

Causa C-807/18**Sintesi della domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'articolo 98, paragrafo 1, del regolamento di procedura della Corte di giustizia****Data di deposito:**

20 dicembre 2018

Giudice del rinvio:

Fővárosi Törvényszék (Corte della 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 pacchetto di servizi di traffico dati offerto dall'operatore di telecomunicazioni, il quale consente, in generale, un utilizzo limitato di alcune applicazioni ma illimitato e non rallentato di altre (conosciuto come tariffa ridotta MyChat), 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 giuridico del rinvio pregiudiziale

Quale disposizione dell'articolo 3 del regolamento 2015/2120 si applichi alla tariffa ridotta MyChat. 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 del paragrafo 2 dell'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 (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 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 del diritto dell'Unione fatte valere

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, e rettifica in GU 2016, L 27, pag. 14).

Disposizioni del diritto nazionale fatte valere

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

Breve esposizione dei fatti e del procedimento principale

- 1 Telenor, uno dei principali fornitori di servizi di telecomunicazioni dell'Ungheria, offre, in particolare, il pacchetto di servizi MyChat. Tale pacchetto, da una parte, consente un consumo di 1 Gb di dati e, dall'altra, garantisce un utilizzo illimitato all'interno del territorio nazionale di alcune delle applicazioni più importanti (Facebook, Facebook Messenger, Whatsapp, Instagram, Twitter e Viber). L'utilizzo delle applicazioni selezionate non rientra nel limite di 1 Gb di traffico dati e le stesse restano a disposizione degli abbonati con accesso alla banda larga totale (non ridotta) anche dopo l'utilizzo di 1 Gb di traffico dati, mentre altre applicazioni di Internet non comprese nella tariffa ridotta generano un traffico dati a pagamento e la loro accessibilità viene limitata —mediante un rallentamento— una volta utilizzato 1 Gb di traffico dati.
- 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 MyChat 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 traffico e traffico di Internet.
- 3 L'autorità di secondo grado e resistente —la 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 il pacchetto MyChat costituisce indubbiamente una misura di gestione del traffico, giacché offre ai propri abbonati un utilizzo illimitato e di qualità uniforme di talune applicazioni selezionate, mentre rallenta l'accesso agli altri contenuti di Internet,

riducendo a un massimo di 32 kbit/s la velocità di caricamento e scaricamento una volta superato un determinato volume di traffico dati, senza tuttavia che ricorra alcuno dei motivi giustificativi di una tale misura elencati all'articolo 3, paragrafo 3, del regolamento 2015/2120.

- 4 La ricorrente ha presentato ricorso dinanzi al giudice del rinvio avverso la decisione dell'autorità di secondo grado.

Argomenti principali 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 detta disposizione, che riguarda le misure adottate unilateralmente dal fornitore del servizio, avrebbe dovuto essere applicata, bensì i paragrafi 1 e 2 del medesimo articolo, in quanto la prestazione del servizio MyChat deve essere considerata una prassi commerciale derivante da un accordo bilaterale tra l'utente finale e il fornitore del servizio.
- 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, il pacchetto MyChat è conforme al diritto, in quanto estende la libertà di scelta del consumatore concedendogli sia un certo traffico di dati generale —ossia, utilizzabile per qualsiasi tipo di contenuto— sia un volume di dati speciale e illimitato che serve per utilizzare servizi di chat. Per quanto riguarda il fatto che il pacchetto MyChat privilegia alcune applicazioni di chat rispetto ad altre, la ricorrente sottolinea che gli abbonati al pacchetto MyChat possono comunque accedere a qualsiasi applicazione di chat nell'ambito del traffico di 1 Gb di dati. Per evidenti limiti pratici, non sarebbe possibile includere nel pacchetto di servizi tutte le applicazioni di chat in funzione nel mondo.
- 8 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 (non importa 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.

- 9 Il pacchetto MyChat deve essere considerato una prassi commerciale che applica una misura di gestione del traffico vietata, checché alleghi 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). 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 esposizione della motivazione del rinvio pregiudiziale

- 10 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.
- 11 Le disposizioni del regolamento 2015/2120 sono recenti. Al giudice del rinvio 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 questo che il giudice del rinvio ritiene necessaria per la risoluzione della controversia al suo esame una pronuncia interpretativa della Corte di giustizia.

- 12 Le questioni pregiudiziali sollevate dal giudice del rinvio 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 solleva dubbi. Secondo il giudice del rinvio, 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.
- 13 La ricorrente non nega che dal pacchetto MyChat 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, il giudice del rinvio giungerebbe alla conclusione che il paragrafo 3 dell'articolo 3 del regolamento 2015/2120 contenga un obbligo giuridico autonomo, chiaro e assoluto.
- 14 Tuttavia, nel caso in cui l'argomentazione della ricorrente fosse accolta, sarebbe applicabile alla controversia l'articolo 3, paragrafo 2, del regolamento 2015/2120, ciò 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.
- 15 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 aperta 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.

DOCUMENTO DI LAVORO