in Austria (edizione monacese della *Bild* e la *Die Welt*), per le quali esso risulti competente. Tali altre azioni proposte nei confronti della seconda convenuta non costituiscono, infatti, alcun ricorso di radicamento ai sensi dell'art. 6, punto 1, del regolamento, in quanto la seconda convenuta non ha la sua sede in Austria.

Situazione di fatto unitaria

91. La prima condizione per la sussistenza della connessione tra il ricorso di radicamento, da un lato, e una delle altre azioni, dall'altro, è che le azioni traggano origine da una situazione di fatto unitaria. Va tenuto presente in tale contesto che l'art. 6, punto 1, del regolamento deve presentare un alto grado di prevedibilità per il convenuto [36]. Una condizione minima ai fini della configurazione di una situazione di fatto unitaria è pertanto che un convenuto sia quantomeno in grado di comprendere che possa essere stato chiamato in giudizio insieme con un altro convenuto in un ricorso di radicamento davanti al giudice del domicilio di quest'ultimo.

36 — V., supra, paragrafo 56.

92. Tale condizione minima non è soddisfatta laddove la situazione di fatto, sulla quale la ricorrente fonda il suo ricorso di radicamento e le altre azioni, si configuri in modo tale che il comportamento del convenuto con ricorso di radicamento e dell'altro convenuto, sebbene incida sugli stessi o su simili beni giuridici della ricorrente e sia della medesima natura, abbia luogo tuttavia indipendentemente e senza consapevolezza l'uno dell'altro. In un siffatto caso di comportamenti simultanei non previamente concertati non è infatti sufficientemente prevedibile per l'altro convenuto che possa essere chiamato in giudizio, in base all'art. 6, punto 1, del regolamento, anche davanti al giudice del luogo di domicilio del convenuto con ricorso di radicamento.

93. Spetta al giudice del rinvio verificare se nella causa principale si configurava un comportamento simultaneo senza previa concertazione della convenuta con ricorso di radicamento, da un lato, e, rispettivamente, delle convenute dalla seconda alla quinta, dall'altro. Le circostanze della situazione di fatto che si deducono dall'ordinanza di rinvio suggeriscono tuttavia che, nel caso in esame, si trattava di un comportamento simultaneo senza previa concertazione. In detto caso viene meno l'applicazione dell'art. 6, punto 1, del regolamento proprio in quanto non sussiste una situazione di fatto unitaria ai sensi di tale norma.

94. A tal riguardo va ricordato che la Corte, nella sentenza Roche, ha altresì negato l'applicazione dell'art. 6, punto 1, della Convenzione di Bruxelles per mancanza della «stessa situazione di fatto» in un caso in cui veniva fatta valere la violazione di un brevetto europeo da parte di società di un gruppo stabilite in Stati membri differenti. La Corte ha motivato detta posizione in particolare con il fatto che i convenuti erano diversi e che gli atti di contraffazione loro contestati, posti in essere in Stati membri differenti, non erano gli stessi [37]. Nel caso in esame non ritengo necessario confrontarsi con la tutt'altro che pacifica giurisprudenza citata [38], in quanto nella causa principale non si rinviene alcun comportamento simultaneo previamente concertato [39].

37 — Sentenza Roche Nederland (cit. alla nota 3, punti 26 e seg.).

38 — V., in particolare, Wilderspin, M., già cit. alla nota 30, pagg. 791 e seg.

39 — Solo per completezza vorrei pertanto sottolineare che, a mio avviso, i timori della Corte, espressi nei punti 37 e seg. della sentenza Roche Nederland (cit. alla nota 3), secondo cui in un caso siffatto l'applicazione dell'art. 6, punto 1, del regolamento potrebbe compromettere la prevedibilità delle norme sulla competenza e contribuire ad una prassi di *forum shopping*, possono essere fugati attraverso un rigoroso rispetto della condizione applicabile al ricorso di radicamento, come proposto supra nei paragrafi 1-90. Ciò determinerebbe, infatti, normalmente che venga in considerazione come foro comune per tutte le azioni proposte nei confronti delle società del gruppo solo la sede della società controllante, ove quest'ultima venga chiamata in giudizio insieme con le rispettive società controllate.

Nesso giuridico sufficientemente stretto

95. La seconda condizione stabilita ai fini della sussistenza del nesso stretto ai sensi dell'art. 6, punto 1, del regolamento è che sussista un sufficiente nesso giuridico. Dato che, nel caso in esame, non ricorre una situazione di fatto unitaria vorrei occuparmi brevemente di detta seconda condizione.

96. A tal riguardo, il punto di partenza obbligato è accertare se le due azioni presentino un nesso giuridico così stretto che non si potrebbe esigere dal ricorrente di far decidere due giudici sulle azioni. Dal tenore letterale dell'art. 6, punto 1, del regolamento risulta che questo può essere, in particolare, il caso in cui il nesso giuridico tra due azioni sia così stretto che non sarebbero ammissibili contraddizioni tra di esse. Inoltre, in detto contesto, possono essere presi in considerazione, in una certa misura, anche aspetti di economia processuale, tenendo tuttavia conto tassativamente dell'interesse dei convenuti alla prevedibilità delle competenze.

97. I casi in cui il nesso giuridico tra due azioni sia così stretto che le contraddizioni tra le decisioni non sarebbero ammissibili, sono anzitutto i casi in cui l'esito di un'azione dipende da quello dell'altra azione. Rinvio, a tal proposito, all'esempio della responsabilità da sinistri stradali e della responsabilità alternativa fatto nel paragrafo 83 delle presenti conclusioni. Inoltre sussiste un nesso giuridico sufficientemente stretto, in particolare, qualora siano convenuti i debitori in solido, i comproprietari o una comunità di diritto.

98. Nei casi in cui vengano fatte valere pretese analoghe e, in base alla normativa rispettivamente applicabile, le condizioni siano sostanzialmente analoghe, depone in primis a favore di un'applicazione dell'art. 6, punto 1, del regolamento n. 44/2001, il fatto che così possono essere evitate le contraddizioni che potrebbero risultare da una diversa valutazione della situazione di fatto da parte dei due giudici. Nel caso di norme comuni di diritto dell'Unione depone a favore anche la prevenzione di contraddizioni di tipo giuridico. Anche considerazioni di economia processuale militano inoltre a favore della sussistenza di un siffatto nesso. In casi del genere si attribuisce d'altronde rilievo decisivo alla condizione che una situazione di fatto unitaria costituisca il fondamento del ricorso di radicamento e delle altre azioni. Il rischio di una diversa valutazione della situazione di fatto e di un diverso giudizio sotto il profilo giuridico può giustificare, infatti, un trasferimento della competenza ai sensi dell'art. 6, punto 1, del regolamento solo se ciò sia prevedibile da parte del convenuto.

99. Sulla base del fatto che nel caso in esame manca certamente una siffatta situazione di fatto unitaria, tale aspetto, ai fini del presente procedimento, non ha bisogno di essere

ulteriormente approfondito. Per concludere si deve sottolineare che gli esempi summenzionati non devono essere intesi come un elenco esaustivo di casi in cui sussista una connessione giuridica sufficiente.

Assenza di un accertamento specifico o di una previsione sul rischio di una contraddizione nel caso concreto

100. Diversamente da quanto in particolare la sentenza Roche Nederland sembra suggerire [40], non è necessario che venga esaminata la sussistenza di una situazione di fatto unitaria e di un nesso giuridico sufficientemente stretto ovvero che venga compiuta una previsione sul rischio di una contraddizione tra le due decisioni.

101. La prescrizione di cui all'art. 6, punto 1, del regolamento parte infatti dal presupposto del *pericolo astratto* che l'attribuzione di due decisioni a due giudici possa produrre contraddizioni tra tali decisioni [41]. Come sopra esposto, in ogni caso in cui due giudici si pronunciano su due azioni incombe, infatti, quantomeno il rischio che le differenze tra le decisioni dei giudici possano ricondursi a una valutazione diversa della situazione di fatto. In base a detta interpretazione, sebbene l'*obiettivo* dell'art. 6, punto 1, del regolamento sia di evitare contraddizioni, tuttavia, trattandosi di un pericolo astratto, costituisce una *condizione* esclusivamente la sussistenza di un nesso sufficientemente stretto con il ricorso di radicamento [42].

102. Neppure il tenore letterale dell'art. 6, punto 1, del regolamento depone contro una siffatta interpretazione. Le parole «onde evitare il rischio, sussistente in caso di trattazione separata, di giungere a decisioni incompatibili» possono essere considerate come una mera descrizione della finalità di detta disposizione senza avere il carattere di una condizione autonoma.

Conclusione

103. La nozione di nesso stretto ai sensi dell'art. 6, punto 1, del regolamento n. 44/2001 deve essere interpretata dunque nel senso che essa presuppone una situazione di fatto unitaria e un nesso giuridico sufficiente tra il ricorso di radicamento e le altre azioni. Nel caso di specie si tratta unicamente

40 — V. punto 32 della sentenza Roche Nederland (cit. alla nota 3).

41 — Una simile idea si trova in Roth, H., cit. alla nota 35, pagg. 892 e seg.

42 — In tal senso anche in Roth, H., cit. alla nota 35, pag. 893.

di un nesso stretto con l'azione avverso la prima convenuta.

104. Non può riscontrarsi una situazione di fatto unitaria qualora il comportamento controverso del convenuto con ricorso di radicamento e dell'altro convenuto si configuri come un comportamento simultaneo non previamente concertato.

105. Una connessione giuridica sufficiente può sussistere anche qualora trovi applicazione al ricorso di radicamento e alle atre azioni una diversa normativa nazionale non pienamente armonizzata.

IX — Sulle altre questioni pregiudiziali

106. Nel prosieguo risolverò la seconda, la terza e la quarta questione pregiudiziale, cominciando dalla quarta con la quale il giudice del rinvio chiede se la pubblicazione di un identikit possa costituire, ai sensi dell'art. 2, lett. a), della direttiva 2001/29, una riproduzione dell'originale fotografico utilizzato per la sua realizzazione (A). In base alla struttura della direttiva, tale questione ha, infatti, carattere preliminare rispetto alla seconda e alla terza questione pregiudiziale relative all'interpretazione dell'art. 5, n. 3, lett. d) ed e), della direttiva 2001/29. In base alle norme citate gli Stati membri hanno la facoltà di disporre eccezioni o limitazioni al diritto di riproduzione (in prosieguo: i «limiti») per misure di pubblica sicurezza (B) o quando si tratti di citazioni (C).

Sulla quarta questione pregiudiziale

107. Con la quarta questione pregiudiziale il giudice del rinvio chiede se l'art. 1, n. 1, in combinato disposto con l'art. 5, n. 5, della direttiva 2001/29 e l'art. 12 della Convenzione di Berna riveduta [43], in considerazione soprattutto dell'art. 1 del protocollo addizionale alla CEDU [44] e dell'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali, debbano essere interpretati nel senso che i ritratti fotografici non godono di alcuna tutela o godono solo di una tutela «affievolita» del diritto d'autore rispetto all'elaborazione in quanto, in considerazione della «riproduzione realistica», presentano una potenzialità creativa troppo limitata.

108. Come emerge dall'ordinanza di rinvio, la quarta questione pregiudiziale va considerata

43 — Convenzione di Berna riveduta per la protezione delle opere letterarie ed artistiche (Atto di Parigi del 24 luglio 1971), nella versione risultante dalla modifica del 28 settembre 1979.

44 — Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali 4 novembre 1950; primo protocollo addizionale 20 marzo 1952.

sullo sfondo dell'interpretazione giuridica sostenuta dall'OGH nel procedimento cautelare [45]. Esso ha infatti affermato che la pubblicazione dell'identikit controverso da parte delle convenute nella causa principale, in base alle pertinenti norme nazionali, non necessitava del consenso della ricorrente nella causa principale. Sebbene la fotografia controversa utilizzata come modello per l'identikit controverso costituisca un'opera fotografica protetta dal diritto d'autore, nella realizzazione e pubblicazione dell'identikit non si sarebbe tuttavia trattato di un'elaborazione per la quale fosse necessario il consenso della ricorrente nella causa principale in qualità di autrice dell'opera fotografica, ma di una libera utilizzazione che può avere luogo senza il suo consenso. La risposta al quesito se ci si trovi dinanzi ad un'elaborazione ovvero ad una libera utilizzazione dipenderebbe dal contenuto creativo dell'originale. Quanto più caratterizzato risulta il contenuto creativo dell'originale, tanto meno si può parlare di una libera utilizzazione. Nel caso di un ritratto come la fotografia controversa sarebbero a disposizione del creatore solo poche potenzialità creative originali. Per tale ragione la protezione offerta dal diritto d'autore per la fotografia controversa sarebbe corrispondentemente ristretta. Inoltre, l'identikit controverso realizzato sul suo modello costituirebbe un'opera nuova, indipendente e di per sé protetta dal diritto d'autore.

Principali argomenti delle parti

109. Secondo l'opinione della *ricorrente nella causa principale*, un approccio secondo cui i ritratti fotografici non godono di alcuna tutela o godono solo di una tutela affievolita del diritto d'autore è incompatibile con le disposizioni citate dal giudice del rinvio nella sua ordinanza. Le fotografie e le opere fotografiche godrebbero, a termini dell'art. 1 della direttiva 2001/29, della stessa tutela propria dell'elaborazione. La circostanza che nella realizzazione di ritratti fotografici sussisterebbero minori potenzialità creative non comporterebbe che essi godano di una tutela affievolita. Siffatte fotografie non potrebbero d'altronde essere scomposte in una parte protetta e in un'altra non protetta. Si dovrebbe comunque tener conto del fatto che gli identikit possono essere realizzati in ogni momento e senza difficoltà. L'approccio dell'OGH non sarebbe compatibile con il test in tre fasi di cui all'art. 5, n. 5, della direttiva 2001/29, né con l'art. 12 della Convenzione di Berna, né con il diritto di proprietà ai sensi dell'art. 1 del protocollo addizionale n. 1 alla CEDU, né con l'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali. In primo luogo, non si tratterebbe, infatti, di casi speciali ben definiti. In secondo luogo, anche in base a detto approccio, il normale sfruttamento della fotografia controversa, sulla base della quale è stato realizzato l'identikit, verrebbe pregiudicato in modo rilevante e, in terzo luogo, il valore economico del diritto d'autore verrebbe sminuito senza che ciò

45 — V., supra; paragrafo 38.

sia giustificato da un interesse legittimo della collettività.

110. Le *convenute nella causa principale* ritengono irricevibile la quarta questione pregiudiziale perché mancherebbe manifestamente il collegamento con la causa principale. La questione dell'ambito di protezione della fotografia controversa dovrebbe, infatti, essere risolta nella causa principale dal giudice del rinvio prendendo in considerazione tutte le circostanze del caso concreto. In tale contesto la questione di interpretazione sollevata dal giudice del rinvio non assume alcun rilievo.

111. Inoltre l'approccio dell'OGH sarebbe corretto. Nel caso del ritratto fotografico, il margine di potenzialità creativa sarebbe limitato, il che porterebbe ad una minore originalità di una fotografia di questo tipo. Essa non godrebbe pertanto di alcuna tutela o di una tutela affievolita del diritto d'autore. Oltre a ciò dovrebbe essere preso in considerazione il contributo creativo insito nella realizzazione di un identikit. L'art. 5, n. 3, lett. i), della direttiva 2001/29 prevedrebbe comunque una possibilità di disporre limiti in caso di inclusione occasionale di opere in altri materiali.

112. Ad avviso del *governo italiano* non risulta dalle norme citate dal giudice del rinvio che i ritratti fotografici non godano di alcuna tutela o godono solo di una tutela affievolita del diritto d'autore in relazione ad un identikit realizzato sulla base di essi. I ritratti fotografici non riceverebbero una tutela minore del diritto d'autore. Inoltre la realizzazione di un identikit costituirebbe un'attività piuttosto semplice che può essere agevolmente svolta con l'ausilio di un software informatico. Un siffatto approccio non sarebbe neppure compatibile con il test in tre fasi di cui all'art. 5, n. 5, della direttiva 2001/29.

113. Il *governo austriaco* e la *Commissione* rilevano che non sono applicabili le norme citate dal giudice del rinvio bensì piuttosto l'art. 6 della direttiva 93/98, ovvero della direttiva 2006/116. Insieme con il *governo spagnolo* essi sostengono che le fotografie sarebbero protette dal diritto d'autore nella misura in cui si tratti di creazioni intellettuali originali. Pertanto il diritto alla protezione di un ritratto fotografico dipenderebbe dal suo livello di particolarità e di creatività. Spetterebbe al giudice nazionale pronunciarsi alla luce di detti criteri nella causa principale se la fotografia sulla cui base è stato realizzato l'identikit soddisfi detti requisiti. Il fatto che si tratti di un ritratto fotografico non determinerebbe, in applicazione della direttiva 2001/29, il godimento di una tutela del diritto d'autore inferiore rispetto alle elaborazioni. La soluzione del quesito se la realizzazione di un identikit debba essere considerata come una riproduzione dell'originale ai sensi dell'art. 2 della direttiva 2001/29 dipende dal fatto che si rinvengano nell'identikit le caratteristiche

sulla base delle quali il modello sia da ritenere una creazione intellettuale originale.

Sulla ricevibilità

114. La quarta questione pregiudiziale deve essere intesa nel senso che il giudice del rinvio chiede se l'interpretazione giuridica dell'OGH esposta al paragrafo 108 delle presenti conclusioni sia compatibile con le pertinenti norme di diritto dell'Unione ed eventualmente anche di diritto internazionale.

115. La questione pregiudiziale, così formulata, è ricevibile.

116. Contrariamente a quanto affermato dalle convenute nella causa principale la questione non è, infatti, ipotetica. Il giudice del rinvio chiede piuttosto se sia compatibile con le norme di diritto dell'Unione la distinzione compiuta dall'OGH sulla base della normativa nazionale tra una libera utilizzazione ed una riproduzione soggetta a consenso della fotografia controversa. Tale questione è rilevante ai fini della controversia di cui il giudice è investito.

117. È altresì irrilevante che la risposta alla questione pregiudiziale così formulata non derivi dalle disposizioni in essa citate, ma dall'art. 6 della direttiva 93/68, codificato dall'art. 6 della direttiva 2006/116, nonché dall'art. 2 della direttiva 2001/29. Dato che la domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE mira a determinare un'effettiva cooperazione tra i giudici nazionali e la Corte e quest'ultima può pertanto offrire al giudice del rinvio tutte le indicazioni utili ai fini della soluzione della controversia principale, essa può risolvere la questione pregiudiziale facendo ricorso alle disposizioni pertinenti [46].

Valutazione giuridica

118. Poiché il diritto di riproduzione di cui all'art. 2, lett. a), della direttiva 2001/29 presuppone la sussistenza di un'opera protetta in base al diritto d'autore [47], nel caso in esame si pone in primis la questione delle condizioni alle quali un ritratto fotografico possa godere della tutela del diritto d'autore (a). Inoltre

46 — Sentenze 28 febbraio 1984, causa 294/82, Einberger (Racc. pag. 1177, punto 6), e 16 luglio 1992, causa C-187/91, Belovo (Racc. pag. I-4937, punto 13).

47 — V. sentenza 16 luglio 2009, causa C-5/08, Infopaq International (Racc. pag. I-6569, punti 33 e segg.). Critico sull'impostazione della Corte in base alla quale viene richiesta la sussistenza di una creazione intellettuale anche per tipi di opere i cui requisiti di tutela non siano armonizzati, Schulze, G., «Schleichende Harmonisierung des urheberrechtlichen Werkbegriffs?», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 2009, pagg. 1019 e segg. Non ricorre detta ipotesi nel caso in esame, poiché i requisiti per il diritto alla protezione delle fotografie sono armonizzati dall'art. 6 della direttiva 93/98 ovvero della direttiva 2006/116.

si chiede se la pubblicazione di un identikit realizzato sulla base di un ritratto fotografico protetto dal diritto d'autore debba essere considerata come una riproduzione ai sensi dell'art. 2, lett. a), della direttiva 2001/29 (b).

Sul diritto alla protezione di ritratti fotografici

119. L'art. 6 della direttiva 93/98, codificato dall'art. 6 della direttiva 2006/116, prescrive le condizioni alle quali le opere fotografiche godono della tutela del diritto d'autore in base alle norme di diritto dell'Unione [48]. Ai sensi della prima frase di detta disposizione è rilevante se le fotografie siano opere originali, ossia costituiscano il risultato della creazione intellettuale dell'autore. L'art. 6, secondo periodo, di detta direttiva dispone che per determinare il diritto alla protezione non sono presi in considerazione altri criteri.

120. Il giudice del rinvio dovrà dunque esaminare se la fotografia, utilizzata come modello per l'identikit, debba essere considerata una creazione intellettuale originale della ricorrente nella causa principale. Tale nozione, che non è definita dalla direttiva 93/98 ovvero dalla direttiva 2006/116, è una nozione di diritto dell'Unione che deve essere interpretata autonomamente [49]. Dal diciassettesimo «considerando» della direttiva 93/98 ovvero dal sedicesimo «considerando» della direttiva 2006/116, che menzionano la Convenzione di Berna riveduta, si evince che sussiste un'opera fotografica originale se costituisce la creazione intellettuale dell'autore e rispecchia la personalità di quest'ultimo.

121. Ai sensi dell'art. 6, primo periodo, della direttiva 93/98 ovvero della direttiva 2006/116, viene pertanto protetto solo il risultato della creazione umana, potendo esso sussistere anche se il soggetto si serva di uno strumento tecnico come un apparecchio fotografico.

122. La fotografia deve inoltre costituire il risultato di una creazione originale [50], che consiste nel fatto che il fotografo utilizza possibilità creative esistenti e conferisce alla fotografia in tal modo una peculiarità originale.

48 — Secondo l'art. 6, terzo periodo, della direttiva 93/98 ovvero 2006/116, gli Stati membri possono proteggere le fotografie anche al di là delle norme di diritto dell'Unione.

49 — Ciò emerge dal diciassettesimo «considerando» della direttiva 93/98.

50 — V. sentenza Infopaq (cit. alla nota 47, punto 35), in cui la Corte ha fatto riferimento ai requisiti stabiliti dall'art. 6 della direttiva 2006/116.

123. Altri criteri non sono applicabili, come esplicitamente indicato nell'art. 6, secondo periodo, della direttiva 93/98 ovvero nella direttiva 2006/116. Non è pertanto richiesta né una superiore qualità artistica né la novità. Anche la destinazione della creazione, nonché gli oneri e i costi sono irrilevanti.

124. I requisiti per il diritto alla protezione di fotografie sulla base del diritto d'autore stabiliti dall'art. 6 della direttiva 93/98 ovvero della direttiva 2006/116 non sono eccessivamente rigorosi [51]. Facendo ricorso a tale criterio, un ritratto fotografico potrebbe essere tutelato sulla base del diritto d'autore ai sensi dell'art. 6 della direttiva 93/98 ovvero della direttiva 2006/116, persino se si tratti di un lavoro commissionato al fotografo. Anche se l'oggetto principale di una siffatta fotografia coincide con la persona ritratta, residuano per il fotografo sufficienti potenzialità creative. Il fotografo può infatti determinare, inter alia, l'angolo visuale, la posa e l'espressione del viso della persona ritratta, lo sfondo, la definizione, nonché la luce e l'illuminazione. Detto in maniera figurata ciò che rileva è che un fotografo dia il suo «tocco personale» alla fotografia.

125. Spetta al giudice del rinvio stabilire nella causa principale, in applicazione di detto criterio, se la fotografia utilizzata come modello per l'identikit sia protetta dal diritto d'autore ai sensi dell'art. 6, punto 1, della direttiva 93/98 ovvero della direttiva 2006/116.

Sulla nozione di riproduzione

126. Laddove una fotografia sia protetta dal diritto d'autore ai sensi dell'art. 6, punto 1, della direttiva 93/98 ovvero della direttiva 2006/116, il suo autore dispone di un diritto di riproduzione in forza dell'art. 2, lett. a), della direttiva 2001/29. Ai termini di detta norma, questi può autorizzare o vietare la riproduzione diretta o indiretta, temporanea o permanente, in qualunque modo o forma, in tutto o in parte. Deve ritenersi che, secondo

51 — V. Nordemann, A., in Loewenheim, U., *Handbuch der Urheberrechts*, II ed. 2010, Beck, § 9 paragrafo 149. Leistner, M., «Copyright Law in the EC: Status quo, recent case law and policy perspectives», *Common Market Law Review* 2009, pagg. 847 e segg., 849 e seg., sottolinea che il criterio previsto dall'art. 6 della direttiva 93/98 ovvero della direttiva 2006/116 ha implicato che, in alcuni Stati membri in cui si applicava un criterio più rigoroso, quest'ultimo è stato mitigato per adattarsi ai requisiti della direttiva. Non è rilevante ai fini del presente procedimento una più approfondita comparazione, da un lato, con il criterio dello «*sweat of the brow*» conosciuto dal common law e quindi dagli ordinamenti del Regno Unito e dell'Irlanda e, dall'altro, con il criterio dell'«*originalité*» e della «*Schöpfungshöhe*» conosciuto dagli ordinamenti continentali.

tale possibile ampia formulazione [52], sussista dunque una riproduzione nella misura in cui le convenute nella causa principale abbiano pubblicato senza modifiche le fotografie controverse. Ma si pone allora la questione se anche la pubblicazione dell'identikit controverso possa costituire una riproduzione della fotografia che è servita come modello per la sua realizzazione.

127. Ove la realizzazione dell'identikit, consentita dall'uso di un computer, si sia svolta, in primo luogo, attraverso la scansione della fotografia controversa [53] e quindi con la modifica della scansione realizzata con il ricorso ad un software informatico, allora bisogna considerare, in linea di principio, che ci sia stata una riproduzione analoga a quella di cui all'art. 2, lett. a), della direttiva 2001/29. Detta disposizione include, infatti, espressamente anche le pubblicazioni in forma modificata. In tal senso è formulato anche il ventunesimo «considerando» della direttiva 2001/29, secondo cui è necessaria una definizione ampia della nozione degli atti di riproduzione.

128. Detta conclusione non è però ineluttabile. Nell'interpretazione della nozione di riproduzione, infatti, non ci si può basare solo sul tenore letterale dell'art. 2, lett. a), della direttiva 2001/29, ma è necessario che venga preso in considerazione anche lo scopo perseguito da detta norma. Esso consiste nella tutela dell'opera protetta dal diritto d'autore. A tal riguardo occorre distinguere l'opera e il materiale. L'*opera* è la creazione intellettuale personale protetta dal diritto d'autore. Il *materiale* è l'oggetto su cui si esprime il diritto d'autore. Il diritto di riproduzione di cui all'art. 2, lett. a), della direttiva tutela l'opera in base al diritto d'autore. Il materiale viene protetto solo laddove possa determinarsi un pregiudizio dell'opera.

129. Dunque, la pubblicazione di un identikit costituisce una riproduzione del ritratto fotografico che è servito da modello, soltanto nel caso in cui la creazione intellettuale personale che fonda la protezione del diritto d'autore dell'originale fotografico risulti ancora incorporata nell'identikit. Ciò è evidente, in linea di principio, in un caso in cui l'identikit sia stato realizzato sulla base dalla scansione dell'originale fotografico. Non è però escluso che gli elementi che nell'originale costituivano la creazione intellettuale personale vengano completamente eliminati nell'ambito della realizzazione di un identikit mirante a rappresentare, partendo dall'immagine di un bambino di dieci anni, il presunto aspetto di un adulto di diciotto anni. Se il ritratto fotografico venisse utilizzato, in ipotesi, solo al fine di rilevare le caratteristiche biometriche di una persona e, successivamente, venisse realizzato un identikit sulla base di

52 — La nozione di riproduzione di cui all'art. 2 della direttiva 2001/29 costituisce una combinazione della nozione di riproduzione presente nelle precedenti direttive. V. a tal proposito Reinbothe, J., «Die EG-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht — Internationaler Teil* 2001, pagg. 733 e segg., 736, e Lewinsky, S., «Der EG-Richtlinienvorschlag zum Urheberrecht und zu verwandten Schutzrechten in der Informationsgesellschaft», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht — Internationaler Teil* 1998, pagg. 637 e 638.

53 — In tal caso la stessa realizzazione della scansione costituirebbe una riproduzione la cui ammissibilità sarebbe da valutare sulla base dell'art. 5, n. 1, della direttiva 2001/29.

dette caratteristiche, la pubblicazione di detto identikit non costituirebbe una riproduzione ai sensi dell'art. 2, lett. a), della direttiva.

130. In base alle norme della direttiva non mi sembra invece che il fatto di stabilire quale contenuto creativo abbia l'identikit e se esso stesso sia un'opera protetta dal diritto d'autore costituisca un criterio autonomamente rilevante. Tuttavia, quanto più l'identikit si discosta dall'originale, tanto più si potrà ammettere che gli elementi caratterizzanti della creazione intellettuale personale dell'originale vengano ridotti nell'identikit ad una misura non più significativa e pertanto non più meritevole di considerazione.

131. Spetta al giudice del rinvio esaminare nella causa principale, tenendo conto di dette norme, se la pubblicazione dell'identikit costituisca una riproduzione ai sensi dell'art. 2, lett. a), della direttiva.

Conclusione

132. In conclusione si deve anzitutto ritenere che un ritratto fotografico gode di tutela del diritto d'autore ai sensi dell'art. 6 della direttiva 93/98 ovvero della direttiva 2006/116 qualora esso costituisca una creazione intellettuale originale del fotografo, il che si verifica se questi conferisca al ritratto un tocco personale tramite l'utilizzo delle possibilità creative esistenti.

133. In secondo luogo, va constatato che la pubblicazione di un identikit realizzato sulla base di un ritratto protetto dal diritto d'autore rappresenta una riproduzione ai sensi dell'art. 2, lett. a), della direttiva 2001/29 qualora gli elementi caratterizzanti della creazione intellettuale originale del modello siano incorporati anche nell'identikit.

Sulla terza questione pregiudiziale

134. La terza questione pregiudiziale riguarda l'interpretazione della possibilità di disporre limiti concessa dall'art. 5, n. 3, lett. e), della direttiva 2001/29. In base ad esso, gli Stati membri hanno la facoltà di disporre eccezioni o limitazioni al diritto di riproduzione e a quello di comunicazione al pubblico

allorché si tratti di impieghi per fini di pubblica sicurezza o per assicurare il corretto svolgimento di un procedimento amministrativo, parlamentare o giudiziario nonché a scopo informativo.

Principali argomenti delle parti

135. Il giudice del rinvio si chiede, in primis, se l'applicazione di detta disposizione presupponga che abbia avuto luogo un appello concreto, attuale ed esplicito delle autorità di pubblica sicurezza a pubblicare ritratti, ossia se la pubblicazione di ritratti finalizzata alle ricerche debba essere ordinata dalle autorità. Nel caso in cui ciò non sia richiesto, si pone, in secondo luogo, la questione se i mass media possano invocare per sé l'art. 5, n. 3, lett. e), della direttiva 2001/29 anche quando decidano motu proprio, senza un corrispondente avviso di ricerca da parte dell'autorità, che le pubblicazioni di ritratti abbiano luogo «nell'interesse della sicurezza pubblica». Nel caso in cui ciò non sia possibile, si pone, in terzo luogo, la questione se, ai fini dell'applicazione dell'art. 5, n. 3, lett. e), della direttiva 2001/29, sia sufficiente che i mass media ritengano a posteriori che la pubblicazione di un ritratto abbia giovato alle ricerche o se sia comunque necessario un avviso concreto di ricerca per chiedere la collaborazione dei lettori per far luce su un reato che abbia un nesso diretto con la pubblicazione della fotografia.

136. La *ricorrente nella causa principale* e il *governo spagnolo* ritengono che l'art. 5, n. 3, lett. e), della direttiva 2001/29 si applicherebbe solo se abbia avuto luogo un appello concreto, attuale ed esplicito delle autorità di pubblica sicurezza a pubblicare l'immagine. Le parti rilevano che la decisione circa l'esercizio di detta facoltà di disporre limiti e le relative modalità dipenderebbe dalle competenti autorità amministrative e giudiziarie nazionali. La tutela della pubblica sicurezza rientrerebbe nella competenza esclusiva delle pubbliche autorità cosicché queste ultime dovrebbero decidere in quali mass media e in che forma possano essere pubblicate le fotografie ai fini delle ricerche. Ad avviso della ricorrente nella causa principale, a favore di ciò depone anche il fatto che la direttiva 2001/29 mira a conseguire un alto livello di protezione dei diritti sulla creazione intellettuale. Laddove i mass media potessero invocare per sé che una pubblicazione di ritratti abbia luogo nell'interesse della sicurezza pubblica, essi potrebbero sfruttare a loro piacimento opere d'autore senza autorizzazione. Secondo la ricorrente nella causa principale, l'art. 5, n. 3, lett. e), della direttiva presuppone inoltre che sia connesso con la pubblicazione delle immagini anche un appello alla collaborazione alle ricerche. Non sarebbe sufficiente che i mass media ritenessero a posteriori che la pubblicazione di un ritratto abbia giovato alle ricerche.

137. Le *convenute nella causa principale*, il *governo austriaco* e la *Commissione* ritengono invece che i mass media potrebbero invocare l'art. 5, n. 3, lett. e), della direttiva anche qualora non sussista un avviso di ricerca attuale ed esplicita. Detta disposizione non conterrebbe alcun riferimento al fatto che sia necessario un appello concreto ed esplicito delle autorità di pubblica sicurezza a pubblicare le immagini.

138. Per il resto gli argomenti di dette parti si differenziano.

139. Le convenute nella causa principale sottolineano che l'art. 5, n. 3, lett. e), della direttiva concederebbe altresì agli Stati membri la facoltà di autorizzare un libero utilizzo dell'opera per assicurare il corretto svolgimento di un procedimento amministrativo, parlamentare o giudiziario. La Commissione ritiene invece che l'art. 5, n. 3, lett. e), della direttiva contemplerebbe due casi indipendenti e che, nel caso in esame, si tratterebbe solo dell'ipotesi di utilizzo per fini di pubblica sicurezza.

140. La convenuta nella causa principale sostiene inoltre che i mass media potrebbero invocare direttamente l'art. 5, n. 3, lett. e), della direttiva 2001/29, qualora la pubblicazione delle immagini abbia luogo nell'interesse della pubblica sicurezza. A tal riguardo, la convenuta sottolinea l'importanza della libertà di stampa. I mass media dovrebbero essere in grado di decidere autonomamente, a prescindere da un appello delle autorità, quando effettuare ricerche e svolgere il resoconto. Inoltre i lettori, già sulla base dell'esposizione del fatto nei mass media, comunicherebbero alle autorità penali informazioni importanti per far luce sul reato.

141. Il governo austriaco e la Commissione ritengono che sarebbe riservato alle competenti autorità nazionali di disporre eccezioni e limitazioni per fini di pubblica sicurezza. Esse dovrebbero però osservare le prescrizioni di cui all'art. 5, n. 3, lett. e), della direttiva ed il test in tre fasi. I mass media non potrebbero pertanto decidere a propria discrezione quando sia in gioco la pubblica sicurezza.

142. La Commissione afferma inoltre che la riproduzione delle immagini debba essere necessaria per fini di pubblica sicurezza, nonché in relazione con lo scopo di pubblica sicurezza perseguito. Qualora le autorità di polizia avessero chiesto ai mass media la pubblicazione di una fotografia, esisterebbe una forte presunzione che l'utilizzo sia necessario per fini di pubblica sicurezza. Se invece la pubblicazione della fotografia e del testo di accompagnamento non si trovi in alcun nesso evidente con la pubblica sicurezza e detta circostanza venga affermata dall'editore solo a posteriori, esisterebbe un forte sospetto che l'utilizzo abbia avuto effettivamente luogo non per fini di pubblica sicurezza.

143. Il governo austriaco ritiene sufficiente che la pubblicazione delle immagini sia oggettivamente idonea a far luce sulle azioni penalmente rilevanti.

Valutazione giuridica

144. Come emerge dall'ordinanza di rinvio, occorre considerare anche la terza questione pregiudiziale nel contesto delle interpretazioni giuridiche sostenute dall'OGH nel procedimento cautelare [54]. L'OGH ha infatti stabilito che un libero utilizzo delle fotografie controverse per fini di pubblica sicurezza non presuppone, in base alle disposizioni normative nazionali, alcun preciso esplicito invito delle autorità di sicurezza alla pubblicazione delle immagini. Sarebbe invero sufficiente che le fotografie venissero messe a disposizione per la pubblicazione presso le autorità di sicurezza e venga fatto riferimento, nell'ambito della loro pubblicazione, alle ricerche effettivamente ancora in corso da parte delle autorità penali per far luce sugli atti penalmente rilevanti.

145. Con i suoi tre quesiti il giudice del rinvio chiede se tale approccio sia compatibile con le prescrizioni dell'art. 5, n. 3, lett. e), della direttiva 2001/29.

54 — V., supra, paragrafo 38.

146. Prima di rispondere ai tre quesiti vorrei anzitutto soffermarmi sulla tecnica normativa alla base dell'art. 5, n. 3, della direttiva e conseguentemente anche della sua lett. d).

Sulla tecnica normativa alla base dell'art. 5, n. 3, della direttiva 2001/29

147. L'art. 5 della direttiva 2001/29 prevede una serie di limiti per il diritto d'autore. Come risulta dal trentaduesimo «considerando» della direttiva, detto elenco è esaustivo in quanto dovrebbe essere raggiunto un livello minimo di armonizzazione relativamente ai limiti ammissibili. Le nozioni contenute nell'art. 5, n. 3, della direttiva costituiscono pertanto nozioni autonome di diritto dell'Unione.

148. L'art. 5, n. 3, della direttiva prevede una serie di limiti facoltativi. Gli Stati membri hanno la facoltà di disporre i limiti ivi menzionati, ma, in linea di principio, non sono tenuti a farlo. Se gli Stati membri possono decidere se disporre un limite menzionato nel n. 3, in ossequio al brocardo *qui potest majus, potest et minus*, di massima, possono anche decidere come configurare un siffatto limite. Al riguardo essi devono però rispettare certi requisiti. In primis, è pur vero che taluni poteri di limitazione rimettono alla discrezionalità degli Stati membri la scelta se prevedere

un limite, tuttavia prevedono determinati requisiti minimi nel caso di esercizio di detti poteri da parte degli Stati membri. Inoltre, gli Stati membri devono in ogni caso rispettare i requisiti del test in tre fasi di cui all'art. 5, n. 5, della direttiva. Dunque essi possono applicare i limiti esclusivamente in determinati casi speciali (*prima fase*), che non siano in contrasto con lo sfruttamento normale dell'opera (*seconda fase*) e non arrechino ingiustificato pregiudizio agli interessi legittimi del titolare (*terza fase*) [55]. I requisiti possono inoltre dedursi anche da altre norme di diritto dell'Unione. Infine, emerge dal trentaduesimo «considerando» della direttiva che gli Stati membri devono esercitare il loro potere discrezionale in modo coerente.

149. L'art. 5, n. 3, della direttiva prevede pertanto un quadro giuridico che lo Stato membro deve rispettare. Resta però nel potere discrezionale dello Stato il modo in cui detto limite venga configurato all'interno del quadro stabilito.

150. Ai fini dell'applicazione dell'art. 5, n. 3, lett. e), della direttiva 2001/29 ciò vuol dire che uno Stato membro è di certo vincolato dall'art. 5, n. 3, lett. e), della direttiva in quanto sono in esso stabiliti i limiti di ciò che esso può considerare un caso di pubblica sicurezza che può giustificare un'eccezione o una limitazione del diritto d'autore. All'interno di detti limiti lo Stato membro può tuttavia, in linea di principio, stabilire discrezionalmente in quali casi ritenga giustificata un'eccezione o una limitazione del diritto d'autore.

Sulla lett. a) della terza questione

151. Tenendo conto dell'esposta tecnica normativa dell'art. 5, n. 3, lett. e), della direttiva 2001/29, la lett. a) della terza questione deve essere intesa nel senso che il giudice del rinvio chiede se un giudice di uno Stato membro, nell'interpretare le pertinenti disposizioni nazionali, ecceda i limiti stabiliti dall'art. 5, n. 3, lett. e), della direttiva qualora constati che, in un caso come quello in esame, la sussistenza di un appello attuale ed esplicito delle autorità di sicurezza non costituisca un presupposto per la pubblicazione non autorizzata di fotografie protette dal diritto d'autore.

152. Il caso in esame presenta la particolarità che in passato si è proceduto a ricerche collegate al sequestro di Natascha K., avvenuto nel 1998, e che pertanto le fotografie controverse

55 — Sul test in tre fasi, v. paragrafo 134 delle mie conclusioni presentate il 12 febbraio 2009 nella causa Infopaq International (cit. alla nota 47).

erano a disposizione delle autorità di sicurezza ai fini della pubblicazione. Dopo la fuga di Natascha K. dal suo sequestratore, avvenuta nel 2006, non c'è stato però alcun attuale ed esplicito avviso di ricerca.

153. Va sottolineato anzitutto che, in base al tenore letterale dell'art. 5, n. 3, lett. e), della direttiva, è decisivo che l'eccezione o la limitazione del diritto di riproduzione abbia luogo per fini di pubblica sicurezza. È dunque un criterio rilevante il fatto che la riproduzione sia oggettivamente idonea al perseguimento dei fini di pubblica sicurezza [56].

154. Va altresì ribadito che, tramite un avviso di ricerca, volto al ritrovamento della persona sequestrata ovvero anche del/dei suo/i sequestratore/i, viene perseguito un fine di pubblica sicurezza ai sensi dell'art. 5, n. 3, lett. e), della direttiva 2001/29.

155. Va aggiunto che uno Stato membro non eccede i limiti stabiliti dall'art. 5, n. 3, lett. e), della direttiva se, anche in caso di avviso di ricerca effettuato molto tempo prima, continui a considerare pregiudicata la pubblica sicurezza. Non si può infatti escludere che una persona ricercata venga ritrovata solo anni dopo l'avviso di ricerca.

156. Tuttavia, nonostante il fatto che un'autorità nazionale di sicurezza abbia fatto nel passato un avviso di ricerca e in detto frangente abbia pubblicato delle immagini, non può più essere ammessa un'oggettiva idoneità al perseguimento di un fine di pubblica sicurezza, nel caso in cui tale avviso abbia già esaurito la sua funzione. Il giudice del rinvio dovrà pertanto esaminare quali scopi siano stati perseguiti con l'originario avviso e se detti scopi non si fossero già conseguiti con la fuga di Natascha K. e il suicidio immediatamente susseguente del suo sequestratore.

157. Se il giudice del rinvio dovesse pervenire alla conclusione che con le ricerche siano stati perseguiti anche scopi ulteriori che non erano stati conseguiti, come ad esempio la ricerca di un potenziale complice [57], dovrà altresì accertare se la pubblicazione delle fotografie controverse nei giornali e nella rivista fosse oggettivamente idonea a contribuire a detto ulteriore scopo delle ricerche. Sebbene non sia escluso che anche gli articoli sui giornali, nei quali non si facciano di per sé avvisi

56 — Occorre così stabilire, a prescindere dal caso in esame, che la nozione di sicurezza pubblica di cui all'art. 5, n. 3, lett. e), della direttiva 2001/29 non comprende solo l'ipotesi degli avvisi di ricerca.

57 — Le convenute nella causa principale invocano tale circostanza.

di ricerca, siano oggettivamente idonei a contribuire ad una ricerca condotta dalle autorità pubbliche di sicurezza, è tuttavia necessario che nell'articolo venga fatto quantomeno un riferimento ad una ricerca ancora in corso. La pubblicazione delle immagini deve inoltre essere idonea a favorire il perseguimento di tale ulteriore scopo delle ricerche. Il giudice del rinvio dovrebbe pertanto, in detta ipotesi, accertare se la pubblicazione di fotografie di otto anni prima, nonché di un identikit della sequestrata, possa essere oggettivamente idonea all'individuazione di un potenziale complice che non era stato individuato otto anni prima con l'impiego delle medesime fotografie.

158. Se il giudice del rinvio, applicando il summenzionato parametro, dovesse concludere che le condizioni stabilite dall'art. 5, n. 3, lett. e), della direttiva sono soddisfatte, dovrebbe inoltre accertare se siano osservati anche i requisiti del test in tre fasi. Nel caso di specie si dovrà, in particolare, esaminare se anche la terza fase del test venga rispettata, se dunque non si arrechi ingiustificato pregiudizio agli interessi legittimi del titolare. Ciò viene particolarmente in considerazione qualora la riproduzione delle fotografie controverse serva anzitutto all'illustrazione di un articolo su Natascha K. e si trovi in secondo piano, in relazione a detto fine, una collaborazione ad un avviso di ricerca compiuto dalle autorità pubbliche di sicurezza.

Sulla lett. b) della terza questione

159. Con la terza questione, lett. b), il giudice del rinvio chiede se i mass media possano decidere motu proprio che una pubblicazione di ritratti abbia luogo per fini di pubblica sicurezza, ossia se i mass media possano invocare direttamente l'art. 5, n. 3, lett. e), della direttiva 2001/29 «al di sopra della testa delle competenti autorità di sicurezza».

160. La risposta deve essere negativa.

161. Come suesposto [58], l'art. 5, n. 3, lett. e), della direttiva prevede che gli Stati membri *hanno la facoltà di* disporre eccezioni o limitazioni del diritto d'autore per fini di pubblica sicurezza. Pertanto uno Stato membro non è obbligato ai sensi di detta disposizione ad introdurre un siffatto limite. Laddove decida di introdurlo, può configurarlo nell'ambito dei limiti stabiliti dal diritto dell'Unione. La scelta dei casi contemplati dall'art. 5, n. 3, lett. e), della direttiva in cui sia giustificata una limitazione del diritto d'autore, resta dunque, in linea di principio, nella discrezionalità dello Stato membro.

58 — V., supra, paragrafi 148-150.

162. I mass media non possono allora invocare direttamente l'art. 5, n. 3, lett. e), della direttiva al fine di giustificare la riproduzione di fotografie protette dal diritto d'autore, per il solo fatto che tale disposizione non è al riguardo sufficientemente incondizionata e precisa.

Sulla lett. c) della terza questione

165. Non occorre rispondere alla terza questione, lett. c), in quanto essa è sollevata esclusivamente per il caso in cui la terza questione, lett. b), venga risolta affermativamente.

163. Nella misura in cui le convenute nella causa principale invocano a tal riguardo la libertà di stampa in quanto la loro possibilità di cronaca sarebbe limitata, l'argomento è infondato. L'art. 5, n. 3, lett. e), della direttiva attribuisce agli Stati membri il potere di tutelare la pubblica sicurezza. Esso non ha dunque ad oggetto il bilanciamento tra la tutela della proprietà intellettuale e la libertà di stampa. Detto bilanciamento viene espresso piuttosto specificamente nell'art. 5, n. 3, lett. c) (libertà di stampa), e d) (libertà di citazione), della direttiva 2001/29 e deve essere pertanto preso in considerazione nell'interpretazione di tali norme.

Sulla seconda questione pregiudiziale

166. La seconda questione sollevata dal giudice del rinvio riguarda l'art. 5, n. 3, lett. d), della direttiva 2001/29. Ai termini di detta disposizione, gli Stati membri hanno la facoltà di disporre eccezioni o limitazioni al diritto di riproduzione quando si tratti di citazioni, per esempio a fini di critica o di rassegna, sempreché siano relative ad un'opera già messa legalmente a disposizione del pubblico. Ulteriori condizioni sono che si indichi, salvo in caso di impossibilità, la fonte, incluso il nome dell'autore, nonché che le citazioni siano fatte conformemente ai buoni usi e si limitino a quanto giustificato dallo scopo specifico.

164. Va dunque deciso in conclusione che i mass media non possono invocare direttamente l'art. 5, n. 3, lett. e), della direttiva 2001/29 al fine di giustificare la riproduzione di fotografie protette dal diritto d'autore.

167. Il giudice del rinvio chiede, in primo luogo, se tale norma possa applicarsi anche qualora il resoconto giornalistico che citi un'opera non dovesse essere un'opera del linguaggio protetta dal diritto d'autore.

In secondo luogo, si pone la questione se la norma possa applicarsi anche qualora l'opera citata sia corredata dal nome dell'autore o dell'interprete o esecutore.

Argomenti delle parti

168. Le convenute nella causa principale ritengono irricevibile la seconda questione, lett. a), per mancanza di rilevanza in quanto il giudice del rinvio non avrebbe stabilito se gli articoli siano o meno protetti dal diritto d'autore.

169. Nella sostanza la ricorrente nella causa principale e il governo italiano sostengono che osterebbe all'applicazione dell'art. 5, n. 3, lett. d), della direttiva 2001/29 il fatto che il resoconto giornalistico che cita un'opera non sia di per sé un'opera del linguaggio protetta dal diritto d'autore. Ad avviso del governo italiano, deporrebbe a favore di detta interpretazione il tenore letterale della disposizione. Il governo italiano e la ricorrente invocano inoltre gli obiettivi di un alto livello di protezione per i diritti d'autore e di un adeguato compenso per l'autore.

170. Per contro le convenute nella causa principale, il governo austriaco e la Commissione non ritengono una condizione per l'applicazione dell'art. 5, n. 3, lett. d), della direttiva il fatto che il resoconto giornalistico in cui figura la citazione sia di per sé un'opera del linguaggio protetta dal diritto d'autore, in quanto il diritto di citazione potrebbe essere giustificato anche in tal caso. La Commissione fa riferimento, a tal proposito, al tenore letterale della disposizione e alla circostanza che le eccezioni indicate nell'art. 5 della direttiva 2001/29 sarebbero esaustive. Inoltre dovrebbe crearsi un giusto equilibrio tra la tutela della proprietà intellettuale e l'interesse pubblico ad un libero utilizzo dell'opera nell'ambito di una citazione.

171. In subordine, le convenute nella causa principale e il governo spagnolo sostengono che anche un breve resoconto giornalistico potrebbe essere protetto dal diritto d'autore.

172. In relazione alla seconda questione, lett. b), la ricorrente nella causa principale, i governi austriaco, italiano e spagnolo, nonché la Commissione rilevano che l'art. 5, n. 3, lett. d), della direttiva non troverebbe applicazione qualora l'opera citata o gli altri materiali protetti non siano corredati del nome corretto dell'autore, salvo in caso di impossibilità. Il governo austriaco sottolinea il chiaro tenore letterale della disposizione.

173. Secondo le convenute nella causa principale, detta questione risulta irricevibile per il solo fatto che la soluzione deriva dal tenore della disposizione. Nella sostanza affermano che l'art. 5, n. 3, lett. d), della direttiva troverebbe applicazione anche qualora l'opera citata o gli altri materiali protetti non siano stati corredati dal nome dell'autore o dell'interprete o esecutore. D'altronde non sarebbe stato loro neanche possibile, in base al normale ordine delle cose, apprendere il nome o le indicazioni d'autore della ricorrente nella causa principale. L'agenzia, dalla quale avrebbero ricevuto le fotografie controverse, le avrebbe ottenute, infatti, per fini di ricerche o nelle conferenze stampa già prima dalla polizia senza alcuna indicazione.

174. La ricorrente nella causa principale e il governo italiano sostengono invece che la diffusione delle immagini controverse da parte di un'agenzia di stampa non avrebbe esonerato le convenute nella causa principale dall'obbligo di menzionare l'autore legittimo.

175. *Inoltre* le parti discutono anche delle altre condizioni di cui all'art. 5, n. 3, lett. d), della direttiva. La ricorrente nella causa principale, i governi austriaco e spagnolo, nonché la Commissione fanno notare che tale disposizione si applicherebbe solo qualora le fotografie siano state impiegate come citazione, vale a dire che sarebbe loro attribuita una funzione documentativa. Non sarebbe perciò sufficiente che siano state impiegate unicamente per attirare l'attenzione del lettore sulla cronaca.

176. Ad avviso del governo austriaco e della Commissione, ai sensi dell'art. 5, n. 3, lett. d), della direttiva, sarebbe ammissibile anche la citazione di immagini intere qualora ciò sia imprescindibile ai fini della citazione. In tal caso si attribuirebbe però una particolare rilevanza al test in tre fasi previsto dall'art. 5, n. 3, lett. d), della direttiva. Il governo italiano e la Commissione dubitano che le condizioni del test in tre fasi, in particolare la seconda e la terza fase, siano soddisfatte nella causa principale.

177. Le convenute nella causa principale affermano invece che anche le altre condizioni previste dall'art. 5, n. 3, lett. d), sarebbero soddisfatte. In particolare, la pubblicazione avrebbe avuto luogo nell'ambito dei buoni usi, poiché essi avrebbero ricevuto le fotografie pubblicate da terzi non sospetti. Inoltre dovrebbe essere preso in considerazione il diritto alla libera espressione del pensiero.

Valutazione giuridica

178. Come emerge dall'ordinanza di rinvio, anche la seconda questione pregiudiziale deve essere considerata nel contesto delle tesi giuridiche sostenute dall'OGH nella sua

decisione nel procedimento cautelare [59]. In essa l'OGH ha affermato che, ai sensi delle disposizioni di diritto nazionale, sarebbe possibile un libero utilizzo quando si tratti di citazioni in giornali e riviste, ma la citazione di immagini intere sarebbe ammissibile solo qualora essa sia imprescindibile ai fini della citazione ed il valore economico della fotografia non sia sminuito in modo sensibile.

Sulla seconda questione, lett. a)

179. Con la sua seconda questione, lett. a), il giudice del rinvio chiede se l'art. 5, n. 3, lett. d), della direttiva 2001/29 sia applicabile nel caso in cui l'articolo in cui si trova la citazione non goda di per sé di alcuna tutela del diritto d'autore.

180. Tale questione è rilevante. Contrariamente all'opinione delle convenute nella causa principale non è necessario che il giudice del rinvio esamini anzitutto se gli articoli siano protetti dal diritto d'autore. Le domande di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE non sono, infatti, strutturate in forma sussidiaria tale da implicare che un giudice nazionale debba chiarire tutte le altre questioni controverse prima che sia presentata alla Corte una questione sull'interpretazione del diritto dell'Unione.

181. Va sottolineato altresì a tal proposito anzitutto che la possibilità di disporre limiti contemplata dall'art. 5, n. 3, lett. d), della direttiva 2001/29 è facoltativa per gli Stati membri ed essi conservano pertanto, in linea di principio, un potere discrezionale rispetto alla questione se disporre tali limiti nel diritto nazionale e come configurarli nell'ambito stabilito dal diritto dell'Unione, tenendo conto tuttavia delle riserve menzionate nel paragrafo 148 delle presenti conclusioni.

182. In tale contesto la questione sollevata dal giudice del rinvio va intesa nel senso che sia chiesto se uno Stato membro non rispetti il quadro di diritto dell'Unione stabilito in base a detta disposizione qualora esso non stabilisca come condizione del diritto di citazione il fatto che l'articolo in cui figura la citazione sia di per sé protetto dal diritto d'autore.

183. La risposta deve essere negativa.

184. In primo luogo, il tenore dell'art. 5, n. 3, lett. d), della direttiva non prevede una siffatta condizione restrittiva.

59 — V., supra, paragrafo 38.

185. In secondo luogo, non risulta dalla direttiva alcun ulteriore elemento che suggerirebbe l'esistenza di una condizione di tal genere. Dalla relazione sistematica con le ulteriori possibilità di disporre limiti previste dall'art. 5, n. 3, della direttiva emerge piuttosto che, alla base di tali possibilità, non c'è l'idea di fondo che la restrizione al diritto d'autore su un'opera possa essere riconosciuta solo a vantaggio di un'altra opera.

186. In terzo luogo, neppure lo scopo di detta norma mi sembra deporre per una siffatta interpretazione. La possibilità di disporre limiti ai sensi dell'art. 5, n. 3, lett. d), della direttiva deve essere considerata nel contesto dell'interesse ad una libera disputa intellettuale. Essa serve dunque in particolare all'affermazione della libertà di espressione e di stampa. Le espressioni di per sé tutelate dal diritto d'autore possono però certamente essere incluse dall'ambito di protezione di tali diritti fondamentali.

187. In quarto luogo, del pari non si evince dalla Convenzione di Berna riveduta, cui è riconducibile idealmente la possibilità di disporre limiti prevista dall'art. 5, n. 3, lett. d), della direttiva [60] e alla luce della quale deve essere pertanto interpretata, alcun elemento a favore di una siffatta interpretazione restrittiva.

60 — V. art. 10, n. 1, della Convenzione di Berna riveduta.

188. In quinto luogo, il test in tre fasi di cui all'art. 5, n. 5, della direttiva 2001/29 non impone che vengano privilegiate le citazioni contenute in opere protette. Al riguardo può farsi riferimento anzitutto ai predetti argomenti. Non sembra inoltre che la normale utilizzazione di una fotografia protetta dal diritto d'autore venga pregiudicata più gravemente da citazioni in opere non protette dal diritto d'autore che da quelle presenti in opere letterarie protette dal diritto d'autore.

189. Pertanto, in conclusione, si deve constatare che l'art. 5, n. 3, lett. d), della direttiva 2001/29 non presuppone in modo vincolante il fatto che l'articolo, in cui si trova la citazione ai sensi di detta disposizione, sia di per sé protetto dal diritto d'autore.

190. Poiché l'art. 5, n. 3, lett. d), della direttiva è applicabile facoltativamente per gli Stati membri, questi ultimi possono, in linea di principio, configurare il diritto di citazione secondo la normativa nazionale in modo più restrittivo rispetto ai limiti stabiliti nell'ambito del diritto dell'Unione. Al riguardo devono però essere presi in considerazione ulteriori principi di diritto dell'Unione tra cui, in particolare, la libertà di espressione e di stampa.

Sulla seconda questione, lett. b)

191. Con la sua seconda questione, lett. b), il giudice del rinvio chiede se l'eccezione prevista dall'art. 5, n. 3, lett. d), della direttiva possa applicarsi qualora l'autrice della fotografia pubblicata non sia stata citata negli articoli. Anche tale questione va intesa nel senso che il giudice chieda se uno Stato membro non rispetti il quadro fissato dall'art. 5, n. 3, lett. d), della direttiva qualora, in base alla normativa nazionale, possa aver luogo una citazione anche senza indicazione del nome dell'autore dell'opera citata.

192. A differenza di quanto ritengono le convenute nella causa principale, la questione è ricevibile. Ai sensi dell'art. 104, n. 3, secondo comma, del regolamento di procedura, le questioni pregiudiziali, anche qualora la loro soluzione non dia adito a ragionevoli dubbi, non sono irricevibili, ma si può statuire su di esse con ordinanza.

193. Detta questione presenta sostanzialmente due aspetti. Dato che il nome dell'autore, in base all'art. 5, n. 3, lett. d), della direttiva, deve essere citato salvo in caso di impossibilità, si pone anzitutto il quesito relativo al momento in cui debba ammettersi un'impossibilità ai sensi di detta norma (i). Inoltre si pone il quesito relativo a quali effetti giuridici uno Stato membro debba disporre nel caso in cui l'indicazione non fosse impossibile e ciò nonostante non sia stato indicato il nome dell'autore (ii).

Sull'impossibilità dell'indicazione

194. L'art. 5, n. 3, lett. d), della direttiva 2001/29 non precisa quando sia impossibile l'indicazione della fonte e dell'autore.

195. Da un lato, secondo il tenore letterale di detta norma, rileva la sussistenza di un'impossibilità. Non è pertanto ancora sufficiente l'inesigibilità. Ciò depone a favore di un parametro alquanto rigoroso, come pure del resto gli obiettivi di un alto livello di protezione e di un adeguato compenso sottesi alla direttiva 2001/29 [61]. Si evince inoltre dall'espressione «erweisen» contenuta nella versione tedesca di tale articolo [62] che deve attendersi almeno una certa diligenza dal soggetto che compie la citazione nel reperire la fonte e il nome dell'autore.

61 — V. i «considerando» quarto, nono e decimo della direttiva 2001/29.

62 — In inglese «turns out to be», in francese «s'avère», in olandese «blijkt», in portoghese «se revele», in slovacco «se ... izkaže», in spagnolo «resulte», versioni più precise di quella italiana: «in caso di».

196. Dall'altro lato, va considerato che il diritto di citazione è funzionale alla realizzazione della libertà di pensiero e di stampa. Non possono dunque essere fissati requisiti di impossibilità così rigorosi che il diritto di citazione non trovi praticamente più applicazione nel caso di un autore non individuabile.

197. La valutazione se l'indicazione dell'autore fosse impossibile ai sensi dell'art. 5, n. 3, lett. d), della direttiva deve effettuarsi inoltre tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto.

198. Il giudice del rinvio dovrà dunque prendere in particolare considerazione, nel caso in esame, il fatto che le fotografie controverse siano state impiegate nell'ambito di un avviso di ricerca. In un caso del genere il soggetto che compie la citazione non può senz'altro fare affidamento sul fatto che colui che abbia il possesso effettivo di una fotografia sia anche titolare dei diritti su di essa. In un caso siffatto si dovrà altresì pretendere dal soggetto che compie la citazione di procedere ad indagini laddove il nome dell'autore non risulti dalla fotografia. Il nome dell'autore infatti non sarà normalmente impresso sulla foto segnaletica.

199. Inoltre, depone a favore della fissazione di requisiti rigorosi per gli obblighi delle convenute nella causa principale anche il test in tre fasi di cui all'art. 5, n. 5, della direttiva. La sua seconda e terza fase richiedono che le eccezioni e limitazioni non siano in contrasto con il normale sfruttamento dell'opera e non arrechino ingiustificato pregiudizio agli interessi legittimi del titolare. Il caso in esame presenta la particolarità che si è già inciso sul diritto d'autore della ricorrente nella causa principale attraverso le misure dispositive delle ricerche, misure adottate per fini di pubblica sicurezza, e che dette misure hanno già portato alla riproduzione delle fotografie controverse senza il consenso della ricorrente e senza che ella venisse indicata come autrice delle immagini. Affinché in un caso del genere il diritto d'autore non venga completamente svuotato è ammissibile solo in casi eccezionali che il soggetto che compie la citazione senza svolgere le relative indagini possa invocare il fatto che l'indicazione dell'autore era impossibile.

200. Senza voler anticipare la valutazione che il giudice del rinvio dovrà effettuare nel caso concreto, mi sembra alquanto evidente, sulla base degli elementi di fatto derivanti dall'ordinanza di rinvio, che l'indicazione non sia stata impossibile per le convenute nella causa principale.

Sugli effetti giuridici in caso di insussistenza dell'impossibilità

201. Se il giudice del rinvio dovesse pervenire alla conclusione che l'indicazione del nome dell'autrice non sia stata impossibile, si porrebbe l'ulteriore questione relativa a quali

effetti giuridici uno Stato membro debba disporre in tal caso. Sul punto viene in considerazione una tesi secondo cui la pubblicazione senza consenso dell'autore in detta ipotesi sia illecita. D'altro canto si ritiene che la pubblicazione in detta ipotesi resti lecita ma che l'autore abbia diritto di ottenere la menzione del suo nome.

202. A me sembra compatibile con l'art. 5, n. 3, lett. d), della direttiva 2001/29 solo la tesi secondo cui la citazione senza menzione del nome dell'autore e senza il suo consenso costituisce una pubblicazione illecita.

203. A favore di ciò depone, in primo luogo, il tenore letterale dell'art. 5, n. 3, lett. d), della direttiva 2001/29. Esso stabilisce infatti che uno Stato membro può prevedere un diritto di citazione solo nel caso in cui si indichi la fonte, incluso il nome dell'autore. Ciò suggerisce che si tratta di una condizione che deve essere necessariamente rispettata dallo Stato membro nell'esercitare il potere previsto dall'art. 5, n. 3, lett. d), della direttiva.

204. Tale interpretazione è confermata, in secondo luogo, dal fatto che detta condizione viene applicata in combinazione con le altre condizioni stabilite dalla disposizione in esame, le quali a loro volta devono essere necessariamente rispettate. A tal proposito si tratta delle condizioni secondo le quali le citazioni devono essere fatte conformemente ai buoni usi e limitarsi a quanto giustificato dallo scopo specifico.

205. Milita a favore di detta conclusione, in terzo luogo, anche la ratio perseguita con tale condizione. In linea di principio, un autore ha la facoltà di decidere sull'utilizzo della sua opera. Vero è che l'art. 5, n. 3, lett. d), della direttiva consente ad uno Stato membro di limitare i diritti dell'autore nell'interesse della libertà di pensiero e di stampa, tuttavia deve essere mantenuto un livello minimo di controllo dell'autore attraverso l'obbligo di menzionare la fonte e il suo nome. In tal modo l'autore deve poter controllare, inter alia, se l'utilizzo della sua opera non esorbiti da quello proprio di una citazione lecita. La tesi, secondo la quale una riproduzione sarebbe lecita anche senza menzione del nome dell'autore e residuerebbe un mero diritto di ottenere la menzione del nome, porterebbe con sé il pericolo che l'autore non possa efficacemente esercitare tale controllo. Ove non venga menzionato, egli rischia, infatti, in molti casi di non sapere nulla dell'utilizzo della sua opera.

206. I predetti argomenti depongono a favore del fatto che l'indicazione del nome debba essere considerata una condizione vincolante rispetto alla possibilità di disporre limiti ai sensi dell'art. 5, n. 3, lett. d), della direttiva. Il mancato rispetto di tale condizione ha così per effetto che una riproduzione non

possa essere giustificata sulla base di detta disposizione [63].

Conclusione

207. In conclusione si deve ritenere che non venga rispettato il quadro fissato dall'art. 5, n. 3, lett. d), della direttiva per le citazioni senza preventivo consenso qualora il nome dell'autrice di una fotografia non sia stato indicato, sebbene ciò non sia risultato impossibile. Un'indicazione non può risultare impossibile se il soggetto che compie la citazione non ha adottato tutte le misure finalizzate all'individuazione dell'autore che appaiono adeguate tenuto conto delle circostanze del caso concreto.

Osservazioni aggiuntive

208. La seconda questione pregiudiziale riguarda esclusivamente due aspetti significativi nell'ambito dell'art. 5, n. 3, lett. d), della direttiva. Poiché la Corte, nel procedimento pregiudiziale, può fornire al giudice del rinvio tutte le indicazioni che appaiano utili ai fini della soluzione della causa principale [64], vorrei approfondire, oltre ai due aspetti sollevati dal giudice, tre ulteriori aspetti concernenti i contorni del contesto di diritto dell'Unione fissato dall'art. 5, n. 3, lett. d), e dall'art. 5, n. 5, della direttiva. Ciò riguarda anzitutto la questione delle circostanze in presenza delle quali si possa parlare di una citazione ai sensi dell'art. 5, n. 3, lett. d), della direttiva (i). Si pone inoltre la questione se anche una citazione integrale costituisca una citazione ai sensi di tale disposizione (ii). Infine vorrei esaminare ancora la restrizione che subisce tale possibilità di disporre limiti attraverso la condizione che l'utilizzo debba essere conforme ai buoni usi, nonché il test in tre fasi previsto dall'art. 5, n. 5, della direttiva (iii).

Citazione a fini di critica o di rassegna

209. L'art. 5, n. 3, lett. d), della direttiva 2001/29 prevede che gli Stati membri hanno la facoltà di disporre eccezioni e limitazioni quando si tratti di citazioni a fini di critica o di rassegna. È allora decisivo che tramite la

63 — In tal senso anche Götting, H.-P., in Löwenheim, U., *Handbuch des Urheberrechts*, Beck 2010, § 32 paragrafo 12.

64 — V., supra, paragrafo 117.

riproduzione venga perseguito uno scopo di citazione.

ammettersi alcun fine di citazione ai sensi dell'art. 5, n. 3, lett. d), della direttiva.

Citazione integrale

210. La nozione di «citazione» non viene definita dalla direttiva. In base all'uso corrente della lingua, è ab exstrinseco determinante, perché si possa parlare di una citazione, il fatto che un prodotto intellettuale altrui venga rappresentato senza modifiche in modo riconoscibile. Come chiariscono gli esempi menzionati nell'art. 5, n. 3, lett. d), della direttiva, in base ai quali la citazione deve aver luogo a fini di critica o di rassegna, ciò di per sé non è sufficiente. Deve piuttosto essere presente anche un rinvio al contenuto dell'opera citata nella forma di una descrizione, un commento o un giudizio. La citazione deve pertanto costituire una base di discussione.

212. Ci si chiede inoltre in che modo l'art. 5, n. 3, lett. d), della direttiva contempli anche le citazioni integrali. Secondo il suo significato corrente una citazione è, in linea di principio, solo un estratto parziale da un testo. Nel caso di fotografie non mi sembra tuttavia escluso che anche una citazione integrale possa costituire una citazione ai sensi di tale disposizione. In detto tipo di opere può essere infatti necessaria una rappresentazione completa al fine di creare il necessario rinvio al contenuto. Se, ai sensi dell'art. 5, n. 3, lett. d), della direttiva, potessero essere pubblicate solo parti di fotografie, allora ciò ridurrebbe in modo significativo l'ambito di applicazione di tale disposizione alle fotografie.

211. Spetta al giudice del rinvio stabilire se le convenute nella causa principale, con la pubblicazione delle immagini controverse, abbiano perseguito un siffatto scopo. Non si può tuttavia parlare di una citazione ai sensi dell'art. 5, n. 3, lett. d), della direttiva qualora manchi nei resoconti il necessario rinvio al contenuto. In particolare, qualora le fotografie controverse dovessero essere state usate esclusivamente come «strillo» per attirare l'attenzione dei lettori, senza essere discusse nel testo di accompagnamento, non può

213. Dato che in caso di citazione integrale si realizza una lesione non irrilevante del diritto d'autore, in tal caso si attribuisce invero un particolare rilievo alle ulteriori condizioni, come quella secondo cui la citazione deve essere fatta conformemente ai buoni usi, nonché l'esame del test in tre fasi di cui all'art. 5, n. 5, della direttiva.

Ulteriori condizioni

214. Il giudice del rinvio dovrà altresì esaminare nella causa principale se la pubblicazione delle fotografie controverse sia conforme all'uso normale e siano soddisfatte le condizioni del test in tre fasi di cui all'art. 5, n. 5, della direttiva 2001/29. A tal riguardo dovrà prendere in particolare considerazione se, per effetto della citazione integrale delle fotografie controverse nei giornali, nelle riviste e nei siti internet delle convenute nella causa principale, le possibilità di vendita delle stesse siano significativamente scemate e si sia pertanto arrecato ingiustificato pregiudizio agli interessi della ricorrente nella causa principale.

X — Conclusioni

215. Sulla base delle considerazioni che precedono, suggerisco alla Corte di risolvere le questioni pregiudiziali come segue:

1. La nozione di nesso stretto ai sensi dell'art. 6, punto 1, del regolamento (CE) del Consiglio 22 dicembre 2000, n. 44/2001, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale deve essere interpretata nel senso che essa presuppone una situazione di fatto unitaria e una connessione giuridica sufficiente tra il ricorso proposto contro il convenuto domiciliato nella sede del giudice (ricorso di radicamento) e le altre azioni. Non può riscontrarsi una situazione di fatto unitaria qualora il comportamento contestato al convenuto con ricorso di radicamento e all'altro convenuto si configuri come un comportamento simultaneo non previamente concertato. Una sufficiente connessione giuridica può sussistere anche qualora trovi applicazione ad entrambe le azioni una diversa normativa nazionale non pienamente armonizzata.

2. a) L'art. 5, n. 3, lett. d), della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 22 maggio 2001, 2001/29/CE, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto

d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione deve essere interpretato nel senso che uno Stato membro ha la facoltà di permettere la citazione di un'opera anche senza il consenso dell'autore qualora il resoconto giornalistico in cui figuri la citazione non sia protetto dal diritto d'autore.

b) Detta disposizione presuppone inoltre necessariamente che il soggetto che compie la citazione debba indicare il nome dell'autore di una fotografia protetta dal diritto d'autore, nella misura in cui ciò non risulti impossibile. Un'indicazione non può risultare impossibile se il soggetto che compie la citazione non ha adottato tutte le misure finalizzate all'individuazione dell'autore che appaiono adeguate tenuto conto delle circostanze del caso concreto.

3 a) L'art. 5, n. 3, lett. e), della direttiva 2001/29 deve essere interpretato nel senso che uno Stato membro, in caso di avviso di ricerca, con il quale venga perseguito uno scopo di pubblica sicurezza ai sensi di detta disposizione, può permettere la riproduzione attraverso i mass media di fotografie protette dal diritto d'autore anche senza il consenso dell'autore, nella misura in cui gli scopi perseguiti con le ricerche non siano stati conseguiti e la riproduzione sia oggettivamente idonea al raggiungimento di tali scopi.

b) I mass media non possono invocare direttamente tale disposizione al fine di giustificare una riproduzione senza il consenso dell'autore.

4. Ai sensi dell'art. 6 della direttiva del Consiglio 29 ottobre 1993, 93/98/CEE, concernente l'armonizzazione della durata di protezione del diritto d'autore e di alcuni diritti connessi, ovvero della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 12 dicembre 2006, 2006/116/CE, concernente la durata di protezione del diritto d'autore e di alcuni diritti connessi, un ritratto fotografico gode della tutela del diritto d'autore qualora esso costituisca una creazione intellettuale originale del

fotografo, il che presuppone che il fotografo le abbia dato un tocco personale con l'utilizzo di possibilità creative esistenti.

La pubblicazione di un identikit realizzato sulla base di un ritratto fotografico protetto dal diritto d'autore costituisce una riproduzione ai sensi dell'art. 2, lett. a), della direttiva 2001/29 se gli elementi caratterizzanti della creazione intellettuale originale del modello siano incorporati anche nell'identikit.