Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
presentate l'8 dicembre 2016 [1]

Causa C-527/15

Stichting Brein
contro
Jack Frederik Wullems, che interviene con la denominazione commerciale Filmspeler

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Rechtbank Midden-Nederland (Tribunale di Midden-Nederland, Paesi Bassi)]

«Diritto d'autore e diritti connessi — Società dell'informazione — Nozione di "comunicazione al pubblico" — Diritto di riproduzione — Eccezioni e limiti»

1. Il diritto degli autori di consentire la comunicazione al pubblico delle loro opere, tutelato dall'articolo 3 della direttiva 2001/29/CE [2], può essere perturbato dai collegamenti o link che conducono da un sito web a un altro, se non si raggiunge il necessario equilibrio tra il rispetto della proprietà intellettuale e il libero sviluppo della società dell'informazione. In tale contesto, i collegamenti ipertestuali [3] rappresentano uno degli elementi essenziali di Internet, indispensabili per la navigazione attraverso le pagine o i siti web, ma possono anche facilitare la violazione dei diritti d'autore.

2. La Corte, che si era già pronunciata in varie occasioni sulla nozione di comunicazione al pubblico [4], ha recentemente reso una sentenza fondamentale [5] per precisare se configuri tale comunicazione, ai sensi della direttiva 2001/29, l'inserimento in una pagina web di un collegamento ipertestuale verso altre pagine o altri siti in cui vengono mostrati contenuti digitali [6] senza l'autorizzazione dei rispettivi titolari, ai quali l'utente accede semplicemente attivando detto collegamento.

3. La prima e la seconda questione pregiudiziale sollevate dal Rechtbank Midden-Nederland (Tribunale di Midden-Nederland, Paesi Bassi) nel presente procedimento pregiudiziale coincidono in parte con quelle che hanno dato luogo alla sentenza dell'8 settembre 2016 nella causa GS Media. Il giudice olandese, consapevole del fatto che tale causa era pendente dinanzi alla Corte, aveva valutato se sospendere il procedimento dinanzi a sé in attesa della definizione dell'altro. Tuttavia, esso ha deciso di rivolgersi alla Corte prima che fosse pronunciata la sentenza GS Media in quanto, secondo le sue

1 — Lingua originale: lo spagnolo.

2 — Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione (GU 2001, L 167, pag. 10).

3 — Le espressioni «collegamento ipertestuale» o «hyperlink» vengono utilizzate come sinonimi di «collegamento» e «link». Entrambi i termini si riferiscono, nei linguaggi di programmazione e dei documenti in formato elettronico, al collegamento che s'instaura fra segmenti di informazione diversi cosicché, all'attivazione, essi interconnettono nodi o blocchi di testo, immagini, audio o video.

4 — In particolare, sui link e la nozione di comunicazione al pubblico quando si tratti di opere consultabili su altri siti web, v. sentenza del 13 febbraio 2014, Svensson e a. (C-466/12, EU:C:2014:76). L'ordinanza del 21 ottobre 2014, BestWater International (C-348/13, EU:C:2014:2315), applica le considerazioni svolte in detta sentenza alla tecnica denominata framing, con cui gli utenti, cliccando sul link, vengono diretti verso il sito di un terzo in cui compare l'opera, il che crea l'impressione che quest'ultima appartenga ai contenuti di tale sito.

5 — Sentenza dell'8 settembre 2016, GS Media (C-160/15, EU:C:2016:644; in prosieguo: la «sentenza GS Media»).

6 — Sebbene i testi normativi vigenti in materia utilizzino il termine «opere», impiegherò altresì, indistintamente, l'espressione «contenuti digitali», riferendomi con l'uno e l'altra, in tale contesto, all'oggetto della tutela del diritto d'autore.

stesse parole[7], fra i due procedimenti sussistono alcune differenze, la principale consistente nella circostanza che, «nella fattispecie in esame, non vengono inseriti collegamenti ipertestuali su un sito web proprio, bensì vengono installate componenti aggiuntive contenenti collegamenti ipertestuali nel lettore multimediale del sig. Wullems (…)».

4. Se, come da me sostenuto, la sentenza GS Media fosse trasponibile alla presente causa, sarebbe sufficiente applicare tale giurisprudenza ed esaminare quindi se ricorra una comunicazione al pubblico anche nel caso in cui venga commercializzato un lettore multimediale contenente una modalità di software (che presenta estensioni o add-ons) mediante la quale l'utilizzatore finale viene ridiretto verso siti web che diffondono contenuti digitali senza il consenso del titolare del diritto d'autore.

5. Il giudice a quo ha inoltre espresso ulteriori dubbi (terza e quarta questione) che riguardano non tanto il mezzo tecnico o il dispositivo di riproduzione, quanto la tutela del diritto d'autore – e la correlata illegittimità del comportamento opposto – nel momento in cui l'utilizzatore finale riceve, in modalità di flusso continuo (streaming)[8] e senza l'autorizzazione del titolare del diritto d'autore, contenuti digitali protetti, ai quali egli accede attraverso collegamenti ipertestuali.

I – **Ambito normativo** Direttiva 2001/29

6. Il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di proprietà intellettuale è stato realizzato principalmente attraverso la direttiva 93/98/CEE[9], successivamente modificata e abrogata dalla direttiva 2006/116/CE[10], che codifica le versioni precedenti. Una di tali modifiche era intesa a disciplinare la tutela del diritto d'autore e dei diritti connessi nella cosiddetta società dell'informazione mediante la direttiva 2001/29.

7. Il considerando 23 enuncia quanto segue:

«La presente direttiva dovrebbe armonizzare ulteriormente il diritto d'autore applicabile alla comunicazione di opere al pubblico. Tale diritto deve essere inteso in senso lato in quanto concernente tutte le comunicazioni al pubblico non presente nel luogo in cui esse hanno origine. Detto diritto dovrebbe comprendere qualsiasi trasmissione o ritrasmissione di un'opera al pubblico, su filo o senza filo, inclusa la radiodiffusione, e non altri atti».

8. Il considerando 27 è del seguente tenore:

«La mera fornitura di attrezzature fisiche atte a rendere possibile o ad effettuare una comunicazione non costituisce un atto di comunicazione ai sensi della presente direttiva».

9. Secondo il considerando 31:

«Deve essere garantito un giusto equilibrio tra i diritti e gli interessi delle varie categorie di titolari nonché tra quelli dei vari titolari e quelli degli utenti dei materiali protetti. Le eccezioni e limitazioni alla protezione esistenti nelle legislazioni degli Stati membri devono essere riesaminate alla luce del nuovo ambiente elettronico. (…)».

7 — Punto 6.14 dell'ordinanza di rinvio.

8 — La ricezione di contenuti digitali, generalmente audio o video, in flusso continuo o streaming (ossia senza registrarli o copiarli nelle memorie dei vari dispositivi, ma solo nel buffer di dati), è stata oggetto della sentenza del 7 marzo 2013, ITV Broadcasting e a. (C-607/11, EU:C:2013:147).

9 — Direttiva del Consiglio del 29 ottobre 1993, concernente l'armonizzazione della durata di protezione del diritto d'autore e di alcuni diritti connessi (GU 1993, L 290, pag. 9).

10 — Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, concernente la durata di protezione del diritto d'autore e di alcuni diritti connessi (GU 2006, L 372, pag. 12).

10. A termini del considerando 33:

«Si dovrebbe prevedere un'eccezione al diritto esclusivo di riproduzione per consentire taluni atti di riproduzione temporanea, che sono riproduzioni transitorie o accessorie, le quali formano parte integrante ed essenziale di un procedimento tecnologico e effettuate all'unico scopo di consentire la trasmissione efficace in rete tra terzi con l'intervento di un intermediario o l'utilizzo legittimo di un'opera o di altri materiali. Gli atti di riproduzione in questione non dovrebbero avere un proprio valore economico distinto. Per quanto siano soddisfatte queste condizioni, tale eccezione include atti che facilitano la navigazione in rete e la realizzazione di copie "cache", compresi gli atti che facilitano l'effettivo funzionamento dei sistemi di trasmissione, purché l'intermediario non modifichi le informazioni e non interferisca con l'uso lecito di tecnologia ampiamente riconosciuta e utilizzata nel settore per ottenere dati sull'impiego delle informazioni. L'utilizzo è da considerare legittimo se è autorizzato dal titolare del diritto o non è limitato dalla legge».

11. L'articolo 2, intitolato «Diritto di riproduzione», così dispone:

«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;

(…)».

12. Con il titolo «Diritto di comunicazione di opere al pubblico, compreso il diritto di mettere a disposizione del pubblico altri materiali protetti», l'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva prevede quanto segue:

«1. 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».

13. Nell'ambito della disciplina delle «Eccezioni e limitazioni» (titolo della disposizione) ai diritti di riproduzione, di comunicazione al pubblico e di distribuzione, l'articolo 5, paragrafi 1 e 5, così dispone:

«1. Sono esentati dal diritto di riproduzione di cui all'articolo 2 gli atti di riproduzione temporanea di cui all'articolo 2 privi di rilievo economico proprio che sono transitori o accessori, e parte integrante e essenziale di un procedimento tecnologico, eseguiti all'unico scopo di consentire:

a) la trasmissione in rete tra terzi con l'intervento di un intermediario o

b) un utilizzo legittimo

di un'opera o di altri materiali.

(…)

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».

II – **Fatti all'origine della controversia e questioni pregiudiziali**

14. La Stichting Brein è una fondazione che si occupa della tutela del diritto d'autore e dei diritti connessi. Tra i suoi fondatori vi sono associazioni di produttori e importatori di supporti audiovisivi, distributori e produttori cinematografici, produttori multimediali ed editori.

15. Il sig. Jack Frederik Wullems ha offerto al pubblico, attraverso vari siti web (tra cui il proprio, www.filmspeler.nl), diversi modelli [11] di un lettore multimediale con la denominazione commerciale «filmspeler». Tale dispositivo funge da intermediario tra una fonte di immagini e/o di segnali audio e uno schermo televisivo. Le differenze tra i modelli sono di carattere tecnico, ma il funzionamento è sostanzialmente identico: quando il lettore multimediale viene collegato, da una parte, ad Internet e, dall'altra, ad uno schermo (ad esempio, televisivo) dell'utente, quest'ultimo può riprodurre in streaming immagini e suoni provenienti da un portale o sito web.

16. L'hardware del lettore multimediale può essere acquistato presso diversi fornitori. Il sig. Wullems ha installato nei suoi dispositivi il software open source XBMC, che consente di aprire file in un'interfaccia grafica di facile utilizzo (user interface) tramite strutture di menu ed è liberamente utilizzabile. Egli ha inoltre installato estensioni (add-ons), vale a dire file di software separati creati da terzi e ottenibili gratuitamente su Internet, integrandoli nell'interfaccia utente del software XBMC.

17. Tali componenti aggiuntive contengono collegamenti ipertestuali verso siti web di streaming gestiti da terzi, sui quali si possono vedere gratuitamente film, serie e gare sportive (in diretta), con o senza l'autorizzazione degli aventi diritto. La riproduzione dei contenuti digitali si avvia automaticamente non appena viene attivato il corrispondente collegamento ipertestuale [12].

18. In quattordici di tali componenti aggiuntive [13], i collegamenti conducevano ad accedere a film, serie e gare sportive (in diretta) *senza* l'autorizzazione dei titolari del diritto di riproduzione. Altre, invece, rinviavano a siti web di streaming i cui contenuti digitali erano diffusi con l'autorizzazione degli aventi diritto [14].

19. Il sig. Wullems non condizionava né effettuava modifiche sulle componenti aggiuntive e l'utente poteva a sua volta installarle nel proprio lettore multimediale. Il sig. Wullems ha pubblicizzato i propri prodotti tanto sul suo sito (www.filmspeler.nl) quanto su altri siti di terzi utilizzando le seguenti formule promozionali:

«- Non pagare più per film, serie, sport, guardali direttamente senza pubblicità e tempi di attesa (nessun costo di abbonamento, plug & play) Netflix è ormai superata!

- Guardare gratuitamente film, serie, sport, senza dover pagare? Chi non lo vorrebbe?

- Mai più al cinema grazie al nostro software XBMC ottimizzato. Film e serie gratuiti in HD, compresi film da poco programmati al cinema, grazie a XBMC».

20. Il 22 maggio 2014 la Stichting Brein ha intimato al sig. Wullems di cessare la vendita dei lettori multimediali. Il 1º luglio 2014 lo ha citato in giudizio dinanzi al giudice del rinvio, al quale ha chiesto di ordinare la cessazione della vendita dei dispositivi e dell'offerta di collegamenti ipertestuali che fornivano agli utenti l'accesso illegittimo a opere tutelate dal diritto d'autore.

11 — Con le denominazioni Filmspeler X5 fully loaded, Filmspeler Compleet (Raspberry pi), Minix Neo X7, Filmspeler X90 fully loaded e Turbo Sd/usb configuratie.

12 — Si tratta di quelli che in gergo elettronico vengono definiti «collegamenti ipertestuali profondi» (deep hyperlinks), e non di semplici collegamenti alla homepage dei siti web di destinazione.

13 — Si tratta degli add-ons 1Channel, Glow movies HD, Go Movies, Icefilms, Mashup, Much Movies, Much Movies HD, Istream, Simply Movies, Simply Player, Yify Movies HD, Ororo.tv, Teledunet.com e Go TV.

14 — Quali Youtube, Sports illustrated, uitzending gemist, Music video box, Vimeo, ESPN 3, RTLXL, SkyFM e Soundcloud.

21. La fondazione ricorrente ha fatto valere, a sostegno della sua domanda, che il sig. Wullems, attraverso la vendita del lettore filmspeler, effettuava una «comunicazione al pubblico», in violazione degli articoli 1 e 12 della Auteurswet (legge olandese sul diritto d'autore), nonché degli articoli 2, 6, 7a e 8 della Wet op de Naburige Rechten (legge sui diritti connessi).

22. Secondo il Rechtbank Midden-Nederland (Tribunale di Midden-Nederland), le disposizioni di diritto nazionale fatte valere nel procedimento devono essere interpretate alla luce dell'articolo 3 della direttiva 2001/29, che è stato recepito nell'ordinamento olandese mediante dette disposizioni. Dal momento che le parti del procedimento principale dissentono sulla questione se la vendita del lettore multimediale del sig. Wullems sia diretta a un «pubblico nuovo» ai sensi della giurisprudenza della Corte, il giudice del rinvio ritiene che né la sentenza Svensson e a.[15] né l'ordinanza BestWater International[16] forniscano elementi sufficienti per dirimere tale controversia. A suo parere, sussisterebbe quindi un ragionevole dubbio sulla questione se si configuri una comunicazione al pubblico nel caso in cui l'opera sia già stata pubblicata, ma senza l'autorizzazione del titolare del diritto d'autore.

23. In secondo luogo, il giudice del rinvio deve tenere conto dell'argomento del sig. Wullems secondo cui l'ascolto e la visione in streaming da una fonte illecita di opere tutelate da diritto d'autore rientrerebbe nell'eccezione di cui all'articolo 13, lettera a), della legge olandese sul diritto d'autore. Poiché tale disposizione deve essere interpretata conformemente all'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2001/29, il giudice del rinvio osserva che la Corte non si è ancora pronunciata sul significato del requisito relativo all'«utilizzo legittimo» di cui all'articolo 5 di detta direttiva.

24. In tale contesto, il Rechtbank Midden-Nederland (Tribunale di Midden-Nederland) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se l'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29/CE sul diritto d'autore debba essere interpretato nel senso che si configura una "comunicazione al pubblico" ai sensi di tale disposizione quando una persona vende un prodotto (lettore multimediale) in cui essa stessa ha installato add-ons contenenti collegamenti ipertestuali verso siti web sui quali sono resi direttamente accessibili opere tutelate da diritto d'autore, come film, serie e trasmissioni in diretta, senza autorizzazione degli aventi diritto.

2) Se ai fini della risposta alla prima questione incida accertare:

— se le opere tutelate da diritto d'autore non sono mai state in precedenza pubblicate su Internet con il consenso degli aventi diritto, o sono state pubblicate esclusivamente mediante abbonamento;

— se gli add-ons contenenti collegamenti ipertestuali verso siti web sui quali sono rese direttamente accessibili opere tutelate da diritto d'autore senza autorizzazione degli aventi diritto sono liberamente disponibili e possono essere installati sul lettore multimediale anche dagli utilizzatori stessi;

— se i siti web e quindi le opere tutelate da diritto d'autore in essi rese accessibili – senza autorizzazione degli aventi diritto – possono essere consultati dal pubblico anche senza il lettore multimediale.

15 — Sentenza del 13 febbraio 2014 (C-466/12, EU:C:2014:76).

16 — Ordinanza del 21 ottobre 2014 (C-348/13, EU:C:2014:2315).

3) Se l'articolo 5 della direttiva (…) debba essere interpretato nel senso che si configura un "utilizzo legittimo", ai sensi del paragrafo 1, lettera b) di tale disposizione, allorché viene realizzata una riproduzione temporanea da parte di un utilizzatore finale mediante lo streaming di un'opera tutelata da diritto d'autore da un sito web di un terzo sul quale tale opera tutelata viene offerta senza autorizzazione dell'avente/degli aventi diritto.

4) In caso di risposta negativa alla terza questione, se la realizzazione di una riproduzione temporanea da parte di un utilizzatore finale mediante lo streaming di un'opera tutelata da diritto d'autore da un sito web di un terzo sul quale tale opera tutelata viene offerta senza autorizzazione dell'avente/degli aventi diritto sia contraria al "test a tre fasi", di cui all'articolo 5, paragrafo 5, della direttiva (…)».

III – **Procedimento dinanzi alla Corte e argomenti delle parti**

A – *Procedimento*

25. L'ordinanza di rinvio è pervenuta alla cancelleria della Corte il 5 ottobre 2015.

26. Le parti nel procedimento principale, i governi spagnolo, francese, italiano e portoghese nonché la Commissione europea hanno presentato osservazioni scritte entro il termine di cui all'articolo 23, secondo comma, dello Statuto della Corte di giustizia.

27. All'udienza tenutasi il 29 settembre 2016 sono intervenuti i rappresentanti della Stichting Brein, del sig. Wullems, del governo spagnolo e della Commissione europea.

B – *Argomenti*

1. Sulla prima e la seconda questione pregiudiziale

28. La Stichting Brein nonché i governi spagnolo, francese, italiano e portoghese propongono di rispondere in senso affermativo alla prima questione e sostengono che gli elementi di valutazione menzionati nei tre trattini della seconda questione sono irrilevanti. Essi ritengono che nella fattispecie sussistano i due requisiti cumulativi richiesti dalla giurisprudenza della Corte, vale a dire un «atto di comunicazione» e un «pubblico» [17].

29. Poiché la medesima giurisprudenza ha sottolineato a più riprese che la nozione di «atto di comunicazione» deve essere intesa in senso ampio [18], la Stichting Brein e i suddetti governi ritengono che il dispositivo filmspeler produca l'effetto della «messa a disposizione» del pubblico e, di conseguenza, dell'«atto di comunicazione» ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29. La Corte ha già dichiarato che il fatto di mettere a disposizione su un sito Internet dei collegamenti cliccabili verso opere protette, pubblicate senza alcun limite di accesso su un altro sito, offre agli utilizzatori del primo sito un accesso diretto a tali opere [19], senza che sia determinante che essi utilizzino o meno siffatta possibilità [20].

17 — Sentenza del 7 marzo 2013, ITV Broadcasting e a. (C-607/11, EU:C:2013:147, punti 21 e 31).

18 — Sentenze del 7 dicembre 2006, SGAE (C-306/05, EU:C:2006:764, punto 36), e del 4 ottobre 2011, Football Association Premier League e a. (C-403/08 e C-429/08, EU:C:2011:631, punto 186).

19 — Sentenza del 13 febbraio 2014, Svensson e a. (C-466/12, EU:C:2014:76, punto 18).

20 — Ibidem, punto 19 e giurisprudenza citata.

30. A parere della Stichting Brein sarebbe irrilevante che non sia stato lo stesso sig. Wullems, bensì l'operatore che offre i file di software separati, a mettere i collegamenti ipertestuali a disposizione del pubblico. Il governo francese pone in rilievo due aspetti: a) il pubblico cui erano rivolte le opere protette inizialmente comunicate era costituito dai soli abbonati a catene televisive autorizzate a trasmettere i relativi programmi, e b) secondo quanto risulta dall'ordinanza di rinvio, il sito web sul quale si trovavano le opere controverse era protetto da varie restrizioni di accesso. In tale contesto, il governo spagnolo fa presente la necessità di tenere conto dei potenziali utenti, attuali e futuri [21].

31. Per quanto riguarda il pubblico «nuovo» (cioè il pubblico che gli autori delle opere protette non hanno preso in considerazione nel momento in cui hanno autorizzato la comunicazione al pubblico di origine) [22], la Stichting Brein rimarca l'importanza dell'autorizzazione concessa dagli aventi diritto per la comunicazione iniziale attraverso i collegamenti ipertestuali. Il governo portoghese aggiunge che, poiché l'atto rappresenta la messa a disposizione di opere protette mediante uno specifico procedimento tecnico diverso da quello originale, secondo la giurisprudenza non occorrerebbe esaminare il requisito del «pubblico nuovo», posto che ogni nuova trasmissione dovrebbe essere autorizzata individualmente e separatamente dagli autori interessati [23].

32. Il sig. Wullems e la Commissione ritengono, al contrario, che nel caso di specie non sussista un «atto di comunicazione». Il sig. Wullems incentra la sua difesa sul punto che le componenti aggiuntive con i collegamenti ipertestuali non sono contenute nel dispositivo al momento della vendita all'utilizzatore finale. Inoltre, egli aggiunge che un collegamento ipertestuale non potrebbe costituire, di per sé, un atto di comunicazione al pubblico.

33. A parere della Commissione, il filmspeler commercializzato dal sig. Wullems rientrerebbe nella nozione di «attrezzatura fisica» (menzionata nel considerando 27 della direttiva 2001/29), in quanto consente, ma non costituisce in sé stesso, una comunicazione. Se il fatto di corredare un'attrezzatura di un programma le facesse perdere la sua qualità di attrezzatura, il considerando 27 della direttiva 2001/29 sarebbe privo di effetto utile, giacché si applicherebbe solo a un numero di casi molto limitato. Se si accogliesse la tesi opposta, le disposizioni del capo III della direttiva 2001/29 sarebbero prive di senso.

34. In definitiva, la Commissione teme che un'interpretazione eccessivamente ampia della nozione di «comunicazione al pubblico» alteri e metta a rischio il giusto equilibrio tra i diritti e gli interessi di tutte le parti coinvolte, che essa considera un obiettivo generale inerente alla direttiva 2001/29.

2. Sulla terza e la quarta questione pregiudiziale

35. La Stichting Brein e i governi spagnolo e francese negano che l'eccezione di cui all'articolo 5 della direttiva 2001/29 sia applicabile alla riproduzione in streaming di un'opera tutelata da diritto d'autore dal sito web di un terzo sul quale tale opera viene offerta. Essi affermano che il paragrafo 1 di detto articolo riguarda esclusivamente le riproduzioni temporanee, transitorie o accessorie, qualità di cui il filmspeler sarebbe privo, cosicché il medesimo non costituirebbe «parte integrante e essenziale di un procedimento tecnologico, eseguit[o] all'unico scopo di consentire (…) un utilizzo legittimo (…) di un'opera o di altri materiali», come richiesto dal menzionato articolo 5, paragrafo 1, in particolare alla lettera b).

21 — Sentenza del 7 dicembre 2006, SGAE (C-306/05, EU:C:2006:764, punti da 37 a 39).

22 — Sentenze del 7 marzo 2013, ITV Broadcasting e a. (C-607/11, EU:C:2013:147, punto 37), e del 4 ottobre 2011, Football Association Premier League e a. (C-403/08 e C-429/08, EU:C:2011:631, punto 197).

23 — Con riferimento alla sentenza del 7 marzo 2013, ITV Broadcasting e a. (C-607/11, EU:C:2013:147, punti da 22 a 26 e 39).

36. Inoltre, in risposta alla quarta questione pregiudiziale, la Stichting Brein e il governo spagnolo [24] rilevano che il ragionamento seguito dalla Corte nell'interpretazione della cosiddetta «eccezione per copia privata» di cui all'articolo 5, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2001/29 [25] può essere trasposto all'autorizzazione dello streaming proveniente da una fonte illecita. Tale modalità di riproduzione da fonti illecite, non essendo stata autorizzata dagli aventi diritto, sarebbe palesemente in contrasto con la verifica sulla base dei tre requisiti cumulativ di cui all'articolo 5, paragrafo 5, della direttiva 2001/29 e dalla Convenzione di Berna [26].

37. Sulla stessa linea, la Stichting Brein e il governo spagnolo pongono in evidenza che l'eventuale utilizzo di massa dello streaming da fonti illecite esclude che quest'ultimo venga impiegato solo per «determinati casi speciali» e mette inoltre a rischio lo «sfruttamento normale» delle opere protette, con conseguente pregiudizio agli interessi legittimi dei titolari del diritto d'autore e dei diritti connessi.

38. Il sig. Wullems si limita a ricordare che lo streaming è un atto temporaneo, transitorio e accessorio, che forma parte integrante ed essenziale di un procedimento tecnico. Il governo portoghese e la Commissione – quest'ultima in via esclusivamente subordinata [27] – muovono da questa medesima premessa e aggiungono che la mera ricezione delle trasmissioni (di opere protette) per mezzo del metodo controverso non configura un utilizzo illegittimo, ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva. La loro tesi troverebbe sostegno nella giurisprudenza [28] secondo cui le copie nella cache e sullo schermo soddisfano i requisiti cumulativi previsti dall'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2001/29, nonché dal paragrafo 5 del medesimo articolo.

39. Il governo portoghese sottolinea che gli atti di riproduzione temporanea in streaming non determinano alcun vantaggio economico oltre a quello derivante dalla mera ricezione delle opere. Afferma infine che, quando gli atti di riproduzione rispondono ai requisiti di cui all'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2001/29, essi soddisfano del pari i requisiti di applicazione del paragrafo 5 dello stesso articolo, come detto governo desume da una certa giurisprudenza della Corte [29].

IV – **Analisi delle questioni pregiudiziali**

A – *Sulle questioni pregiudiziali prima e seconda*

40. Ritengo che le prime due questioni pregiudiziali debbano essere esaminate congiuntamente, tenuto conto della loro stretta correlazione. Sulla risposta ad entrambe incidono ampiamente alcuni presupposti che delimitano l'oggetto della controversia nei seguenti termini: a) il sig. Wullems pone in vendita (a scopo di lucro) un lettore multimediale nel quale ha installato collegamenti ipertestuali verso siti web che offrono accesso libero e gratuito a contenuti digitali protetti da diritto d'autore [30]; b) i

24 — Il governo francese non ha formulato osservazioni in ordine alla quarta questione pregiudiziale, subordinata alla terza, data la soluzione che propone per quest'ultima.

25 — Sentenza del 10 aprile 2014, ACI Adam e a. (C-435/12, EU:C:2014:254, punti 37 e 39).

26 — Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie ed artistiche, firmata a Berna il 9 settembre 1886 (Atto di Parigi del 24 luglio 1971), nella versione risultante dalla modifica del 28 settembre 1979.

27 — La Commissione dubita che occorra rispondere alla terza e alla quarta questione pregiudiziale, in quanto: a) non sono state sollevate in riferimento alla vendita del filmspeler, bensì alla tecnologia dello streaming, e b) non riguardano il comportamento della persona che vende il lettore multimediale, bensì quello dell'utilizzatore finale.

28 — Sentenza del 5 giugno 2014, Public Relations Consultants Association (C-360/13, EU:C:2014:1195).

29 — Ordinanza del 17 gennaio 2012, Infopaq International (C-302/10, EU:C:2012:16, punto 57), e sentenza del 4 ottobre 2011, Football Association Premier League e a. (C-403/08 e C-429/08, EU:C:2011:631, punto 181).

30 — Questo medesimo accesso libero e gratuito viene offerto ad altri contenuti, la cui diffusione presso il pubblico non è parimenti autorizzata da coloro che li hanno ritrasmessi inizialmente, ma non beneficiano della tutela del diritto d'autore stricto sensu. Ciò vale, ad esempio, per le ritrasmissioni in diretta di taluni eventi sportivi, che non hanno la natura di opere originali ai sensi della direttiva 2001/29 (sebbene i diritti di riproduzione concessi in esclusiva mediante licenza ad alcuni operatori televisivi possano essere tutelati da altre norme). La Corte si è già pronunciata a tale riguardo nella sentenza del 4 ottobre 2011, Football Association Premier League e a. (C-403/08 e C-429/08, EU:C:2011:631, punto 98), dichiarando che «gli incontri sportivi non possono essere considerati quali creazioni intellettuali qualificabili come opere ai sensi della direttiva sul diritto d'autore».

titolari di tale diritto o non hanno autorizzato la comunicazione di detti contenuti al pubblico o l'hanno autorizzata solo in relazione a taluni siti ai quali si accede mediante abbonamento; c) gli utenti possono acquisire essi stessi le componenti aggiuntive (add-ons) che contengono i collegamenti ipertestuali verso i siti web sui quali viene fornito il libero accesso alle opere protette, senza il consenso degli aventi diritto, e d) tali siti web sono accessibili su Internet senza che occorra un lettore multimediale come quello posto in vendita dal sig. Wullems.

41. Anche se sarei tentato di esporre l'evoluzione della giurisprudenza, costituita da una nutrita serie di sentenze, relativa all'interpretazione dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29, non mi sembra che occorra ripetere l'analisi dell'espressione «comunicazione al pubblico» né quella dei suoi due singoli elementi, vale a dire l'«atto di comunicazione» di un'opera e il «pubblico» cui esso è rivolto. Preferisco rinviare alle precisazioni formulate dalla Corte nella sentenza GS Media, con richiamo ai suoi stessi precedenti [31]. Il principio della certezza nell'applicazione del diritto impone agli organi giurisdizionali, se non l'applicazione dello stare decisis in termini assoluti, quanto meno la cautela di attenersi a quanto hanno statuito essi stessi, dopo attenta riflessione, su un determinato problema giuridico. Ciò deve valere, a mio avviso, per la dottrina elaborata (o confermata) nella sentenza GS Media riguardo al rapporto tra i collegamenti ipertestuali e la comunicazione al pubblico, nel contesto della direttiva 2001/29.

42. Pertanto, adotterò come premessa della mia analisi le considerazioni già svolte dalla Corte, vale a dire: a) si deve qualificare come «messa a disposizione» il fatto di fornire collegamenti cliccabili verso opere tutelate, condotta questa che costituisce un «atto di comunicazione» [32]; b) tale nozione ricomprende qualsiasi trasmissione delle opere protette, a prescindere dal mezzo o dal procedimento tecnico utilizzato [33], e c) si presume iuris tantum che l'inserimento su Internet di un collegamento ipertestuale verso un'opera pubblicata illegittimamente (cioè senza l'autorizzazione degli aventi diritto) costituisca una «comunicazione al pubblico» ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29, qualora sia effettuata a scopo di lucro.

43. Sulla stessa linea, ricordo che, secondo la Corte, la nozione di comunicazione al pubblico dell'opera protetta presuppone che la comunicazione sia effettuata con una determinata tecnica, diversa da quelle utilizzate fino a quel momento, o, in mancanza, che la diffusione abbia luogo presso un «pubblico nuovo», considerando come tale il pubblico di cui i titolari di diritti sulle opere protette non hanno tenuto conto nel momento in cui hanno inizialmente autorizzato la (limitata) diffusione di tali opere [34].

31 — Sentenza GS Media, in particolare punto 32 e giurisprudenza citata. Dopo la pronuncia di tale sentenza, come è logico e normale, hanno iniziato a comparire commenti – alcuni critici, altri di elogio – sui media specializzati. Tra quelli più prossimi alla data della sentenza v., ad esempio, la voce dello *European Law Blog*, del 20 settembre 2016, *Saving the Internet or linking limbo? CJEU clarifies legality of hyperlinking* (C-160/15, *Gs Media v Sanoma*), o la discussione alla seduta plenaria del 20 settembre 2016 del 47 °Congresso mondiale della *International Association for the Protection of Intellectual Property (AIPPI)*, su *The CJEU case law on hyperlinking* e la previa relazione del gruppo di lavoro dedicato al tema *Linking and making available on the Internet*.

32 — Sentenza del 13 febbraio 2014, Svensson e a. (C-466/12, EU:C:2014:76, punto 20). In quel caso, l'esistenza di una comunicazione a un pubblico «nuovo» è stata definitivamente esclusa in quanto i destinatari della comunicazione iniziale erano gli utenti di Internet in generale, dato che i collegamenti ipertestuali rimandavano a opere protette pubblicate senza alcuna limite di accesso su un altro sito web (punti 18, 25 e 26).

33 — Sentenza del 31 maggio 2016, Reha Training (C-117/15, EU:C:2016:379, punto 38).

34 — Secondo il punto 31 della sentenza del 13 febbraio 2014, Svensson e a. (C-466/12, EU:C:2014:76): «(…) nell'ipotesi in cui un collegamento cliccabile consenta agli utilizzatori del sito in cui si trova tale collegamento di eludere misure restrittive adottate dal sito in cui l'opera protetta si trova per limitare l'accesso del pubblico ai soli abbonati e, in tal modo, costituisca un intervento senza il quale tali utilizzatori non potrebbero beneficiare delle opere diffuse, il complesso di tali utilizzatori dovrà essere considerato quale pubblico nuovo, che non è stato preso in considerazione dai titolari del diritto d'autore al momento in cui hanno autorizzato la comunicazione iniziale, ragion per cui per tale comunicazione al pubblico si impone l'autorizzazione dei titolari». Tale idea è ulteriormente sviluppata nell'ordinanza del 21 ottobre 2014, BestWater International (C-348/13, EU:C:2014:2315, punto 14). Come precisato dalla sentenza del 7 dicembre 2006, SGAE (C-306/05, EU:C:2006:764, punto 43), l'elemento decisivo è che le persone che costituiscono il pubblico possano accedere al contenuto digitale, e non che esse sfruttino effettivamente tale possibilità.

44. Se si analizzano i fatti della controversia alla luce delle premesse esposte, non è difficile concludere che in siffatto contesto risulta applicabile la dottrina illustrata nella sentenza GS Media riguardo al rapporto tra i collegamenti ipertestuali e la nozione di comunicazione al pubblico, il che determina, in ampia misura, l'orientamento della risposta alle prime due questioni pregiudiziali.

45. Infatti, come ho già rilevato, il sig. Wullems ha installato nell'interfaccia utente del software XBMC le componenti aggiuntive (add-ons) con collegamenti ipertestuali verso siti web che forniscono libero accesso a opere protette da diritto d'autore. Il sig. Wullems, oltre a rendere possibile il collegamento, era – o doveva essere – consapevole del fatto che quattordici di tali componenti aggiuntive contenevano link verso contenuti digitali caricati su Internet senza l'autorizzazione dei titolari del diritto d'autore o con un'autorizzazione subordinata alla condizione che potessero fruirne solo determinate persone, mediante abbonamenti o altre formule di pay per view. È evidente che il sig. Wullems ha agito a fini di lucro, dato che ha posto in vendita il suo lettore multimediale.

46. La controversia è quindi incentrata sulla rilevanza da attribuire a un ulteriore elemento, assente nella causa GS Media, al quale il sig. Wullems e la Commissione hanno fatto riferimento nelle loro osservazioni, cioè che la lite verte sulla vendita di un lettore multimediale, e non sulla fornitura di collegamenti ipertestuali. A loro parere, tale vendita e l'installazione di collegamenti ipertestuali su un sito web non sono fenomeni equiparabili e, quand'anche si interpretasse in senso estensivo la nozione di «comunicazione al pubblico», non la si potrebbe ampliare illimitatamente fino ad includervi anche la vendita di un lettore multimediale [35].

47. All'udienza, il sig. Wullems e la Commissione hanno sottolineato il carattere «non decisivo» dell'intervento del primo, che si limiterebbe a «facilitare» al pubblico l'accesso a taluni contenuti che si possono scaricare da altri siti web. Il filmspeler, pertanto, non sarebbe «essenziale» nel procedimento che collega l'utilizzatore finale al sito web in cui il contenuto protetto viene, illegittimamente, reso disponibile. Nello stesso ordine di idee, la vendita del dispositivo del sig. Wullems non fornirebbe un accesso diretto, bensì indiretto, ai suddetti contenuti, cosicché il collegamento tra quest'ultimo e la messa a disposizione del pubblico delle opere protette sarebbe tenue, in quanto parte di una catena di trasmissione più ampia.

48. A prima vista, la tesi del sig. Wullems e della Commissione sembra suggestiva. La vendita, in quanto contratto di cessione di un lettore multimediale in cambio del prezzo pagato, sembrerebbe «neutra», ossia priva di un nesso diretto con la trasmissione di opere protette. Inoltre, secondo la Commissione, occorre porre un limite all'ampliamento del perimetro della nozione di «comunicazione al pubblico» [36].

49. Tuttavia, a mio avviso, questa tesi è in realtà troppo riduttiva. La commercializzazione del filmspeler va al di là della semplice vendita di un accessorio tecnico che, secondo la Commissione, potrebbe essere ricompreso nella nozione di «attrezzature fisiche atte a rendere possibile o ad effettuare una comunicazione», la cui «fornitura (…) non costituisce un atto di comunicazione ai sensi della [direttiva 2001/29]» [37].

35 — La Commissione richiama l'attenzione sul fatto che il presente procedimento verte proprio sulla «vendita» del lettore multimediale filmspeler, che, a suo parere, rientrerebbe nella nozione di «attrezzatura fisica» menzionata al considerando 27 della direttiva 2001/29. Il filmspeler, secondo la Commissione, consente la comunicazione, ma non sarebbe equiparabile ad essa.

36 — La Commissione, dopo avere ammesso in udienza di non essere soddisfatta delle sentenze del 13 febbraio 2014, Svensson e a. (C-466/12, EU:C:2014:76), e GS Media, ha segnalato l'incertezza giuridica che potrebbe derivare da tale orientamento giurisprudenziale. Sotto altri aspetti, è stato talora contestato alla Corte il fatto che, con le sue pronunce in questa materia, essa sta creando il diritto, anziché interpretarlo. Non condivido tale critica, dato che la Corte si limita ad evidenziare gli effetti, finora non sufficientemente chiariti, di una nozione giuridica (la «comunicazione al pubblico») dai contorni imprecisi, adattandone l'applicazione allo sviluppo in rapidissima evoluzione di alcune tecnologie con le quali viene realizzata, di volta in volta, la messa a disposizione del pubblico delle opere protette da diritto d'autore.

37 — Considerando 27 della direttiva 2001/29.

50. Il sig. Wullems, infatti, offre detto dispositivo insieme all'hardware e al software necessari e direttamente finalizzati [38] a fare in modo che gli acquirenti accedano su Internet a opere tutelate da diritto d'autore, senza il consenso dei loro titolari. L'offerta di tale accesso immediato a un pubblico indeterminato fa parte del valore aggiunto della prestazione del sig. Wullems, per la quale egli riceve il prezzo pagato – o quanto meno una sua parte consistente – in cambio del lettore multimediale.

51. Ritengo che non vi siano differenze significative tra l'atto di collocare su un sito web collegamenti ipertestuali verso opere protette [39] e, come nel caso di specie, l'atto di collocarli in un dispositivo multimediale progettato precisamente per essere utilizzato su Internet (nello specifico, affinché grazie allo stesso gli utilizzatori possano accedere senza complicazioni, in modo diretto e immediato, a contenuti digitali il cui utilizzo non è autorizzato dai loro autori). La fornitura di collegamenti verso tali contenuti protetti, la loro messa a disposizione del pubblico costituisce un elemento comune ad entrambi i comportamenti, il cui carattere apparentemente accessorio o ausiliario non può nascondere che si tratta di attività dirette a consentire a chiunque di fruire, semplicemente attivando il collegamento ipertestuale, delle opere protette [40].

52. I collegamenti ipertestuali servono, a prescindere dalla modalità o dal procedimento tecnico con cui vengono installati, a fornire a terzi l'accesso a contenuti digitali già «caricati» – nella fattispecie, illegittimamente – sulla rete. Ciò che rileva nella comunicazione al pubblico realizzata attraverso tali collegamenti è l'ampliamento del perimetro o della cerchia dei potenziali utenti, ai quali viene offerta, ribadisco, una funzionalità nella quale sono già stati selezionati i siti web che consentono la visione, gratuita, di contenuti digitali.

53. Si può dunque menzionare il ruolo imprescindibile,, ai sensi della giurisprudenza [41], che svolge il sig. Wullems nella comunicazione al pubblico di opere protette, attraverso un intervento che egli effettua deliberatamente e con piena cognizione delle conseguenze che ne derivano. Ciò risulta, in particolare, dagli esempi di annunci pubblicitari con i quali egli ha promosso il suo prodotto [42].

54. In definitiva, il filmspeler non può essere considerato una mera «attrezzatura fisica» nell'accezione di cui al considerando 27 della direttiva 2001/29, ma semmai una modalità di comunicazione al pubblico di opere protette dal diritto d'autore, precedentemente «caricate» in modo illegittimo su Internet. La condotta del sig. Wullems, attraverso l'installazione nei suoi dispositivi, con evidente scopo di lucro e consapevolezza della loro illegittimità, dei collegamenti ipertestuali verso tali opere, aiuta gli acquirenti del filmspeler ad eludere il corrispettivo richiesto per la loro legittima fruizione, vale a dire il pagamento della remunerazione dovuta ai titolari, che normalmente viene effettuato con formule in abbonamento o altre modalità di pay per view.

55. Una volta accertato che il filmspeler realizza una comunicazione al pubblico, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva [43], resta da chiarire se detto pubblico possa essere considerato «nuovo», nel senso in cui tale espressione è stata interpretata fino ad ora.

38 — La visione e l'ascolto delle opere protette sono resi possibili dall'installazione delle componenti aggiuntive che contengono collegamenti ipertestuali verso i siti Internet, effettuata dal sig. Wullems nel software XBMC. Grazie ai menu installati nell'interfaccia del software XBMC con le componenti aggiuntive [add-ons] che conducono ai siti in parola, il telespettatore che utilizza il filmspeler diventa un internauta in grado di visitare tali siti.

39 — Come accadeva nei casi che hanno dato origine alle sentenze del 13 febbraio 2014, Svensson e a. (C-466/12, EU:C:2014:76), e GS Media, nonché all'ordinanza del 21 ottobre 2014, BestWater International (C-348/13, EU:C:2014:2315).

40 — In un'altra prospettiva, la condotta del sig. Wullems è paragonabile, pur non coincidendo pienamente, an quella oggetto della causa C-306/05 (EU:C:2006:764), definita con sentenza del 7 dicembre 2006, SGAE. Il segnale distribuito da un albergo mediante i televisori presenti nelle camere costituiva, secondo la Corte, una comunicazione al pubblico ai sensi della direttiva 2001/29.

41 — Sentenza GS Media, punto 35 e giurisprudenza citata.

42 — V. paragrafo 19 delle presenti conclusioni.

43 — Sentenza GS Media, punto 51.

56. Conformemente alla giurisprudenza della Corte, il requisito del «pubblico nuovo» deve ricorrere solo se la comunicazione dell'opera protetta *non* viene effettuata *con una tecnica specifica, diversa da quelle utilizzate fino ad allora* [44]. Sebbene tale valutazione di fatto spetti al giudice a quo, sembra che la tecnica utilizzata dal sig. Wullems non presenti alcun elemento innovativo e costituisca piuttosto un'aggregazione di altri elementi preesistenti. Si potrebbe quindi ammettere, per semplificare la discussione, che nella fattispecie non ricorra una «tecnica specifica e diversa» ai sensi della giurisprudenza, il che induce ad esaminare se i potenziali acquirenti del filmspeler possano essere qualificati come un «pubblico nuovo».

57. Dagli atti, come giustamente sottolineato dal governo francese, risulta che la diffusione in Internet delle opere protette non era stata autorizzata dagli aventi diritto o che tale autorizzazione era stata concessa soltanto a siti per abbonati, vale a dire con restrizioni all'accesso. Pertanto, il lettore multimediale venduto dal sig. Wullems allarga la cerchia dei destinatari rispetto a quella prevista dagli autori, in quanto contiene collegamenti tanto verso siti Internet che diffondono, senza autorizzazione, i contenuti digitali in parola, quanto verso siti che contengono opere protette e le offrono solo a determinati utenti, i quali devono pagare per poterne fruire.

58. Inoltre, sebbene si possano acquisire le componenti aggiuntive esistenti sul mercato e gli stessi collegamenti ipertestuali gratuitamente dalla rete, il filmspeler presenta un innegabile vantaggio per un segmento non trascurabile di tale pubblico: quello degli internauti non particolarmente esperti nella scoperta di siti illegali per vedere, tra altri contenuti digitali, film e serie televisive. È probabile che detto segmento di pubblico preferisca l'agevole utilizzo del menu mostrato loro sullo schermo dal filmspeler rispetto alla ricerca, a volte tediosa, dei siti web che offrono tali contenuti.

59. Ad ogni modo, la diffusione delle opere protette realizzata dal sig. Wullems è diretta a un pubblico che gli aventi diritto non hanno preso in considerazione nel momento in cui non hanno autorizzato la visione o l'hanno autorizzata solo nell'ambito dei circuiti a pagamento, e ricorre quindi la condizione del «pubblico nuovo» [45].

60. Pertanto, propongo di rispondere alle prime due questioni pregiudiziali del Rechtbank Midden-Nederland (Tribunale di Midden-Nederland) dichiarando che costituisce una «comunicazione al pubblico», ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29, la vendita di un lettore multimediale in cui lo stesso venditore abbia installato collegamenti ipertestuali che rendono possibile l'accesso diretto a opere protette, quali film, serie e programmi in diretta, disponibili su altri siti Internet senza l'autorizzazione del titolare del diritto d'autore.

B – *Sulle questioni pregiudiziali terza e quarta*

61. Con queste due questioni, il giudice a quo solleva interrogativi che, come già rilevato, non riguardano il dispositivo multimediale, bensì la conformità alla direttiva 2001/29 della condotta dell'utilizzatore finale il quale, mediante tale dispositivo, realizza la «riproduzione temporanea (…) mediante lo streaming di un'opera tutelata da diritto d'autore da un sito web di un terzo sul quale tale opera tutelata viene offerta senza autorizzazione dell'avente/degli aventi diritto». Più precisamente, detto giudice intende sapere se tale tipo di comportamento possa beneficiare della tutela offerta dall'articolo 5, paragrafi 1 e 5, di detta direttiva.

44 — Ordinanza del 21 ottobre 2014, BestWater International (C-348/13, EU:C:2014:2315, punto 14 e giurisprudenza citata).

45 — Occorre precisare, tuttavia, che configura una «comunicazione al pubblico», quale interpretata dalla Corte, unicamente la diffusione agli utilizzatori finali attraverso i collegamenti ipertestuali del filmspeler, contenuti nelle quattrodici componenti aggiuntive, che rimandano specificamente a siti Internet dai quali si possono scaricare in streaming opere protette senza il consenso dei titolari dei diritti d'autore. Per quanto riguarda i collegamenti a film, serie e gare sportive la cui trasmissione sia stata autorizzata senza restrizioni da detti titolari, l'accesso è libero e sarebbe applicabile la sentenza del 13 febbraio 2014, Svensson e a. (C-466/12, EU:C:2014:76, punti 25 e 26).

62. Così formulate, le due questioni sono state oggetto di alcune eccezioni di irricevibilità, giacché parrebbero travalicare i limiti della controversia tra la Stichting Brein e il sig. Wullems. Tuttavia, alla luce delle spiegazioni fornite dal giudice a quo, tali eccezioni devono essere respinte, dato che nel procedimento principale la Stichting Brein ha chiesto, tra l'altro, la condanna del sig. Wullems in quanto autore di pubblicità ingannevole e di pratiche commerciali sleali, per avere indicato nei suoi annunci, come argomento al fine di incrementare le vendite, che la mera riproduzione in streaming di opere provenienti da fonti illecite è legittima (a differenza del download delle medesime opere). Ne consegue che il giudice rinvio, dovendosi pronunciare su tale specifica questione, chiede alla Corte di fornirgli una risposta in merito all'interpretazione dell'articolo 5 della direttiva 2001/29.

63. Le osservazioni che esporrò in prosieguo devono essere intese come riferite ai fatti della controversia principale, nel contesto della domanda della parte attrice sopra illustrato, e all'applicazione dell'articolo 5 della direttiva 2001/29.

1. Sull'eccezione di cui all'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2001/29

64. L'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2001/29 include tra le eccezioni al diritto di riproduzione gli «atti di riproduzione temporanea (…) che sono transitori o accessori, e parte integrante e essenziale di un procedimento tecnologico, eseguiti all'unico scopo di consentire (…) un utilizzo legittimo (…) di un'opera o altri materiali (…)». Tale eccezione riguarda anche l'utilizzatore finale, e non solo i fornitori di servizi online o gli intermediari, come si potrebbe pensare dopo aver letto il considerando 33 della direttiva 2001/29 [46].

65. Ritengo che non occorra precisare, ai fini del presente procedimento, se la visualizzazione in streaming di un'opera, alla quale si accede attraverso i collegamenti ipertestuali del filmspeler, sia priva delle caratteristiche di «transitorietà» e «accessorietà» menzionate dal testo normativo già citato [47]. Per risolvere tale questione in un senso o nell'altro sarebbero necessarie alcune valutazioni preliminari di carattere marcatamente tecnico (in ordine alla registrazione nel buffer di dati e all'ottenimento di copie nella memoria cache o sullo schermo) [48], sulle quali non ritengo di dovermi soffermare [49], dato che, a mio avviso, manca un altro dei requisiti indispensabili per l'esenzione: consentire «un utilizzo legittimo» dell'opera protetta.

66. Non si può, infatti, parlare di «utilizzo legittimo» delle opere protette quando l'utilizzatore finale vi acceda nelle condizioni di cui alla presente controversia, ossia nel caso di contenuti digitali la cui diffusione sia stata vietata o limitata dai titolari dei relativi diritti d'autore, i quali non ne abbiano autorizzato la libera comunicazione al pubblico nei siti web ai quali rimandano i collegamenti ipertestuali contenuti nel filmspeler.

67. Non si tratta, quindi, di formulare un giudizio in termini generali sullo streaming, bensì di valutare, alla luce della disposizione sopra citata, il comportamento dell'utente che, nelle condizioni del caso di specie, riproduce sul proprio schermo, con tale tecnica, film e serie protetti.

46 — Ciò si deduce, implicitamente, dalla sentenza del 5 giugno 2014, Public Relations Consultants Association (C-360/13, EU:C:2014:1195).

47 — A tale proposito, è significativo che, nelle versioni inglese e tedesca, compaiano rispettivamente i termini «transient» e «flüchtig», che evocano un lasso di tempo breve. La versione neerlandese utilizza il termine «voorbijgaande» e quella spagnola «transitorio», più adeguati al carattere temporaneo di un atto.

48 — Secondo la sentenza del 5 giugno 2014, Public Relations Consultants Association (C-360/13, EU:C:2014:1195, punti 26 e 27), le copie nella cache e le copie sullo schermo soddisfano i requisiti di cui all'articolo 5, paragrafi 1 e 5, della direttiva 2001/29.

49 — In tale modalità di riproduzione, nella quale la copia dei file è sostituita dal download nel buffer dell'utente, quest'ultimo «consuma» il prodotto in parallelo con la sua visualizzazione, evitando così i problemi legati alla maggiore lentezza della copiatura dei file mediante download. Si potrebbe sostenere che siffatta riproduzione, pur non essendo fissata su uno specifico supporto informatico e apparendo solo sullo schermo, ha una durata eccessiva (ad esempio nel caso dei film e delle serie televisive) per poter essere qualificata transitoria. Nello stesso ordine di idee, se si ammettesse, per ipotesi, che la riproduzione in streaming ha carattere transitorio, si potrebbe discutere se essa sia «parte integrante e essenziale di un procedimento tecnologico», che è un altro dei presupposti necessari dell'esenzione di cui all'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2001/29.

68. Lo sviluppo delle telecomunicazioni (tra altri fattori, l'ampliamento delle reti in fibra ottica, che consentono velocità di connessione molto elevate), ha fatto sì che il fenomeno dei download illeciti su supporti informatici – al quale è stata prestata molta attenzione fino a pochi anni fa – sia stato gradualmente superato, se non sostituito, dalla riproduzione di contenuti digitali in streaming, fino a rendere tale modalità una delle più richieste. La visione in streaming sulle piattaforme a pagamento non presenta grossi problemi sotto il profilo della proprietà intellettuale, né se ne pongono quando l'utente guardi o ascolti contenuti digitali il cui accesso non è limitato, da siti web che li offrono gratuitamente e legittimamente.

69. La prospettiva cambia, tuttavia, quando entrano in gioco siti web che mettono a disposizione degli utenti versioni pirata [50] di tali contenuti. La risposta fornita dalla Corte nella sentenza GS Media riguarda coloro che inseriscono sulla rete un collegamento ipertestuale verso contenuti protetti, senza autorizzazione dell'avente diritto. Tale comportamento deve essere valutato tenendo conto, da un lato, dello scopo di lucro (se sussiste, si presume iuris tantum che l'interessato sia consapevole del fatto che l'opera è stata pubblicata in rete illegittimamente) e, dall'altro, della circostanza che non si sappia, e non si possa ragionevolmente sapere, che la pubblicazione su Internet non è autorizzata [51].

70. A mio avviso, se il fattore chiave consiste, per coloro che inseriscono i collegamenti ipertestuali senza scopo di lucro, nella cognizione – o quanto meno nel poter ragionevolmente sapere – che l'opera protetta è pubblicata illegittimamente su Internet, sarebbe difficile non estendere tale criterio a coloro che fanno semplicemente uso di detto collegamento ipertestuale, parimenti senza scopo di lucro [52].

71. Tuttavia, ritengo che la componente soggettiva sia più appropriata per escludere la responsabilità di una persona che non per valutare l'illiceità oggettiva, nonché, eventualmente, la tipicità della sua condotta. Per fornire un'interpretazione adeguata dell'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2001/29, non si deve dimenticare che, conformemente al considerando 33 della medesima direttiva, la legittimità, in senso oggettivo, dipende semmai dall'autorizzazione del titolare o del licenziatario del diritto d'autore [53]. L'ignoranza scusabile o la ragionevole mancanza di conoscenza, da parte dell'utilizzatore finale, dell'inesistenza di tale autorizzazione potrebbe certamente esentarlo da qualsiasi responsabilità [54], ma non fa venir meno – ribadisco, sotto il profilo strettamente oggettivo – il carattere illecito dell'«utilizzo» cui fa riferimento l'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2001/29.

72. Poiché risulta dagli atti che le opere protette alle quali rimandano i collegamenti ipertestuali installati nel filmspeler del sig. Wullems non sono stati oggetto di autorizzazione da parte dei titolari del diritto d'autore, compreso il diritto di riproduzione di cui all'articolo 2 della direttiva 2001/29, il download in streaming da parte di un utilizzatore finale mediante tale dispositivo non corrisponde all'«utilizzo legittimo» di cui all'articolo 5, paragrafo 1, lettera b), di detta direttiva.

50 — In tale contesto, le espressioni «pirateria» e «pirata» non solo sono suggestive, ma stanno anche acquisendo una certa normalità nella terminologia giuridica in materia di diritto d'autore. La Corte ha fatto riferimento alle «obras piratas» [N.d.T.: «opere riprodotte abusivamente» nella versione in italiano della sentenza citata], che pregiudicano il normale sfruttamento di quelle protette dal diritto d'autore ai sensi della direttiva 2001/29, nella sentenza del 10 aprile 2014 ACI Adam e a. (C-435/12, EU:C:2014:254, punto 39).

51 — Tale posizione è giustificata dalla difficoltà di accertare se il sito Internet al quale rimandano i collegamenti fornisca accesso a opere protette e se i titolari del diritto d'autore sulle stesse ne abbiano autorizzato la pubblicazione su Internet. Ciò emerge dai punti 46, 47 e 48 della sentenza GS Media.

52 — Man mano che gli utenti di Internet acquisiscono maggiore consapevolezza della necessità di rispettare i diritti dei creatori di contenuti e, nel contempo, si amplia l'offerta delle piattaforme che mettono legittimamente a loro disposizione tali contenuti, risulterà sempre più difficile giustificare la riproduzione di opere pirata, a partire da collegamenti ipertestuali, con il fatto che si ignorava la mancanza di un'autorizzazione da parte dei titolari dei diritti d'autore.

53 — Nella motivazione della posizione comune n. 48/2000, definita dal Consiglio il 28 settembre 2000, in vista dell'adozione della direttiva 2000/.../CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del..., sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione (GU 2000, C 344, pag. 1), si legge quanto segue: «(...) Nel considerando 33, il Consiglio ha aggiunto una *definizione* dei termini "utilizzo legittimo" (...)». Il corsivo è mio.

54 — Si tratterebbe di «atti effettuati dai consumatori finali in buona fede» ai sensi del considerando 14 della direttiva 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale (GU 2004, L 157, pag. 45).

2. Sull'applicazione dell'articolo 5, paragrafo 5, della direttiva 2001/29

73. Se, sotto un profilo puramente dialettico, l'utilizzo del filmspeler del sig. Wullems potesse rientrare nell'eccezione prevista all'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2001/29, tale utilizzo dovrebbe ancora superare il test di cui al paragrafo 5 dello stesso articolo, che forma oggetto della quarta questione pregiudiziale del giudice a quo. Occorrerebbe quindi esaminare se nel caso di specie siano soddisfatti i requisiti dell'articolo 5, paragrafo 5, di detta direttiva [55].

74. Tale disposizione stabilisce che l'eccezione prevista al paragrafo 1 per (tra l'altro) la riproduzione provvisoria, è applicata 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».

75. Orbene, nella fattispecie, a mio avviso, non ricorre alcuno dei tre requisiti. In primo luogo, il dispositivo commercializzato dal sig. Wullems darà luogo a un numero incalcolabile di download di film, serie, eventi sportivi e altri tipi di trasmissioni, senza il consenso dei titolari dei diritti di riproduzione. Pertanto, come affermato dalla Stichting Brein e dal governo spagnolo, non si può sostenere che ci troviamo di fronte a meri «casi speciali», come richiesto dalla disposizione in parola.

76. In secondo luogo, sotto il profilo tecnico, non si può equiparare il comportamento di chi naviga su Internet e consulta pagine web con quello di chi riproduce in streaming film e serie protetti. Nel primo caso, la copia provvisoria che il procedimento tecnologico obbliga ad effettuare può comportare un normale sfruttamento delle opere, che consente agli internauti di beneficiare della comunicazione al pubblico da parte dell'editore del sito Internet in questione [56]. Per contro, nel caso dell'internauta che vede opere protette sul suo schermo, in streaming, non si configura uno «sfruttamento normale» dell'opera, imposta dalla tecnologia necessaria per navigare su Internet, bensì un atto di carattere «anomalo», in senso giuridico, che risponde all'obiettivo deliberato dell'utente di fruire dei contenuti digitali senza corrispondere alcun corrispettivo economico, grazie all'aiuto del *filmspeler*.

77. In siffatte circostanze, sarebbe contrario alla direttiva 2001/29 accettare riproduzioni indiscriminate o generalizzate da fonti illecite, o effettuate violando le restrizioni di accesso. Ammettere la loro validità significherebbe tanto incentivare la circolazione di contenuti digitali pirata quanto, nella stessa misura, pregiudicare gravemente la tutela del diritto d'autore e favorire forme illegali di commercializzazione, a danno del buon funzionamento del mercato interno [57].

78. In terzo luogo, dal momento che il diritto di riproduzione, secondo quanto risulta dagli atti, è stato concesso esclusivamente per circuiti di cui l'utilizzatore finale può fruire solo previo pagamento (mediante abbonamento o altra formula analoga), tale numero incalcolabile di visualizzazioni in streaming, senza contropartita economica per l'avente diritto, implica necessariamente una simultanea riduzione del numero di abbonati ai circuiti in parola, con la conseguenza che risulta «pregiudicato il normale sfruttamento delle [opere protette]», per riprendere i termini della sentenza del 10 aprile 2014, ACI Adam e a. [58].

79. Infatti, sono pertinenti in questa sede le considerazioni svolte nella sentenza ACI Adam e a., in cui la Corte, interpretando i requisiti dell'articolo 5, paragrafo 5, della direttiva 2001/29, ha dichiarato che «ammettere che siffatte riproduzioni possano essere realizzate a partire da una fonte illegale incoraggerebbe la circolazione delle opere contraffatte o riprodotte abusivamente, diminuendo così

55 — Ai sensi della sentenza del 5 giugno 2014, Public Relations Consultants Association (C-360/13, EU:C:2014:1195, punto 53), «(…) per poter sollevare l'eccezione prevista dalla menzionata disposizione [l'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2001/29], come interpretata al punto precedente della presente sentenza, occorre inoltre che tali copie soddisfino i requisiti stabiliti all'articolo 5, paragrafo 5, della [medesima] direttiva (…)».

56 — Ibidem, punto 61.

57 — Sentenza del 10 aprile 2014, ACI Adam e a. (C-435/12, EU:C:2014:254, punti 35 e 36).

58 — Ibidem, punto 39.

necessariamente il volume delle vendite o di altre transazioni legali relative alle opere protette, di modo che sarebbe pregiudicato il normale sfruttamento delle medesime» [59]. Pertanto, la vendita del *filmspeler* lede gli «interessi legittimi del titolare del diritto d'autore», il quale non aveva autorizzato la divulgazione senza restrizioni delle sue opere.

80. In definitiva, ritengo che il download in streaming di contenuti digitali protetti, senza il consenso dei titolari dei diritti d'autore, non soddisfi i requisiti di cui all'articolo 5, paragrafo 5, della direttiva 2001/29, dato che non rappresenta un caso speciale, è in contrasto con il normale sfruttamento dell'opera e lede ingiustificatamente gli interessi legittimi degli aventi diritto.

81. Tenuto conto del carattere cumulativo delle condizioni sopra indicate, alle quali ha fatto riferimento la Corte [60], nel caso di specie è applicabile la triplice controeccezione di cui all'articolo 5, paragrafo 5, della direttiva 2001/29. Non si può quindi invocare l'eccezione al diritto di riproduzione.

82. Pertanto, suggerisco di rispondere alle questioni pregiudiziali terza e quarta dichiarando che, nelle circostanze del procedimento principale, la riproduzione in streaming di un'opera protetta da diritto d'autore non può beneficiare dell'eccezione prevista dall'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2001/29, in quanto non rientra nella nozione di «utilizzo legittimo» di cui alla lettera b) di detta disposizione e, in ogni caso, risulta contraria al test a tre fasi di cui all'articolo 5, paragrafo 5, di detta direttiva.

V – **Conclusione**

83. Alla luce delle suesposte considerazioni, propongo alla Corte di rispondere nei termini seguenti alle questioni pregiudiziali sollevate dal Rechtbank Midden-Nederland (Tribunale di Midden-Nederland, Paesi Bassi):

«La vendita di un lettore multimediale, come quello oggetto del procedimento principale, in cui il venditore ha installato collegamenti ipertestuali verso siti Internet che, senza l'autorizzazione del titolare del diritto d'autore, offrono libero accesso a opere protette da detto diritto, quali film, serie e trasmissioni in diretta,

— costituisce una "comunicazione al pubblico" ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, e

— non può beneficiare dell'eccezione di cui all'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2001/29, in quanto non corrisponde alla nozione di "utilizzo legittimo" di cui alla lettera b) di tale disposizione e, in ogni caso, non soddisfa le condizioni di applicazione dell'articolo 5, paragrafo 5, di detta direttiva».

59 — Ibidem.

60 — Sentenza del 5 giugno 2014, Public Relations Consultants Association (C-360/13, EU:C:2014:1195, punto 53 e giurisprudenza citata).