

PARERE

Oggetto: *Compatibilità europea del disegno di legge n. 2484 recante disposizioni in materia di fornitura di servizi della rete internet per la tutela della concorrenza e della libertà di accesso della concorrenza*

QUESITO

1. Ci è stato chiesto da Assotelecomunicazioni Asstel (“**Asstel**”) di valutare la compatibilità con il diritto dell’Unione di un disegno di legge, attualmente all’esame del Senato della Repubblica, avente ad oggetto la disciplina di taluni profili in materia di fornitura di servizi internet, segnatamente il ddl presentato a iniziativa dell’On. Quintarelli e registrato al Senato con il n. S.2484 (“**ddl S.2484**” o “**ddl**”).

2. Al riguardo – e sia pur con riserva di una più approfondita analisi, da svolgersi sulla base di un più esauriente corredo informativo – può sin d’ora rilevarsi che il ddl S.2484 presenta diversi profili di dubbia compatibilità rispetto ai principi ed alle conferenti disposizioni di diritto europeo e, segnatamente, rispetto (i) al regolamento (UE) n. 2015/2120, che stabilisce misure riguardanti l’accesso a un’Internet aperta, nonché rispetto (ii) ad altre fonti di diritto dell’Unione fra cui, in particolare, la disciplina UE in materia di norme tecniche (direttiva 2015/1535/UE), di terminali di comunicazione (direttiva 2008/63/CE) e, più in generale, i principi e le norme del Trattato FUE sul Mercato Interno.

I. IL DDL S.2484

3. Con il ddl S.2484, il legislatore nazionale intende introdurre un quadro di regole volto a disciplinare taluni profili dell’accesso a Internet. Nel complesso, l’iniziativa legislativa all’esame del Senato contempla norme in materia di:

- neutralità della rete (cd. *net neutrality*) e gestione del traffico (cd. *traffic management*);
- diritto degli utenti in materia di scelta dei *software* da installare/disinstallare sui dispositivi dagli stessi acquistati (segnatamente, *smartphone* e *tablet*).

4. Più specificamente, le disposizioni in materia di *net neutrality* sono dettate dagli articoli 2, 3 e 5 del ddl, mentre le disposizioni sull’accesso ai dispositivi sono dettate dall’articolo 4 del ddl. La disciplina di cui trattasi è poi completata da una norma definitoria (art.1) e da una norma di chiusura in materia competenze e sanzioni (art. 6).

II. INCOMPATIBILITÀ DEL DDL ALLA LUCE DEL REGOLAMENTO (UE) N. 2015/2120 (“DIGITAL SINGLE MARKET”)

1. Il Regolamento (UE) n. 2015/2120

5. Anzitutto si evidenzia che la disciplina della *net neutrality* e, più in generale dell’accesso a Internet, hanno già formato oggetto di regole comuni previste a livello europeo dal citato regolamento (UE) n. 2015/2120 (“**Regolamento**”). Ed infatti, il Regolamento si propone tra l’altro¹ di definire, nel rispetto del principio della neutralità tecnologica², un quadro di “*norme comuni per garantire un trattamento equo e non discriminatorio del traffico nella fornitura di servizi di accesso a Internet e tutelare i relativi diritti degli utenti finali*” (cd. *net neutrality*)³, mirando segnatamente a “*garantire il funzionamento ininterrotto dell’ecosistema Internet quale volano per l’innovazione*”⁴ ed a “*salvaguardare l’accesso ad un’Internet aperta*”⁵. Il Regolamento anticipa, dunque, uno degli obiettivi sottesi anche al riordino complessivo della normativa di diritto dell’UE sulle comunicazioni elettroniche, attualmente in corso, e che porterà all’adozione del c.d. *European Electronic Communications Code*⁶.

6. Proprio perché detta “*norme comuni*”, il Regolamento è adottato sulla base dell’art. 114 del Trattato FUE, in vista di una armonizzazione delle normative degli Stati membri in materia.

7. Già ad una prima e generale ricognizione, quindi, emerge come fra la materia disciplinata dal Regolamento e quella oggetto dell’intervento nazionale preconizzato dal ddl vi sia una ampia sfera di sovrapposizione.

2. Il quadro giuridico di riferimento

8. Ciò posto, prima di esaminare la compatibilità del ddl con le disposizioni del Regolamento, appare opportuno fornire alcuni cenni di inquadramento in merito alla **natura** della fonte europea di cui trattasi – i.e. i regolamenti dell’Unione – ed ai **limiti** (particolarmente ristretti) in cui gli Stati membri possono intervenire, con proprie norme, in materie già disciplinate da regolamenti dell’Unione.

9. È noto che, ai sensi dell’art. 288 del Trattato FUE, “[i]l regolamento ha portata generale. Esso è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri”.

¹ Si ricorda che lo stesso regolamento contiene all’art. 7 anche previsioni in materia di *roaming*. Tali previsioni non sono oggetto di analisi nel presente parere.

² Considerando 2 del Regolamento.

³ Considerando 1 e art. 1 del Regolamento.

⁴ Considerando 1 del Regolamento.

⁵ Considerando 34 del Regolamento.

⁶ Cfr. proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce il codice europeo delle comunicazioni elettroniche (rifusione), COM/2016/0590 final.

10. Come confermato dalla giurisprudenza, i regolamenti dell'Unione sono fonte vincolante di diritto derivato che **non richiede trasposizione** all'interno dell'ordinamento degli Stati membri. Essi disciplinano compiutamente la materia normata e sono direttamente fonte di diritti ed obblighi per tutti i soggetti interessati, singoli o autorità degli Stati membri. I regolamenti sono stati dunque concepiti dagli autori dei Trattati quale fonte di diritto che – diversamente dalle direttive – si applica **direttamente** a situazioni determinate obiettivamente e che comporta effetti giuridici nei confronti di categorie di soggetti, definite in termini generali ed astratti⁷.

11. Spetta inoltre agli Stati membri, in virtù del generale principio di **leale collaborazione** sancito dell'art. 4, par. 3, del Trattato UE, assicurare che l'applicazione del diritto dell'Unione sia completa ed effettiva e che, quale corollario di tale principio, i singoli siano messi in condizione di conoscere, con la dovuta **trasparenza, chiarezza ed univocità**, la portata dei diritti ed obblighi derivanti dalle varie fonti del diritto dell'Unione.

12. Alla luce di tali principi generali, e con specifico riguardo alle discipline poste dai regolamenti, la giurisprudenza della Corte di giustizia, sin dagli anni '70, ha avuto modo di mettere in luce i seguenti profili.

- (i) il campo di applicazione di un regolamento, e dunque la portata sostanziale e personale della relativa disciplina, sono definiti **unicamente** dalle disposizioni del regolamento medesimo⁸: ciò implica altresì che, salvo circoscritte eccezioni, le norme di un regolamento non possono essere estese per analogia a situazioni non esplicitamente normate dallo stesso;
- (ii) soprattutto, in quanto dotato di applicabilità diretta, e diversamente dalle direttive, il regolamento **non** richiede trasposizione nell'ordinamento nazionale. Ciò implica che gli Stati non solo non hanno l'obbligo di trasporlo, ma anzi **non possono** farlo. Si tratta di un principio generale della teoria delle fonti dell'ordinamento dell'Unione, consolidatosi in virtù di una costante giurisprudenza della Corte, e che trae fondamento sia dalla natura dell'atto (di diretta applicabilità) sia dalla esigenza di assicurare, ai sensi del principio di leale collaborazione, piena ed effettiva applicazione alle norme dell'ordinamento dell'Unione;
- (iii) più specificamente, la Corte ha chiarito che, sin dalla loro entrata in vigore le norme del regolamento devono potersi applicare, nella propria sfera di efficacia, spiegando effetti a favore, o a carico, dei soggetti interessati, **senza alcuna misura di recepimento** in diritto interno. Il rispetto scrupoloso di tali principi è condizione necessaria a garantire **simultaneità** ed **uniformità** di applicazione dei regolamenti all'interno dell'intera Unione. Ne consegue

⁷ Cfr. *ex multis* sentenza 5 maggio 1977, *Koninkijke Sholten Honig*, causa 101/76, ECLI:EU:C:1977:70.

⁸ Cfr. sentenza 12 dicembre 1985, *Krohn*, causa 165/84, ECLI:EU:C:1985:507.

che, una diversa condotta degli Stati membri – una condotta, cioè che dia luogo ad interventi che incidono sul tessuto normativo del regolamento – sarebbe appunto preclusa in quanto suscettibile di pregiudicare l’effetto diretto proprio di tale fonte, in violazione del diritto dell’Unione⁹;

(iv) in aderenza a tali principi, quindi, **la Corte ha fortemente limitato la potestà degli Stati membri ad intervenire su materie che abbiano già formato oggetto di disciplina da parte di regolamenti UE:**

- per un verso, **gli Stati membri non possono ovviamente mai interferire con le disposizioni dei regolamenti**, derogandovi o limitandone la portata. Come precisato dalla Corte, invero, *“gli Stati membri sono tenuti ad astenersi da qualsiasi provvedimento che deroghi a tali regolamenti o [o anche soltanto] ne pregiudichi l’efficacia”*¹⁰;
- per l’altro, **le autorità nazionali non possono neanche “sovrapporre” ai regolamenti UE normative di fonte nazionale**, e ciò – si badi – anche qualora tali normative fossero analoghe, o addirittura identiche, a quella regolamentare europea. Una tale condotta, infatti, sarebbe fonte di incertezza per gli amministrati in merito a quale sia la norma corretta da applicare e, per ciò stesso, rischierebbe di minare l’effettività ed uniformità di applicazione del diritto dell’Unione. Tale dovere degli Stati è stato puntualmente evidenziato dalla Corte, secondo cui: *“gli Stati membri non possono emanare, né consentire agli enti nazionali muniti di potestà normativa di emanare, atti che nascondano agli amministrati la natura comunitaria di una norma giuridica e gli effetti che ne derivano”*¹¹.

(v) In pratica, gli unici casi in cui resta consentito agli Stati di intervenire normativamente su materie già coperte, mediante regolamento, da discipline europee sono **limitati** ad ipotesi circoscritte, quali segnatamente:

- l’ipotesi in cui l’intervento nazionale sia **richiesto** dallo stesso regolamento UE. Si tratta dei casi di **abilitazione**¹² in cui il regolamento espressamente **conferisce** al legislatore nazionale il compito di adottare appositi atti di attuazione, definendone al contempo finalità e portata;

⁹ Cfr. *inter alia* sentenze 10 ottobre 1973, *Variola*, causa 34/73, ECLI:EU:C:1973:101; 2 febbraio 1977, *Amsterdam Bulb*, causa 50/76, ECLI:EU:C:1977:13; 31 gennaio 1978, *Zerbone*, causa 94/77, ECLI:EU:C:1978:17.

¹⁰ Cfr. sentenza *Amsterdam Bulb*, cit., nonché sentenza 30 novembre 1978, *Bussone*, causa 31/78, ECLI:EU:C:1978:217.

¹¹ Cfr. sentenza *Amsterdam Bulb*, cit.

¹² Cfr. sentenza 27 settembre 1979, *Eridania*, causa 230/78, ECLI:EU:C:1979:216.

- ovvero, l'ipotesi in cui l'intervento nazionale si riveli assolutamente **necessario** per assicurare la corretta applicazione in concreto del regolamento stesso. Si tratta segnatamente dei casi di adozione di (mere) **misure di applicazione**¹³, che possono ad esempio essere indispensabili qualora il regolamento si limiti a prevedere disposizioni di indole generale e che postulano misure di esecuzione a livello nazionale. Nella stessa prospettiva, è possibile che fonti nazionali riprendano (o rinviino a) disposizioni di un regolamento, allo scopo di chiarire e coordinare norme nazionali preesistenti (ciò, ad esempio, può essere opportuno qualora all'interno dello Stato si intreccino molteplici fonti – e.g. nazionali e regionali/locali – che, se non debitamente coordinate, potrebbero dar luogo ad applicazioni incerte e disomogenee del regolamento UE)¹⁴.

13. Ciò premesso, occorre rilevare sin d'ora che il Regolamento **non prevede alcuna abilitazione** in favore degli Stati membri per l'adozione di misure applicative. Inoltre, esso enuncia una disciplina articolata e precisa che **non postula interventi attuativi ulteriori**. In presenza di tali circostanze, non può non rilevarsi come, già su un piano generale, **un intervento unilaterale di un singolo Stato membro – quale appunto quello prefigurato dal ddl – che si sovrappone ed interferisce con la disciplina dettata dal Regolamento, appare non solo non necessario, ma anzi in potenziale contrasto con il quadro di principi di diritto dell'Unione dianzi richiamati.**

14. L'incompatibilità del ddl con l'ordinamento europeo emerge poi in termini ancora più puntuali, laddove si proceda ad una articolata disamina delle sue disposizioni. Una tale disamina, infatti, mette in luce diversi profili di sovrapposizione e persino distonia o conflitto con le norme del Regolamento. Nella sezione seguente si procede quindi ad un confronto fra le due discipline, volta ad evidenziare i singoli aspetti di sovrapposizione e/o incoerenza fra le norme del ddl e le previsioni del Regolamento.

3. Profili specifici di sovrapposizione e/o incoerenza con il Regolamento

(i) Articolo 1 del ddl

15. All'art. 1, il ddl enuncia talune definizioni, spesso operando rinvii ad altre norme europee o nazionali (a loro volta di trasposizione di direttive europee). Ulteriori definizioni sono poi contenute (anche in forma implicita) nel corpo di altre disposizioni del ddl (su tale specifico aspetto si rinvia a quanto di seguito esposto in relazione all'art. 2 del ddl). Le definizioni (esplicitate e implicite) previste dal ddl sono in parte in

¹³ Cfr. sentenza *Zerbone*, cit.

¹⁴ Cfr. sentenza 28 marzo 1975, *Commissione c. Italia*, causa 272/83, ECLI:EU:C:1985:147.

sovrapposizione (è questo in particolare il caso delle nozioni definite per rinvio ad altre norme dell'ordinamento europeo) e in parte non coincidenti con le norme del Regolamento.

16. Ora, già sotto questi profili, non può non rilevarsi come la disciplina introdotta dal ddl rischi, quanto meno, di creare opacità ed incertezza per i soggetti interessati. È chiaro infatti che le disposizioni definitorie valgono a delimitare il campo di applicazione oggettivo e soggettivo della relativa disciplina. Ne consegue che la moltiplicazione e duplicazione di disposizioni definitorie riguardo ad una medesima materia, talune di fonte europea (direttamente applicabile) ed altre di fonte nazionale, pone gli interessati, operatori economici, utenti-consumatori, ed anche organi dello Stato, in una posizione di dubbio riguardo alle definizioni da applicare ed al rispettivo regime. Ciò poi risulta tanto più preoccupante ove si consideri che la stessa disciplina sostanziale, contemplata rispettivamente dal Regolamento e dal ddl, presenta ampie aree di sovrapposizione (v. *infra*), con la conseguenza di determinare situazioni di seria **incertezza giuridica** in merito alla complessiva normativa conferente.

(ii) *Articolo 2 del ddl*

17. L'art. 2 del ddl, alla prima frase, enuncia una disposizione che – ancorché in modo indiretto – sembra avere carattere definitorio. L'art. 2, co. 1, del ddl, infatti **esclude** dalla nozione di accesso o servizio internet (nozione normata dal Regolamento), gli accessi o i servizi che limitano “*la possibilità di fruizione da parte dell'utente a una porzione o a un sottoinsieme di servizi offerti sulla rete internet*”.

18. Tale esclusione appare in distonia rispetto al regime preconizzato dal Regolamento. Quest'ultimo, invero, nel definire la nozione di “*servizio di accesso a Internet*” **non** ha introdotto alcuna limitazione o esclusione in funzione della possibilità di fruire solo di taluni servizi (o di “*sottoinsiemi*” di servizi). **L'art. 2, n. 2), del Regolamento** contempla infatti una **definizione generale** di “*servizio di accesso a Internet*”, quale “*servizio di comunicazione elettronica a disposizione del pubblico che fornisce accesso a Internet, ovvero connettività a praticamente tutti i punti finali di Internet, a prescindere dalla tecnologia di rete e dalle apparecchiature terminali utilizzate*”.

19. Si osserva che tale distonia fra ddl e Regolamento è già di per sé censurabile, o quantomeno dubbia, alla luce dei principi richiamati in precedenza. In effetti, come confermato anche dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (“**AGCom**”)¹⁵ sembrerebbe che il legislatore nazionale abbia voluto enucleare dalla definizione generale di servizio di accesso a Internet, sancita dal Regolamento, un **segmento** di attività (i.e. quello individuato all'art. 2, co. 1, prima frase, del ddl) che, a suo avviso,

¹⁵ Cfr. audizione del Presidente dell'AGCom tenutasi il 9 novembre 2016 dinanzi la 8^a Commissione del Senato.

non ricade in detta definizione e quindi – parrebbe – neanche nel campo di applicazione del relativo regime. Si tratta quindi di un profilo non minore e che potrebbe essere fonte di incertezze, ovvero di applicazioni divergenti rispetto al Regolamento.

20. Si badi inoltre che il punto qui rilevato potrebbe non essere soltanto una questione definitoria e di nomenclatura. Al riguardo, è opportuno ricordare che il Body of European Regulators for Electronic Communications (“**BEREC**”) nelle *Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules*¹⁶, adottate ai sensi dell’art. 5, par. 3, del Regolamento, ha precisato che servizi Internet che limitano l’accesso a specifici servizi o applicazioni, ovvero consentono la fruizione a porzioni o sottoinsiemi di Internet, **ricadono** nel campo di applicazione del regime del Regolamento. Coerentemente con tale lettura, il BEREC ritiene che detti servizi potrebbero ritenersi vietati ai sensi dell’art. 3 del Regolamento. In proposito, al par. 17 delle *Guidelines* – peraltro non richiamate all’art. 2, co. 1, del ddl – si afferma:

*“BEREC understands a **sub-internet service** to be a service which restricts access to services or applications (e.g. banning the use of VoIP or video streaming) or enables access to only a pre-defined part of the internet (e.g. access only to particular websites). NRAs should take into account the fact that an ISP could easily circumvent the Regulation by providing such sub-internet offers. These services should therefore be considered to be **in the scope of the Regulation** and the fact that they provide a limited access to the internet should constitute an **infringement** of Articles 3(1), 3(2) and 3(3) of the Regulation. BEREC refers to these service offers as ‘sub-internet services’, as further discussed in paragraphs 38 and 55”.*

21. Alla luce di tali considerazioni, la disposizione di cui all’art. 2, co. 1, seconda frase, del ddl appare di incerta lettura e di dubbia compatibilità, se non apertamente confliggente, rispetto al Regolamento. Tale disposizione sembra introdurre obblighi informativi specifici per quanto riguarda i servizi dianzi descritti (i.e. cd. *sub-internet services*); essa stabilisce che “[p]er l’accesso o il servizio di connettività di cui al periodo precedente, la documentazione contrattuale deve indicare, con il maggior grado di precisione tecnicamente possibile, le limitazioni poste rispetto ad un accesso di connettività che consenta la fruizione illimitata di servizi offerti sulla rete Internet”. Ciò posto, si rileva che:

- la disposizione citata ha una formulazione non univoca, nella misura in cui non è chiaro del tutto quali siano i servizi in questione;
- in ogni caso, dal testo della norma sembrerebbe evincersi che la disciplina informativa dalla stessa contemplata riguardi i servizi di cui alla prima frase dell’art. 2, co. 1, del ddl, vale a dire i servizi esclusi dalla definizione generale di servizi di accesso a Internet. Ebbene, ciò comporterebbe due

¹⁶ BoR(16)127.

conseguenze: (a) prevedendo uno specifico regime informativo, il legislatore nazionale darebbe per scontata piena la legittimità di tali servizi, ciò che, in qualche misura, potrebbe rivelarsi in contrasto con il Regolamento, quale interpretato da BEREC; (b) in ogni caso, il legislatore nazionale introduce un regime informativo *ad hoc*, in *overlapping* rispetto a quello disposto dal Regolamento all'art. 4 e di non agevole coordinamento con quest'ultimo¹⁷.

(iii) *Articolo 3 del ddl*

22. L'art. 3 del ddl disciplina la **gestione del traffico**. Anche questa previsione trova una sua corrispondente norma nel Regolamento (vale a dire l'art. 3, norma del resto richiamata dal ddl¹⁸). Trattandosi di una previsione complessa, appare preliminarmente utile illustrarne brevemente il contenuto:

- il **comma 1** sancisce il principio della cd. *net neutrality*. A tale fine, “*non è consentito ostacolare l'accesso ad applicazione e servizi Internet, ovvero rallentarlo rispetto alla velocità alla quale sarebbe fornito ad un utente nella stessa aerea avente la medesima capacità di banda e con accesso illimitata alla rete Internet*”. Specifiche misure di *traffic management*, quale eccezione alla *net neutrality*, sono poi previste alle lettere da a) a d) delle medesima disposizione (i.e. a) congestioni di traffico, b) integrità e sicurezza della rete e dei servizi, c) evitare comunicazione non richieste, d) attuare norme di legge o provvedimenti giurisdizionali);
- il **comma 2** autorizza i fornitori di reti o servizi di comunicazione elettronica a commercializzare “*servizi a valore aggiunto di prioritizzazione di classi di traffico*”, al fine di “*soddisfare specifiche esigenze della clientela d'affari e residenziale*”. Inoltre, l'adesione degli utenti a tali servizi deve essere liberamente espressa e formare oggetto di uno “*specifico e separato accordo tariffario e contrattuale*”. Si prevede altresì che l'“*accesso best effort*” deve, in ogni caso, far parte dell'offerta e deve essere pubblicizzato con la stessa evidenza;
- il **comma 3** pone un divieto in capo “*ai fornitori di servizi di accesso alla rete internet*” di fissare il prezzo per i servizi a valore aggiunto “*in funzione dei servizi o delle applicazioni*”;

¹⁷ L'art. 4 del Regolamento, al suo comma 1 individua infatti i contenuti che “*i contratti che includono servizi di accesso a Internet*” devono prevedere, aggiuntivi rispetto a quelli già previsti dalla Direttiva 2002/22/CE. Si tratta nella specie di contenuti minimi; conseguentemente, gli Stati membri, o le loro autorità nazionali di regolamentazione (“**ANR**”), possono intervenire per stabilirne di ulteriori, ma non possono certo derogare i minimi previsti. Per una più puntuale disamina della disciplina prevista dell'art. 4 del Regolamento, si rinvia a quanto osservato *infra, sub* (v), in merito all'art. 5 del ddl.

¹⁸ Si veda, in particolare, i co. 1 e 2 che richiamano l'art. 3, par. 5, del Regolamento, e il co. 5 che contiene un riferimento all'art. 5 del Regolamento.

- il **comma 4** definisce la procedura da seguire per intervenire in caso di possibili danni all'integrità o alla sicurezza della rete *internet*, ovvero al servizio del fornitore o ai terminali di utenti finali, causati dal traffico proveniente dal terminale di un altro utente finale;
- il **comma 5** assegna ad AGCom il compito di stabilire, entro 60 giorni dall'entrata in vigore dell'adottanda legge, appositi livelli minimi di qualità del servizio, al fine di “*prevenire il degrado del servizio di accesso alla rete internet e la diffusione di pratiche non ragionevoli di gestione*”. La norma precisa altresì che gli standard definiti da AGCom debbano essere aggiornati annualmente.

23. Si rileva, infine, che i commi 1, 2 e 5 richiamano specifiche disposizioni del Regolamento, nonché gli “*orientamenti attuativi*”, cioè le citate *Guidelines* del BEREC, che sono state adottate il 30 agosto 2016, e dunque a valle dell'approvazione del ddl alla Camera, ma prima dell'inizio dell'esame al Senato.

24. Già ad una prima, generale, ricognizione emerge quindi che: le previsioni di cui ai commi da 1 a 3 dell'art. 3 ddl vanno a **sovrapporsi** alla disciplina dettata dal Regolamento in materia di gestione della rete e possibili limitazioni; i commi 4 e 5, investono taluni profili, inerenti l'attuazione delle norme sulle misure di gestione del traffico e le relative competenze, che, ai sensi dell'art. 5 del Regolamento, sono **conferite alle ANR**. Ciò premesso, si rileva più in dettaglio quanto segue.

(a) Art. 3, co. 1 del ddl

25. Anzitutto, le previsioni di cui al comma 1 dell'art. 3 del ddl sono nella sostanza **già contemplate**:

- dall'art. 3, par. 1, del Regolamento, con riguardo alla *net neutrality*;
- e dall'art. 3, parr. 3 e 4, del Regolamento, con riguardo alle misure di *traffic management*.

26. In proposito, si osserva che:

(i) l'art. 3, par. 1, del Regolamento sancisce il diritto degli utenti finali ad “*accedere a informazioni e contenuti e di diffonderli*”, nonché ad “*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*”. Sotto questo profilo, l'art. 3, co. 1, del ddl, sembra operare una sorta di **trasposizione** della norma europea, che si sovrappone a quest'ultima, e che, come tale, è in contrasto con i principi dianzi richiamati;

(ii) l'art. 3, par. 3, co. 1, del Regolamento detta espressamente il principio di non discriminazione del traffico. Ai sensi di tale previsione, infatti, i fornitori devono

trattare il traffico allo stesso modo “*senza discriminazioni, restrizioni o interferenze*”, e ciò a prescindere dalla fonte, dalla destinazione, dai suoi contenuti, dalle applicazioni o servizi utilizzati, dalle apparecchiature terminali impiegate. Anche a questo riguardo dunque si è in presenza di (a) un’indebita **trasposizione** del Regolamento che, per di più, (b) sembra contemplare una tutela **meno ampia** di quella prefigurata dal Regolamento;

(iii) il Regolamento poi all’art. 3, par. 3, co. 2 e 3, e par. 4, individua in modo puntuale e tassativo le misure di *traffic management* che possono essere adottate, dettando altresì criteri ed obblighi stringenti cui gli operatori si devono conformare.

La norma precisa, in particolare, che i fornitori possono attuare soltanto “*misure di gestione [del traffico] ragionevole*”, che per essere tali devono essere “*trasparenti, non discriminatorie, e proporzionate*” e non basarsi su “*considerazioni di ordine commerciale ma [soltanto] su requisiti di qualità tecnica del servizio obiettivamente diversi di specifiche categorie di traffico*” (co. 2). Ciò posto, il co. 3 dell’art. 3 vieta ai fornitori di adottare “*misure che vanno oltre quelle*” precisate al suo co. 2; nondimeno, la stessa previsione consente ai fornitori, in via eccezionale, e in ipotesi tassative espressamente individuate dalla stessa norma¹⁹, di adottare “*ove necessario*” e “*solo per il tempo necessario*” misure di *traffic management* diverse da quelle previste al co. 2, vale a dire misure che, in particolare, “*bloccano, rallettano, alterano, limitano, interferiscono con, degradano o discriminano tra specifici contenuti, applicazioni o servizi, o loro specifiche categorie*”. Il par. 4 autorizza poi il trattamento di dati nel quadro delle misure di *traffic management* previste dal par. 3, ma solo qualora tale trattamento risulti “*necessario e proporzionato*”. Per completezza, si ricorda inoltre che il BEREC, nelle sue *Guidelines*, ha ulteriormente dettagliato, a beneficio delle ANR, la portata applicativa dei principi e criteri dettati dall’art. 3, par. 3, co. 2 e 3, del Regolamento, con riferimento sia alle misure di gestione ragionevole del traffico, che delle misure di *traffic management* che vanno al di là di quelle ragionevoli.

Da quanto ora detto emerge che la disciplina del *traffic management* posta dall’art. 3, co. 1, del ddl si **sovrappone** a quella dettata dall’art. 3, parr. 3 e 4, del Regolamento. Inoltre, l’art. 3, co. 1, del ddl appare **più generico** rispetto alla norma europea: l’art. 3, ad esempio, non chiarisce se le misure di gestione del traffico debbano sempre e comunque essere ragionevoli, come invece stabilito dall’art. 3, par. 3, co. 2, del

¹⁹ Le lett. da a) a c) dell’art. 3, co. 3, del Regolamento fanno riferimento alle seguenti ipotesi:
“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”.

Regolamento; e, ancora, nulla prevede quanto al trattamento dei dati nel quadro delle misure di *traffic management*. L'art. 3, co. 1, del ddl – sovrapponendosi all'art. 3, par. 3 e 4 – crea pertanto una situazione di evidente **incertezza giuridica** e, dunque, di **disorientamento** per i fornitori, che si trovano simultaneamente sottoposti a due discipline sul *traffic management*, quella del ddl e quella del Regolamento, tra loro non del tutto coincidenti.

Ma non solo. L'art. 3, co. 1, del ddl presenta anche dei profili di **potenziale conflitto** con il regime del Regolamento. Esso prevede un'ipotesi in cui i fornitori possono adottare misure di *traffic management* discriminatorie che, viceversa, non risulta nell'elenco tassativo di cui all'art. 3, par. 3, co. 3, lett. a)-c) del Regolamento²⁰.

(b) Art. 3, co. 2 e 3, del ddl

27. Ulteriori profili di sovrapposizione si rilevano tra l'art. 3, co. 2 e 3, del ddl e l'art. 3, par. 5, del Regolamento. Entrambe le previsioni infatti si occupano di disciplinare la fornitura di servizi o applicazioni che richiedono livelli superiori di qualità di accesso alla rete rispetto ai servizi di accesso di base. Però, la disciplina dettata dal ddl, oltre che in **overlapping** rispetto alla fonte europea, risulta, sotto diversi profili, di **dubbia coerenza** con quest'ultima. Nella specie, si ricorda che l'art. 3, par. 5, del Regolamento:

- riconosce ai fornitori di servizi di comunicazioni elettroniche e fornitori di contenuti, applicazioni e servizi, la libertà di “*offrire servizi (...) ottimizzati per specifici contenuti, applicazioni o servizi o loro combinazioni, nel caso in cui l'ottimizzazione sia necessaria per soddisfare i requisiti relativi a contenuti, applicazioni o servizi per un livello specifico di qualità*”. Come chiarito nel considerando 16 del Regolamento, nonché nelle *Guidelines* del BEREC, si tratta di servizi ottimizzati (ovvero, “*specializzati*”) che “*rispondono ad un interesse pubblico*” o anche di “*servizi di comunicazione macchina a macchina*”; essi comprendono, ad esempio, applicazioni necessarie alla chirurgia “a distanza” (*remote surgery*), o di servizi cd. VoLTE (i.e. *Voice over LTE*)²¹, o ancora di servizi di televisione lineare su IPTV²²;
- pur affermando la libertà di commercializzazione dei servizi ottimizzati, dispone al riguardo talune condizioni. Ed infatti, il co. 2 dell'art. 3, par. 5, del Regolamento stabilisce che tali servizi possano essere offerti soltanto se: (a) la capacità della rete sia tale da consentire la fornitura aggiuntiva dei servizi

²⁰ Si tratta, in particolare, della possibilità di adottare misure di gestione del traffico volte a “*c) limitare la trasmissione di comunicazioni non richieste a un utente finale, previo consenso dello stesso utente*”.

²¹ Si tratta di servizi che consentono di effettuare chiamate vocali su rete LTE (4G), basandosi sull'Internet Protocol.

²² Orientamenti BEREC, punti 113-114.

ottimizzati rispetto ai servizi di accesso ad Internet di base prestati; (b) i servizi ottimizzati siano effettivamente offerti in aggiunta, e non in sostituzione, dei servizi di accesso ad Internet; (c) la loro offerta non vada a discapito della disponibilità o della qualità generale dei servizi di accesso a Internet per gli utenti finali. Si tratta a ben vedere di condizioni volte a garantire nel loro insieme che i servizi di accesso a Internet di base siano comunque sempre disponibili e che sia dunque sempre assicurato il rispetto del principio di *net neutrality*.

28. Ciò posto, alla luce di quanto ora descritto emergono evidenti **profili di distonia** tra l'art. 3, co. 2 e 3, del ddl e l'art. 3, par. 5, del Regolamento:

- anzitutto, l'art. 3, co. 2, del ddl autorizza la commercializzazione di “*servizi a valore aggiunto di prioritarizzazione di classi di traffico*”. La formulazione non è del tutto chiara. E ciò tanto più che per servizio a valore aggiunto s'intende, nella prassi, un servizio supplementare rispetto al servizio di base (in genere, di telefonia mobile) fruito dall'utente;
- l'art. 3, co. 2, del ddl consente poi la commercializzazione di tali servizi semplicemente “*per soddisfare specifiche esigenze della cliente d'affari e residenziale*”. Tale norma sembrerebbe trascurare le condizioni poste dall'art. 3, par. 5, del Regolamento, dianzi menzionate;
- l'art. 3, co. 3, del ddl precisa inoltre che il prezzo di tali servizi non deve essere fissato in funzione dei servizi o delle applicazioni utilizzati tramite l'accesso a Internet. Ebbene, ferme restando le sole tre condizioni di cui si è detto, il Regolamento riconosce ai fornitori una piena libertà di commercializzazione di servizi ottimizzati e nulla prevede quanto ai relativi prezzi²³. Ne consegue che, intervenendo sui prezzi di tali servizi, la norma del ddl risulterebbe di fatto distonica rispetto alla citata previsione del Regolamento.

(c) Art. 3, co. 4 e 5, del ddl

29. Come anticipato:

- il comma 4 dell'art. 3 detta una procedura che il fornitore di servizi di accesso a Internet deve seguire prima di adottare misure di gestione del traffico che, ai sensi dell'art. 3, co. 1, lett. b), del ddl, sono motivate da esigenze di preservare l'integrità e la sicurezza della rete, dei servizi di comunicazione o del terminale dell'utente finale;

²³ Al riguardo, si richiama per completezza che l'unica norma del Regolamento che interessa i prezzi dei servizi è il par. 2 dell'art. 3. Tale previsione precisa unicamente che le condizioni e le caratteristiche commerciali – quali il prezzo – dei servizi di accesso non devono “*limita[re] l'esercizio dei diritti degli utenti finali*” di cui al par. 1 della medesima norma, vale a dire il diritto di accesso a un'Internet aperta.

- il comma 5 dell'art. 3 richiede ad AGCom di stabilire “entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore” dell'adottanda legge, “i limiti minimi di qualità del servizio” che i fornitori devono rispettare, al fine di prevenire il “degrado del servizio di accesso (...) la diffusione di pratiche non ragionevoli di gestione”.

30. Entrambe le previsioni presentano profili di **sovrapposizione** con l'art. 5 del Regolamento. Quest'ultima norma infatti conferisce alle ANR specifiche prerogative di attuazione (*ex ante*) e di vigilanza (*ex post*) delle previsioni del Regolamento. Per quanto qui rileva, si richiama che le ANR, oltre a dover monitorare e ad assicurare il rispetto degli artt. 3 e 4 del Regolamento, “possono imporre requisiti concernenti le caratteristiche tecniche, i requisiti minimi di qualità del servizio e altre misure adeguate necessarie a uno o più fornitori di comunicazioni elettroniche al pubblico, incluso ai fornitori di servizi di accesso a Internet”.

31. A fronte dell'art. 5 del Regolamento, si deve rilevare che:

- anzitutto, l'art. 3, co. 5, del ddl si configura come una ingiustificata **duplicazione** della norma regolamentare;
- in ogni caso, nel predeterminare determinate modalità e procedure, l'art. 3, co. 4, del ddl parrebbe **pregiudicare le competenze di attuazione** che la norma regolamentare devolve unicamente ad AGCom.

(iv) *Articolo 4 del ddl*

32. L'art. 4 del ddl prefigura una disciplina in materia di libero accesso degli utenti internet a *software*, contenuti e servizi. Come altresì precisato nel dossier della Camera n. 301, seconda edizione, del 22 giugno 2015, tale norma “*interviene in materia di prevenzione e di formazione di 'sistemi chiusi' nel mondo internet*”. Nel medesimo documento si precisa altresì che, in coerenza con quanto segnalato nella relazione illustrativa, la disposizione in esame intenderebbe mutuare il principio di interoperabilità sancito per la televisione a pagamento dal Codice delle comunicazioni elettroniche (d.lgs. 259/2003). In proposito, si richiama che, in linea con le conferenti previsioni europee, il Codice assicura al mercato la possibilità di optare fra le varie soluzioni tecniche in grado di assicurare l'interoperabilità e, segnatamente, fra il *simulcrypt* (che consente l'interoperabilità di sistemi chiusi e/o proprietari) e il *multicrypt* (tipico invece dei sistemi aperti). Nella specie, il ddl parrebbe invece voler imporre un'unica soluzione: vale a dire quella di apparati massimamente aperti.

33. Così facendo, nel dettare cioè disposizioni sul libero accesso a *software*, contenuti e servizi, l'art. 4 del ddl potrebbe condizionare la configurazione di apparati terminali di comunicazione quali, in particolare, *tablet* e *smartphone* (è questo, del resto, un profilo evocato, sin dalla relazione introduttiva, negli stessi documenti dei dossier legislativi di Camera e Senato).

(a) Incompatibilità con il Regolamento

34. In primo luogo, l'art. 4 del ddl interviene su una materia sostanzialmente **già disciplinata** dall'art. 3, par. 1, del Regolamento. Ed infatti, l'art. 3, par. 1 del Regolamento contempla anch'esso i diritti degli utenti Internet, disciplinando altresì i profili connessi agli apparati terminali, quali appunto *tablet* e *smartphone*. Da questo punto di vista vi è, quindi, una (indebita) sovrapposizione “cilindrica” fra le fonti: entrambe le previsioni – l'art. 4 del ddl e l'art. 3, par. 1, del Regolamento – nel dettare norme a favore degli utenti Internet si curano di disciplinare profili connessi agli apparati terminali.

35. Ma non basta. A differenza del legislatore nazionale, il legislatore europeo ha sì tutelato la libertà di scelta degli utenti, ma nel rispetto, al contempo, della **libertà di impresa**²⁴, lasciando, quindi, al mercato il compito di individuare una preferenza per sistemi aperti o chiusi. In tal senso, la norma europea prescrive che gli utenti hanno il “*diritto di (...) 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*”²⁵. In altre parole, il legislatore europeo ha ritenuto che la tutela dell'utente corrisponda al (e si esaurisca nel) diritto di poter liberamente scegliere qualsiasi terminale in grado di collegarsi alla rete internet, senza imposizioni da parte degli operatori del settore. Chiarissimo al riguardo è il considerando n. 5 del Regolamento laddove precisa che “*i fornitori di servizi di accesso a Internet non dovrebbero imporre restrizioni all'utilizzo di apparecchiature terminali che collegano alla rete oltre a quelle imposte dai fabbricanti o dai distributori di apparecchiature terminali*”. Nello stesso senso, si è poi pronunciato il BEREC nelle citate *Guidelines*²⁶. Nella prospettiva europea dunque, pur tutelando la libertà di scelta dell'utente, non ci si spinge sino al punto di prevedere un modello predeterminato per quanto riguarda le caratteristiche degli apparati di cui trattasi (i.e. apparati necessariamente “aperti” in luogo di altre tipologie).

36. Pertanto, nella misura in cui interferisce con le dinamiche di mercato, l'art. 4 del ddl potrebbe rivelarsi non conforme alla richiamata disciplina del Regolamento.

²⁴ Una conferma in tal senso si rinviene anche nel considerando n. 33 del Regolamento, laddove il legislatore europeo afferma che la disciplina regolamentare rispetta i diritti fondamentali e i principi riconosciuti dalla Carta, così introducendo una disciplina equilibrata e proporzionata in grado di bilanciare al contempo l'esigenza di protezione dei consumatori con la libertà di impresa. Sul punto, cfr. altresì il par. 2' dei citati Orientamenti BEREC di cui al doc. BoR(16)127.

²⁵ Cfr. art. 3, par. 1, del Regolamento.

²⁶ Cfr. in particolare parr. 25-27, cui si rinvia per eventuali ulteriori approfondimenti.

(b) Ulteriori profili

37. In secondo luogo, l'art. 4 del ddl potrebbe risultare incompatibile anche rispetto alle previsioni europee in materia di “norme tecniche”. Al riguardo, si rileva quanto segue.

38. Si è detto che nel dettare disposizioni sul libero accesso a *software*, contenuti e servizi, l'art. 4 del ddl potrebbe condizionare la configurazione di apparati terminali di comunicazione quali, in particolare, *tablet* e *smartphone*. Come dichiarato sin dalla prima versione della proposta di legge, l'adottanda disciplina intende fornire una risposta normativa all' “*emergere di smartphone e tablet come strumento di accesso*”, che si caratterizzano per l'esistenza di *software* e/o apposite applicazioni già pre-installate a livello di produttore e/o di fornitore di servizi. In tale prospettiva, viene enunciato il diritto degli utenti di “*disinstallare software e di rimuovere contenuti che non siano di loro interesse dai propri dispositivi, salvo che tali software siano previsti come obbligatori da norme imperative o siano essenziali per l'operatività o per la sicurezza*” (art. 4).

39. Un tale regime, nella misura in cui imponesse l'utilizzo di specifiche soluzioni tecniche in luogo altre, sarebbe equiparabile, nella sostanza, ad una cd. “norma tecnica” ai sensi della direttiva 2015/1535/UE²⁷. Ebbene, tale direttiva 2015/1535/UE è applicabile ai terminali di comunicazione in virtù dell'esplicito richiamo contenuto nella direttiva 2008/63/CE. Più specificamente:

- la direttiva 2015/1535/CE introduce un apposito regime volto ad assicurare un controllo preventivo da parte della Commissione delle adottande “norme tecniche” dei singoli Stati membri²⁸;
- con riferimento al comparto che ci occupa, rileva anche la direttiva 2008/63/CE relativa alla concorrenza sui mercati delle apparecchiature

²⁷ Come noto, la direttiva 2015/1535/CE si applica sia alle “regole” che alle “specificazioni” tecniche. Più in particolare:

- ai sensi dell'art. 1, par. 1, lett. c, per “specificazione tecnica” si intende “*una specificazione che figura in un documento che definisce le caratteristiche richieste di un prodotto, quali i livelli di qualità o di proprietà di utilizzazione, la sicurezza, le dimensioni, comprese le prescrizioni applicabili al prodotto per quanto riguarda la denominazione di vendita, la terminologia, i simboli, le prove ed i metodi di prova, l'imballaggio, la marcatura e l'etichettatura, nonché le procedure di valutazione della conformità [...]*”;
- ai sensi dell'art. 1, par. 1, let. f), per “regola tecnica” si intende “*una specificazione tecnica o altro requisito o una regola relativa ai servizi, comprese le disposizioni amministrative che ad esse si applicano, la cui osservanza è obbligatoria, de jure o de facto, per la commercializzazione, la prestazione di servizi, lo stabilimento di un fornitore di servizi o l'utilizzo degli stessi in uno Stato membro o in una parte importante di esso, nonché, fatte salve quelle di cui all'articolo 7, le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative degli Stati membri che vietano la fabbricazione, l'importazione, la commercializzazione o l'utilizzo di un prodotto oppure la prestazione o l'utilizzo di un servizio o lo stabilimento come fornitore di servizi*”.

²⁸ Ed infatti, lo Stato membro che intenda adottare una regola tecnica è anzitutto tenuto a comunicare alla Commissione europea il relativo progetto, specificando le motivazioni sottese alla proposta (art. 5 della direttiva 2015/1535/CE).

terminali di telecomunicazioni. Quest'ultima, nel precisare che i produttori devono essere informati delle specifiche tecniche cui devono rispondere i loro prodotti, ribadisce che, in conformità alla direttiva 2015/1535/CE, gli Stati membri sono tenuti a “notificare” alla Commissione le specifiche “*delle apparecchiature terminali destinate a essere allacciate direttamente o indirettamente alla rete pubblica*” sin dalla “*fase di progetto*” delle predette specifiche²⁹.

40. Ai sensi di tali norme, il legislatore italiano dovrebbe **notificare** senza indugio il ddl, così da consentire alla Commissione il pieno esercizio delle sue prerogative di controllo in materia.

41. Inoltre, l'omissione della notifica – oltre a rappresentare una violazione delle disposizioni delle richiamate direttive e, più in generale, dell'obbligo di leale collaborazione sancito dall'art. 4, par. 3, Trattato UE – potrebbe comportare altresì conseguenze sulla stessa **applicabilità** dell'art. 4 del ddl. Secondo la costante giurisprudenza della Corte di giustizia UE, la violazione dell'obbligo di notifica sancito dalla direttiva, ovvero l'esecuzione della regola tecnica prima del completamento delle procedure all'uopo previste, impone al giudice nazionale di disapplicare la regola tecnica³⁰ (e ciò anche nel quadro di una controversia fra parti private)³¹. Come rilevato dalla Corte, infatti, nonostante “[s]iffatta conseguenza dell'inadempimento degli obblighi imposti dalla direttiva (...) non è subordinata a una disposizione espressa in tal senso (...) è assodato che la finalità della direttiva è la tutela della libera circolazione delle merci mediante un controllo preventivo e che l'obbligo di notifica costituisce un mezzo essenziale per l'attuazione del detto controllo comunitario”; pertanto, “[l]'efficacia di tale controllo sarà ancora maggiore se la direttiva viene interpretata nel senso che l'inadempimento dell'obbligo di notifica costituisce un vizio procedurale sostanziale atto a comportare l'inapplicabilità ai singoli delle regole tecniche di cui è causa”³².

42. Per completezza, va anche precisato che, anche laddove lo Stato membro interessato ottemperasse all'obbligo di notifica delle specifiche tecniche, queste potrebbero comunque essere in contrasto con le disposizioni dell'art. 34 del Trattato FUE. In tale prospettiva, lo Stato membro di importazione (nella specie, l'Italia), dovrebbe altresì verificare che la regola/specifica tecnica che si vuole adottare non limiti l'immissione nel proprio mercato di “*un'apparecchiatura terminale legalmente fabbricata e commercializzata in un altro Stato membro*”³³. Ne consegue che, nella

²⁹ Cfr. art. 5, par. 1.

³⁰ Cfr., *inter alia*, sentenza del 16 luglio 2015, causa C-95/14, *UNIC e Uni.co.pel*, ECLI:EU:C:2015:492, p. 29 e giurisprudenza ivi citata.

³¹ Cfr., *inter alia*, sentenza del 27 ottobre 2016, causa C-613/14, *James Elliott Construction*, ECLI:EU:C:2016:821, p. 64 e giurisprudenza ivi citata.

³² Sentenza del 30 aprile 1996, causa C-194/94, *CIA Security International / Signalson e Securitel*, ECLI:EU:C:1996:172.

³³ Considerando 11 della direttiva 2008/63/CE.

misura in cui l'art. 4 del ddl avesse l'effetto di ostacolare l'immissione in commercio sul territorio italiano di prodotti – segnatamente, *smartphone* e *tablet* – largamente commercializzati in altri Stati membri, tale disposizione comporterebbe altresì una restrizione alla libera circolazione delle merci in violazione dell'art. 34 Trattato FUE³⁴ e potrebbe essere giustificata solo qualora sussistano i presupposti per l'applicazione di una delle deroghe riconosciute dall'ordinamento dell'Unione.

43. Infine, a conferma dei profili di dubbia compatibilità del regime introdotto dall'art. 4 del ddl, si ricorda che l'adottanda normativa italiana presenta significative similitudini con la normativa spagnola sul decoder unico che formò oggetto di procedura di infrazione ex art. 258 del Trattato FUE da parte della Commissione europea. Come noto, il legislatore spagnolo aveva introdotto una disciplina volta ad imporre l'interoperabilità dei sistemi dei decodificatori televisivi sulla base del sistema del *multicrypt*; così facendo, però, produttori e operatori del settore furono privati della possibilità di optare per modelli alternativi, tipici dei sistemi chiusi quali il *simulcrypt*. Come emerge dal comunicato stampa della Commissione, nella lettera di messa in mora l'Istituzione europea aveva evidenziato le ragioni per cui la legge spagnola era in contrasto al contempo con la disciplina europea sulle regole tecniche e sulla libera circolazione delle merci³⁵. La procedura si è poi positivamente conclusa a seguito delle modifiche apportate alla legge in vista del ripristino della libertà di scelta per i produttori e gli operatori del settore fra sistemi aperti (*multicrypt*) e chiusi (*simulcrypt*)³⁶.

³⁴ Come noto “gli ostacoli alla libera circolazione delle merci derivanti, in mancanza di armonizzazione delle legislazioni nazionali, dall'assoggettamento, da parte di uno Stato membro, di merci provenienti da altri Stati membri, in cui siano legalmente fabbricate e messe in commercio, a norme che dettino requisiti ai quali le merci stesse devono rispondere, anche qualora tali norme siano indistintamente applicabili a tutti i prodotti, costituiscono misure di effetto equivalente, vietate dall'articolo 34 TFUE, laddove tale assoggettamento non risulti giustificato da finalità di interesse generale tali da prevalere sulle esigenze della libera circolazione” (cfr. sentenza del 22 settembre 2016, causa C-525/14, *Commissione / Repubblica ceca*, ECLI:EU:C:2016:714, p. 35 e giurisprudenza ivi citata).

³⁵ Nel comunicato stampa IP/97/564, si legge infatti che “the provisions of Law 17/1997 of particular concern to the Commission are the following: [...] the imposition of specific technical solutions for conditional access systems (e.g. *Simulcrypt* or *Multicrypt*) constitutes a “technical rule” which should have been notified under Directive 83/189. This provision could also restrict the free movement of television signal decoders (in violation of Article 30) and restrict the use of these decoders to access conditional access services originating in other Member States, such as encrypted television channels (and so violate Article 59)”.

³⁶ Nel comunicato stampa IP 97/857 si legge infatti che “la Commission européenne a décidé de classer la procédure d'infraction ouverte le 26 juin 1997 concernant la loi espagnole 17/1997 relative aux services de télévision numérique à accès conditionné (voir IP/97 564 REV et IP/97/680). En effet le décret-loi du 12 septembre 1997 modifie de manière substantielle la loi incriminée, car elle n'exclut plus le type de décodeur “*Simulcrypt*” du marché espagnol”.

(v) *Articolo 5 del ddl*

44. L'art. 5 del ddl reca la disciplina in materia di **trasparenza**. Più in particolare, la norma prevede che i fornitori di reti o servizi di comunicazioni elettronica sono tenuti a pubblicare su apposita pagina del sito web le proprie offerte di servizi Internet; nel far ciò gli operatori del settore sono tenuti a specificare “*quali [offerte] garantiscono accesso alla rete internet secondo le specifiche di cui all'articolo 2 e quali integrino le misure di cui all'articolo 3*”.

45. Tale disposizione è in **sovrapposizione** con la disciplina in materia di trasparenza prevista dall'art. 4 del Regolamento. L'art. 4 del Regolamento, al suo comma 1 individua infatti i contenuti che “*i contratti che includono servizi di accesso a Internet*” devono prevedere, a complemento di quanto già richiesto dalla direttiva 2002/22/CE. Si tratta nella specie di contenuti minimi; conseguentemente, gli Stati membri, o le loro autorità nazionali di regolamentazione (“ANR”), possono intervenire per stabilirne di ulteriori.

46. Ai presenti fini, si rileva quanto segue. Anzitutto, quanto alle offerte di servizi disciplinati dall'art. 2 del ddl si è già detto che si tratta di disciplina di non univoca lettura anche con riferimento alla trasparenza, atteso che si prescrive un regime informativo *ad hoc*, in *overlapping* rispetto a quello disposto dal Regolamento e di non agevole coordinamento con quest'ultimo; ciò vale anche per gli ulteriori obblighi di trasparenza (*sub specie* di pubblicazione delle offerte) dettati dall'art. 5 del ddl.

47. In secondo luogo, si precisa che anche il regime della trasparenza delle offerte che integrano misure di *traffic management* ai sensi dell'art. 3 del ddl, è in *overlapping* con l'art. 4 del Regolamento. Quest'ultimo, infatti, prevede che vengano pubblicate informazioni dettagliate circa le offerte che includono servizi di accesso ad Internet³⁷. Il Regolamento, precisa inoltre che³⁸:

³⁷ Ai sensi dell'art. 4, co. 1, devono essere pubblicate:

“a) informazioni sul potenziale impatto delle misure di gestione del traffico applicate dal fornitore sulla qualità dei servizi di accesso a Internet, sulla vita privata degli utenti finali e sulla protezione dei loro dati personali”.

b) una spiegazione chiara e comprensibile delle conseguenze pratiche che eventuali restrizioni del volume, la velocità e altri parametri di qualità del servizio possono avere sui servizi di accesso a Internet e, in particolare, sulla fruizione di contenuti, applicazioni e servizi;

c) una spiegazione chiara e comprensibile delle conseguenze pratiche che i servizi di cui all'articolo 3, paragrafo 5, [vale a dire, i “servizi (...) ottimizzati per specifici contenuti, applicazioni o servizi”, c.d. servizi specializzati] a cui si abbona l'utente finale possono avere sui servizi di accesso a Internet forniti a tale utente finale;

d) una spiegazione chiara e comprensibile della velocità dei servizi di accesso a Internet minima, normalmente disponibile, massima e dichiarata di caricamento e scaricamento per le reti fisse o la velocità dei servizi di accesso a Internet massima stimata e dichiarata di caricamento e scaricamento per le reti mobili, nonché il potenziale impatto di deviazioni significative dalle rispettive velocità di caricamento e scaricamento dichiarate sull'esercizio dei diritti degli utenti finali di cui all'articolo 3, paragrafo 1;

e) una spiegazione chiara e comprensibile dei mezzi di ricorso a disposizione del consumatore a norma del diritto nazionale in caso di discrepanza, continuativa o

- l’informativa ivi prevista si aggiunge al regime previsto dalla direttiva 2002/22/CE;
- gli Stati membri hanno la possibilità di introdurre ulteriori requisiti in materia di trasparenza, nel rispetto, ovviamente, dello stesso Regolamento, nonché delle direttive 2002/21/CE e 2002/22/CE.

48. Al riguardo, va ricordato che tale ultima direttiva individua puntualmente il soggetto titolato della facoltà di prevedere ulteriori disposizioni in materia di trasparenza aggiuntivi. La direttiva 2002/22/CE demanda alle ANR – e non già al legislatore – il compito di definire eventuali ulteriori obblighi di trasparenza, in particolare con riferimento al contenuto economico delle offerte. Ai sensi dell’art. 21 della direttiva 2002/22/CE, infatti, “[g]li Stati membri provvedono affinché le **autorità nazionali di regolamentazione** possano imporre alle imprese che forniscono reti pubbliche di comunicazione elettronica e/o servizi accessibili al pubblico di comunicazione elettronica di pubblicare informazioni trasparenti, comparabili, adeguate e aggiornate in merito ai prezzi e alle tariffe vigenti, a eventuali commissioni per cessazione di contratto e a informazioni sulle condizioni generali vigenti in materia di accesso e di uso dei servizi forniti agli utenti finali e ai consumatori, conformemente all’allegato II. Tali informazioni sono pubblicate in forma chiara, esaustiva e facilmente accessibile. Le **autorità nazionali di regolamentazione** possono precisare ulteriori prescrizioni relative alla forma in cui tali informazioni devono essere pubblicate”.

49. Alla luce di quanto precede, il regime di trasparenza prefigurato dal ddl:

- si pone in *overlapping* con lo specifico regime di cui all’art. 4 del Regolamento;
- potrebbe rappresentare una indebita ingerenza nelle competenze che il quadro europeo di riferimento riserva sì agli Stati membri, ma nella specifica figura delle ANR (e dunque ad AGCom) e non anche ad altri soggetti (quale il legislatore).

(vi) *Articolo 6 del ddl*

50. L’art. 6 del ddl disciplina le sanzioni per la violazioni degli obblighi imposti dallo stesso ddl. La norma delinea sul punto un quadro piuttosto complesso:

- al co. 1, qualifica come una pratica commerciale scorretta di tipo omissivo, ai sensi dell’art. 22, co. 2, del D.Lgs. 205/2006 (“**Codice del Consumo**”), la violazione degli obblighi di informazione inerenti alle offerte commerciali ex

regolarmente ricorrente, tra la prestazione effettiva del servizio di accesso a Internet riguardante la velocità o altri parametri di qualità del servizio e la prestazione indicata conformemente alle lettere da a) a d)”.

art. 2, co. 1, del ddl. Tale violazione viene quindi devoluta alla competenza di accertamento ed *enforcement* dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (“AGCM”), ai sensi dell’art. 27 del Codice del Consumo;

- al co. 2, attribuisce ad AGCom la competenza a valutare e sanzionare le violazioni delle previsioni dettate dall’art. 3 del ddl, in materia di misure di gestione del traffico;
- al co. 3, individua nuovamente AGCM quale autorità competente ad accertare e sanzionare, sempre ai sensi delle norme in materia di pratiche scorrette dettate dal Codice del Consumo, le violazioni dell’art. 4 del ddl.

51. Anzitutto, tale norma si sovrappone a due previsioni del Regolamento: l’art. 5, d’altro canto già richiamato, e l’art. 6. In particolare, l’art. 5 definisce le competenze di attuazione e vigilanza rispetto agli artt. 3 e 4 – vale a dire le prescrizioni sulle misure di gestione del traffico e sugli obblighi di informativa e di trasparenza nei confronti degli utenti – espressamente conferendole alle ANR di settore; l’art. 6 richiede agli Stati membri di prevedere anche “*sanzioni (...) effettive, proporzionate e dissuasive*”, da irrogare “*in caso di violazione degli articoli 3, 4 e 5*” del Regolamento.

52. Ciò posto, si rileva quanto segue:

- il co. 2, dell’art. 6 del ddl, nella misura in cui attribuisce poteri di *enforcement* ad AGCom per violazioni delle previsioni sul *traffic mangement*, appare una indebita **duplicazione** della norma già contemplata dal Regolamento;
- il co. 1, dell’art. 6 del ddl, presenta invece talune **distonie** rispetto al Regolamento. Quest’ultimo, come detto, individua sempre nelle ANR – e dunque AGCom – il soggetto competente ad accertare e sanzionare le violazioni degli obblighi di trasparenza e informazione previsti dalla disciplina di settore. Va poi segnalato che, in quanto *safety net*, la disciplina delle pratiche scorrette – prevista in via generale dalla direttiva 2005/29/CE, recepita dal Codice del Consumo – non trova applicazione in presenza di norme speciali (per settore o fattispecie) che già regolano la medesima fattispecie. In tal caso, infatti, è la disciplina speciale a prevalere e a trovare applicazione. Ne consegue che le competenze di *enforcement* dovrebbero essere in tal caso esercitate dall’autorità di settore e non già da AGCM (competente ad applicare il solo Codice del Consumo)³⁹. Nella specie, il Regolamento e, più in generale, la direttiva 2002/22/CE dettano specifici obblighi in materia informativa, individuando in AGCom l’autorità preposta alla vigilanza e al controllo di tale regime. Pertanto, il ddl avrebbe dovuto al più confermare, al pari di quanto fatto dal co. 2, la competenza di AGCom, ma non certo attribuire nuove competenze ad altra autorità;

³⁹ Tale impostazione è stata recentemente condivisa dal Consiglio di Stato che ha sollevato un quesito pregiudiziale sul punto (cfr. ordinanza 167/2017). La questione è ora all’attenzione della Corte di giustizia UE.

- il co. 3, dell'art. 6 del ddl, presenta poi profili di incoerenza con la direttiva 2005/29/CE in materia di pratiche commerciali scorrette. La norma sembra ritenere che qualsivoglia violazione dell'art. 4 del ddl configuri sempre una pratica commerciale scorretta, come tale sanzionabile da AGCM ai sensi del Codice del Consumo. In questa sede, ci si limita a ricordare che, per costante giurisprudenza della Corte di giustizia UE, la direttiva 2005/29/CE ha introdotto una armonizzazione completa delle norme in materia di pratiche scorrette. Ne consegue che gli Stati membri non possono prefigurare fattispecie di pratiche commerciali scorrette che non siano già contemplate dalla direttiva di cui trattasi. Sotto questo profilo, l'art. 6 del ddl presenta quindi seri dubbi di legittimità.

* * *

CONCLUSIONI

53. Alla luce delle considerazioni che precedono, si ritiene che il ddl S.2484 presenti diversi profili di dubbia compatibilità rispetto ai principi ed alle conferenti disposizioni di diritto europeo e, segnatamente, rispetto (i) al regolamento (UE) n. 2015/2120, che stabilisce misure riguardanti l'accesso a un'Internet aperta, nonché rispetto (ii) ad altre fonti di diritto dell'Unione fra cui, in particolare, la disciplina UE in materia di norme tecniche (direttiva 2015/1535/UE), di terminali di comunicazione (direttiva 2008/63/CE) e, più in generale, i principi e le norme del Trattato FUE sul Mercato Interno.

Bruxelles, 24 gennaio 2017



Avv. Isabella Perego



Avv. Prof. Gian Michele Roberti



Avv. Marco Serpone