



Comunicazioni elettroniche. La Corte di Giustizia si pronuncia sul divieto di accordi e pratiche commerciali che limitano l'esercizio dei diritti degli utenti finali

09/10/2020

DIRITTO EUROPEO E DELLA CONCORRENZA, IT&TMT, CONTENZIOSO

Roberto A. Jacchia
Marco Stillo

In data 15 settembre 2020, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea si è pronunciata nelle Cause riunite C-807/18 e C-39/19, *Telenor Magyarország Zrt. C. Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Elnöke*, sull'interpretazione dell'articolo 3 del Regolamento (UE) 2120/2015 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2015, che stabilisce misure riguardanti l'accesso a un'internet aperta e modifica la Direttiva 2002/22/CE

relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica ed il Regolamento (UE) 531/2012 relativo al roaming sulle reti pubbliche di comunicazioni mobili all'interno dell'Unione¹. Tali domande erano state presentate nell'ambito di due controversie tra la *Telenor Magyarország Zrt.* ("Telenor") e il *Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Elnöke* (Presidente dell'Ufficio nazionale dei media e delle comunicazioni ungherese - "presidente dell'UNMC") in merito a due decisioni

¹ GUUE L 310 del 26.11.2015.



con le quali quest'ultimo aveva ingiunto alla Telenor di cessare alcuni dei suoi servizi di accesso a *internet*.

Ad esito di due procedimenti distinti, la *Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság* (Ufficio nazionale dei media e delle comunicazioni ungherese) aveva dichiarato che i pacchetti *MyChat*² e *MyMusic*³ offerti dalla Telenor, uno dei

principali operatori nel settore delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione in Ungheria, attuavano misure di gestione del traffico cui la Telenor doveva porre fine in quanto non rispettavano l'obbligo di trattamento equo e non discriminatorio di cui all'articolo 3, paragrafo 3, del Regolamento 2015/2120⁴.

² Nell'ambito del pacchetto *MyChat*, dopo che l'abbonato ha consumato, a pagamento, 1 Gb di dati utilizzabili a suo piacimento, l'accesso all'ulteriore traffico di dati corrispondenti alle applicazioni non privilegiate è limitato e fortemente rallentato, diversamente da quanto avviene con le applicazioni privilegiate (come, tra le altre, Facebook, WhatsApp e Instagram).

³ A seconda del canone mensile scelto, la Telenor offriva un consumo di dati limitato (fino a 500 Mb al mese con *MyMusic Start*) o illimitato (con le altre due formule) per accedere a quattro piattaforme di musica (*Deezer*, *Apple Music*, *Tidal* e *Spotify*) in flusso continuo o streaming e a talune emittenti radio *online*. Il traffico generato nell'ambito di tali pacchetti non era conteggiato nel volume di dati concordato dagli abbonati, per i quali le applicazioni musicali rimanevano accessibili senza restrizioni di velocità né blocchi della banda larga, anche dopo che essi avevano utilizzato il volume di dati convenuto. Viceversa, gli altri contenuti *internet* non inclusi nelle applicazioni privilegiate generavano un traffico di dati per i quali era previsto il pagamento e la relativa disponibilità è soggetta a limiti.

⁴ L'articolo 3 del Regolamento (UE) 2015/2120, intitolato "Salvaguardia dell'accesso a un'Internet aperta", dispone: "... *Gli utenti finali hanno il diritto di accedere a informazioni e contenuti e di diffonderli, nonché di utilizzare e fornire applicazioni e servizi, e utilizzare apparecchiature terminali di loro scelta, indipendentemente dalla sede dell'utente finale o del fornitore o dalla localizzazione, dall'origine o dalla destinazione delle informazioni, dei contenuti, delle applicazioni o del servizio, tramite il servizio di accesso a Internet.*

Il presente paragrafo non pregiudica il diritto dell'Unione, o il diritto nazionale conforme al diritto dell'Unione, relativo alla legittimità dei contenuti, delle applicazioni o dei servizi.

Gli accordi tra i fornitori di servizi di accesso a Internet e gli utenti finali sulle condizioni e sulle caratteristiche commerciali e tecniche dei servizi di accesso a Internet quali prezzo, volumi di dati o velocità, e le pratiche commerciali adottate dai fornitori di servizi di accesso a Internet non limitano l'esercizio dei diritti degli utenti finali di cui al paragrafo 1.

I fornitori di servizi di accesso a Internet, nel fornire tali servizi, trattano tutto il traffico allo stesso modo, senza discriminazioni, restrizioni o interferenze, e a prescindere dalla fonte e dalla destinazione, dai contenuti cui si è avuto accesso o che sono stati diffusi, dalle applicazioni o dai servizi utilizzati o forniti, o dalle apparecchiature terminali utilizzate.

Il primo comma non impedisce ai fornitori di servizi di accesso a Internet di attuare misure di gestione ragionevole del traffico. Per essere considerate ragionevoli, tali misure devono essere trasparenti, non discriminatorie e proporzionate e non devono essere basate su considerazioni di ordine commerciale ma su requisiti di qualità tecnica del servizio obiettivamente diversi di specifiche categorie di traffico. Tali misure non controllano i contenuti specifici e sono mantenute per il tempo strettamente necessario.

I fornitori di servizi di accesso a Internet non adottano misure di gestione del traffico che vanno oltre quelle di cui al secondo comma e, in particolare, non bloccano, rallentano, alterano, limitano, interferiscono con, degradano o discriminano tra specifici contenuti, applicazioni o servizi, o loro specifiche categorie, salvo ove necessario e solo per il tempo necessario a:

- a) conformarsi ad atti legislativi dell'Unione o alla normativa nazionale conforme al diritto dell'Unione, cui il fornitore di servizi di accesso a Internet è soggetto, o alle misure conformi al diritto dell'Unione che danno attuazione a tali atti legislativi dell'Unione o a tale normativa nazionale, compreso ai provvedimenti giudiziari o di autorità pubbliche investite di poteri pertinenti;
 - b) preservare l'integrità e la sicurezza della rete, dei servizi prestati tramite tale rete e delle apparecchiature terminali degli utenti finali;
 - c) prevenire un'imminente congestione della rete o mitigare gli effetti di una congestione della rete eccezionale o temporanea, purché categorie di traffico equivalenti siano trattate allo stesso modo.
- Le misure di gestione del traffico possono comportare un trattamento dei dati personali soltanto se tale trattamento è necessario e proporzionato a realizzare gli obiettivi di cui al paragrafo 3. Tale trattamento è eseguito a norma della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio. Le*

Tali decisioni erano state confermate dal presidente dell'UNMC. La Telenor aveva proposto ricorso dinanzi alla *Fővárosi Törvényszék* (Corte di Budapest-Capitale - "giudice del rinvio") che, riunite le cause, aveva deciso di sospendere il procedimento e di chiedere alla Corte di Giustizia se l'articolo 3 del Regolamento 2015/2120 debba essere interpretato nel senso che dei pacchetti commercializzati da un fornitore di servizi di accesso a *internet* mediante accordi conclusi con utenti finali, ai sensi dei quali questi ultimi possono acquistare un piano tariffario che conferisce loro il diritto di utilizzare senza restrizioni un determinato volume di dati, senza che da tale volume sia detratto l'utilizzo di talune applicazioni e di taluni servizi specifici soggetti a "tariffa zero", e, una volta esaurito tale volume di dati, possano continuare a utilizzare senza restrizioni tali applicazioni e tali servizi specifici, mentre misure di blocco o di rallentamento del traffico sono applicate alle altre applicazioni e agli altri servizi disponibili, siano incompatibili con il paragrafo 2 di tale articolo, in combinato disposto con il paragrafo 1 del medesimo, e, in via alternativa o cumulativa, con il paragrafo 3 di detto articolo.

La Corte ha preliminarmente ricordato che, come rilevato dall'Avvocato Generale Sánchez-Bordona nelle sue Conclusioni⁵, le disposizioni dell'articolo 3 del Regolamento 2015/2120 mirano a garantire un trattamento equo e non discriminatorio del traffico nella fornitura dei servizi di accesso a *internet*, nonché i relativi diritti degli utenti finali.

Più particolarmente, l'articolo 3, paragrafo 2, del Regolamento 2015/2120 riguarda in primo luogo gli accordi mediante i quali un fornitore di servizi di accesso a *internet* e un utente finale convengono sulle condizioni e sulle caratteristiche commerciali e tecniche dei servizi che il primo deve fornire al secondo, come il prezzo e il volume dei dati nonché la velocità di prestazione del servizio. Nello specifico, pur concretizzando la libertà di cui dispone ogni utente finale di scegliere i servizi tramite i quali intende esercitare i diritti garantiti dal regolamento, in funzione delle loro caratteristiche, tali accordi non devono limitare l'esercizio dei diritti degli utenti finali né permettere di eludere le disposizioni che tutelano l'accesso ad un'*internet aperta*⁶. Nell'ambito dell'articolo 3, paragrafo 2, del

misure di gestione del traffico sono inoltre conformi alla direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio.

I fornitori di comunicazioni elettroniche al pubblico, compresi i fornitori di servizi di accesso a Internet, e i fornitori di contenuti, applicazioni e servizi sono liberi di offrire servizi diversi dai servizi di accesso a Internet ottimizzati per specifici contenuti, applicazioni o servizi o loro combinazioni, nei casi in cui l'ottimizzazione sia necessaria per soddisfare i requisiti relativi a contenuti, applicazioni o servizi per un livello specifico di qualità.

I fornitori di comunicazioni elettroniche al pubblico, compresi i fornitori di servizi di accesso a Internet, possono offrire o facilitare tali servizi solo se la capacità della rete è sufficiente a fornirli in aggiunta a tutti i servizi di accesso a Internet prestati. Tali servizi non sono utilizzabili o offerti in sostituzione ai servizi di accesso a Internet e non devono andare a scapito della disponibilità o della qualità generale dei servizi di accesso a Internet per gli utenti finali...".

⁵ Per ulteriori informazioni si veda il nostro precedente contributo, disponibile al seguente [LINK](#).

⁶ Il considerando (7) del Regolamento 2015/2120 dispone: "... Al fine di esercitare i loro diritti di accedere e distribuire informazioni e contenuti, nonché di utilizzare e di fornire applicazioni e servizi di loro scelta, gli utenti finali dovrebbero essere liberi di concordare con i fornitori di servizi di accesso a Internet le tariffe corrispondenti a volumi di dati e velocità specifici del servizio di accesso a Internet. Tali accordi, unitamente a pratiche commerciali dei fornitori di servizi di accesso a Internet, non dovrebbero limitare l'esercizio di tali diritti ed eludere pertanto le disposizioni del presente regolamento che proteggono l'accesso a un'Internet aperta. Le autorità nazionali di regolamentazione e le altre autorità nazionali competenti dovrebbero essere autorizzate a intervenire contro accordi o pratiche commerciali che, in virtù della loro portata, determinano situazioni in cui la scelta degli utenti finali è significativamente limitata nella pratica. A tal fine, la valutazione di accordi e pratiche commerciali dovrebbe, tra l'altro, tener conto delle rispettive posizioni di mercato di detti fornitori di servizi di accesso a Internet e dei fornitori di contenuti, applicazioni e servizi interessati.

Regolamento 2015/2120, tuttavia, rientrano anche le pratiche commerciali adottate dai fornitori di servizi di accesso, che in quanto tali possono includere, tra le altre cose, la condotta del fornitore stesso consistente nel proporre varianti o combinazioni specifiche di tali servizi ai suoi potenziali clienti, al fine di rispondere alle aspettative e alle preferenze di ognuno di essi e, se del caso, concludere un accordo individuale con ciascuno. In ogni caso, al pari degli accordi, anche le pratiche commerciali non devono limitare l'esercizio dei diritti degli utenti finali né permettere di eludere le disposizioni che tutelano l'accesso ad un'*internet* aperta.

L'articolo 3, paragrafo 1, del Regolamento 2015/2120 si riferisce, in quanto "utenti finali"⁷, sia alle persone fisiche o giuridiche che utilizzano o chiedono di utilizzare servizi di accesso a *internet* al fine di accedere a contenuti, applicazioni e servizi, che quelle che si servono dell'accesso a *internet* per fornire contenuti, applicazioni e servizi. Poiché, pertanto, la nozione di utente finale riguarda sia i consumatori che professionisti, quali imprese o persone giuridiche senza scopo di lucro, l'eventuale esistenza di una limitazione vietata all'esercizio dei diritti degli utenti finali deve essere valutata tenendo conto dell'impatto degli accordi o delle pratiche di un determinato fornitore di servizi di accesso sui diritti non solo dei professionisti e dei consumatori che utilizzano o chiedono di utilizzare tali servizi al fine di accedere a contenuti, applicazioni e servizi, ma anche dei

professionisti che si servono degli stessi al fine di fornire tali contenuti, applicazioni e servizi. Inoltre, poiché la valutazione dell'eventuale esistenza di una limitazione all'esercizio dei diritti degli utenti finali implica stabilire se gli accordi e le pratiche commerciali di un fornitore determinino, in virtù della loro portata, situazioni in cui la scelta degli utenti finali è significativamente limitata tenendo conto, in particolare, delle rispettive posizioni sul mercato, secondo la Corte, il Legislatore europeo non ha inteso limitare la valutazione degli accordi e delle pratiche di un determinato fornitore ad un certo accordo o a una certa pratica commerciale, considerati singolarmente, e bensì prevedendo una loro valutazione complessiva.

Tutto ciò premesso, secondo la Corte, un accordo mediante il quale un determinato cliente sottoscrive un pacchetto implicante che, una volta esaurito il volume di dati compresi nel piano tariffario acquistato, egli disponga di un accesso senza restrizioni solo a talune applicazioni e a taluni servizi soggetti a "tariffa zero" è idoneo a comportare una limitazione all'esercizio dei diritti di cui all'articolo 3, paragrafo 1, del Regolamento 2015/2120. Tali pacchetti inoltre, rientrando in una pratica commerciale ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, del medesimo regolamento, sono tali non solo da incrementare l'utilizzo delle applicazioni e dei servizi che possono essere utilizzati senza restrizioni a "tariffa zero" una volta esaurito il volume di dati compresi nel piano tariffario acquistato, ma anche da

Le autorità nazionali di regolamentazione e altre autorità competenti dovrebbero essere tenute, nello svolgimento della loro funzione di monitoraggio e applicazione, a intervenire nel caso in cui accordi o pratiche commerciali potrebbero compromettere l'essenza dei diritti degli utenti finali...".

⁷ Direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, GUUE L 108 del 24.04.2002. L'articolo 2 della Direttiva, intitolato "Definizioni" alle lettere h), i) ed n) dispone: "... Ai fini della presente direttiva si intende per:

(...)

h) "utente", la persona fisica o giuridica che utilizza o chiede di utilizzare un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico;

i) "consumatore", la persona fisica che utilizza o chiede di utilizzare un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico per scopi non riferibili all'attività lavorativa, commerciale o professionale svolta;

(...)

n) "utente finale", un utente che non fornisce reti pubbliche di comunicazione o servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico..." .

rendere meno frequente l'utilizzo delle altre applicazioni e degli altri servizi disponibili. La conclusione di tali accordi su una parte significativa del mercato, pertanto, può limitare l'esercizio dei diritti degli utenti finali ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, del Regolamento 2015/2120.

Nel caso concreto, le condotte della Telenor includevano misure di blocco o di rallentamento del traffico connesso all'utilizzo di talune applicazioni e di taluni servizi, rientranti nell'ambito di applicazione dell'articolo 3, paragrafo 3, del Regolamento 2015/2120 indipendentemente dall'essere il risultato di un accordo concluso con il fornitore di servizi di accesso, di una pratica commerciale di tale fornitore o di una sua misura tecnica non ricollegabile né a un accordo né a una pratica commerciale⁸. Tali misure di blocco o di rallentamento del traffico sono applicate come complemento della "tariffa zero" di cui beneficiano gli utenti finali e rendono tecnicamente più difficoltoso, se non impossibile, l'utilizzo, da parte di questi ultimi, delle applicazioni e dei servizi che non sono soggetti a tale tariffa. Di conseguenza, tali misure risultano basate non su requisiti di qualità tecnica del servizio obiettivamente diversi di specifiche categorie di traffico, ma su considerazioni di ordine commerciale, non rientrando perciò in una delle eccezioni tassativamente elencate all'articolo 3, paragrafo 3, terzo comma, del Regolamento 2015/2120.

Alla luce di quanto detto finora, la Corte ha pertanto statuito che:

"L'articolo 3 del regolamento (UE) 2015/2120 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2015, che

stabilisce misure riguardanti l'accesso a un'Internet aperta e che modifica la direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica e il regolamento (UE) n. 531/2012 relativo al roaming sulle reti pubbliche di comunicazioni mobili all'interno dell'Unione, deve essere interpretato nel senso che pacchetti attuati da un fornitore di servizi di accesso a Internet mediante accordi conclusi con utenti finali, ai sensi dei quali questi ultimi possono acquistare un piano tariffario che conferisce loro il diritto di utilizzare senza restrizioni un determinato volume di dati, senza che da tale volume sia detratto l'utilizzo di talune applicazioni e di taluni servizi specifici soggetti a «tariffa zero», e, una volta esaurito tale volume di dati, possono continuare a utilizzare senza restrizioni tali applicazioni e tali servizi specifici, mentre alle altre applicazioni e agli altri servizi disponibili sono applicate misure di blocco o di rallentamento del traffico:

sono incompatibili con il paragrafo 2 di tale articolo, in combinato disposto con il paragrafo 1 dello stesso, in quanto detti pacchetti, detti accordi e dette misure di blocco o di rallentamento limitano l'esercizio dei diritti degli utenti finali; e

sono incompatibili con il paragrafo 3 di detto articolo in quanto le suddette misure di blocco o di rallentamento sono basate su considerazioni di ordine commerciale".

⁸ Si vedano i punti 47-50 della sentenza.



Roberto A. Jacchia
PARTNER

r.jacchia@dejalex.com

+39 02 72554.1

Via San Paolo 7
20121 - Milano



Marco Stillo
ASSOCIATE

m.stillo@dejalex.com

+32 (0)26455670

Chaussée de La Hulpe 187
1170 - Bruxelles

MILANO

Via San Paolo, 7 · 20121 Milano, Italia
T. +39 02 72554.1 · F. +39 02 72554.400
milan@dejalex.com

ROMA

Via Vincenzo Bellini, 24 · 00198 Roma, Italia
T. +39 06 809154.1 · F. +39 06 809154.44
rome@dejalex.com

BRUXELLES

Chaussée de La Hulpe 187 · 1170 Bruxelles, Belgique
T. +32 (0)26455670 · F. +32 (0)27420138
brussels@dejalex.com

MOSCOW

Ulitsa Bolshaya Ordynka 37/4 · 119017, Moscow, Russia
T. +7 495 792 54 92 · F. +7 495 792 54 93
moscow@dejalex.com