

*An English translation is available at the end of the document.*

## **Wi-Fi gratuito e responsabilità degli intermediari. Ancora alla ricerca di un «giusto equilibrio»**

di Edoardo Celeste

SOMMARIO: 1. Gli intermediari nel diritto europeo. Un ritratto stile Rembrandt. – 2. Wi-Fi gratuito come nuovo modello di servizio della società dell'informazione. Il problema della remunerazione. – 3. L' esercente come intermediario di semplice trasporto. I limiti di un' interpretazione estensiva. – 4. Responsabilità degli intermediari. Una soluzione incoerente. – 5. Nuovi obblighi degli intermediari. Password e identificazione degli utenti. – 6. Ancora alla ricerca di un «giusto equilibrio».

### **1. Gli intermediari nel diritto europeo. Un ritratto stile Rembrandt.**

Gli appassionati di fotografia e gli esperti di storia dell'arte saranno senza dubbio familiari con la tecnica di illuminazione cosiddetta «alla Rembrandt». Si tratta di un effetto di luce reso illuminando solo parte della figura dipinta e lasciando la porzione restante nell'oscurità.

In campo normativo, tale tecnica non è una altrettanto apprezzabile virtù artistica. Eppure, il ritratto tratteggiato dal diritto europeo in materia di responsabilità dei prestatori intermediari di servizi della società dell'informazione sembra volere imitare proprio questa caratteristica del famoso pittore olandese.

La direttiva n. 31/2000 CE, c.d. direttiva sul commercio elettronico, traspunta in Italia dal d. legis. n. 70/2003, prevede un regime di esonero di responsabilità per determinate categorie di

prestatori intermediari di servizi della società dell'informazione<sup>1</sup>. In particolare, al riconoscimento della natura «meramente tecnica, automatica e passiva» dell'attività dell'intermediario corrisponde un regime di esonero di responsabilità per le informazioni trasmesse o memorizzate<sup>2</sup>.

Quanto appena riportato rappresenta la parte illuminata del ritratto normativo in tema di responsabilità degli intermediari. Paradossalmente, il chiaroscuro che circonda questa porzione di quadro ha origine dallo stesso testo della direttiva sul commercio elettronico. Quest'ultima, infatti, al fine di contemperare l'esigenza di salvaguardare i diritti di proprietà intellettuale, prevede la possibilità per le autorità giudiziarie o amministrative nazionali di adottare ingiunzioni nei confronti degli intermediari al fine di far cessare o prevenire la reiterazione di possibili violazioni<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Artt. 12-14 dir. n. 31/2000 CE e artt. 14-16 d. legis. n. 70/2003.

<sup>2</sup> Artt. 12-14 e cons. 42 dir. n. 31/2000 CE. A tal proposito si veda MANTELEO, *Responsabilità aquiliana per uso della Rete e responsabilità del provider*, in DELFINI-FINOCCHIARO, *Diritto dell'informatica*, UTET, 2014, 785; BELLIA-BELLOMO-MAZZONCINI, *La responsabilità civile dell'Internet Service Provider per violazioni del diritto d'autore*, in *Dir. ind.*, 2012, IV, 346; DERIEUX, *Neutralité et responsabilité des intermédiaires de l'Internet. Mythe ou réalité du principe de «neutralité» ?*, in *La Semaine Juridique*, Edition Générale, n. 13, 26 Mars

2012, doct. 386; REED, *Internet Law*, Cambridge University Press, 2004, 134 ss.

<sup>3</sup> Art. 12, comma 3°, art. 13, comma 2°, e art. 14, comma 3°, dir. n. 31/2000 CE. V. art. 8 e cons. 29 dir. n. 29/2001 CE in materia di diritto d'autore e diritti connessi nella società dell'informazione. Si veda a tal proposito VAN ECKE, *Online service providers and liability: A plea for a balanced approach*, in *Common Market Law Review*, 2011, vol. 48, issue 5, 1455; con approccio comparativo WAELDE, *Search Engines and Copyright: Shaping Information Markets*, in EDWARDS-WAELDE (a cura di), *Law and the Internet*, 3ª ed., Hart, 2009, 227.

Nel corso degli anni, la Corte di giustizia europea ha avuto modo di precisare i limiti della responsabilità degli intermediari e, in particolare, di tale potere di ingiunzione. Così facendo, tuttavia, i giudici di Lussemburgo hanno forgiato una figura di intermediario meno tutelato in termini di responsabilità e maggiormente gravato da obblighi di prevenzione di possibili violazioni.

È stata così tratteggiata un'altra porzione del quadro della responsabilità degli intermediari. L'ispirazione rembrandtiana dell'opera dei giudici di Kirchberg è chiara. La Corte di giustizia, con una tecnica di chiaroscuro normativo, ha completato il volto dell'intermediario iniziato dal legislatore europeo, dipingendo una figura scura e indefinita al di fuori del cono di luce della direttiva.

Da un punto di vista giuridico, infatti, il dilemma non risiede solo nella discrasia tra le due porzioni di ritratto, ma anche nella natura eccessivamente vaga delle indicazioni fornite dalla Corte di giustizia in merito agli obblighi cui possono essere sottoposti gli intermediari. L'intervento giurisprudenziale, di fatto, non contribuisce al perseguimento di un obiettivo di certezza del diritto. È però doveroso ricordare che sarebbe compito del legislatore, sia europeo sia nazionale, assicurare dal principio una definizione chiara delle responsabilità e degli obblighi in materia.

La direttiva sul commercio elettronico ormai risale a ben diciassette anni fa, «che nell'era dei bit corrisponde a quasi un secolo»<sup>4</sup>. Tanto lo scenario, quanto il soggetto di tale quadro normativo sono mutati nel corso del tempo. Negli anni, la Corte di giustizia si è trovata dinnanzi a modelli economici, tecnologici e sociali ben differenti rispetto a quelli inizialmente presi in considerazione dal legislatore europeo. Da ultimo, l'esempio delle sempre più diffuse reti Wi-Fi aperte al pubblico offerte a titolo gratuito da molti titolari di esercizi commerciali e ricettivi. Analizzando tale fattispecie nella recente causa *Mc Fadden* /

---

<sup>4</sup> MELZI D'ERIL-POLLICINO, *Contenuti e responsabilità sui social network che cambiano*, *Il Sole 24Ore*, 19 ottobre 2016.

*Sony*, la Corte di Lussemburgo ha dato nuovamente prova di dover forzare l'originaria architettura normativa della direttiva<sup>5</sup>. Questa volta, inoltre, la soluzione prospettata al giudice nazionale rischia di ostacolare l'espansione di un nuovo modello economico, senza alcuna certezza che essa possa garantire in concreto un equilibrio fra gli interessi in gioco.

Partendo dal riconoscimento di tale rischio, questo saggio si concentrerà sull'analisi delle tematiche connesse alla responsabilità e agli obblighi degli intermediari che offrono gratuitamente accesso a Internet tramite una rete Wi-Fi aperta al pubblico, con particolare attenzione agli esercenti commerciali e ricettivi. Il fine del saggio è quello di dimostrare come il quadro normativo in materia risulti ormai superato e bisognoso di riorganizzazione. In primo luogo, si descriverà come l'offerta di Wi-Fi gratuito da parte degli esercenti rappresenti una novità nel panorama dei servizi della società dell'informazione. Quindi si analizzerà criticamente la forzatura operata dalla giurisprudenza al fine di assoggettare tale modello alla disciplina della direttiva sul commercio elettronico. In seguito, si tratterà delle condizioni che l'esercente deve soddisfare al fine di essere qualificato come prestatore intermediario e beneficiare del regime di esonero di responsabilità per le violazioni commesse tramite la propria rete Wi-Fi. Una volta definita l'applicabilità della normativa sul commercio elettronico al caso di specie, si dedicherà la parte centrale di questo saggio all'esame del regime di responsabilità dell'esercente e degli obblighi cui potrebbe essere sottoposto dall'autorità giudiziaria o amministrativa. Infine, si concluderà con un apprezzamento circa la precaria soluzione di bilanciamento tra i diritti in gioco offerta dalla giurisprudenza europea e un appello a favore di una riforma della normativa in materia di responsabilità degli intermediari.

<sup>5</sup> CORTE GIUST. UE, 15.9.2016, causa C-484/14, in *Dir. inf.*, 2016, III, 563 ss. V. SIROTTI GAUDENZI, *Il giudice può imporre a chi gestisce una rete wifi gratuita di identificare gli utenti*, in *Guida al dir.*, 2016, XLIII, 94 ss.

## 2. Wi-Fi gratuito come nuovo modello di servizio della società dell'informazione. Il problema della remunerazione.

Il Wi-Fi è una tecnologia che consente a più dispositivi di collegarsi tra loro per formare una rete senza fili di area locale (in inglese, Wireless Local Area Network o WLAN). Più precisamente, esso designa l'adozione di uno specifico standard stabilito a partire dal 1997 dall'Istituto degli Ingegneri Elettrici e Elettronici e chiamato IEEE 802.11<sup>6</sup>.

In questo saggio si seguirà la pratica linguistica in uso e si designerà l'adozione del protocollo IEEE 802.11 per la creazione di una rete senza fili di area locale che consente l'accesso a Internet con il nome di 'Wi-Fi'<sup>7</sup>. Oggi, infatti, il Wi-Fi è una realtà comune in molti ambiti, dalle abitazioni private ai luoghi pubblici. In particolare, è sempre più diffusa la pratica da parte degli esercenti commerciali e ricettivi di offrire come servizio accessorio rispetto alla loro principale attività la possibilità di connettersi gratuitamente a Internet tramite una rete Wi-Fi. È ormai comune vedere su insegne e vetrine il logo Wi-Fi e, in alcuni casi, si è creato un vero e proprio modello commerciale che punta ad attrarre il consumatore tramite l'offerta di Wi-Fi gratuito<sup>8</sup>.

Da un punto di vista giuridico, tale modello presenta profonde differenze rispetto a quello preso in considerazione al tempo della redazione della direttiva sul commercio elettronico. Come conseguenza, la qualificazione della fornitura di accesso a Internet tramite rete Wi-Fi gratuita come

servizio della società dell'informazione risulta tutt'altro che evidente. Tale inquadramento, tuttavia, è necessario al fine di garantire l'applicabilità della direttiva sul commercio elettronico e, conseguentemente, la possibilità per il prestatore intermediario del servizio di usufruire di un regime di esonero di responsabilità in caso di illeciti perpetrati dagli utenti della rete Wi-Fi.

Tramite un rinvio all'art. 1(2) della direttiva n. 34/98 CE, che regola una procedura d'informazione in ambito di servizi della società dell'informazione, l'art. 2 della direttiva sul commercio elettronico definisce i servizi della società dell'informazione come «qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi». L'art. 12, inoltre, fa riferimento al «servizio della società dell'informazione consistente nel [...] fornire un accesso alla rete di comunicazione».

Alla luce di tali disposizioni, è evidente che, se da una parte l'offerta di Wi-Fi gratuito potrebbe essere definita ai sensi dell'art. 12 come fornitura di accesso a una rete di comunicazione, e quindi come servizio della società dell'informazione, dall'altra, il primo elemento richiesto dalla definizione di cui all'art. 2, ossia la retribuzione del servizio, sembra essere senza dubbio assente dalla fattispecie in esame.

Tuttavia, la presenza dell'avverbio 'normalmente' potrebbe condurre a una interpretazione favorevole all'inquadramento della fattispecie come servizio della società

<sup>6</sup> V. 'wi-fi' in *Treccani.it*, 2017; [http://grouper.ieee.org/groups/802/11/Reports/802.11\\_Timelines.htm](http://grouper.ieee.org/groups/802/11/Reports/802.11_Timelines.htm).

<sup>7</sup> 'Wi-Fi' è in realtà il nome di un marchio di proprietà della Wi-Fi Alliance, organizzazione senza fini di lucro creata appositamente per certificare l'interoperabilità dei dispositivi che si basano sul summenzionato standard (v. <http://www.wi-fi.org/who-we-are/history>). Il nome 'Wi-Fi' fu originariamente coniato dalla società americana Interbrand per la Wi-Fi Alliance e sta per 'wireless fidelity', nome che riecheggia la 'high fidelity' che dà origine al sostantivo 'Hi-Fi' (v. <http://interbrand.com/work/catchier-than-ieee-802-11b-welcome-wi-fi>). Anche il noto logo dell'organizzazione fu creato dalla Interbrand e rappresenta la parola 'Wi-Fi' su una forma in bianco e nero che ricorda la tradizionale

rappresentazione dello *yin* e dello *yang* della filosofia cinese, proprio a sottolineare il concetto di fusione e interoperabilità (v. Wi-Fi ALLIANCE, *Securing Wi-Fi Wireless Networks with Today's Technologies*, 2003, [http://www.netsense.info/downloads/Whitepaper\\_Wi-Fi\\_Networks2-6-03.pdf](http://www.netsense.info/downloads/Whitepaper_Wi-Fi_Networks2-6-03.pdf)).

<sup>8</sup> L'uso del logo della Wi-Fi Alliance (v. nota precedente) è a volte improprio, in quanto esso certifica il rispetto di uno standard da parte di un dispositivo e non la presenza di una rete locale senza fili, graficamente rappresentata invece con tre linee curve che sormontano un punto centrale. Per un esempio estero di modello commerciale basato sull'offerta di Wi-Fi, si pensi alla nota catena di caffè Starbucks; mentre per un esempio italiano, si pensi all'attivazione da luglio 2016 in tutti gli autogrill della nostra rete autostradale di punti Wi-Fi gratuiti.

dell'informazione. Intendendo 'normalmente' nel senso di 'di norma', 'nella maggior parte dei casi', si potrebbe argomentare che la fornitura di accesso a Internet tramite rete Wi-Fi avvenga 'di norma' dietro retribuzione<sup>9</sup>. Intuitivamente, infatti, i casi in cui l'accesso a Internet tramite rete Wi-Fi sia a pagamento – si pensi alle connessioni a Internet nelle abitazioni private – rappresentano la norma rispetto alla circostanza in cui tale accesso avvenga gratuitamente.

La Corte di giustizia UE, nella recente causa *Mc Fadden*, pur giungendo alla medesima conclusione nel senso della qualificazione della fornitura di Wi-Fi gratuito come servizio della società dell'informazione, ha respinto tale interpretazione. In *Mc Fadden* i giudici di Lussemburgo hanno qualificato l'accesso gratuito a Internet tramite una rete Wi-Fi come servizio della società dell'informazione in quanto tale accesso è offerto a titolo promozionale ed è riscontrabile una remunerazione di tipo indiretto, ossia non corrisposta direttamente dai destinatari del servizio. In *Mc Fadden* un rivenditore di articoli di illuminazione offriva per fini pubblicitari l'accesso gratuito a Internet tramite una rete Wi-Fi aperta al pubblico. La Corte di giustizia ha sostenuto che il costo del Wi-Fi non fosse direttamente pagato dai destinatari del servizio, ma fosse traslato dall'esercente sui prezzi di rivendita dei prodotti.

Tale approccio appare in linea con la giurisprudenza della Corte in merito alla definizione di servizio data all'art. 57 TFUE, cui indirettamente la direttiva sul commercio elettronico rinvia<sup>10</sup>. In *Bond van Adverteerders e Deliège* i giudici di Lussemburgo avevano precisato che la natura economica di un servizio è fatta salva anche se quest'ultimo non è retribuito direttamente dai propri destinatari<sup>11</sup>. Inoltre, la stessa direttiva sul commercio

elettronico, al considerando 18, in merito alla definizione di servizio della società dell'informazione, specifica che «[n]on sempre si tratta di servizi che portano a stipulare contratti in linea ma anche di servizi non remunerati dal loro destinatario». Infine, proprio applicando la disciplina dettata dalla direttiva sul commercio elettronico, in *Papasavvas* la Corte aveva affermato che la pubblicazione di articoli su siti web di notizie può essere qualificata come servizio della società dell'informazione, anche se questo non sia direttamente remunerato dai propri destinatari – i lettori dei siti – bensì dalle inserzioni pubblicitarie presenti sui siti stessi<sup>12</sup>.

### **3. L'esercente come intermediario di semplice trasporto. I limiti di un'interpretazione estensiva.**

Dopo aver qualificato la fornitura di accesso gratuito a Internet tramite rete Wi-Fi come servizio della società dell'informazione, occorre appurare se il titolare di un esercizio commerciale o ricettivo possa beneficiare del regime di esonero di responsabilità previsto dalla normativa sul commercio elettronico.

La direttiva sul commercio elettronico distingue tre tipi di intermediari. Il primo tipo è quello dell'intermediario che si limita a trasmettere informazioni o fornire accesso a una rete di comunicazione (c.d. 'semplice trasporto'); il secondo tipo corrisponde all'intermediario che memorizza temporaneamente informazioni al solo scopo di facilitarne la trasmissione (c.d. 'caching'); mentre il terzo tipo riguarda l'intermediario che memorizza le informazioni a richiesta del destinatario del servizio (c.d. 'hosting')<sup>13</sup>. La ratio dell'esonero di responsabilità degli

<sup>9</sup> Questa sembra essere l'interpretazione adottata per esempio dal giudice di rinvio in CORTE GIUST. UE, 15.9.2016, causa C-484/14, in *Dir. inf.*, 2016, III, 563 ss.

<sup>10</sup> Secondo i considerando 2 e 19 della dir. n. 48/98 CE, l'interpretazione della nozione di «servizio» impiegata nella dir. n. 34/98 CE deve essere in linea con quella dell'articolo 57 TFUE. A sua volta, la direttiva sul commercio elettronico rimanda alla definizione di 'servizio della società dell'informazione' data dalla dir. n. 34/98 CE.

<sup>11</sup> Rispettivamente CORTE GIUST. UE, 26.04.1988, causa 352/85, punto 16, in *Foro it.*, 1988, IV, 309, con nota di TIZZANO; CORTE GIUST. UE, 13.04.2000, cause riunite C-51/96 e C-191/97, punto 56, in *Riv. dir. sport.*, 2001, 459, con nota di BASTIANON.

<sup>12</sup> CORTE GIUST. UE, 11.09.2014, causa C-291/13.

<sup>13</sup> Artt. 12-14 dir. n. 31/2000 CE e artt. 14-16 d. legis. n. 70/2003.

intermediari si fonda sul presupposto che l'attività di tali soggetti sia neutra nei confronti delle informazioni trasmesse o memorizzate. La limitazione di responsabilità, pertanto, concerne esclusivamente il contenuto dell'informazione<sup>14</sup>.

Si è già visto come, ai sensi dell'art. 12 della direttiva sul commercio elettronico, la prestazione di 'semplice trasporto' possa consistere nel fornire accesso a una rete di comunicazione. Tale circostanza sembra perfettamente ricalcare il caso di specie in cui l'esercente mette a disposizione una rete Wi-Fi per accedere a Internet. Tuttavia, l'art. 12 subordina l'applicabilità del regime di esonero di responsabilità previsto per gli intermediari di semplice trasporto a tre ulteriori condizioni. Segnatamente, il prestatore non deve dare origine alla trasmissione delle informazioni, non deve selezionare il destinatario e non deve alterare le informazioni trasmesse.

Nella fattispecie in esame non si riscontra particolare difficoltà nel constatare che tutte e tre le condizioni appena enunciate risultano soddisfatte dall'esercente. Si può pertanto concludere che l'esercente che presta gratuitamente un servizio di fornitura di accesso a Internet tramite rete Wi-Fi può beneficiare di un regime di esonero di responsabilità nei confronti di illeciti perpetrati attraverso la propria rete.

Questa conclusione, cui perviene anche la Corte di giustizia europea in *Mc Fadden*, appare senz'altro lineare. In realtà, tuttavia, essa rappresenta un'estensione – per non dire una forzatura o uno stravolgimento – della nozione di servizio di semplice trasporto.

È interessante infatti osservare come storicamente la direttiva sul commercio elettronico prendesse a modello un diverso ecosistema economico. Elaborata alla fine degli anni '90, la direttiva non poteva immaginare che la fornitura di accesso a una rete di comunicazione potesse avvenire per opera di un soggetto diverso da una grande compagnia di

telecomunicazioni e senza retribuzione diretta.

Nel caso di specie, invece, il servizio di fornitura di accesso alla rete Wi-Fi è offerto da un esercente, non rappresenta l'attività principale di quest'ultimo e non è direttamente remunerato dai propri destinatari. Questo spiega anche perché in *Mc Fadden* il giudice nazionale, nonostante l'apparente chiarezza del dettato normativo, abbia sottoposto alla Corte di giustizia ben quattro questioni pregiudiziali sul significato dell'espressione «fornire un accesso alla rete di comunicazione», sulle implicazioni dell'utilizzo del termine «prestatore» e sui requisiti che tale prestatore deve soddisfare<sup>15</sup>.

Secondo i giudici di Lussemburgo, il giudice nazionale domanda se sia necessaria la presenza di un contratto tra prestatore e destinatario del servizio o se sia rilevante un'attività di promozione pubblicitaria del servizio a causa dell'ambivalenza di uno specifico termine utilizzato nella versione tedesca della direttiva<sup>16</sup>.

Tali interrogativi, tuttavia, non sono meramente frutto della puntigliosità della lingua del giudice nazionale: la realtà, infatti, dimostra che la presenza di un contratto e di un'attività di promozione pubblicitaria costituisce la norma nell'ambito dei servizi di accesso a Internet offerti dalle compagnie di telecomunicazioni. Diciassette anni fa, probabilmente, il legislatore europeo aveva in mente tale tipo di attori quando definì il regime di limitazione di responsabilità in caso di 'semplice trasporto'.

Il modello economico del Wi-Fi gratuito negli esercizi commerciali e ricettivi è del tutto diverso. Ciò conduce a riflettere sulla validità ai nostri giorni del testo della direttiva sul commercio elettronico nonché sui limiti dell'interpretazione estensiva operata dalla Corte di giustizia. Oggi, la fornitura di accesso a Internet mediante rete Wi-Fi non solo è servizio comunemente offerto al fine di promuovere le attività degli esercenti, ma è divenuto anche un vero e proprio obiettivo di politica pubblica<sup>17</sup>. Sempre più città, università, scuole e persino luoghi di culto offrono una rete

<sup>14</sup> V. MANTELERO, *Responsabilità aquiliana per uso della Rete e responsabilità del provider*, in DELFINI-FINOCCHIARO, *Diritto dell'informatica*, UTET, 2014, 785 ss.

<sup>15</sup> Questioni seconda, terza, settima e ottava.

<sup>16</sup> CORTE GIUST. UE, 15.9.2016, causa C-484/14, punto 55 ss.

<sup>17</sup> V. i dettagli del progetto 'WIFI4EU' in COMMISSIONE EUROPEA, *Stato dell'Unione 2016*, IP/16/3008, 14 settembre 2016, nonché la Proposta di Regolamento del

Wi-Fi gratuita e aperta al pubblico<sup>18</sup>. In linea di principio, anche tali soggetti dovrebbero godere delle medesime limitazioni di responsabilità stabilite dalla direttiva sul commercio elettronico<sup>19</sup>.

Si è appurato che il fatto che il servizio di fornitura di accesso alla rete non costituisca l'attività principale del prestatore non è rilevante al fine di stabilire l'applicabilità della direttiva sul commercio elettronico. Tuttavia, resta il problema della remunerazione. I giudici di Lussemburgo hanno ribadito come la definizione di servizio della società dell'informazione, infatti, non possa prescindere dal fatto che quest'ultimo sia esercitato nel contesto di un'attività economica. Occorre pertanto domandarsi: dove risiede la natura economica di soggetti come scuole, municipi, università o luoghi di culto? Come possono essi rientrare nell'ambito di applicazione della direttiva sul commercio elettronico?

Di certo, una risposta a questa domanda sarebbe più meritevole di attenzione da parte del legislatore, libero di manovrare il timone della politica pubblica, piuttosto che del giudice, in teoria mera «bouche de la loi».

#### **4. Responsabilità degli intermediari. Una soluzione incoerente.**

All'epoca della redazione della direttiva sul commercio elettronico, Internet è un mezzo di comunicazione in forte ascesa e i titolari dei diritti di proprietà intellettuale, non potendo

agire contro ignoti per le violazioni dei diritti subite in rete, preferiscono fare degli intermediari il proprio capro espiatorio<sup>20</sup>. Preoccupato che questa tendenza potesse frenare lo sviluppo del commercio elettronico all'interno della comunità, il legislatore europeo adotta la direttiva sul commercio elettronico e, a seguire, le direttive n. 29/2001 CE e n. 48/2004 CE, rispettivamente sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, e sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale.

Al fine di bilanciare le posizioni dei titolari di diritti di proprietà intellettuale e dei prestatori intermediari, la direttiva sul commercio elettronico opta per una soluzione di compromesso in tema di responsabilità. Da una parte, si riconosce che l'intermediario è per definizione un soggetto che svolge un'attività «meramente tecnica, automatica e passiva»<sup>21</sup> e, pertanto, si esclude che esso possa rispondere del contenuto delle informazioni trasmesse – nel caso del semplice trasporto – o memorizzate – nel caso del *caching* e dell'*hosting*. Dall'altra, si impone all'intermediario di agire prontamente per impedire o porre fine a eventuali illeciti, a seguito dell'ordine dell'autorità giudiziaria o amministrativa – nel caso del semplice trasporto – o non appena abbia avuto conoscenza della violazione – nel caso del *caching* e dell'*hosting*<sup>22</sup>.

Di qui il paradosso degli intermediari che, da soggetti ritenuti passivi, sono costretti a tramutarsi in «sceriffi della rete» per il semplice fatto che possono agevolmente incidere sulle attività degli utenti<sup>23</sup>.

Parlamento europeo e del Consiglio che modifica i regolamenti (UE) n. 1316/2013 e (UE) n. 283/2014 per quanto riguarda la promozione della connettività internet nelle comunità locali, COM(2016) 589 final, 14 settembre 2016.

<sup>18</sup> Nei *länder* tedeschi di Berlino e Brandeburgo la Chiesa evangelica ha recentemente lanciato un servizio di fornitura di accesso a Internet denominato 'Godspot' (<https://godspot.de>).

<sup>19</sup> Cfr. HOEREN-YANKOVA, *The liability of Internet intermediaries - the German perspective*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2012, vo. 43, issue 5, 501, che affrontano, da una prospettiva di diritto tedesco, il tema della responsabilità del soggetto privato che non protegge la propria rete Wi-

Fi (sez. VII) e dell'intermediario che fornisce accesso a Internet (sez. VIII).

<sup>20</sup> MUIR, *Online copyright enforcement by Internet Service Providers*, in *Journal of Information Science*, 2012, vol. 39, issue 2, 256.

<sup>21</sup> Cons. 42 dir. n. 31/2000 CE.

<sup>22</sup> Artt. 12-14 dir. n. 31/2000 CE e artt. 14-16 d. legis. n. 70/2003. V. MANTELERO, *La responsabilità degli intermediari di rete nella giurisprudenza italiana alla luce del modello statunitense e di quello comunitario*, in *Contr. impr. Eur.*, 2010, II, 529.

<sup>23</sup> MANTELERO, *La responsabilità on-line: il controllo nella prospettiva dell'impresa*, in *Dir. inf.*, 2010, III, 405; v. BERTONI-MONTAGNANI, *Il ruolo degli intermediari Internet tra tutela del diritto d'autore e valorizzazione della creatività in rete*, in *Giur. comm.*, 2013, III, 537 ss.

La delimitazione della responsabilità degli intermediari risente di questo duplice ruolo creato dalla normativa. In *Mc Fadden*, infatti, i giudici di Lussemburgo ribadiscono che una domanda volta ad accertare la responsabilità dell'intermediario di semplice trasporto per gli illeciti commessi da terzi attraverso la propria rete non può in ogni caso essere ammessa. Di conseguenza, anche una eventuale richiesta accessoria di rimborso delle spese legali o di diffida connessa a un tale procedimento deve essere esclusa<sup>24</sup>. Allo stesso tempo, tuttavia, la Corte, considerata la possibilità del titolare di un diritto violato di chiedere un'ingiunzione volta a impedire o prevenire la continuazione dell'illecito<sup>25</sup>, stabilisce che, in tale contesto, una eventuale domanda accessoria di rimborso delle spese legali e di diffida possa essere ammessa<sup>26</sup>.

Con questa soluzione, la Corte di giustizia senza dubbio dimostra di essere eccellente interprete del 'rembrandtismo normativo' in materia di responsabilità degli intermediari. I giudici di Lussemburgo, di fatto, alterano il principio di irresponsabilità degli intermediari di semplice trasporto. Al contrario dei prestatori di servizi di *hosting*, infatti, gli intermediari di semplice trasporto non sono tenuti ad attivarsi per impedire gli illeciti perpetrati da terzi tramite la rete Wi-Fi da loro offerta<sup>27</sup>. Essi, limitandosi a fornire accesso a una rete di comunicazione, svolgono una funzione completamente neutra nei confronti delle informazioni trasmesse attraverso la rete. In ragione di tale neutralità, la direttiva sul commercio elettronico impone loro un obbligo di attivazione solo *a seguito* di un'ingiunzione dell'autorità giudiziaria o amministrativa. Essi

non sono dunque tenuti a prevenire o a impedire la commissione di un illecito attraverso la loro rete *prima* di essere ingiunti a operare in tal senso.

Perché dunque un intermediario dovrebbe sostenere i costi legali e di diffida volti a ottenere un'ingiunzione nei suoi confronti, se prima di tale ordine egli non è tenuto ad alcun obbligo positivo di comportamento?

Lo spettatore inizia a scorgere i tratti del volto degli intermediari inizialmente lasciati nell'oscurità del quadro normativo. Dalla penombra emergono gli obblighi, a prima vista nascosti, che l'autorità giudiziaria o amministrativa può imporre all'intermediario.

## **5. Nuovi obblighi degli intermediari. Password e identificazione degli utenti.**

Analizzando gli obblighi che la giurisprudenza ha posto in capo agli intermediari di semplice trasporto, si può comprendere appieno l'incoerenza del quadro normativo in analisi. La presunta natura tecnica, neutra e passiva dell'attività degli intermediari che la direttiva sul commercio elettronico prende a modello per stabilirne il regime di responsabilità viene meno dinnanzi agli obblighi imposti agli intermediari in caso di violazioni di diritti di proprietà intellettuale.

La Corte di giustizia europea in *Promusicae* aveva affermato la necessità, in sede di trasposizione e interpretazione di direttive, di conciliare i diritti coinvolti al fine di assicurare un «giusto equilibrio»<sup>28</sup>. Questo è il parametro che l'autorità giudiziaria o amministrativa nazionale deve adoperare al fine di individuare

<sup>24</sup> CORTE GIUST. UE, 15.9.2016, causa C-484/14, punto 75.

<sup>25</sup> Art. 12, comma 3°, dir. n. 31/2000 CE.

<sup>26</sup> CORTE GIUST. UE, 15.9.2016, causa C-484/14, punto 76 ss.

<sup>27</sup> V. artt. 12 e 14 dir. n. 31/2000 CE e artt. 14 e 16 d. legis. n. 70/2003. Cfr. CORTE EUR. DIR. UOMO, 16.06.2015, ric. n. 64569/09, *Delfi AS c. Estonia*. Per effettuare un paragone, si veda in materia di responsabilità dell'*hosting provider* RODEAN, *Responsabilità del gestore del mercato online per le violazioni ai diritti di marchio altrui*, in *Dir. pub. comp. eur.*, 2011, IV, 1594; SCHRIJVERS, *European Court rules on the position of eBay regarding sale of*

*infringing products: L'Oreal v eBay*, in *European Intellectual Property Review*, 2011, vol. 33, issue 11, 723. Sul tema della responsabilità dell'*hosting provider* nel panorama giurisprudenziale italiano si rimanda a BUGIOLACCHI, *Ascesa e declino della figura del provider «attivo»? Riflessioni in tema di fondamento e limiti del regime privilegiato di responsabilità dell'hosting provider*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, IV, 1261.

<sup>28</sup> CORTE GIUST. CE, 29.01.2008, causa C-275/06, in *AIDA*, 2008, 427, con nota di SARTI, punto 70. Cfr. MELIS, *La Corte di giustizia Ue pone limitazioni alla tutela del copyright sulla rete*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, VI, 632.

la misura da imporre all'intermediario di semplice trasporto.

L'ingiunzione, infatti, se da una parte mira a tutelare il diritto alla tutela della proprietà intellettuale enunciato all'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dall'altra rappresenta un'interferenza alla libertà d'impresa dell'intermediario e al diritto a essere informati degli utilizzatori della rete, entrambi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali rispettivamente agli artt. 16 e 11.

Innanzitutto, la Corte di giustizia in *Telekabel* ha chiarito che il contenuto dell'ingiunzione dell'autorità nazionale può essere generico<sup>29</sup>. Secondo i giudici di Lussemburgo è dunque possibile lasciare all'intermediario la scelta della misura che ritenga più opportuna al fine di impedire o prevenire la commissione di un illecito. Tale soluzione è criticabile sia da un punto di vista teorico sia pratico. Da una parte, infatti, delegare la scelta della misura da porre in atto all'intermediario garantisce a quest'ultimo maggiore flessibilità e, conseguentemente, migliore adattabilità al contesto specifico in cui opera. Dall'altra, tuttavia, affidare a un mero operatore commerciale l'arduo compito di garantire il giusto equilibrio dei diritti in gioco appare senza dubbio sproporzionato. Tale soluzione non solo non tende a garantire la certezza del diritto, ma espone anche l'intermediario a potenziali contestazioni circa

<sup>29</sup> CORTE GIUST. UE, 27.03.2014, causa C-314/12. Per un'accurata panoramica sui limiti delle ingiunzioni in caso di violazioni di diritti di proprietà intellettuale online a seguito della sentenza *Telekabel* si rimanda a ANGELOPOULOS, *Are blocking injunctions against ISPs allowed in Europe? Copyright enforcement in the post-Telekabel EU legal landscape*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2014, 812. Sul tema si veda, inoltre, SALVATO, *La Corte di giustizia si pronuncia sulla tutela del diritto d'autore online*, in *Giur. it.*, dicembre 2014, 2754; e, critica nei confronti della risposta fornita dalla Corte, IDOT, *Droit d'auteur et obligations d'un FAI de mettre fin à une utilisation illicite de sites*, in *Europe*, n. 5, Mai 2014, comm. 229.

<sup>30</sup> L'Avvocato generale, nelle proprie conclusioni nella causa *Mc Fadden* (punto 119), sostiene la necessità di almeno una verifica da parte del giudice delle misure adottate dall'intermediario. Una semplice verifica, tuttavia, potrebbe non essere sufficiente al fine di evitare il pericolo di incertezza giuridica. La proposta di possibili soluzioni concrete da parte del giudice, invece, potrebbe

la misura concretamente adottata, accrescendo ulteriormente i propri margini di responsabilità. Una scelta così delicata dovrebbe essere demandata, di preferenza, al giudice, se non addirittura al legislatore, se si intende far prevalere una maggiore omogeneità rispetto a una flessibilità applicativa<sup>30</sup>.

Inoltre, la Corte di giustizia europea, in *Scarlet* e *Mc Fadden*, ha rispettivamente escluso la liceità di misure quali il filtraggio preventivo delle informazioni trasmesse o il blocco dell'intera rete<sup>31</sup>. Un sistema di filtraggio delle informazioni trasmesse, in primo luogo, è contrario all'art. 15 della direttiva sul commercio elettronico che vieta agli Stati membri di imporre agli intermediari un obbligo di sorveglianza sulle informazioni trasmesse o memorizzate e, in secondo luogo, non porrebbe a un giusto equilibrio con gli altri diritti fondamentali in gioco. Allo stesso modo, la misura consistente nel blocco della rete Wi-Fi risulta sproporzionata, in quanto costituirebbe una grave violazione della libertà d'impresa dell'intermediario.

La recente causa *Mc Fadden* ha particolare valore in tema di definizione dei limiti del potere ingiuntivo nei confronti degli intermediari. In primo luogo, si tratta della prima decisione della Corte di giustizia in cui l'intermediario di semplice trasporto non è una grande compagnia di telecomunicazioni, ma un semplice esercente commerciale<sup>32</sup>. In secondo

consentire all'intermediario di scegliere se intraprendere la strada sicura indicata dall'autorità giudiziaria o percorrere a proprio rischio una via sconosciuta.

<sup>31</sup> CORTE GIUST. UE, 24.11.2011, causa C-70/10, in *Europa Dir. Priv.*, 2012, II, 663, con nota di D'ANGELO; CORTE GIUST. UE, 15.9.2016, causa C-484/14. A tal proposito si veda, inoltre, COLANGELO, *Internet e sistemi di filtraggio tra enforcement del diritto d'autore e tutela dei diritti fondamentali: un commento ai casi Scarlet e Netlog*, in questa rivista, 2012, 580; FINOCCHIARO, *Filtering e responsabilità del provider*, in *AIDA*, 2010, XIX, 340; KULK-BORGESIU, *Filtering for copyright enforcement in Europe after the Sabam cases*, in *European Intellectual Property Review*, 2012, vol. 34, issue 11, 791; ANGELOPOULOS, *op. cit.*

<sup>32</sup> In *Promusicae*, *Scarlet* e *Telekabel* gli intermediari coinvolti erano le compagnie di telecomunicazione Telefónica, Scarlet e Telekabel.

luogo, la Corte, per la prima volta in tale contesto, conferma la validità di uno specifico contenuto dell'ingiunzione dell'autorità nazionale. In particolare, la Corte stabilisce la compatibilità con il diritto dell'Unione della misura consistente nella protezione del Wi-Fi mediante password, alla condizione che gli utenti rivelino la propria identità al fine di accedere alla rete.

Innanzitutto, occorre rilevare come, al momento attuale, l'esercente italiano dovrebbe confrontarsi con due regole palesemente contrastanti<sup>33</sup>. Infatti, al contrario di quanto disposto dalla Corte di giustizia, il d.l. n. 69/2013 (c.d. decreto «del fare»), convertito con modificazioni dalla l. n. 98/2013, ha definitivamente eliminato l'obbligo a carico dei prestatori di fornitura di accesso a reti Wi-Fi di identificare preliminarmente i propri utenti. Tale obbligo era stato originariamente introdotto dall'art. 7 del d.l. n. 144/2005 (c.d. decreto Pisanu) convertito con l. n. 155/2005 nell'ambito di misure volte al contrasto del terrorismo. Successivamente, già il d.l. n. 225/2010 (c.d. decreto «milleproroghe») aveva esonerato da tale obbligo i soggetti che fornivano accesso a una rete come attività accessoria, come nel caso degli esercenti commerciali e ricettivi.

Inoltre, come se non bastasse, occorre ricordare che l'obbligo di proteggere la rete Wi-Fi con password al fine di identificare l'utenza, validato nella recente causa *Mc Fadden* dalla Corte di giustizia europea, rappresenta un dovere imposto solamente *a seguito* di un'ingiunzione dell'autorità giudiziaria o amministrativa. Di fatto, si potrebbe dunque arrivare alla situazione paradossale di vedere esercenti che mantengono la propria rete Wi-Fi aperta e non protetta in virtù delle norme di diritto italiano e altri costretti, a seguito di

un'ingiunzione, ad adottare le misure suggerite dai giudici di Lussemburgo.

Il chiaroscuro di ispirazione rembrandtiana, risultato di combinazioni di stratificazione legislativa a livello nazionale e bizantinismi interpretativi a livello europeo, palesemente non giova alla certezza del diritto.

Tutto ciò, infine, senza considerare se la misura vagliata dal giudice europeo di fatto garantisca un adeguato bilanciamento dei diritti in gioco.

## **6. Ancora alla ricerca di un «giusto equilibrio».**

Come correttamente riconosciuto dalla Corte di giustizia in *Mc Fadden*, imporre all'intermediario l'obbligo di proteggere la propria rete Wi-Fi mediante password al fine di identificare gli utenti comporta un effetto restrittivo sia della libertà d'impresa dell'intermediario sia della libertà d'informazione degli utilizzatori di Internet. Tuttavia, la Corte avalla tale soluzione perché, di fatto, non verrebbe intaccato il «contenuto essenziale» di tali diritti, consistente rispettivamente nell'offrire l'accesso a Internet e nel trasmettere e ricevere informazioni per mezzo della rete<sup>34</sup>.

I giudici di Kirchberg, tuttavia, non considerano appieno gli effetti di tale obbligazione. In primo luogo, è vero che l'utilizzo di una password non intacca il contenuto essenziale della libertà d'impresa dell'intermediario, in quanto questi può ancora offrire il servizio di accesso a Internet, ma di fatto si tratta di un obbligo che ha ripercussioni negative a livello di attrattività e promozione nei confronti di potenziali clienti. Una minore attrattività e una minore promozione potrebbero

<sup>33</sup> Cfr. GIANNONE CODIGLIONE, *Indirizzo IP, Reti Wi-Fi e responsabilità per illeciti commessi da terzi*, in *Dir. inf.*, 2013, I, 107 ss.; v. GIOVANNELLA, *Wireless Community Networks: inquadramento legislativo e questioni di responsabilità civile nel sistema italiano*, in *Dir. inf.*, 2016, VI, 957 ss.

<sup>34</sup> CORTE GIUST. UE, 15.9.2016, causa C-484/14, punti 91-93. A tal proposito si veda SAMMARCO, *Alla ricerca del giusto equilibrio da parte della Corte di Giustizia UE nel*

*confronto tra diritti fondamentali nei casi di impiego di sistemi tecnici di filtraggio*, in *Dir. inf.*, 2012, II, 297; SPAGNOLO, *Bilanciamento tra diritto d'autore, libertà d'impresa e libertà fondamentali nella giurisprudenza recente della corte di giustizia*, in *Giur. mer.*, 2013, I, 125; PSYCHOGIOPOULOU, *Copyright enforcement, human rights protection and the responsibilities of Internet service providers after Scarlet*, in *European Intellectual Property Review*, 2012, vol. 34, issue 8, 552.

condurre a minori guadagni fino a, di fatto, eliminare qualsiasi interesse dell'intermediario a fornire tale servizio. In secondo luogo, imporre all'intermediario di identificare gli utilizzatori della propria rete implicherebbe il rispetto da parte di quest'ultimo della normativa in materia di protezione dei dati personali e, più in generale, il coinvolgimento di tale diritto fondamentale all'interno del meccanismo di bilanciamento dei diritti in gioco<sup>35</sup>.

La Corte, peraltro, in conformità con quanto affermato in *Telekabel*, ribadisce che la misura oggetto dell'ingiunzione dell'autorità nazionale, non solo deve essere proporzionata con riferimento ai diritti fondamentali in gioco, ma deve essere anche «mirata» ed «effettiva»<sup>36</sup>.

Alla luce della giurisprudenza *Telekabel*, si può comprendere come la nozione di effettività adoperata dalla Corte in sede di esame di misure finalizzate a proteggere il diritto alla tutela della proprietà intellettuale in rete sia molto flessibile, per non dire, di fatto, insussistente. In *Telekabel*, la Corte afferma che una misura è effettiva se essa ha l'effetto di impedire, rendere difficilmente realizzabile o scoraggiare seriamente la reiterazione di una violazione<sup>37</sup>. Allo stesso tempo, tuttavia, la Corte afferma che «è possibile che non esista alcuna tecnica che

consenta di porre completamente fine alle violazioni del diritto di proprietà intellettuale, o che non sia praticamente realizzabile, con la conseguenza che alcune misure adottate all'occorrenza potrebbero essere aggirate in un modo o nell'altro»<sup>38</sup>.

In *Mc Fadden*, la Corte di giustizia ritiene che l'utilizzo di una password a protezione di una rete Wi-Fi che implichi l'obbligo di rivelare la propria identità possa «dissuadere» l'utente dal reiterare violazioni di diritti d'autore<sup>39</sup>. È innegabile che, astrattamente parlando, la possibilità che la propria identità sia rivelata al titolare del diritto violato, e che questi possa agire nei confronti dell'autore della violazione, costituisca un deterrente. Tuttavia, è importante riflettere su come, in concreto, ciò possa avvenire. Si pensi al caso di un esercente: non solo questi dovrebbe proteggere la propria rete con una password, ma dovrebbe anche identificare gli utilizzatori della rete, con relativi costi da sopportare in termini di tempo e di denaro<sup>40</sup>. Inoltre, aspetto forse sottovalutato dalla Corte di giustizia, come identificare l'autore di un illecito senza la presenza di un sistema che consenta di associare i dispositivi di accesso a Internet degli utenti alle loro identità?<sup>41</sup> Non si tratta semplicemente di

<sup>35</sup> Sul contemperamento della tutela dei diritti di proprietà intellettuale con il diritto alla privacy si vedano UBERTAZZI, *Proprietà intellettuale e privacy*, in *AIDA*, 2014, I, 435; OTTOLIA, *Proprietà intellettuale e trattamento dei dati personali: riflessioni su privacy «per il sistema» e «nel sistema»*, in *AIDA*, 2010, XIX, 319; RANTOU, *The growing tension between copyright and personal data protection on an online environment: The position of Internet Service Providers according to the European Court of Justice*, in *European Journal for Law and Technology*, 2012, vol. 3, n. 2; ALBANESE, *Trasferimento di dati e responsabilità del prestatore di servizi telematici: dal «diritto secondo» al «diritto primo»*, in *AIDA*, 2010, XIX, 354. Le principali pronunce della Corte di giustizia europea in materia sono CORTE GIUST. CE, 29.01.2008, causa C-275/06, in *AIDA*, 2008, 427, con nota critica di SARTI; CORTE GIUST. UE, 19.02.2009, causa C-557/07, in *AIDA*, 2009, XVIII, 398, con nota di GALLI; CORTE GIUST. UE, 19.04.2012, causa C-461/10, in *Dir. inf.*, 2012, II, 283, con nota di SAMMARCO; CORTE GIUST. UE, 16.07.2015, causa C-580/13. Si veda anche la recente CORTE GIUST. UE, 19.10.2016, causa C-582/14.

<sup>36</sup> CORTE GIUST. UE, 15.9.2016, causa C-484/14, punti 93-95.

<sup>37</sup> CORTE GIUST. UE, 27.03.2014, causa C-314/12, punto 62.

<sup>38</sup> CORTE GIUST. UE, 27.03.2014, causa C-314/12, punto 60.

<sup>39</sup> CORTE GIUST. UE, 15.9.2016, causa C-484/14, punto 96.

<sup>40</sup> V. MANTELERO, *La responsabilità on-line: il controllo nella prospettiva dell'impresa*, in *Dir. inf.*, 2010, III, 405, che opera un'interessante – e ancora attuale – analisi della sostenibilità delle obbligazioni imposte all'intermediario dal punto di vista dell'impresa.

<sup>41</sup> V. GIANNONE CODIGLIONE, *Indirizzo IP, Reti Wi-Fi e responsabilità per illeciti commessi da terzi*, in *Dir. inf.*, 2013, I, 107 ss. Un tema connesso sul quale riflettere è la possibilità, una volta identificati gli autori di un illecito, di divulgare i relativi dati personali nell'ambito di procedimenti civili. A tal proposito si rimanda alla dottrina pronunciata in merito alla sentenza *Promusicae*, tra cui MANTELERO, *L'«ingegneria interpretativa» della Corte di giustizia delle comunità europee in soccorso della tutela on-line del diritto d'autore*, in *Giur. it.*, giugno 2008, 1422; SARTI, *Privacy e proprietà intellettuale: la Corte di giustizia in mezzo al guado*, in *AIDA*, 2008, XVII, 435; TROTTA, *Il traffico telefonico fra la tutela del diritto d'autore e quella della*

scrivere la password della rete Wi-Fi su una lavagnetta all'entrata di un negozio e di fare una lista degli utenti della rete.

Come giustamente osservato dall'Avvocato generale nelle proprie conclusioni al caso *Mc Fadden*, tale obbligo di identificazione «mette in discussione il modello commerciale» delle imprese che offrono gratuitamente l'accesso a Internet quale servizio accessorio<sup>42</sup>. Adottando un approccio di analisi economica del diritto, gli svantaggi che tale obbligo comporterebbe potrebbero essere di gran lunga superiori ai potenziali effetti benefici per la tutela dei diritti di proprietà intellettuale. L'assenza di misure idonee a garantire il rispetto del diritto alla tutela della proprietà intellettuale non dovrebbe esigere l'imposizione di misure, sì, meno invasive degli altri diritti fondamentali, ma di dubbia efficacia.

Ci si ritrova, ancora una volta, alla ricerca di un «giusto equilibrio». Intuitivamente, il bilanciamento operato dalla Corte di giustizia è solo apparente. Lo sviluppo tecnologico e i nuovi modelli economici rendono oscura e complessa l'applicazione del diritto esistente. L'incertezza giuridica, a sua volta, mina il progresso dell'universo digitale.

Eppure, nell'ultimo anno non si sono registrati a livello europeo significativi progressi in termini di ridefinizione della normativa in materia. A settembre 2015, come

annunciato nella propria strategia per il mercato unico digitale, la Commissione europea aveva lanciato una consultazione pubblica di sei mesi per valutare lo stato di salute delle disposizioni sulla responsabilità degli intermediari contenute nella direttiva sul commercio elettronico<sup>43</sup>. Dai risultati della consultazione, tuttavia, non era emersa una maggioranza netta in favore di una riforma in materia di responsabilità dei prestatori intermediari<sup>44</sup>. Di conseguenza, sia la proposta di regolamento sulla promozione di reti Wi-Fi nelle comunità locali (c.d. Progetto 'WIFI4EU') sia la proposta di direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale, entrambe datate 14 settembre 2016 e tuttora in fase di discussione, non hanno avanzato proposte di modifica alla disciplina della responsabilità degli intermediari<sup>45</sup>.

Il recente caso *Mc Fadden*, curiosamente deciso dalla Corte di giustizia il giorno seguente alla pubblicazione delle due proposte legislative appena menzionate, è suonato tuttavia come un campanello d'allarme per il diritto dell'Unione. Le soluzioni proposte dalla Corte sono infatti caratterizzate da un equilibrio precario e in questo contributo si è cercato di mettere in luce ulteriori questioni che emergono in relazione all'offerta gratuita di accesso a Internet tramite rete Wi-Fi.

Al di là dei risultati delle consultazioni effettuate, è evidente come tale contesto sia in

---

*privacy*, in *Dir. ind.*, 2009, I, 67, con riferimenti alla legislazione italiana e alla giurisprudenza *Peppermint*.

<sup>42</sup> Punto 138 delle conclusioni.

<sup>43</sup> V. COMMISSIONE EUROPEA, *Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, Comunicazione COM(2015) 192 final, 6 maggio 2015.

<sup>44</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Full report on the results of the public consultation on the Regulatory environment for Platforms, Online Intermediaries and the Collaborative Economy*, 26 gennaio 2016 ([http://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc\\_id=15877](http://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=15877)). In senso contrario si era precedentemente pronunciato il Parlamento europeo nella risoluzione del 9 luglio 2015 sull'attuazione della dir. n. 29/2001 CE, 2014/2256(INI), par. 45.

<sup>45</sup> V. COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale*, COM(2016) 593 final, 14 settembre 2016, e in particolare il considerando (38) e l'art. 13 che confermano l'applicabilità dell'art. 14 della direttiva sul commercio elettronico stabilendo un obbligo di collaborazione degli

*hosting providers* che mettano a disposizione una grande quantità di materiali protetti da diritto d'autore con i rispettivi titolari dei diritti; COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica i regolamenti (UE) n. 1316/2013 e (UE) n. 283/2014 per quanto riguarda la promozione della connettività internet nelle comunità locali*, COM(2016) 589 final, 14 settembre 2016. Si segnala che al par. 3 della relazione introduttiva alla proposta di regolamento la Commissione europea paradossalmente sottolinea come le consultazioni condotte da settembre 2015 abbiano messo in luce la necessità di adottare un nuovo quadro normativo in materia di responsabilità dei prestatori di servizi di accesso. Occorre inoltre precisare che un accordo politico sui fondi da stanziare per il progetto WIFI4EU è stato recentemente raggiunto a livello istituzionale il 29 maggio 2017 (IP/17/1470).

continua evoluzione e necessiti pertanto di un impianto normativo lineare al fine di evitare rallentamenti od ostacoli allo sviluppo del mercato unico digitale. È dunque ora che il legislatore europeo ridisegni un quadro chiaro in tema di responsabilità dei prestatori intermediari. Possibilmente, prima che tale ritratto si tramuti da un Rembrandt in un «Quadrato nero» di Malevič.

# FREE WI-FI AND INTELLECTUAL PROPERTY INFRINGEMENTS: INTERMEDIARY LIABILITY AFTER *MC FADDEN*

EDOARDO CELESTE\*

## Abstract

A growing number of business operators offer free Wi-Fi Internet access as ancillary service to promote their main commercial activity. In the light of the recent ECJ judgment in *Mc Fadden*, this paper reflects on a series of issues related to the liability of these Internet intermediaries in case of intellectual property infringements. The aim of this paper is to demonstrate that the regulatory framework of Internet access providers is obsolete, and urgently needs to be updated. Firstly, it illustrates to what extent this economic model subverts the notion of information society service. It warns that the current normative framework unfairly excludes Wi-Fi Internet access providers that do not conduct an economic activity from the liability exemption in case of intellectual property infringements. In addition, it acknowledges that the obligations that national authorities can impose on intermediaries in case of infringements blur the boundaries of business operators' liability exemption regime. Finally, it contends that the measures suggested by the ECJ to prevent infringements are impractical, and do not ensure a fair balance of the fundamental rights involved.

## 1. Introduction

All devotees of Rembrandt know that one of the main characteristics of the Dutch painter is the lighting technique of his portraits. Only one side of the portrayed face is illuminated, while, using a chiaroscuro technique, the other side is scarcely visible. Differently from an artistic perspective, from a normative point of view one cannot consider such a technique as an expression of outstanding creative quality. Nevertheless, this seems to be the method currently adopted by EU law to outline the portrait of Internet service providers.

The provisions of directive 2000/31/EC, so called e-commerce directive, represent the illuminated part of the portrait of Internet service providers. In particular, they establish a regime of liability exemption for certain categories of intermediary service providers.<sup>1</sup> These intermediaries, in so far as they perform a merely technical, automatic, and passive activity, are exempted from any liability deriving from the data they store or transmit.<sup>2</sup>

However, a normative chiaroscuro unfortunately surrounds this part of the picture. Ironically, it originates from the e-commerce directive itself: the European legislator, indeed, authorized national courts and administrative authorities to issue injunctions requiring providers to terminate or prevent infringements caused by the information stored or transmitted.<sup>3</sup> Over the years, the ECJ has

---

\* PhD candidate, Sutherland School of Law, University College Dublin, and Research Fellow, Alexander von Humboldt Institut für Internet und Gesellschaft, Berlin.

<sup>1</sup> Art. 12-14 of Directive 2000/31/EC.

<sup>2</sup> Art. 12-14, and Recital (42) of Directive 2000/31/EC. See Reed, *Internet Law*, 2nd ed. (Cambridge University Press, 2004), 134. Cf. Derieux, "Neutralité et responsabilité des intermédiaires de l'Internet. Mythe ou réalité du principe de «neutralité» ?", (2012) 13 *La Semaine Juridique*, Edition Générale, doct. 386.

<sup>3</sup> Art. 12(3), 13(2), and 14(3) of Directive 2000/31/EC. See Art. 8 and Recital 29 of Directive 2001/29/EC on copyright and related rights in the information society. See also Van Eecke, "Online service providers and liability: A plea for a balanced approach", 48 *CML Rev.* (2011), 1455-1502; Waelde, "Search Engines and Copyright: Shaping Information Markets", in Edwards and Waelde (Ed.), *Law and the Internet*, 3rd ed. (Hart, 2009), 227-266; Mantelero, "Responsabilità

progressively defined the boundaries of intermediary liability, and in particular of the power of injunction of national courts and administrative authorities. In this way, the European judges have outlined a new image of Internet service providers: these intermediaries have become not only less protected in terms of liability, but also more exposed to judicial and administrative orders aiming to prevent potential infringements.

The similarity between Rembrandt's masterpieces and the normative portrait outlined by the Luxembourg judges is apparent. The ECJ decided to adopt a chiaroscuro technique to refine the face of Internet service providers outlined by the European legislator, and has eventually painted an obscure and undefined image outside the light of the directive's reflector. From a legal point of view, indeed, the problem is not only the heterogeneity between the two parts of the picture, but also the excessive vagueness of the solutions over time provided by the ECJ. In fact, the definition of ambiguous boundaries of providers' obligations inevitably undermines legal certainty.

However, it has to be said in fairness that the Luxembourg judges are not the only ones at fault. Indeed, in the light of the current situation, the idleness of the European legislator in establishing a new clear framework of intermediary liability is equally to deplore.<sup>4</sup> The e-commerce directive dates back to seventeen years ago, amount of time that in the digital era corresponds to almost a century.<sup>5</sup> Both the background, and the protagonists of this normative picture have changed over time. In the past seventeen years, the ECJ has faced economic, technological, and social models that were very different from those originally taken into consideration by the European legislator.

The most recent and apparent example is represented by the growing number of businesses, such as cafes, restaurants, hotels, and all kinds and sizes of retailers that offer free access to the Internet through their own Wi-Fi networks. In relation to a similar case, in the recent case *Mc Fadden v Sony Music*, the ECJ has provided further evidence of how today the directive's normative architecture necessarily needs to be forced.<sup>6</sup> Moreover, The Court proposes a solution that risks to hamper the development of a new economic model, with no guarantees that it will concretely strike the right balance between the interests involved.

In the light of the ECJ judgment in *Mc Fadden*, this paper will focus on the analysis of the issues related to the liability of intermediaries offering free Internet access through Wi-Fi networks, with particular emphasis on operators of businesses whose main activity is not the provision of Internet access, such as cafes, restaurants, hotels and shops. This paper aims to demonstrate that the existing regulatory framework does not take into account this new emerging business model, and to highlight the reasons why EU law urgently needs to be updated. Firstly, the paper will explain to what extent the free Wi-Fi Internet access offered by many business operators represents a novelty among information society services (2). The subsequent section will focus on the requirements established by the e-commerce directive to benefit from the liability exemption regime: in particular, the risks of the interpretation that the ECJ adopted in *Mc Fadden* in order to include the business operators offering free Wi-Fi within the scope of application of the directive will be critically analysed (3). The

---

aquiliana per uso della Rete e responsabilità del provider", in Delfini and Finocchiaro (Ed.), *Diritto dell'informatica* (UTET, 2014), 785-828.

<sup>4</sup> In 2015 the European Commission published a new strategy for the Digital Single Market including a comprehensive assessment of the validity of the current liability regime of Internet intermediary providers; see COM(2015) 192 final, "A Digital Single Market Strategy for Europe", 6 May 2015, section 3.3.2., <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52015DC0192&from=EN>> (last visited 16 June 2017). From September 2015 to January 2016 the Commission launched a public consultation on the regulatory environment for platforms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy; see <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/public-consultation-regulatory-environment-platforms-online-intermediaries-data-and-cloud>> (last visited 16 June 2017). The results of the consultation were not unanimous on the need to amend the current liability regime of Internet intermediaries. The Commission has not taken further action yet. Cf. Rosati, "Why a reform of hosting providers' safe harbour is unnecessary under EU copyright law", (2016) 38(11) *European Intellectual Property Review*, 668-676.

<sup>5</sup> Melzi d'Eril and Pollicino, "Contenuti e responsabilità sui social network che cambiano", *Il Sole 24Ore*, 19 October 2016.

<sup>6</sup> Case C-484/14, *Mc Fadden v. Sony Music*, ECLI:EU:C:2016:689. See Giovannella and Dulong de Rosnay, "Community wireless networks, intermediary liability and the McFadden CJEU case", (2017) *Communications Law*, 11-20.

central section of this paper will assess the coherence of the liability regime of Wi-Fi Internet access providers in the light of the recent ECJ judgment in *Mc Fadden* (4). The following section will study the European case-law in relation to the obligations that national authorities can impose on Internet access providers, and will assess both sustainability and effectivity of the solution proposed in *Mc Fadden* to contrast intellectual property infringements (5). Finally, the last section of the paper will evaluate whether in *Mc Fadden* the Luxembourg judges have effectively balanced all the fundamental rights involved (6).

## 2. Free Wi-Fi as a new model of information society service: the issue of remuneration

Wi-Fi is a technology that allows multiple devices to connect together creating a Wireless Local Area Network or WLAN. More precisely, it denominates the adoption of the standard IEEE 802.11 established from 1997 by the Institute of Electrical and Electronic Engineers.<sup>7</sup> This paper follows the current language, and uses the term ‘Wi-Fi’ to denominate a Wireless Local Area Network allowing to access the Internet.<sup>8</sup>

Nowadays, there is a growing number of places, both public and private, that have their own Wi-Fi network to access the Internet. In particular, it is very common for business operators to offer free Internet access through Wi-Fi networks as ancillary service to their main economic activity. The Wi-Fi logo appears on almost every shop window and sign, and a new business model aiming to attract costumers by offering free Wi-Fi has emerged.<sup>9</sup>

From a legal point of view, such a new model is very different from the one taken into consideration at the time of adoption of the e-commerce directive. Consequently, the answer to the question of whether the offer of free Internet access through Wi-Fi networks can be considered as an information society service according to the e-commerce directive is not straightforward. However, it is important to emphasize that this answer is essential to understand if the e-commerce directive is applicable, and, consequently, if the intermediary provider can benefit from a liability exemption in case of infringements perpetrated through his network.

Article 2 of the e-commerce directive refers to the definition of information society service provided by Article 1(2) of directive 98/34/EC on a procedure for the provision of information in the field of information society services. The latter defines information society services as “any service normally provided for remuneration, at a distance, by electronic means and at the individual request of a recipient of services”. In the light of this provision, it is apparent that the first requirement of the definition of information society service – the remuneration – is by definition absent from the case under examination.

Nevertheless, the presence of the adverb ‘normally’ could lead to an interpretation in favour of the qualification of the offer of free Internet access through Wi-Fi networks as information society service. If one interprets ‘normally’ in the sense of ‘under normal conditions’, ‘as usual’, it is possible

---

<sup>7</sup> “Wi-Fi, n.” in *OED Online* (OUP, 2017); see also the Official IEEE 802.11 Working Group Project timelines, <[http://grouper.ieee.org/groups/802/11/Reports/802.11\\_Timelines.htm](http://grouper.ieee.org/groups/802/11/Reports/802.11_Timelines.htm)> (last visited 16 June 2017).

<sup>8</sup> In reality, ‘Wi-Fi’ is a certification mark owned by Wi-Fi Alliance, nonprofit organisation created to certify the interoperability of devices using the IEEE 802.11 standard; see <<http://www.wi-fi.org/who-we-are/history>> (last visited 16 June 2017). The term ‘Wi-Fi’ was invented by the American company Interbrand for the Wireless Ethernet Compatibility Alliance (now Wi-Fi Alliance). ‘Wi-Fi’ stands for ‘wireless fidelity’, denomination imitating the ‘high fidelity’ which gives origin to the term ‘Hi-Fi’; see <<http://interbrand.com/work/catchier-than-ieee-802-11b-welcome-wi-fi>> (last visited 16 June 2017). Interbrand also created the famous logo of the organisation: it represents the word ‘Wi-Fi’ on a black and white shape reminding the *yin* and *yang* of the Chinese philosophy to stress the concept of fusion and interoperability; see Wi-Fi Alliance, “Securing Wi-Fi Wireless Networks with Today’s Technologies” (2003), <[http://www.netsense.info/downloads/Whitepaper\\_Wi-Fi\\_Networks2-6-03.pdf](http://www.netsense.info/downloads/Whitepaper_Wi-Fi_Networks2-6-03.pdf)> (last visited 16 June 2017).

<sup>9</sup> Sometimes the use of the Wi-Fi Alliance logo (see *supra* note 8) on shop windows and signs is not appropriate because it certifies only devices’ conformity to the IEEE 802.11 standard. The symbol that designates the presence of a Wireless Local Area Network is composed of a point with three curved lines; see <<https://pixabay.com/en/wi-fi-wifi-symbol-wireless-2119225/>> (last visited 16 June 2017). A famous example of business model based on the offer of free Wi-Fi is that one adopted by the American cafes chain Starbucks.

to argue that access to the Internet through Wi-Fi networks is ‘under normal condition’ provided for remuneration.<sup>10</sup> Intuitively, indeed, the cases in which Internet access through Wi-Fi networks must be paid, such as for instance in every private accommodation, are more frequent than those in which such an access is offered for free.

The ECJ in the recent case *Mc Fadden v Sony Music* considered the offer of free Internet access through Wi-Fi networks as an information society service, but rejected this interpretation. In *Mc Fadden* a seller of light and sound systems offered open and free access to his Wi-Fi network in order to promote his business. According to the Court, business operators, in so far as they offer free Internet access to promote their products or services, are indirectly remunerated. Indirect remuneration means that business operators are not directly paid by the users of the Wi-Fi network, but that they recover the cost of offering free Wi-Fi by increasing the price of their products or services.

This interpretation is in line with the Court’s case law on the definition of the notion of service provided by Article 57 TFEU, to which the e-commerce directive indirectly refers.<sup>11</sup> In *Bond van Adverteerders* and *Deliège* the ECJ specified that a service has an economic nature even if it is not directly remunerated by those for whom it is performed.<sup>12</sup> Moreover, also the e-commerce directive in Recital 18 specifies that “information society services are not solely restricted to services giving rise to on-line contracting but also, in so far as they represent an economic activity, extend to services which are not remunerated by those who receive them”. Finally, the ECJ in the case *Papasavvas* involving the application of the e-commerce directive affirmed that the publication of articles on a news website can be considered as information society service even if it is not directly remunerated by the readers of the website, but by the advertisement on the website itself.<sup>13</sup>

### 3. New business operators as access providers: the limits of an extensive interpretation

After having defined the offer of free Internet access through Wi-Fi networks as an information society service, it is necessary to consider whether operators of businesses whose main activity is not the provision of Internet access, such as cafes, restaurants, hotels and shops, can benefit from the liability exemption regime provided by the e-commerce directive.

The e-commerce directive distinguishes between three types of intermediaries: 1) those only transmitting information or providing access to a communication network (‘mere conduit’); 2) those storing information for the sole purpose of its onward transmission (‘caching’); and 3) those storing information at the request of a recipient of the service (‘hosting’).<sup>14</sup> The rationale behind the liability exemption regime established by the e-commerce directive lies in the fact that the activities of these intermediaries are neutral in relation to the information transmitted or stored.<sup>15</sup>

As said above, a ‘mere conduit’ service can consist of the provision of access to a communication network.<sup>16</sup> Therefore, this provision seems to encompass the case of business operators offering free Internet access through Wi-Fi networks. However, Article 12(1) establishes three further conditions to satisfy in order to benefit from the liability exemption. Namely, the intermediary provider should not initiate the transmission of information, choose the receiver of the

---

<sup>10</sup> For instance, this is the interpretation adopted by the referring court in Case C-484/14, *Mc Fadden v Sony Music*.

<sup>11</sup> According to Recitals (2) and (19) of Directive 98/48/EC, the interpretation of the notion of ‘service’ employed in Directive 98/34/EC should be in line with that one of Art. 57 TFEU. At its turn, the e-commerce directive refers to the definition of ‘information society service’ provided by Directive 98/34/EC.

<sup>12</sup> Respectively, Case 352/85, *Bond van Adverteerders and others v. The Netherlands State*, ECLI:EU:C:1988:196, para 16, and Joined Cases C-51/96 & C-191-97, *Christelle Deliège v. Ligue francophone de judo et disciplines associées and Others*, ECLI:EU:C:2000:199, para 56.

<sup>13</sup> Case C-291/13, *Sotiris Papasavvas v. O Fileleftheros Dimosia Etaireia Ltd and Others*, ECLI:EU:C:2014:2209.

<sup>14</sup> Art. 12-14 of Directive 2000/31/EC. See Cook, “Online Intermediary Liability in the European Union”, 17 *Journal of Intellectual Property Rights* (2012), 157-159.

<sup>15</sup> See Derieux, op. cit. *supra* note 2. Cf. Riordan, *The Liability of Internet Intermediaries* (OUP, 2016), 402.

<sup>16</sup> Art. 12 of Directive 2000/31/EC.

transmission, or modify the information transmitted.

It is not particularly difficult to understand that all the three mentioned conditions are easily satisfied in the case under consideration. It is therefore possible to conclude that business operators offering free Internet access through Wi-Fi networks can benefit from a liability exemption in relation to the infringements perpetrated through their networks. Such a conclusion, validated by the ECJ in *Mc Fadden*, is undoubtedly coherent. Nevertheless, it is important to underline that in reality this interpretation represents an extension – not to say a distortion – of the notion of ‘information society service’.

Indeed, from a historical point of view, the e-commerce directive took as a model a different economic ecosystem. Drafted at the end of the ‘90s, this directive could not imagine that the provision of access to a communication network could be offered by a subject other than a big telecommunications company, and without direct remuneration. Conversely, in the case under examination in this paper, the offer of Internet access through Wi-Fi networks, firstly, is provided by operators of different businesses, such as cafes, restaurants, hotels and shops; secondly, it does not represent the main activity of these providers; and, lastly, it is not directly remunerated by its own beneficiaries. This can explain why in *Mc Fadden* the national judge referred four preliminary questions on the requirements that an information society service provider needs to satisfy, asking in particular whether the presence of a contract between the provider and the beneficiary of the service is necessary, and whether the promotion of the service through advertisement is relevant.<sup>17</sup> However, according to the ECJ, the national judge asks these questions only in reason of the ambivalence of a specific term adopted in the German version of the directive.<sup>18</sup>

Nevertheless, it has to be said in fairness that these questions are not merely a consequence of the extreme precision of the language of the national judge. In reality, the presence of a contract or of a promotional activity is normal in relation to the provision of Internet access offered by telecommunications companies. Seventeen years ago, the European legislator took into account this kind of operators when he defined the liability exemption regime for intermediary providers of ‘mere conduit’ services. However, the free Internet access offered in cafes and shops represents a rather different economic model. This leads to reflect on the current validity of the text of the e-commerce directive, and in particular on the limits of the extensive interpretation of the notion of information society service adopted by the ECJ.

Nowadays, the provision of Internet access through Wi-Fi networks is not only a service commonly offered to promote the commercial activities of business operators, but it is also provided by many nonprofit entities, such as libraries, town halls and places of worship.<sup>19</sup> At the end of May 2017 European institutions have even given the green light to the WiFi4EU project aiming at funding the installation of free Wi-Fi hotspots in public places across Europe.<sup>20</sup>

Also these providers should reasonably benefit from the liability exemption regime provided by the e-commerce directive.<sup>21</sup> The ECJ in *Mc Fadden* has confirmed that the fact that the provision of Internet access is not the main activity of the provider is not relevant in order to establish the applicability of the e-commerce directive. However, the Luxembourg judges have emphasised that an information society service cannot be defined as such regardless of its economic nature. In the light of this interpretation, what is the economic activity of entities like libraries, town halls and places

---

<sup>17</sup> Namely, the second, third, seventh, and eighth question.

<sup>18</sup> Case C-484/14, *Mc Fadden*, para 55.

<sup>19</sup> For instance, in the German *Länder* of Berlin and Brandenburg the Evangelic Church has recently launched a service of free Wi-Fi hotspots called ‘Godspots’; see <<https://godspot.de>> (last visited 16 June 2017).

<sup>20</sup> See IP/16/3008, “State of the Union 2016”, 14 September 2016 (ironically, the day before the ECJ judgment in *Mc Fadden*), <[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-3008\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-3008_en.htm)> (last visited 16 June 2017); IP/17/1470, “Digital Single Market: EU negotiators agree on the WiFi4EU initiative”, 29 May 2017, <[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-1470\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1470_en.htm)> (last visited 16 June 2017).

<sup>21</sup> Cf. Hoeren and Yankova, “The liability of Internet intermediaries - the German perspective”, 43(5) *International Review of Intellectual Property and Competition Law* (2012), 501-531, who reflect from a German perspective on the issues related to the liability of private individuals who do not protect their Wi-Fi network (section VII), and on the position of intermediaries offering Internet access (section VIII).

of worship? How could these providers be included within the scope of application of the e-commerce directive?

For the moment, indeed, far from a real digital single market, the only liability regime applicable to these entities is represented by the different national laws of EU member states.

#### **4. IP infringements and intermediary liability after *Mc Fadden*: an incoherent solution**

At the end of the 90's, the owners of intellectual property rights, in case of infringements, rather than bringing actions against non-identifiable subjects, preferred to make the intermediaries their scapegoat.<sup>22</sup> The European legislator decided to stop this trend that threatened the development of the electronic commerce within the common market, and adopted the directive on electronic commerce, and, subsequently, directives 2001/29/EC and 2004/48/EC, respectively on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, and on the enforcement of intellectual property rights.

In terms of liability regime, the e-commerce directive espoused a compromise solution in order to strike a balance between the interests of the owners of intellectual property rights and of intermediary providers. On the one hand, the directive recognises that intermediary providers by definition play a merely “technical, automatic, and passive” role,<sup>23</sup> and consequently are not liable for the content of the information transmitted – as in the case of mere conduit services – or stored – as in the case of caching and hosting. On the other hand, the directive requires the provider to promptly act to terminate or prevent an infringement after an order of a judicial or administrative authority – as in the case of mere conduit – or upon obtaining knowledge of the infringement – as in the case of caching and hosting.<sup>24</sup> It is therefore apparent the paradox of the intermediaries that from actors deemed to be passive are required to become the “sheriffs of the network”, only because they can easily affect the activities of the users.<sup>25</sup>

The delimitation of intermediary liability is influenced by this twofold role created by the directive. In *Mc Fadden*, indeed, the ECJ confirmed that the Internet access provider cannot be held liable for the infringements perpetrated through his Wi-Fi network. Therefore, either a claim for compensation, or an ancillary request for reimbursement of the costs of giving formal notice or of court cost are precluded.<sup>26</sup> However, at the same time, the Court reminded that the owner of the infringed right can obtain an injunction aiming to terminate or prevent the infringement,<sup>27</sup> and established that, in this context, an ancillary claim of reimbursement of the costs of formal notice and court costs incurred in the action seeking to obtain the injunction are both admitted.<sup>28</sup>

With this solution the ECJ undoubtedly demonstrates to be an excellent interpreter of the ‘normative rembrandtism’ in the field of intermediary liability. The Luxembourg judges, in fact, modified the liability exemption regime of mere conduit services providers. Contrary to intermediaries of hosting services, indeed, providers of mere conduit services are not required to autonomously act in order to prevent or terminate third party infringements.<sup>29</sup>

---

<sup>22</sup> See Muir, “Online copyright enforcement by Internet Service Providers”, 39(2) *Journal of Information Science* (2012), 256-269.

<sup>23</sup> Recital (42) of Directive 2000/31/EC.

<sup>24</sup> Art. 12-14 of Directive 2000/31/EC. See Riordan, op. cit. *supra* note 15.

<sup>25</sup> The denomination “sheriffs of the network” has been introduced by Alessandro Mantelero; see Mantelero, “La responsabilità on-line: il controllo nella prospettiva dell’impresa”, 3 *Diritto dell’informazione e dell’informatica* (2010), 405-421.

<sup>26</sup> Case C-484/14, *Mc Fadden*, para 75.

<sup>27</sup> Art. 12(3) of Directive 2000/31/EC.

<sup>28</sup> Case C-484/14, *Mc Fadden*, paras 76 ff.

<sup>29</sup> See Art. 12 and 14 of Directive 2000/31/EC. Cf. ECtHR, *Delfi AS v. Estonia*, Appl. No. 64569/09, judgment of 16 June 2015; see Brunner, “The Watchdog Becomes the Monitor: Intermediary Liability after *Delfi v Estonia*”, 16 *H.R.L. Rev.* (2016), 163-174; Angelopoulos, “*MTE v Hungary*: A new ECtHR judgment on intermediary liability and freedom of expression”, 11(8) *Journal of Intellectual Property Law & Practice* (2016), 582-584. To make a comparison with the liability regime of hosting providers, see Montero, “La responsabilité des prestataires intermédiaires sur les réseaux”, in

Mere conduit services intermediaries only provide access to a communication network, and perform a neutral action in relation to the information transmitted through the network. By reason of such a neutrality, the e-commerce directive only requires these intermediaries to act *after* the injunction of the national authority. Such intermediaries are not therefore compelled to terminate or prevent an infringement before receiving an order by the competent authority. Therefore, why should intermediary providers bear the costs of formal notice and court costs related to an action seeking to obtain an injunction, if before such an injunction they had no duties of conduct?

The part of the normative picture originally left in the darkness starts to materialise. The concealed obligations that national authorities can impose to the intermediaries emerge from the penumbra.

## 5. New obligations for Internet access providers: password and user identification

Analysing the obligations that national authorities can impose to intermediaries, it is possible to understand to what extent the normative picture under consideration is incoherent. The alleged technical, neutral, and passive nature of Internet access providers taken as a model by the e-commerce directive is subverted by the obligations imposed to intermediaries in case of infringements of intellectual property rights.

In *Promusicae* the ECJ affirmed that, when transposing and interpreting European directives, it is necessary to ensure a “fair balance” between the fundamental rights involved.<sup>30</sup> This is the parameter that national authorities should take into consideration when imposing measures on Internet access providers.<sup>31</sup> Indeed, such intervention, on the one hand, aims at safeguarding the right to protect intellectual property, while, on the other hand, represents an interference to the freedom to conduct a business of Internet access providers, and to the right to be informed of Internet users.<sup>32</sup>

In *Telekabel* the ECJ clarified that national authorities can issue a generic order.<sup>33</sup> According to the Luxembourg judges, it is possible to leave the choice of the most suitable measure to contrast an infringement to Internet access providers. However, this solution can be criticised from a practical point of view. On the one hand, it is true that delegating the choice of the measure to be put in place to the providers ensures greater flexibility and adaptability to a specific context. However, on the other hand, it is disproportionate to entrust the complex duty of striking a balance between the fundamental rights at stake to mere business operators. Such a solution not only does not aim at ensuring legal certainty, but also increases the likelihood of potential claims against the specific measures adopted by the intermediaries, and, consequently, also their liability. A so demanding choice should be entrusted to the judicial authorities, if not even to the legislator, if one prefers to ensure a greater homogeneity of application.<sup>34</sup>

Moreover, in *Scarlet* and *Mc Fadden* the ECJ excluded the admissibility of specific measures,

---

Mireille et al. (Ed.), *Le commerce électronique européen sur les rails? : Analyse et propositions de mise en oeuvre de la directive sur le commerce électronique* (Bruylant, 2001).

<sup>30</sup> Case C-275/06, *Promusicae v. Telefónica*, ECLI:EU:C:2008:54, para 70.

<sup>31</sup> See Angelopoulos, “Sketching the outline of a ghost: the fair balance between copyright and fundamental rights in intermediary third party liability”, 17(6) *Journal of Policy, Regulation and Strategy for Telecommunications, Information and Media* (2015), 72-96; Angelopoulos and Smet, “Notice-and-fair-balance: how to reach a compromise between fundamental rights in European intermediary liability”, 8(2) *Journal of Media Law* (2016), 266-301.

<sup>32</sup> Rights respectively enshrined in Art. 17, 16, and 11 of the Charter of Fundamental Rights of the EU.

<sup>33</sup> Case C-314/12, *Telekabel v. Constantin Film*, ECLI:EU:C:2014:192. For an accurate picture on the limits of injunctions in case of infringements of intellectual property rights after the *Telekabel* case, see Angelopoulos, “Are blocking injunctions against ISPs allowed in Europe? Copyright enforcement in the post-Telekabel EU legal landscape”, 9(10) *Journal of Intellectual Property Law & Practice* (2014), 812-821. See also, more critical to the solution of the Court, Idot, “Droit d’auteur et obligations d’un FAI de mettre fin à une utilisation illicite de sites”, 5 *Europe* (2014), comm. 229.

<sup>34</sup> A.G. Szpunar, in his opinion in *Mc Fadden* (para 119), argues that an assessment by courts of the measures adopted by the intermediary should at least be necessary. However, a mere assessment could not be sufficient to avoid legal uncertainty. Conversely, court’s proposals of specific solutions to be adopted could allow intermediaries to choose whether to follow the solution pointed out by the judicial authority, or to take the risk to start a new uncharted route.

respectively the preliminary filtering of all the transmitted information, and the blocking of the entire network.<sup>35</sup> A system of filtering, indeed, does not ensure a fair balance of the fundamental rights involved, and infringes Article 15 of the e-commerce directive, which restrains the possibility of EU member states of imposing an obligation of surveillance on the information stored or transmitted on Internet intermediaries. Similarly, a measure consisting in the blocking of the entire Wi-Fi network is disproportionate since it amounts to a serious infringement of the freedom of Internet services providers to conduct a business.<sup>36</sup>

The recent judgment of the Court in *Mc Fadden* is noteworthy because it provides information on the nature of the measures that national authorities can impose on intermediary providers. It not only represents the first case in which the provider of mere conduit services is not a big telecommunications company,<sup>37</sup> but it is also the first time in which the Court validates a specific measure. In particular, the Luxembourg judges established that an order requiring Internet service providers to password-protect their Wi-Fi networks so to compel users to reveal their identities is compatible with EU law.

However, it is important to remind that according to the e-commerce directive mere conduit services providers are required to respect this obligation only *after* the order of a national authority.<sup>38</sup> In fact, this could regrettably lead to ambiguous or paradoxical circumstances, depending on whether, and to what extent the national laws of EU member states impose specific obligations on Wi-Fi Internet access providers. For instance, when national laws are silent, some business operators could maintain their Wi-Fi networks open by virtue of the absence of a specific obligation imposed by both EU and national law, while others could be compelled to password-protect their network and identify their users because of the order of a national authority.<sup>39</sup> Moreover, if one considers that some national laws establish duties of conduct for the intermediaries independently from the order of national authorities, it is easy to understand how this fragmentation inevitably undermines the development of the Digital Single Market.<sup>40</sup>

Certainly, the Rembrandtesque solution proposed by the the ECJ has not so far increased legal certainty, and, over and above that, the question of whether it effectively guarantees an adequate balancing of the fundamental rights involved still remains to be addressed.

## **6. Fundamental rights: in search of a “fair balance”**

As rightly recognised by the ECJ in *Mc Fadden*, the imposition on intermediaries of an obligation to password-protect their Wi-Fi networks in order to identify their users produces a restrictive effect both on the freedom to conduct a business of providers, and on the freedom to receive information of users. Nevertheless, the Court validates this solution because it would not in fact affect the “essence” of these rights, that is respectively the offer of Internet access, and the mutual

---

<sup>35</sup> Case C-70/10, *Scarlet*, ECLI:EU:C:2011:771, and Case C-484/14, *Mc Fadden*. See Kulk and Borgesius, “Filtering for copyright enforcement in Europe after the Sabam cases”, 34(11) *European Intellectual Property Review* (2012), 791-795; Angelopoulos, op. cit. *supra* note 33.

<sup>36</sup> Cf. Malovic, “Online copyright enforcement in Sweden: the first blocking injunction”, 28(5) *Entertainment Law Review* (2017), 171-174.

<sup>37</sup> In *Promusicae*, *Scarlet*, and *Telekabel* the intermediaries involved were respectively the telecommunications companies Telefónica, Scarlet, and Telekabel.

<sup>38</sup> Art. 12(3) of Directive 2000/31/EC.

<sup>39</sup> For instance, in Italy, the Law Decree n. 69/2013 (now Law n. 98/2013) exonerates Internet access intermediaries from identifying the users of their networks (obligation originally imposed in 2005 by the anti-terrorism Law Decree n. 144/2005). No further obligations are imposed on Internet access intermediaries by Italian law.

<sup>40</sup> See Angelopoulos, “Beyond the safe harbours: harmonising substantive intermediary liability for copyright infringement in Europe”, 3 *Intellectual Property Quarterly* (2013), 253-274; Mac Síthigh, “The fragmentation of intermediary liability in the UK”, 8(7) *Journal of Intellectual Property Law & Practice* (2013), 521-531.

transmission of information through the network.<sup>41</sup>

However, the Luxembourg judges did not entirely consider the potential effects of this obligation. Indeed, on the one hand, it is true that the adoption of a password to protect the Wi-Fi network does not damage the essence of the freedom to conduct a business of the intermediary provider, since the latter can still offer an Internet access service. However, on the other hand, the extent to which this obligation can negatively affect a business in terms of attractiveness towards potential clients is evident. Less attractiveness can consequently lead to less income, or even to the decision of the business operator to no longer provide the Internet access service. Secondly, the obligation to identify the users of the Wi-Fi network would require the intermediaries to be compliant with data protection law, and, necessarily, also the right to data protection should be involved within the mechanism of balancing of the fundamental rights at stake.<sup>42</sup>

Moreover, the Court, in line with the interpretation provided in *Telekabel*, reiterated that the measure imposed by national authorities should not only be proportionate in relation to the fundamental rights involved, but also “strictly targeted” and “sufficiently effective”.<sup>43</sup> In the light of *Telekabel*, it is possible to understand that the notion of ‘effectivity’ adopted by the Court when assessing the measures taken to protect intellectual property rights online is very flexible, not to say almost non-existing. In *Telekabel*, indeed, the Court affirmed that a measure is effective if it has the effect of preventing, making it difficult, or, at least, seriously discouraging an infringement.<sup>44</sup> However, at the same time, the Court recognised that “it is possible that a means of putting a complete end to the infringements of the intellectual property right does not exist or is not in practice achievable, as a result of which some measures taken might be capable of being circumvented in one way or another”.<sup>45</sup>

In *Mc Fadden*, the Court of Justice argued that adopting a password and compelling users to provide their identities can ‘dissuade’ the latter to perpetrate or reiterate an infringement.<sup>46</sup> One cannot deny that, from a theoretical point of view, the possibility that the identity of users can be revealed to the owner of the the infringed intellectual property right, and that, consequently, the latter can bring an action against the author of the infringement, represents a deterrent.

However, it is important to reflect on how this could in fact be possible. The main problem is represented by the economic sustainability of this obligation for operators whose main activity is not to provide Internet access. Taking as example the case of a shopkeeper, the latter should not only password-protect his Wi-Fi network, but should also identify the users of the network, bearing all the relative costs.<sup>47</sup> Here the issue – maybe underestimated by the Court – is: how could one identify the author of the infringement without a system allowing to link the devices used by the users to their identities?<sup>48</sup> Simply writing the password of the network on a blackboard at the entry of the shop, and

---

<sup>41</sup> Case C-484/14, *Mc Fadden*, paras 91-93. See Psychogiopoulou, “Copyright enforcement, human rights protection and the responsibilities of Internet service providers after Scarlet”, 34(8) *European Intellectual Property Review* (2012), 552-555.

<sup>42</sup> On the balancing exercise between the right to protect intellectual property and the right to privacy and data protection, see Rantou, “The growing tension between copyright and personal data protection on an online environment: The position of Internet Service Providers according to the European Court of Justice”, 3(2) *European Journal for Law and Technology* (2012); Ashley, “Data Privacy and Intermediary Liability: Striking a Balance Between Privacy, Reputation, Innovation, and Freedom of Expression”, 3 *Journal of Internet Law* (2015), 1-21; Muir, op. cit. *supra* note 22. The main decisions of the ECJ on this topic are: Case C-275/06, *Promusicae v. Telefónica*, ECLI:EU:C:2008:54; Case C-557/07, *LSG v. Tele2*, ECLI:EU:C:2009:107; Case C-461/10, *Bonnier Audio v. Perfect Communication*, ECLI:EU:C:2012:219; Case C-580/13, *Coty Germany v. Stadtsprakasse Magdeburg*, ECLI:EU:C:2015:485. See also Case C-582/14, *Breyer v. Deutschland*, ECLI:EU:C:2016:779.

<sup>43</sup> Case C-484/14, *Mc Fadden*, paras 93 and 95.

<sup>44</sup> Case C-314/12, *Telekabel*, para 62.

<sup>45</sup> Case C-314/12, *Telekabel*, para 60.

<sup>46</sup> Case C-484/14, *Mc Fadden*, para 96.

<sup>47</sup> See Giovannella and Dulong de Rosnay, op. cit. *supra* note 6.

<sup>48</sup> See Giannone Codiglione, “Indirizzo IP, Reti Wi-Fi e responsabilità per illeciti commessi da terzi”, 1 *Diritto dell’informazione e dell’informatica* (2013), 107-143. Another related question, already emerged in *Promusicae*, on which however it is also worth reflecting in the case under consideration, concerns the possibility, once identified the author of an infringement, of using his personal data in the context of civil proceedings. On this topic, see Groussot, “Case

making a list of the users would not be sufficient.

How rightly observed by the Advocate General in his opinion in *Mc Fadden*, such an obligation of identification “undermine[s] the business model” of the undertakings offering free Internet access as ancillary service.<sup>49</sup> If one adopts an approach of economic analysis of law, it is possible to argue that the disadvantages of this obligation could be by far grater than the potential benefits for the protection of intellectual property rights. The non-existence of measures that are able to guarantee the respect of intellectual property rights should not lead to the imposition of solutions that, on the one hand, do not affect so much the other fundamental rights involved, but that, on the other hand, are not sufficiently effective.

## 7. Conclusion

This paper has demonstrated that EU law has still to find a ‘fair balance’ on the issues concerning the liability of Wi-Fi Internet access providers. Indeed, business operators offering free Wi-Fi Internet access as ancillary service represent a novelty among Internet intermediaries. The interpretation adopted by the ECJ in *Mc Fadden* to subject these actors to the provisions of the e-commerce directive risks to unfairly exclude from the liability exemption regime the growing number of Wi-Fi providers not conducting any economic activity.

EU law does not impose a general duty of care on Wi-Fi Internet access providers. The obligations established by national laws and the orders that national authorities can adopt in case of infringements blur the boundaries of business operators’ liability exemption regime. Moreover, the European case-law strikes a precarious and criticisable balance of the fundamental rights involved. As a result, this incoherent fragmentation and stratification of European directives, case-law, and national legislation unavoidably weakens legal certainty, and undermines the development of the Digital Single Market.

Technological developments and new business models make the application of existing law more complex and obscure. It is therefore time to outline at EU level a new picture clarifying the issues related to Internet intermediary liability. Possibly before this Rembrandtesque portrait is definitively transformed into a Malevič’s “Black Square”.

---

C-275/06, *Productores de Música de España (Promusicae) v. Telefónica de España SAU*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 28 January 2008”, 45(6) CML Rev. (2008), 1745-1766; Coudert and Wekers, “In The Aftermath of the Promusicae Case: How to Strike the Balance?”, 18(1) *International Journal of Law and Information Technology* (2008), 50-71.

<sup>49</sup> Opinion of A.G. Szpunar in Case C-484/14, *Mc Fadden*, para 138.