

Causa C-39/19**Sintesi della domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'articolo 98, paragrafo 1, del regolamento di procedura della Corte di giustizia****Data di deposito:**

23 gennaio 2019

Giudice del rinvio:

Fővárosi Törvényszék (Corte di Budapest-Capitale, Ungheria)

Data della decisione di rinvio:

11 settembre 2018

Ricorrente:

Telenor Magyarország Zrt.

Resistente:

Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Elnöke (Presidente dell'Ufficio nazionale dei media e delle comunicazioni, Ungheria)

Oggetto del procedimento principale

Ricorso avverso la decisione dell'autorità ungherese di regolamentazione con la quale, da un lato, è stato rilevato che il servizio complementare offerto da un operatore di telecomunicazioni, che è disponibile per sottoscrizioni di servizi di telefonia mobile e consente un traffico di dati limitato o illimitato per determinate piattaforme di musica in streaming (conosciuto come tariffa ridotta MyMusic), è contrario all'articolo 3, paragrafo 3, del regolamento 2015/2120 e, dall'altro, è stato imposto a tale operatore di eliminare le differenze esistenti tra determinati traffici di Internet.

Oggetto e fondamento normativo della domanda pregiudiziale

Quale disposizione dell'articolo 3 del regolamento 2015/2120 si applichi alla tariffa ridotta MyMusic. Se detta tariffa ridotta possa essere conforme al disposto del paragrafo 3 dell'articolo 3 del regolamento 2015/2120 e, di conseguenza, se possa soddisfare l'obbligo di trattamento equo e non discriminatorio. Quale

intensità e portata debba avere il controllo effettuato dall'autorità nazionale di regolamentazione ai sensi dell'articolo 3 del regolamento 2015/2120.

Fondamento giuridico: Articolo 267 TFUE

Questioni pregiudiziali

- 1) Se debba essere interpretato alla luce dell'articolo 3, paragrafo 2, 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 (in prosieguo anche: il «regolamento»), l'accordo commerciale tra un fornitore di servizi di accesso a Internet e un utente finale nell'ambito del quale il fornitore di servizi pratica all'utente finale una tariffa a costo zero per determinate applicazioni (ossia, il traffico generato da una determinata applicazione non è computato nel consumo di dati né rallenta la propria velocità una volta esaurito il volume di dati concordato) e attua una discriminazione limitatamente alle condizioni dell'accordo commerciale stipulato con il consumatore finale e unicamente nei confronti dell'utente finale che è parte di detto accordo, e non nei confronti di un utente finale terzo.
- 2) In caso di risposta negativa alla prima questione pregiudiziale, se il paragrafo 3 dell'articolo 3 del regolamento debba essere interpretato nel senso che, per accertare un'infrazione – tenuto conto anche del considerando 7 del regolamento –, è necessaria una valutazione basata sull'impatto e sul mercato che permetta di determinare se le misure adottate dal fornitore di servizi di accesso a Internet limitino effettivamente – e, se sì, in qual misura – i diritti che l'articolo 3, paragrafo 1, del regolamento conferisce all'utente finale.
- 3) Indipendentemente dalle questioni pregiudiziali prima e seconda, se il paragrafo 3 dell'articolo 3 del regolamento debba essere interpretato nel senso che il divieto ivi previsto è incondizionato, di carattere generale e oggettivo, di modo che, in sua applicazione, qualsiasi misura di gestione del traffico che operi distinzioni tra specifici contenuti di Internet è vietata, non importa se il fornitore dei servizi di accesso a Internet stabilisca tali distinzioni mediante un accordo, una prassi commerciale o altro tipo di comportamento.
- 4) In caso di risposta affermativa alla terza questione, se possa essere constatata un'infrazione al paragrafo 3 dell'articolo 3 del regolamento già solo per il fatto che sussiste una discriminazione, senza dover ulteriormente effettuare una valutazione del mercato e dell'impatto, di modo che una valutazione ai

sensi dei paragrafi 1 e 2 dell'articolo 3 del regolamento risulta nella specie superflua.

Disposizioni di diritto dell'Unione invocate

Considerando 7 nonché articoli 3 e 5 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 (GU 2015, L 310, pag. 1).

Disposizioni nazionali citate

Az elektronikus hírközlésről szóló 2003. évi C. törvény (legge 100 del 2003, sulle comunicazioni elettroniche).

Breve esposizione dei fatti e procedimento principale

- 1 Telenor, uno dei principali fornitori di servizi di telecomunicazioni dell'Ungheria, offre, in particolare, il pacchetto di servizi complementare/integrativo MyMusic in regime di prepagamento e di sottoscrizione mensile. Il pacchetto MyMusic è disponibile in tre modalità (Start, Nonstop e Deezer), e, in funzione della quota mensile corrisposta, garantisce un consumo di dati pari a 500 MB o un consumo illimitato al fine di accedere a quattro piattaforme specifiche di musica in streaming (Deezer, Apple Music, Tidal e Spotify), oltre a determinate radio in linea (Kossuth Rádió, Petőfi Rádió, Bartók Rádió, Dankó Rádió, Rádió 1, Music FM, e Sláger FM) (in prosieguo, congiuntamente: le «applicazioni»). Il traffico di dati generati nell'ambito di tali pacchetti non è preso in considerazione nel volume dei dati di cui dispongono gli abbonati e tali applicazioni permangono a sua disposizione in forma illimitata (vale a dire senza restrizioni né blocchi della banda alta) anche dopo che abbiano utilizzato il volume di dati convenuto (nel caso del pacchetto MyMusic Start fino a un volume di 500 MB). Invece, altri contenuti di Internet non inclusi in tali applicazioni determinano un traffico di dati per i quali è previsto il pagamento e la relativa disponibilità è soggetta a limiti. La tariffa dei pacchetti MyMusic è notevolmente inferiore a quella corrispondente ai pacchetti di 500 MB o di volume illimitato disponibili con le stesse sottoscrizioni.
- 2 La Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Hivatala (Ufficio nazionale dei media e delle comunicazioni, Ungheria), in qualità di autorità di primo grado, ha ritenuto che la tariffa ridotta MyMusic potesse essere considerata una misura di gestione del traffico, sotto forma di prassi commerciale, contraria agli obblighi di trattamento equo e non discriminatorio risultanti dall'articolo 3, paragrafo 3, del

regolamento 2015/2120 e ha imposto alla ricorrente di eliminare le disparità illegittime esistenti tra diversi tipi di traffico Internet.

- 3 L'autorità di secondo grado e resistente - il Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Elnöke (Presidente dell'Ufficio nazionale dei media e delle comunicazioni, Ungheria) - ha confermato la decisione dell'autorità di primo grado. L'autorità di secondo grado ha dichiarato vietata, su base oggettiva e indipendentemente dalla forma assunta, qualsiasi misura di gestione del traffico che operi una distinzione tra contenuti specifici di Internet, e che la tariffa ridotta MyMusic costituisce indubbiamente una misura di gestione del traffico che, in quanto tale, può essere considerata contraria a quanto disposto all'articolo 3, paragrafo 3, del regolamento 2015/2120 senza necessità di procedere a una valutazione relativa al mercato e all'impatto.
- 4 Il ricorrente ha quindi presentato ricorso dinanzi a questo giudice avverso la decisione dell'autorità di secondo grado.

Argomenti essenziali delle parti nel procedimento principale

- 5 Secondo la ricorrente, la resistente commette un errore ad interpretare in modo restrittivo il regolamento 2015/2120. A suo avviso, l'autorità di regolamentazione avrebbe dovuto effettuare un controllo in due fasi e quindi, in primo luogo, valutare se il comportamento in questione violasse le disposizioni dei paragrafi 1 e 2 o del paragrafo 3 del regolamento 2015/2120 e, in secondo luogo, in caso affermativo, valutare l'impatto di tale restrizione o interferenza. La ricorrente afferma che, nel caso di specie, l'autorità di regolamentazione ha eseguito solo la prima fase di detto controllo, giacché ha rilevato l'esistenza di una discriminazione ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 3, però ha del tutto omesso di valutarne l'impatto. Secondo la ricorrente, la necessità della valutazione dell'impatto può essere dedotta anche dall'articolo 5 del regolamento 2015/2120.
- 6 La ricorrente contesta inoltre all'autorità di regolamentazione di aver applicato solo il paragrafo 3 dell'articolo 3 del regolamento 2015/2120. Tale argomento si basa principalmente sul fatto che non si sarebbe dovuto procedere all'applicazione di detta disposizione, che riguarda le misure adottate unilateralmente dal fornitore del servizio, bensì dei paragrafi 1 e 2 del medesimo articolo, in quanto la tariffa ridotta MyMusic deve essere considerata una prassi commerciale derivante da un accordo bilaterale tra l'utente finale e il fornitore del servizio. Nel caso di pratiche commerciali, la questione relativa a se sia limitata la libertà di scelta dell'utente finale deve essere esaminata in relazione al complesso dei servizi offerti dal prestatore di servizi e non con riferimento a un unico pacchetto di servizi (MyMusic Start, ad esempio), e tale libertà non è soggetta a limitazioni quando è possibile accedere a qualsiasi contenuto. Per contro, nel caso di misure unilaterali quel che rileva è che i fornitori di servizi non applichino un trattamento sfavorevole a determinati contenuti e che applichino esclusivamente misure di gestione del traffico consentite e ragionevoli.

- 7 In subordine, tale argomento si fonda sulla tesi secondo cui i paragrafi da 1 a 3 dell'articolo 3 del regolamento 2015/2010 devono essere interpretati congiuntamente, di modo che la gestione del traffico è ritenuta contraria al diritto qualora limiti la libertà di scelta o i diritti del consumatore previsti ai paragrafi 1 e 2 dell'articolo 3. Secondo la ricorrente, la tariffa ridotta MyMusic è conforme al diritto, in quanto estende la libertà di scelta del consumatore, dal momento che le sottoscrizioni della ricorrente gli garantiscono sia pacchetti di dati utilizzabili per contenuti generali - ossia, contenuti di qualsiasi tipo - sia pacchetti di dati che consentono di accedere a determinati contenuti speciali. Oltre a un volume di dati illimitato (Start) o illimitato (Nonstop. Deezer), i pacchetti MyMusic garantiscono l'accesso a determinati servizi musicali e i consumatori hanno la possibilità di incrementare il loro traffico di dati. Esiste una grande richiesta di applicazioni musicali, e per tale motivo la tariffa ridotta MyMusic incrementa la libertà di scelta e il benessere dei consumatori.
- 8 Con riferimento al fatto che la tariffa ridotta MyMusic favorisce determinate applicazioni musicali rispetto ad altre, la ricorrente sostiene che, mediante il pacchetto MyMusic, gli abbonati possono accedere a servizi di musica che solitamente utilizzano e che si tratta di un sistema aperto al quale può liberamente aderire qualsiasi fornitore di servizi di musica. Per evidenti limiti pratici, secondo la ricorrente non sarebbe possibile includere nel pacchetto di servizi tutte le applicazioni musicali in funzione nel mondo.
- 9 L'autorità di regolamentazione, che agisce in qualità di resistente, afferma che occorre effettuare la valutazione dell'impatto solo qualora sussista l'accordo tra utente finale e fornitore del servizio a cui fa riferimento l'articolo 3, paragrafo 2, del regolamento 2015/2120, oppure nel caso in cui, sebbene non sia dato rilevare una violazione dell'articolo 3, paragrafo 3, di tale regolamento, l'accordo o la prassi commerciale possano pregiudicare i diritti dell'utente finale previsti all'articolo 3, paragrafo 1. Per contro, l'articolo 3, paragrafo 3, del regolamento 2015/2120 dispone in modo inequivocabile che è oggettivamente vietata qualsiasi misura di gestione del traffico che operi distinzioni tra specifici contenuti di Internet (a prescindere da se il fornitore di accesso a Internet operi tali distinzioni mediante un accordo, una prassi commerciale o altro tipo di comportamento). La resistente afferma che, nel caso di specie, un controllo in due fasi non serve, in quanto l'analisi dell'articolo 3, paragrafo 3, è al tempo stesso necessaria e sufficiente e non occorre ormai dimostrare se la misura di gestione del traffico vietata comporti una significativa restrizione dei diritti degli utenti finali e della loro libertà di scelta.
- 10 La tariffa ridotta MyMusic deve essere considerata una prassi commerciale che applica una misura di gestione del traffico vietata, checché deduca la ricorrente (ad esempio, che nessun contenuto o applicazione è a priori bloccato e che gli abbonati possono sempre sottoscrivere un traffico dati che consente un utilizzo generale). Tutti i servizi di accesso a Internet devono rispettare i requisiti di neutralità della rete, dal momento che, in caso contrario, il fornitore del servizio di accesso a Internet potrebbe eludere l'adempimento di tale obbligo facendo sì che,

di tutta la sua offerta commerciale destinata agli abbonati, soltanto un pacchetto sia conforme a tale requisito.

- 11 La ricorrente non può affermare che l'adeguamento di una prestazione che infrange il regolamento 2015/2120 ai requisiti di neutralità della rete è irrealistico, poiché il punto non è adeguare i prodotti ai requisiti di neutralità della rete bensì, al contrario, offrire prodotti che rispettino tali requisiti sin dall'inizio.

Breve illustrazione della motivazione del rinvio pregiudiziale

- 12 Il presente rinvio pregiudiziale riguarda una delle prime misure di monitoraggio adottate ai sensi del regolamento 2015/2120 dall'autorità ungherese di regolamentazione, che suscita due difficili questioni interpretative. La prima, di diritto sostanziale, è se il pacchetto di servizi che offre il fornitore di accesso a Internet sia conforme ai requisiti di neutralità della rete previsti dal suddetto regolamento e quale delle disposizioni del regolamento gli sia applicabile. L'altra, di natura procedurale, verte su quanto intenso ed ampio debba essere il controllo dell'autorità nazionale di regolamentazione. L'esito della presente controversia avrà conseguenze per centinaia di migliaia di consumatori e l'interpretazione fornita nel caso di specie può rivelarsi decisiva per l'impostazione, l'oggetto e l'intensità dei futuri controlli da parte dell'autorità.
- 13 Le disposizioni del regolamento 2015/2120 sono recenti. A questo giudice non risulta finora, né nel diritto dell'Unione né in quello degli Stati membri, una loro interpretazione uniforme. Sebbene gli orientamenti del 30 agosto 2016 dell'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche intendano fornire indicazioni ai soggetti incaricati dell'applicazione del diritto, le interpretazioni delle parti sono tra loro profondamente divergenti. È per ragione che questo giudice ritiene necessaria per la risoluzione della controversia al suo esame una pronuncia interpretativa della Corte di giustizia.
- 14 Le questioni pregiudiziali sollevate da questo giudice fanno riferimento, in primo luogo, all'interpretazione dei paragrafi 1 e 2 dell'articolo 3 del regolamento 2015/2120 e del paragrafo 3 del medesimo articolo 3 in combinato disposto con il considerando 7. Il nesso tra dette disposizioni suscita dubbi. Secondo questo giudice, non si può escludere che il divieto previsto al paragrafo 3 dell'articolo 3 sia finalizzato essenzialmente a evitare che i fornitori di servizi di accesso a Internet adottino misure unilaterali. Se, tuttavia, la prassi commerciale controversa nel caso di specie si trovasse compresa nell'ambito di applicazione dell'articolo 3, paragrafo 3, si porrebbe la questione se si tratti realmente di un divieto oggettivo o generale, che non prevede valutazione dell'impatto per la prassi contraria al diritto, o se sia necessario definire un quadro conforme al contenuto del considerando 7 al fine di valutare la significativa restrizione del diritto di «accesso a un'Internet aperta» del consumatore o della sua libertà di scelta.
- 15 La ricorrente non nega che dalla tariffa ridotta MyMusic scaturiscono gestioni di traffico differenti a seconda che si tratti delle applicazioni selezionate oppure di

altri contenuti di Internet, ma, mentre per l'autorità di regolamentazione tale disparità è sufficiente, da sola, ad integrare una violazione del diritto dell'Unione, la ricorrente ritiene necessario considerare anche altre disposizioni del regolamento. Seguendo un'interpretazione letterale, questo giudice giungerebbe alla conclusione che il paragrafo 3 dell'articolo 3 del regolamento 2015/2120 contenga un obbligo giuridico autonomo, chiaro e assoluto.

- 16 Tuttavia, nel caso in cui l'argomentazione della ricorrente fosse accolta, sarebbe applicabile alla controversia l'articolo 3, paragrafo 2, del regolamento 2015/2120, il che solleverebbe la questione se il fatto che tra il fornitore del servizio e l'utente finale intercorra un accordo contrattuale — liberamente concluso — osti all'argomento secondo cui la lesione dei diritti dell'utente finale può essere valutata in modo oggettivo e senza accertamento di ulteriori requisiti. Ciò perché il fornitore del servizio e l'utente finale stabiliscono in tal caso di comune accordo le condizioni del servizio come richiesto da quest'ultimo, con l'effetto che una lesione dei diritti dell'utente finale potrebbe essere accertata solo a seguito di un controllo individuale.
- 17 Pur non contenendo un riferimento esplicito in tal senso, il paragrafo 3 dell'articolo 3 del regolamento 2015/2120 persegue inoltre, mediante il divieto generale, anche la tutela dei diritti altrui. La resistente afferma al riguardo che nel caso di specie la ricorrente, se è vero che non discrimina gli utenti finali, discrimina però i fornitori di applicazioni o contenuti. Ciò solleva seri dubbi in merito all'ammissibilità delle allegazioni della ricorrente basate sulla libertà contrattuale, in quanto da tale libertà potrebbe scaturire un accordo commerciale tra il fornitore del servizio e l'utente finale che pregiudica i diritti di un terzo e risulta perciò contrario alle disposizioni del diritto dell'Unione in materia di neutralità della rete che definiscono l'accesso a un Internet aperto come un obiettivo normativo. Tuttavia, se tali allegazioni fossero comunque accolte, si porrebbe la decisiva questione se, per constatare una violazione delle disposizioni in materia di neutralità della rete, sia sufficiente la mera esistenza di una discriminazione oppure occorra altresì valutare l'impatto della stessa.