



18 NOVEMBRE 2020

# Il principio di non discriminazione del traffico Internet nella U.E.

di Paolo Damiani

Professore aggregato di Diritto costituzionale  
Università degli Studi di Udine

# Il principio di non discriminazione del traffico Internet nella U.E.\*

di Paolo Damiani

Professore aggregato di Diritto costituzionale  
Università degli Studi di Udine

**Abstract [It]:** Net neutrality e open Internet sono due diverse interpretazioni del principio di non discriminazione del traffico Internet. Mentre la prima tutela esclusivamente la libertà dalle discriminazioni, la seconda protegge anche la libertà di discriminare. Il titolo del Regolamento (U.E.) 2015/2120 suggerisce che il legislatore europeo abbia aderito alla seconda interpretazione (open Internet). Una più attenta analisi delle sue disposizioni rivela, al contrario, che l'interpretazione del principio di non discriminazione del traffico Internet fatta propria dal Regolamento è la prima (Net neutrality).

**Abstract [En]:** Net neutrality and open Internet are two different interpretations of the principle of non-discrimination of Internet traffic. While the former protects only the freedom from discrimination, the latter also protects the freedom to discriminate. The title of Regulation (EU) 2015/2120 suggests that the European legislator has adhered to the second interpretation (open Internet). A closer analysis of its provisions reveals, on the contrary, that the interpretation of the principle of non-discrimination of Internet traffic adopted by the regulation is the first (Net neutrality).

**Sommario:** 1. Premessa. 2. *Net neutrality* e *open Internet*. 3. La doppia portata garantistica della *open Internet*. 3.1. Le discriminazioni tecniche. 3.2. Le discriminazioni commerciali. 3.3. Le tre soluzioni del conflitto tra la libertà dalle discriminazioni e la libertà di discriminare. 4. Il Regolamento e le discriminazioni tecniche. 5. Il Regolamento e le discriminazioni commerciali. 5.1. Le *Guidelines*. 6. Conclusioni.

## 1. Premessa

*Net neutrality* e *open Internet* sono espressioni che rimandano a due diverse interpretazioni del principio di non discriminazione del traffico Internet<sup>1</sup>.

---

\*Articolo sottoposto a referaggio.

<sup>1</sup> La letteratura sul principio di non discriminazione del traffico Internet è vastissima.

A titolo esemplificativo: T. WU, *Network Neutrality, Broadband discrimination*, in *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, n.2/2003, pp. 141 ss., [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=388863###](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=388863###); T. WU, *The Broadband Debate: A User's Guide*, in *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, n.3/2004, pp. 69 ss., <http://ssrn.com/abstract=557330>; C.S. YOO, *Is There a Role for Common Carriage in an Internet-Based World?* in *Houston Law Review*, n.51/2013, pp. 545 ss., <http://ssrn.com/abstract=2370068>; C.S. YOO, *Network Neutrality after Comcast: Toward a Case-by-Case Approach To Reasonable Network Management*, in *New directions in communications policy*, 2009, <http://ssrn.com/abstract=1511892>; C.S. YOO, *Network Neutrality and the Economics of Congestion*, in *Georgetown Law Journal*, n.94/2006, pp. 1947 ss., <http://ssrn.com/abstract=825669>; C.S. YOO, *Beyond Network Neutrality*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, 2005, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=742404](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=742404); T. WU, C. YOO, *Keeping the Internet Neutral?: Tim Wu and Christopher Yoo Debate*, in *Federal Communications Law Journal*, 2007, <http://www.repository.law.indiana.edu/fclj/vol59/iss3/6>; T. WU - L. LESSIG, *Re: Ex Parte Submission in CS Docket No. 02-52*, [http://www.timwu.org/wu\\_lessig\\_fcc.pdf](http://www.timwu.org/wu_lessig_fcc.pdf), 2002, p. 2; B. VAN SCHEWICK, *Network Neutrality and Quality of Service: What a Non-Discrimination Rule Should Look Like*, in *Stanford Law Review*, n.67/2015, in particolare le pp. 98-99; B. VAN SCHEWICK, *Towards an Economic Framework for Network Neutrality Regulation*, in *J. on Telecomm. & High Tech.*, 2007, pp. 328 ss., <http://ssrn.com/abstract=812991>; B.M. FRISCHMANN - B. VAN SCHEWICK, *Network Neutrality and the Economics of an Information Superhighway: a Reply to Professor Yoo*, in *Jurimetrics J.*, 2007, p. 47,

La prima protegge la libertà degli *end users* e degli *edge providers* dalle discriminazioni del traffico Internet poste in essere dai *broadband providers*. In base a questa interpretazione le pratiche discriminatorie sono tutte indistintamente nocive e come tali devono essere vietate, sempre e comunque.

La seconda tutela non solo la libertà appena menzionata, ma anche quella dei *broadband providers* di discriminare il traffico Internet. Per essa, quindi, le pratiche discriminatorie non sono tutte indistintamente illecite.

Questo studio individua quale fra queste interpretazioni del principio di non discriminazione del traffico Internet è stata adottata dal Regolamento (EU) 2015/2120 «laying down measures concerning open internet access» (da ora in avanti “Regolamento”)<sup>2</sup> nel quale, secondo la Commissione Europea, «the EU has enshrined the principle of an open internet»<sup>3</sup>.

## 2. Net neutrality e open Internet

La *Net neutrality* aspira a una rete perfettamente neutrale e pretende che il diritto bandisca qualunque discriminazione da parte dei *broadband providers*, salva l’eccezione del *reasonable network management*<sup>4</sup>.

Oltre alla libertà dalle discriminazioni la *open Internet* tutela anche la libertà dei *broadband providers* di discriminare il traffico Internet e quindi, contrariamente alla *Net neutrality*, non bandisce tutte le discriminazioni.

---

[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1014691](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1014691); D. A. HASS, *The Never-Was-Neutral Net and Why Informed End Users Can End the Net Neutrality Debates*, in *Berkeley Technology L. J.*, 2007, <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1717&context=btlj>; P. GANLEY - B. ALLGROVE, *Net neutrality: A user's guide*, in *Computer, Law & Security Report*, n.22/2006, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=925693](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=925693); A. THIERER - M. WENDY, *The Constructive Alternative to Net Neutrality Regulation and Title II Reclassification Wars*, in *Progress on Point*, n.9/2010, pp. 1 ss., <http://ssrn.com/abstract=1614884>; P. WEISER, *The Future of Internet Regulation*, in *U. of Colorado Law Legal Studies Research Paper*, 2009, pp. 529 ss., <http://ssrn.com/abstract=1344757>; A. THIERER, *Are “Dumb Pipe” Mandates Smart Public Policy? Vertical Integration, Net neutrality, and the Network Layers Model*, in *J. On Telecomm. & High Tech. L.*, 2005, pp. 275 ss., [http://www.jthtl.org/content/articles/V3I2/JTHTLv3i2\\_Thierer.PDF](http://www.jthtl.org/content/articles/V3I2/JTHTLv3i2_Thierer.PDF); A. NEILL, *How the FCC Can Preserve the Open Internet & Net Neutrality Through Title II Reclassification: The case for reclassifying broadband internet access under Title II, and adopting rules that protect the Open Internet*, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2550431](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2550431), 2014; I. GENNA, *Internet e neutralità della rete*, in *Cons. Dir. Merc.*, 2010, p. 34; H. GUO - S. BANDYOPADHYAY - A. LIM - YU CHEN BEN YANG - H. KENNETH CHENG, *Effects of Competition Among Internet Service Providers and Content Providers on the Net Neutrality Debate*, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2529693](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2529693), 2015; O. SYLVAIN, *Network Equality*, in *Hastings Law Journal*, 2016, pp. 443 ss., [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2588053](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2588053); R. FRIEDEN, *Network Neutrality and Consumer Demand for ‘Better than Best Efforts’ Traffic Management*, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2611689](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2611689), 2015; R. BOCCHINI, *La centralità della qualità del servizio nel dibattito in tema di network neutrality*, in *Dir. inf.*, 2016, pp. 517 ss.; G. De MINICO, *Antiche libertà e nuova frontiera digitale*, Torino, 2016, pp. 183 ss.; A. FACHECHI, *Net neutrality e discriminazioni arbitrarie*, Napoli, 2017.

<sup>2</sup> La Direttiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo e del Consiglio dell’11 dicembre 2018 che istituisce il codice europeo delle comunicazioni elettroniche non modifica il Regolamento oggetto del presente studio (v. art. 1, comma 3, lett. d).

<sup>3</sup> *Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the implementation of the open internet access provisions of Regulation (EU), 2015/2120*, Brussels, 30.4.2019 COM (2019) 203 final, p. 1.

<sup>4</sup> L’espressione “*reasonable network management*” comprende le pratiche di gestione della rete dirette a garantirne la sicurezza e l’integrità, a mitigarne la congestione, a bloccare il traffico indesiderato dagli *end users*.



È una interpretazione che rimanda al concetto popperiano di *open society*<sup>5</sup>.

Come nella *open society* le azioni dei consociati non sono predeterminate ma rappresentano il frutto di scelte libere e autonome, così nella *open Internet* le decisioni sulla gestione del traffico Internet sono nella normalità dei casi l'espressione di una libera e autonoma scelta dei *broadband providers* e non della osservanza – come invece vorrebbero i sostenitori della *Net neutrality* – di obblighi e divieti.

Nella *open Internet* esiste, dunque, uno spazio di libertà economica giuridicamente tutelato all'interno del quale i *broadband providers* possono discriminare il traffico Internet.

### 3. La doppia portata garantistica della *open Internet*

La *open Internet* tutela due libertà tra loro in conflitto: a) la libertà degli *end users* e degli *edge providers* dalle discriminazioni del traffico Internet, e b) la libertà dei *broadband providers* di discriminare il traffico Internet.

Per risolverlo e proteggerle entrambe la *open Internet* le bilancia tra loro. Il risultato del bilanciamento consiste in tre soluzioni del conflitto, ciascuna caratterizzata da un particolare equilibrio tra le due libertà.

Due soluzioni sono diametralmente opposte: in una al livello massimo di protezione della libertà a) corrisponde quello minimo della libertà b); nell'altra avviene esattamente il contrario. Nella terza il grado di tutela è - grosso modo - eguale per entrambe.

Prima di analizzarle nel dettaglio, tuttavia, occorre approfondire il tema delle discriminazioni del traffico Internet che possono essere sia tecniche che commerciali ed entrambe possono essere di favore o di sfavore.

#### 3.1. Le discriminazioni tecniche

Questa categoria comprende le pratiche discriminatorie che consistono nella erogazione di un servizio di comunicazione diverso da quello *best effort*.

Quelle di sfavore comportano la mancata fornitura del servizio *best effort* (*blocking*) o la erogazione di un servizio di qualità inferiore a quella *best effort* (*throttling*). Quelle di favore consistono nella prestazione di un servizio di comunicazione di qualità superiore a quella *best effort* (servizio *QoS*).

La fornitura dei servizi *QoS* comporta il trattamento preferenziale (*prioritization*) di alcuni pacchetti<sup>6</sup>. In caso di congestione la priorità consente a questi ultimi di attraversare la rete senza subire gli effetti del

---

<sup>5</sup> K. R. POPPER, *The Open Society and Its Enemies, The Spell of Plato*, vol. I, London, 1947, p. 152.

<sup>6</sup> Nonostante siano utilizzate in modo intercambiabile, le locuzioni “fornitura di servizi *QoS*” e “prioritizzazione del traffico dati” non sono sinonime. La fornitura di servizi *QoS* è solo una delle forme di prioritizzazione del traffico dati. Il servizio di *caching* fornito dai *CDNs*, per esempio, è una forma di prioritizzazione diversa dalla erogazione dei servizi *QoS*.

ritardo, del *jitter* e della insufficienza delle risorse di rete. Si tratta quindi di servizi particolarmente adatti alle applicazioni *bandwidth hungry*<sup>7</sup>.

### 3.2. Le discriminazioni commerciali

Quella delle discriminazioni commerciali è una categoria residuale che comprende qualunque pratica discriminatoria che non consiste nella erogazione di un servizio di comunicazione diverso da quello *best effort*.

Come le discriminazioni tecniche, anche quelle commerciali possono essere sia di sfavore che di favore. Un esempio delle prime è la pretesa che gli *edge providers* corrispondano una tariffa ai *broadband providers* per evitare il blocco o il rallentamento delle loro applicazioni.

---

<sup>7</sup> In astratto, non esistono limiti tecnici al tipo e al numero di servizi *QoS* che le reti sono in grado di offrire alle applicazioni.

Poiché però i pacchetti attraversano Internet, e quindi reti gestite da *ISPs* diversi, la standardizzazione dei servizi *QoS* rappresenta la prima e indispensabile condizione per la loro diffusione.

I servizi integrati (*integrated services* o, più semplicemente, *int-serv*) e i servizi differenziati (*differentiated services* o, più brevemente, *diff-serv*) sono due categorie di servizi *QoS* standardizzate dalla *Internet engineering task force* (IETF) in apposite *request for comments* (RFC).

Mentre i primi offrono *QoS* a un singolo flusso, i secondi assegnano le risorse di rete (banda e *buffer* del *router*) alle classi di applicazioni.

Dovendo garantire la *QoS* richiesta a ogni singolo flusso prenotandola lungo tutto il percorso all'interno di Internet (a questo scopo, *int-serv* utilizza il *resource reservation protocol* o, in sigla, RSVP [RFC 2210]), l'implementazione dei servizi integrati (RFC 2205-2212) da parte degli *ISPs* risulta molto complessa e costosa. Questo spiega perché non abbia avuto finora successo e perché sia destinata probabilmente a non averne nel futuro.

Dovendo assicurare la *QoS* desiderata, non a un singolo flusso, ma a una classe di applicazioni e, ciò che più conta, senza alcuna prenotazione di risorse lungo tutto il percorso fra punti terminali, la fornitura dei servizi differenziati (RFC 2474-2475) è invece più semplice.

In particolare, l'erogazione dei servizi differenziati consiste nella suddivisione delle applicazioni in classi e nella fornitura di distinte classi di servizio a ciascuna classe di applicazione.

Le classi di servizio sono determinate attraverso un "Per-Hop-Behaviour" (PHB, comportamento a ogni salto) «un termine che indica la definizione di un comportamento tenuto dai singoli router piuttosto che un servizio svolto tra nodi terminali» (L. PETERSON - B. DAVIE, *Computer Networks: A Systems Approach*, trad. it., *Reti di calcolatori*, Milano, 2012, p. 451).

La IETF ha standardizzato due tipologie di servizi differenziati: *Expedited Forwarding* (EF, inoltro rapido, RFC 3246) e *Assured Forwarding* (AF, inoltro assicurato, RFC 2597).

La EF è quella più semplice. Questa prevede solo due classi di servizio: «una regolare e una accelerata. La maggior parte del traffico dovrà essere considerata regolare, mentre una piccola frazione di pacchetti potrà essere accelerata. I pacchetti accelerati dovrebbero poter attraversare la rete come se non fosse presente alcun altro pacchetto» (A.S. TANENBAUM - D. J. WETHERALL, *Computer Networks*, trad. it. *Reti di calcolatori*, Milano-Torino, 2011, p. 400).

Più complessa è invece la AF che si articola in quattro classi di priorità, all'interno delle quali sono presenti tre classi di eliminazione dei pacchetti soggetti a congestione, per un totale di dodici diverse possibili classi di servizio.

La fornitura della classe di servizio presuppone, in entrambe le tipologie di servizi *diff-serv*, la marcatura dei pacchetti, attraverso l'utilizzazione del campo *Type of Service* (ToS) dell'intestazione IPv4.

Occorre non confondere i servizi *QoS* con i servizi specializzati.

I primi sono servizi di comunicazione forniti nell'ambito del servizio di accesso a Internet. I secondi sono servizi diversi da quest'ultimo che, come tali, non consentono all'utente finale di raggiungere qualunque punto terminale di Internet.

Il rischio della confusione tra i primi e i secondi nasce dal fatto che, pur trattandosi di servizi diversi, entrambi condividono la caratteristica di essere ottimizzati per particolari classi di applicazioni.

Un esempio delle seconde - assai diffuso tanto in Europa<sup>8</sup> che nel resto del mondo<sup>9</sup> - sono *sponsored data* e *zero rating*.

Entrambe consentono agli utenti finali di utilizzare applicazioni, contenuti e servizi senza consumare traffico dati e senza erodere il proprio *data cap* incorrendo in sovrapprezzi o rallentamenti.

Negli *sponsored data* il costo è coperto in tutto o in parte dal fornitore dell'applicazione sponsorizzata. Volendo fare un paragone, questa pratica è l'equivalente del numero verde nel servizio di telefonia.

Invece nello *zero rating* i costi sono interamente sostenuti dal *broadband provider* allo scopo di fidelizzare i propri clienti e/o di acquisirne nuovi.

### 3.3. Le tre soluzioni del conflitto tra la libertà dalle discriminazioni e la libertà di discriminare

1) Il livello di tutela minimo della libertà dalle discriminazioni e massimo della libertà di discriminare vieta qualunque discriminazione di sfavore, sia tecnica che commerciale. Il divieto di qualunque discriminazione di sfavore può essere espresso indifferentemente nella forma di un divieto generale (*no disadvantage rule*) o di tre divieti particolari (*no blocking rule*, *no throttling rule*, *no charging edge providers rule*).

I *broadband providers* possono, dunque, compiere qualunque discriminazione di favore, sia tecnica che commerciale.

2) La soluzione regolativa che appresta alle due libertà - grosso modo - lo stesso grado di protezione consiste nella formulazione, in aggiunta al divieto di qualunque discriminazione di sfavore, di un certo numero di divieti aventi per oggetto singole e specifiche discriminazioni di favore. Le discriminazioni di favore non possono però essere oggetto di un divieto generale. Un divieto del genere, sommato a quello di qualunque discriminazione di sfavore, sopprimerebbe completamente la libertà economica dei *broadband providers*.

Ne consegue che il regolatore non può bandire in generale la fornitura dei servizi di qualità superiore a quella *best effort* ma può, per esempio, vietare la *paid prioritization*.

Analogamente, non può bandire in generale le pratiche commerciali di favore ma può, per esempio, vietare gli *sponsored data*, ecc.

---

<sup>8</sup> Commissione Europea, *Study on the implementation of the open internet provisions of the Telecoms Single Market Regulation*, Luxembourg, 2019, pp. 53 ss.

<sup>9</sup>Nel 2014 il «45% of operators offer at least one zero-rated app» (*Allot Mobile Trends Charging Report H1/2014*, [www.allot.com/resource-library/mobiletrends-charging-report-h1-2014/](http://www.allot.com/resource-library/mobiletrends-charging-report-h1-2014/)). Sempre nel 2014, «vertical discrimination (zero-rating gigabyte consumption of operators' or their partners' services) was deployed in all markets except Finland, Sweden, Norway, Island, Estonia, Latvia, Lithuania, Malta, Chile and Japan» (*Digital Fuel Monitor biannual 2014 release, 4th December 2014*; [dfmonitor.eu/downloads/EU28\\_OECD\\_mobile\\_internet\\_access\\_competitiveness\\_report\\_Q4\\_2014\\_PUBLIC.pdf](http://dfmonitor.eu/downloads/EU28_OECD_mobile_internet_access_competitiveness_report_Q4_2014_PUBLIC.pdf)).

Il numero dei divieti, inoltre, non deve essere eccessivo. In caso contrario, la libertà di discriminare il traffico Internet verrebbe di fatto azzerata o tutelata in grado minore rispetto alla libertà dalle discriminazioni.

Questo grado di tutela non è compatibile con la soluzione in esame ma con quella di seguito analizzata.

3) Nella terza ed ultima soluzione regolativa la libertà dalle discriminazioni è tutelata al massimo e quella di discriminare al minimo.

Per ottenere questo risultato il regolatore formula, in aggiunta al divieto delle discriminazioni di sfavore, un numero elevato di divieti particolari delle discriminazioni di favore o, in alternativa, il divieto delle discriminazioni irragionevoli.

La formulazione di quest'ultimo divieto richiede grande cautela. Il regolatore affida all'organo competente ad applicarlo il potere di decidere - di volta in volta e caso per caso - quali discriminazioni sono ragionevoli, e quindi lecite, e quali invece irragionevoli, e dunque illecite. Occorre allora che il regolatore limiti il più possibile la discrezionalità dell'organo dell'applicazione. In caso contrario verrebbe meno la certezza del diritto e con essa la libertà economica dei *broadband providers* di discriminare il traffico Internet.

Quale che sia la formulazione adottata, il divieto delle discriminazioni irragionevoli produce l'effetto di tutelare al massimo la libertà dalle discriminazioni e, di converso, al minimo quella di discriminare, e ciò per la semplice quanto evidente ragione che una discriminazione può essere giudicata irragionevole e, quindi come tale, vietata dall'organo dell'applicazione anche se non è oggetto di un divieto esplicito.

#### **4. Il Regolamento e le discriminazioni tecniche**

Il Regolamento vieta le discriminazioni tecniche di sfavore.

L'art. 3, par. 3, comma 1 stabilisce che «providers of internet access services shall treat all traffic equally, when providing internet access services, without discrimination, restriction or interference, and irrespective of the sender and receiver, the content accessed or distributed, the applications or services used or provided, or the terminal equipment used».

Il Regolamento vieta anche le discriminazioni tecniche di favore?

L'art. 3, par. 3, comma 2 del Regolamento recita che le misure di *traffic management* «shall be [...] non-discriminatory [...], and shall not be based on commercial considerations but on objectively different technical quality of service requirements of specific categories of traffic».

Il nono considerando del Regolamento precisa che uno degli obiettivi delle suddette misure «is to contribute to [...] an optimisation of overall transmission quality responding to the objectively different technical quality of service requirements of specific categories of traffic, and thus of the content, applications and services transmitted», ed aggiunge che, se da un lato, le pratiche di *traffic management*

«should be [...] non-discriminatory», dall'altro lato, «the requirement for traffic management to be non-discriminatory does not preclude providers of internet access service from implementing [...] traffic management measures which differentiate between objectively different categories of traffic. Any such differentiation should [...] be permitted only on the basis of objectively different technical quality of service requirements (for example, in terms of latency, jitter, packet loss, and bandwidth) of the specific categories of traffic, and not on the basis of commercial considerations».

La lettura di queste disposizioni lascia disorientati.

Da un lato, riconoscono ai fornitori del servizio di accesso a Internet la facoltà di erogare servizi di comunicazione finalizzati a soddisfare «objectively different technical quality of service requirements of specific categories of traffic» ma, dall'altro lato, escludono che l'erogazione possa essere «based on commercial considerations».

Se l'erogazione di servizi *QoS* non può essere basata su ragioni di ordine commerciale, chi sono allora i soggetti che devono sopportare gli extra-costi (modificazione degli algoritmi di instradamento, adeguamento dei *routers*, ecc.) della fornitura di servizi di qualità superiore a quella *best effort*?

Se la risposta è che i costi devono essere interamente sopportati dai *broadband providers* e non possono in alcun modo gravare né sugli *edge providers* né sui clienti degli *ISPs*, il Regolamento è privo di senso, anzi – peggio ancora - lo ha, ma è un controsenso, poiché è contraddittorio qualificare come lecita una condotta e allo stesso tempo sottoporla a condizioni che di fatto la impediscono o, nella migliore delle ipotesi, la rendono assai difficile da praticare.

La mancanza di incentivi economici rappresenta un forte ostacolo alla erogazione di servizi *QoS*.

L'esistenza di questo ostacolo è confermata dalle *Guidelines* (*BEREC Guidelines on the Implementation of the Open Internet Regulation*, da ora in avanti “*Guidelines*”) formulate nel giugno del 2020 dal *Body of European Regulators for Electronic Communications* (BEREC).

Secondo tale organismo «an obvious example» di pratica di *traffic management* basata su considerazioni di ordine commerciale «could be where an ISP charges for usage of different traffic categories»<sup>10</sup>.

Se per il BEREC la fornitura di servizi *QoS* a carico dei clienti del *broadband provider* è un ovvio esempio di pratica di *traffic management* basata su considerazioni di ordine commerciale, ne consegue logicamente che la *paid prioritization* (ossia l'erogazione di servizi *QoS* a carico degli *edge providers*) rappresenta un altrettanto – ed anzi, più – ovvio esempio di pratica di questo genere.

---

<sup>10</sup> BEREC, *BEREC Guidelines on the Implementation of the Open Internet Regulation*, 2020, par. 68, p. 21, [https://berec.europa.eu/eng/document\\_register/subject\\_matter/berec/regulatory\\_best\\_practices/guidelines/9277-berec-guidelines-on-the-implementation-of-the-open-internet-regulation](https://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/regulatory_best_practices/guidelines/9277-berec-guidelines-on-the-implementation-of-the-open-internet-regulation).

## 5. Il Regolamento e le discriminazioni commerciali

Il Regolamento vieta esplicitamente le discriminazioni commerciali di sfavore.

L'art. 3, par. 2 prevede che «any commercial practices conducted by providers of internet access services, shall not limit the exercise of the rights of end-users laid down in paragraph 1».

Quest'ultimo dispone che «end users shall have the right to access and distribute information and content, use and provide applications and services, and use terminal equipment of their choice, irrespective of the end-user's or provider's location or the location, origin or destination of the information, content, application or service, via their internet access service».

Il Regolamento vieta anche le discriminazioni commerciali di favore?

Dalle sue disposizioni non si ricava una risposta esplicita.

Il Regolamento tace persino sulla liceità di pratiche commerciali assai diffuse come *zero rating* e *sponsored data* che qualunque legislazione in materia di trattamento discriminatorio del traffico Internet dovrebbe disciplinare espressamente, vietandole o consentendole sempre e in assoluto, oppure al ricorrere di determinate condizioni.

Fra i Paesi in via di sviluppo, si può citare come esempio di buona tecnica legislativa le disposizioni della *Telecom Regulatory Authority of India* (TRAI) che ha espressamente vietato (poco importa qui stabilire se a torto o a ragione) *sponsored data* e *zero rating*.

In particolare, l'art. 3, comma 1 della *Prohibition of Discriminatory Tariffs for Data Services Regulations, 2016* ha disposto che «no service provider shall offer or charge discriminatory tariffs for data services on the basis of content»<sup>11</sup>.

Il divieto è inoltre corredato da un memorandum esplicativo che ne spiega con estremo dettaglio «the object and the reasons».

Fra i Paesi sviluppati, l'esempio obbligato è il *2018 Restoring Internet Freedom Order* della *Federal Communications Commission* (FCC) statunitense che (ancora una volta poco interessa se a torto o a ragione) considera legittime entrambe le pratiche<sup>12</sup>.

Al contrario degli omologhi indiano e nordamericano e di altri per brevità non menzionati, il legislatore europeo non ha regolato espressamente le due pratiche.

La risposta sulla liceità delle discriminazioni commerciali di favore è stata invece fornita dalle *Guidelines* del BEREC.

---

<sup>11</sup>TRAI, *Prohibition of Discriminatory Tariffs for Data Services Regulations, 2016*, p. 2, [www.trai.gov.in/sites/default/files/Regulation\\_Data\\_Service.pdf](http://www.trai.gov.in/sites/default/files/Regulation_Data_Service.pdf).

<sup>12</sup> FCC, *2018 Restoring Internet Freedom Order*, [www.fcc.gov/document/fcc-releases-restoring-internet-freedom-order](http://www.fcc.gov/document/fcc-releases-restoring-internet-freedom-order).

## 5.1. Le *Guidelines*

Le *Guidelines* dettano una disciplina estremamente dettagliata delle pratiche commerciali di favore e fra queste, in particolare, dello *zero rating*<sup>13</sup>.

Il BEREC chiarisce innanzitutto che le pratiche commerciali di favore *application agnostic* «are likely to be acceptable»<sup>14</sup>. Tali sono le offerte che si rivolgono indiscriminatamente a tutte le applicazioni.

A titolo di esempio le *Guidelines* menzionano le offerte «where an end-user gets uncapped access to the internet (and not just for certain applications) during a limited period of time, e.g. during night-time or at weekends (when the network is less busy)»<sup>15</sup>.

Le *Guidelines* distinguono poi due tipologie di offerte *zero rating*: 1) quella nella quale l'offerta «could be applied to an entire category of applications (e.g. all video or all music streaming applications)» e; 2) quella nella quale l'offerta si rivolge «only to certain applications thereof (e.g. only the ISP's own services, one specific social media application, the most popular video or music streaming applications)»<sup>16</sup>.

1) Le offerte del primo tipo sono probabilmente lecite a condizione che siano «open to all CAPs of a particular category». Le offerte di questo genere, infatti, «are less likely to restrict end-user choice or undermine innovation on the internet than the zero-rating of a single application or programmes that are not open»<sup>17</sup>.

2) Le offerte del secondo tipo sono invece probabilmente illecite.

Se da un lato, infatti, non impediscono all'utente finale di utilizzare le applicazioni concorrenti, dall'altro lato, esse creano «an economic incentive»<sup>18</sup> a utilizzare l'applicazione *zero rated*.

Inoltre, «the effects of such a practice applied to one or more specific applications are more likely to “undermine the essence of the end-users’ rights” or lead to circumstances where “end-users’ choice is materially reduced in practice” [...] than when it is applied to an open category of applications»<sup>19</sup>.

Infine, è più probabile che le offerte del secondo tipo producano effetti anticoncorrenziali nel mercato degli *edge providers* perché «price differentiation between individual applications within a category has an impact on competition between providers in that class. It may therefore be more likely to impact the

---

<sup>13</sup> L'espressione “*zero rating*” è utilizzata dalla *Guidelines* come locuzione comprensiva di qualunque pratica commerciale simile allo *zero rating*: «where zero-rating is addressed in the following paragraphs, other commercial practices similar to zero-rating are also intended to be covered by this expression» (*BEREC Guidelines*, cit., par. 40, p. 13). Una pratica commerciale simile allo *zero rating* è costituita dagli *sponsored data*.

<sup>14</sup> BEREC, *BEREC Guidelines*, op. cit., par. 35, p. 12.

<sup>15</sup> BEREC, *BEREC Guidelines*, op. ult. cit., par. 35, p. 12.

<sup>16</sup> BEREC, *BEREC Guidelines*, op. ult. cit., par. 42, p. 13.

<sup>17</sup> BEREC, *BEREC Guidelines*, op. ult. cit., par. 42, p. 13.

<sup>18</sup> BEREC, *BEREC Guidelines*, op. ult. cit., par. 42a, p. 13.

<sup>19</sup> BEREC, *BEREC Guidelines*, op. ult. cit., par. 42a, p. 13.

“continued functioning of the internet ecosystem as an engine of innovation” and thereby undermine the goals of the Regulation than would price differentiation between classes of application»<sup>20</sup>.

Le *Guidelines* contengono inoltre un esplicito divieto: esse vietano le offerte *zero rating* nelle quali «all applications are blocked (or slowed down) once the data cap is reached except for the zero-rated application(s)»<sup>21</sup>.

In conclusione, le *Guidelines* danno una risposta negativa alla domanda sulla liceità delle discriminazioni commerciali di favore.

Le offerte *zero rating* del secondo tipo sono probabilmente illecite e lo sono sicuramente quelle che escludono dal blocco o dal rallentamento del traffico le applicazioni *zero-rated* in caso di superamento del *data cap*.

La disciplina delle offerte *zero rating* del primo tipo non altera questa conclusione.

Le classi, infatti, non sono altro che un insieme di applicazioni che condividono le medesime esigenze di servizio di comunicazione, determinate sulla base di quattro parametri fondamentali: affidabilità, ritardo, *jitter* e banda<sup>22</sup>.

Per stabilire l'appartenenza di una applicazione a una certa classe occorre dunque individuarne le esigenze di servizio.

Orbene, le uniche applicazioni che possono ricavare un vantaggio competitivo dall'essere *zero-rated* - e quindi le uniche interessate a esserlo - sono quelle *bandwidth hungry*. Condividendo le medesime esigenze di servizio, esse appartengono alla medesima classe, nonostante si tratti di applicazioni della più disparata specie e natura (videoconferenza, video/audio streaming, *gaming* on line, ecc.).

---

<sup>20</sup> BEREC, *BEREC Guidelines*, op. ult. cit., par. 48, p. 16.

<sup>21</sup> BEREC, *BEREC Guidelines*, op. ult. cit., par. 41, p. 13.

Questa disciplina ricalca in maniera pedissequa quella formulata nel 2016 dalle *BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules*. Quest'ultima disciplina costituisce la base della delibera dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM) sulla legittimità delle offerte *zero rating* “Wind VEON” e “MUSIC by 3” (Delibera n. 123/17/Cons, Diffida alla società Wind Tre s.p.a. (già H3G s.p.a. e Wind Telecomunicazioni s.p.a.) in relazione alla corretta applicazione del regolamento (UE) n. 2015/2120 che stabilisce misure riguardanti l'accesso a un'Internet aperta, [www.agcom.it/documentazione/documento?p\\_p\\_auth=fLw7zRht&p\\_p\\_id=101\\_INSTANCE\\_kidx9GUnIodu&p\\_p\\_lifecycle=0&p\\_p\\_col\\_id=column1&p\\_p\\_col\\_count=1&\\_101\\_INSTANCE\\_kidx9GUnIodu\\_struts\\_action=%2Fasset\\_publisher%2Fview\\_content&\\_101\\_INSTANCE\\_kidx9GUnIodu\\_assetEntryId=7312887&\\_101\\_INSTANCE\\_kidx9GUnIodu\\_type=document](http://www.agcom.it/documentazione/documento?p_p_auth=fLw7zRht&p_p_id=101_INSTANCE_kidx9GUnIodu&p_p_lifecycle=0&p_p_col_id=column1&p_p_col_count=1&_101_INSTANCE_kidx9GUnIodu_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_INSTANCE_kidx9GUnIodu_assetEntryId=7312887&_101_INSTANCE_kidx9GUnIodu_type=document)).

Wind VEON è l'offerta *zero rating* attraverso cui Wind fornisce ai propri clienti una applicazione di messaggistica e VOIP.

MUSIC by 3 è l'offerta *zero rating* tramite cui H3G fornisce ai propri clienti una applicazione di *audio streaming*.

L'AGCOM ha stabilito che entrambe discriminano in modo illegittimo il traffico *zero-rated* rispetto al restante traffico: «segnatamente, la discriminazione del traffico osservata riguarda la diversità di trattamento alla conclusione del *bundle* dati tra il traffico *general purpose*, che risulta bloccato o rallentato, e il traffico verso le applicazioni *zero-rated*, che continua senza blocchi o rallentamenti (a seconda dell'offerta sottoscritta)».

<sup>22</sup> Per maggiori dettagli: A.S. TANEMBAUM - D. J. WETHERALL, *Computer Networks*, cit., p. 384

Ne consegue che, nell'ambito delle pratiche commerciali *zero-rating*, il divieto di discriminare all'interno della stessa classe di applicazioni equivale di fatto a vietare qualunque discriminazione.

Stessa cosa dicasi a maggiore ragione per la disciplina delle offerte *application agnostic*: subordinare la liceità di una pratica commerciale di favore alla condizione che essa abbia per oggetto "tutte indiscriminatamente" le applicazioni, equivale a vietare di fatto qualunque discriminazione.

## 6. Conclusioni

Il Regolamento vieta in modo esplicito o impedisce di fatto qualunque discriminazione del traffico Internet, tanto di sfavore che di favore.

Contrariamente alla intitolazione e all'interpretazione fornite dalla Commissione Europea, il Regolamento non consacra, dunque, il principio della *open Internet*.

Il principio in questione protegge la libertà dei *broadband providers* di discriminare il traffico Internet.

In base a questo principio, come si è visto nelle pagine precedenti, il legislatore può scegliere tra tre diversi gradi di protezione della suddetta libertà. Se anche optasse per il livello minimo di tutela, la libertà di discriminare il traffico Internet da parte dei *broadband providers* resterebbe comunque assicurata. La mancanza di qualunque tutela giuridica della libertà di discriminare il traffico Internet non è, dunque, una opzione regolativa praticabile sulla base del principio della *open Internet*.

Lo è invece, anche questo è stato visto in precedenza, in virtù del principio della *Net neutrality*.

Ne consegue, in conclusione, che l'interpretazione del principio di non discriminazione del traffico Internet fatta propria dal Regolamento è la *Net neutrality*.

La ragione principale di questa scelta risiede probabilmente nel fenomeno – noto nella scienza del diritto comparato - della circolazione dei modelli normativi. Il prototipo al quale ha fatto riferimento il legislatore europeo è chiaramente il *2015 Open Internet Order* della FCC statunitense il quale, a dispetto della sua intitolazione, formulava una disciplina diretta a tutelare la *Net neutrality*<sup>23</sup>.

Un certo peso su questa scelta ha forse anche avuto l'ondata di «tech populism»<sup>24</sup> che da tempo caratterizza, al di qua come al di là dell'Atlantico, il dibattito sul trattamento discriminatorio del traffico Internet.

<sup>23</sup> Per maggiori approfondimenti sulla contraddittoria disciplina contenuta nel *2015 Open Internet Order* sia consentito rinviare a P. DAMIANI, *All data is (reasonably) equal: open Internet v. Net neutrality*, in *Dir. merc. tec.*, 2016, pp. 6-71.

<sup>24</sup> R. D. ATKINSON - D. CASTRO - A. MCQUINN, *How Tech Populism Is Undermining Innovation*, in *The Information Technology & Innovation Foundation*, 2015, pp. 1 ss., <https://ssrn.com/abstract=3066771> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3066771>.