

13 SETTEMBRE 2017

I principi della separazione dei poteri e
della certezza del diritto nella disciplina
europea in materia di *zero rating* e
sponsored data

di Paolo Damiani
Ricercatore di Diritto costituzionale
Università degli studi di Udine



I principi della separazione dei poteri e della certezza del diritto nella disciplina europea in materia di *zero rating* e *sponsored data**

di Paolo Damiani

Ricercatore di Diritto costituzionale
Università degli studi di Udine

Abstract: *Zero rating* e *sponsored data* sono pratiche commerciali molto diffuse che rischiano di ledere l'apertura di Internet. Tuttavia, il Regolamento 2015/2120 (UE) che stabilisce misure riguardanti l'accesso a un'Internet aperta non le regola espressamente. La loro disciplina è stata invece formulata dagli orientamenti del BEREC. Questo studio giunge alla conclusione che le regole europee in materia di *zero rating* e *sponsored data* contengono una duplice violazione: quella del principio della separazione dei poteri ad opera degli orientamenti e quella del principio della certezza del diritto da parte del Regolamento... (segue)

Sommario: 1. Premessa. 2. Il Regolamento (UE) 2015/2120. 3. Le *Guidelines*. 4. Conclusioni.

1. Premessa

Sponsored data e *zero rating* sono due pratiche commerciali molto simili.

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 nella velocità di trasmissione.

Esiste però una differenza fondamentale fra loro.

Nella *sponsored data* il costo è coperto in tutto o in parte dal fornitore dell'applicazione sponsorizzata ("applicazione" è in questo caso, e da qui in avanti, una abbreviazione che sta per applicazione, servizio, contenuto). Volendo fare un paragone, questa pratica rappresenta l'equivalente del numero verde nel servizio di telefonia.

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

* Articolo sottoposto a referaggio.

Questo studio non affronta il problema – ampiamente analizzato in letteratura¹ - della loro conformità al principio della neutralità di Internet, bensì la questione - finora ignorata - della compatibilità della disciplina europea delle due pratiche con i principi della separazione dei poteri e della certezza del diritto².

2. Il Regolamento (UE) 2015/2120

Il Regolamento (UE) 2015/2120 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2015 (da ora in avanti “Regolamento”), stabilisce misure riguardanti l’accesso a un’Internet aperta³.

In particolare, l’art. 3, par. 2 del Regolamento prevede che «gli accordi tra i fornitori di servizi di accesso a Internet e gli utenti finali sulle condizioni e sulle caratteristiche commerciali e tecniche dei servizi di

¹ V. H. Galpaya, *Zero-Rating in Emerging Economies*, in *Global Commission on Internet Governance*, 2017, p. 1 ss.; R. Frieden, *Can Internet Service Providers Lawfully Enhance, or Degrade Third Party Content?*, s.n.t., 2017, p. 1 ss., ssrn.com/abstract=2923142; B. van Schewick, *T-Mobile’s Binge On Violates Key Net Neutrality Principles*, s.n.t., 2016, p. 1 ss., law.stanford.edu/wp-content/uploads/2016/02/vanSchewick-2016-Binge-On-Report.pdf; A. J. Carrillo, *Having Your Cake and Eating It Too? Zero –Rating, Net Neutrality, and International Law*, in *Stanford Technology Law Review*, 2016, p. 364 ss.; D. Brake, *Mobile Zero Rating: The Economics and Innovation Behind Free Data*, in *Information Technology & Innovation Foundation*, 2016, p. 1 ss.; BJ. Ard, *Beyond Neutrality: How Zero Rating Can (Sometimes) Advance User Choice, Innovation, and Democratic Participation*, in *Maryland Law Review*, 2016, p. 984 ss., ssrn.com/abstract=2781791; R. Frieden, *Grey Nuances in the Black and White Debate Over Subsidized Internet Access*, in *TPRC 44: The 44th Research Conference on Communication, Information and Internet Policy*, 2016, p. 1 ss., ssrn.com/abstract=2754610; A. Preta – P. Peng, *Openings for Zero Rating*, in *InterMEDIA*, 2016, p. 23 ss., ssrn.com/abstract=2890250; E. P. Goodman, *Zero Rating Broadband Data: Equality and Free Speech at the Network’s Other Edge*, in *Colo. Tech. L. J.*, 2016, p. 63 ss., ssrn.com/abstract=2868839; O. Saenz de Miera, *Efecto del Zero Rating sobre la penetración de la Banda Ancha Móvil en México*, in *Communication Policy Research Conference*, 2016, p. 88 ss., ssrn.com/abstract=2861992; E. B. Howell - R. Layton, *Evaluating the Consequences of Zero-Rating: Guidance for Regulators and Adjudicators*, in *TPRC 44: The 44th Research Conference on Communication, Information and Internet Policy 2016*, p. 1 ss., ssrn.com/abstract=2757391; C. T. Marsden, *Comparative Case Studies in Implementing Net Neutrality: A Critical Analysis*, in *TPRC 43: The 43rd Research Conference on Communication, Information and Internet Policy Paper*, 2015, p. 1 ss., ssrn.com/abstract=2587920; R. Layton - S. M. Elaluf Calderwood, *Zero Rating, Free Data, and Use Cases in mhealth, Local Content and Service Development, and ICT4D*, in *Free Basics Research Paper*, 2016, p. 1 ss., ssrn.com/abstract=2757384; R. Layton - S. M. Elaluf Calderwood, *Zero Rating: Do hard rules protect or harm consumers and competition? Evidence from Chile, Netherlands and Slovenia*, in *Center for Communication Media and Information Technologies*, 2015, p. 1 ss., ssrn.com/abstract=2587542; P. H. Soares Ramos, *Towards a Developmental Framework for Net Neutrality: The Rise of Sponsored Data Plans in Developing Countries*, in *2014 TPRC Conference Paper*, 2014, p.1 ss., ssrn.com/abstract=2418307.

² Per comodità espositiva lo studio utilizza in modo indifferente le locuzioni “apertura di Internet”, “open Internet”, “neutralità di Internet”, “Net neutrality”, malgrado questi termini facciano riferimento a concetti diversi. Sul punto v. P. Damiani, *All data is (reasonably) equal: open Internet v. Net neutrality*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, n. 2/2016, p. 6 ss., www.dimt.it/images/pdf/Damiani.pdf.

Per indicare i soggetti fornitori del servizio di accesso a Internet, lo studio adopera in modo equivalente i termini “broadband providers”, “Internet Server Providers” (ISPs), “fornitori del servizio di accesso a Internet”. Le locuzioni “edge providers” e “Content and Application Providers” (CAPs) fanno invece riferimento ai soggetti fornitori di contenuti, servizi e applicazioni *on line*. Le espressioni “end users” e “utenti finali” indicano i soggetti fruitori del servizio di accesso a Internet.

³ *Regolamento (UE) 2015/2120 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2015 che stabilisce misure riguardanti l’accesso a un’Internet aperta e che modifica la direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica e il regolamento (UE) n. 531/2012 relativo al roaming sulle reti pubbliche di comunicazioni mobili all’interno dell’Unione*, in *Gazzetta ufficiale dell’Unione europea*, L 310/1, 26 novembre 2015.

accesso a Internet quali prezzo, volumi di dati o velocità, e le pratiche commerciali adottate dai fornitori di servizi di accesso a Internet non limitano l'esercizio dei diritti degli utenti finali di cui al paragrafo 1». Quest'ultimo dispone che «gli utenti finali hanno il diritto di accedere a informazioni e contenuti e di diffonderli, nonché di utilizzare e fornire applicazioni e servizi, e utilizzare apparecchiature terminali di loro scelta, indipendentemente dalla sede dell'utente finale o del fornitore o dalla localizzazione, dall'origine o dalla destinazione delle informazioni, dei contenuti, delle applicazioni o del servizio, tramite il servizio di accesso a Internet».

Speculari ai diritti degli utenti finali sono i doveri degli ISPs stabiliti dall'art. 3, par. 3, comma 1 del Regolamento in forza del quale «i fornitori di servizi di accesso a Internet, nel fornire tali servizi, trattano tutto il traffico allo stesso modo, senza discriminazioni, restrizioni o interferenze, e a prescindere dalla fonte e dalla destinazione, dai contenuti cui si è avuto accesso o che sono stati diffusi, dalle applicazioni o dai servizi utilizzati o forniti, o dalle apparecchiature terminali utilizzate».

In buona sostanza e in poche parole il Regolamento vieta le pratiche commerciali che ledono l'apertura di Internet.

Zero rating e sponsored data ricadono in questo divieto?

Il Regolamento non fornisce alcuna risposta, nonostante entrambe siano diffuse dall'inizio degli anni dieci in Europa⁴ e nel resto del mondo⁵, e siano quindi pratiche che qualunque legislazione in materia di *Net neutrality* dovrebbe disciplinare in modo esplicito, vietandole o consentendole sempre e in assoluto, ovvero 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) le offerte *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»⁶.

⁴ Nel 2014 «the Nordic and Baltic countries are the only ones in Europe where none of the mobile operators have started practicing vertical price discrimination (zero-rating)» (*Rewheel/Digital Fuel Monitor research note, 1 December 2014*, www.dfmonitor.eu/downloads/Net_neutrality_about_price_open_internet_access_Dec2014.pdf).

⁵ Nel 2014 il «45% of operators offer at least one zero-rated app» (*Allot MobileTrends Charging Report H1/2014*, 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).

⁶ TRAI, *Prohibition of Discriminatory Tariffs for Data Services Regulations, 2016*, p. 2, www.trai.gov.in/sites/default/files/Regulation_Data_Service.pdf.

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 la *Federal Communications Commission* (FCC) statunitense che (ancora una volta poco interessa se a torto o a ragione) ha invece dichiarato legittime entrambe le pratiche. In particolare, il *2015 Open Internet Order* le ha sottoposte al *no-unreasonable interference/disadvantage standard*, ossia le ha consentite in astratto e, allo stesso tempo, ha attribuito alla FCC il compito di verificare se - nel concreto e caso per caso - le offerte commercializzate dai *broadband providers* siano tali da «unreasonably interfere with or unreasonably disadvantage end users' ability to select, access, and use broadband Internet access service or the lawful Internet content, applications, services, or devices of their choice, or edge providers' ability to make lawful content, applications, services, or devices available to end users»⁷. 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 alla precedente domanda è stata invece fornita dall'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (BEREC) attraverso apposite linee guida (*BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules*, da ora in avanti "*Guidelines?*") finalizzate a «contribuire all'applicazione coerente» del Regolamento da parte delle autorità nazionali di regolamentazione (art. 5, par. 3 del Regolamento). Queste ultime tengono «nella massima considerazione» le *Guidelines* (cons. 19 del Regolamento).

3. Le *Guidelines*

Le *Guidelines* usano l'espressione "*zero rating*" per riferirsi indifferentemente alle pratiche *zero rating* in senso stretto e a quelle *sponsored data*.

La mancanza di precisione terminologica è l'unica lacuna in una disciplina per il resto estremamente dettagliata.

Le *Guidelines* distinguono innanzitutto tra offerte *zero rating*: a) *application agnostic* e; b) *application specific*.

a) Le offerte di questo tipo sono quelle nelle quali le applicazioni sono tutte indiscriminatamente *zero rated*.

Le offerte *zero rating application agnostic* sono probabilmente lecite.

⁷ FCC, *2015 Open Internet Order*, p. 66 ss., [apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-15-24A1.pdf](https://www.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-15-24A1.pdf).

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)»⁸.

b) Le offerte di questo tipo sono quelle nelle quali una specifica applicazione o una specifica classe di applicazioni sono *zero rated*.

Le *Guidelines* distinguono ulteriormente tra: b1) le offerte nelle quali una intera classe di applicazioni è *zero rated* (per esempio, tutte le applicazioni VoIP; tutte le applicazioni di *video/audio streaming*, ecc.) e; b2) le offerte nelle quali solo una o più applicazioni della stessa classe sono *zero rated* (per rimanere nello stesso esempio, fra le applicazioni VoIP solo Skype; fra le applicazioni di *video/audio streaming* solo Spotify, ovvero solo l'applicazione di *video streaming* fornita dal *broadband provider*)⁹.

Secondo le *Guidelines* le offerte del sottotipo b1) sono probabilmente illecite; quelle del sottotipo b2) lo sono ancor di più.

Queste ultime, infatti, sempre secondo le *Guidelines*, più probabilmente delle prime, limitano: i) i diritti degli utenti finali; ii) la concorrenza nel mercato degli *edge providers*.

i) Se da un lato, le offerte del sottotipo b2) non impediscono all'utente finale di utilizzare le applicazioni concorrenti, dall'altro lato, esse creano «an economic incentive» a utilizzare l'applicazione *zero rated*, e l'incentivo è tanto maggiore quanto più basso è il *data cap*, posto che «the lower the data cap, the stronger such influence is likely to be»¹⁰.

Ne consegue che «the effects of such a practice [b2 (N.d.A.)] applied to a specific application 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 entire category of applications [b1 (N.d.A.)]»¹¹.

ii) E' più probabile che le offerte del sottotipo b2) producano effetti anticoncorrenziali nel mercato degli *edge providers* rispetto a quelle del sottotipo b1) perché «price differentiation between individual applications within a category [b2 (N.d.A.)] has an impact on competition between providers in that class. It may therefore be more likely to impact the “continued functioning of the internet ecosystem as an

⁸ BEREC, *BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules*, par. 35, p. 10, berec.europa.eu/eng/netneutrality/.

⁹ Le classi sono 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. Per stabilire l'appartenenza di una applicazione a una certa classe occorre dunque individuarne le esigenze di servizio. Per maggiori dettagli v. A.S. Tanenbaum - D. J. Wetherall, *Computer Networks*, trad. it. *Reti di calcolatori*, Milano-Torino, 2011, p. 384.

¹⁰ BEREC, *BEREC Guidelines*, cit., par. 48, p. 13.

¹¹ *Idem*, par. 42, p. 11.

engine of innovation” and thereby undermine the goals of the Regulation than would price differentiation between classes of application [b1 (N.d.A.)]»¹².

Le *Guidelines* inoltre contengono un esplicito divieto. Esse vietano le offerte *zero rating application specific* nelle quali «all applications are blocked (or slowed down) once the data cap is reached except for the zero-rated application(s)»¹³.

Le *Guidelines* stabiliscono infine che per valutare in concreto la legittimità delle pratiche *zero rating* le autorità nazionali di regolamentazione «should take into account the aim of the Regulation to “safeguard equal and non-discriminatory treatment of traffic” (Article 1) and to “guarantee the continued functioning of the internet ecosystem as an engine of innovation” (Recital 1) as well as Recital 7, which directs intervention against agreements or commercial practices which, “by reason of their scale, lead to situations where end-users’ choice is materially reduced in practice”, or which would result in “the undermining of the essence of the end-users’ rights”. Recital 7 also indicates that the assessment should take into account the “respective market positions of those providers of internet access services, and of the providers of content, applications and services, that are involved”»¹⁴.

In pratica le *Guidelines* individuano un parametro di legittimità, allo stesso tempo, preciso e complesso costituito dalle disposizioni del Regolamento che impongono ai *broadband providers* di trattare tutto il traffico allo stesso modo; salvaguardano la concorrenza nel mercato degli *edge providers* che rappresentano il motore della innovazione in Internet; tutelano la libertà di scelta degli utenti finali anche alla luce della dimensione economica degli ISPs e dei CAPs fornitori dell’applicazione sponsorizzata, poiché «a limitation of the exercise of end-user rights is more likely to arise where an ISP or a CAP has a ‘strong’

¹² *Idem*, par. 48, p. 13.

¹³ *Idem*, parr. 41-55, pp. 11-15.

I due paragrafi sono alla base di una 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).

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)».

¹⁴ *Idem*, parr. 43-44, pp. 11-12.

market position (all else being equal) compared to a situation where the ISP or CAP has a ‘weak’ market position»¹⁵.

È difficile immaginare una disciplina più dettagliata di quella descritta.

Le *Guidelines* distinguono le diverse tipologie di offerte *zero rating* (*application agnostic*; *application specific*; *application specific b1*); *application specific b2*); stabiliscono quali sono probabilmente lecite e quali invece sicuramente ovvero più o meno probabilmente illecite; individuano gli effetti che ciascuna produce in relazione i) alla tutela degli utenti finali e, ii) alla salvaguardia del corretto funzionamento concorrenziale del mercato degli *edge providers*; stabiliscono un rapporto di proporzionalità inversa tra la dimensione del *data cap* e il grado di probabilità che esse limitino i diritti degli utenti finali, ecc.

Per concludere, le *Guidelines* stabiliscono con estrema precisione se e in quale misura le pratiche *zero rating* e *sponsored data* sono compatibili con il principio della *Net neutrality*.

4. Conclusioni

Quella del paragrafo precedente è poco più di una semplice illustrazione degli orientamenti fissati dalle *Guidelines* in materia di *sponsored data* e *zero rating*, più che sufficiente però a farne emergere la vera natura. È opinione di scrive che il BEREC non si sia limitato a interpretare le disposizioni del Regolamento, ma abbia in realtà regolato le pratiche *sponsored data* e *zero rating* e quindi esercitato un’attività non di interpretazione, bensì di produzione del diritto.

Come è noto, il principio della separazione dei poteri nella sua originaria formulazione settecentesca è inadeguato a rappresentare la complessità organizzativa del moderno Stato costituzionale nel cui seno operano organi fondamentali non riconducibili a nessuno dei tre tradizionali poteri (per esempio, le Corti costituzionali).

Neppure esso si attaglia all’ordinamento della UE in seno al quale vige il diverso principio dell’equilibrio istituzionale¹⁶.

Esiste tuttavia un nucleo - come dire - minimo o essenziale di questo principio organizzativo dei pubblici poteri ricavabile a mo’ di corollario dal principio democratico, nucleo che, come tale, è attuale e vigente in tutti gli ordinamenti democratici, il quale impone una netta e chiara separazione tra gli organi di *legislatio*, direttamente o indirettamente legittimati dal corpo elettorale, a produrre diritto e quelli di *legis-exsecutio* a cui invece spetta interpretarlo.

¹⁵ *Idem*, par. 46, p. 12.

¹⁶ In giurisprudenza, *ex plurimis*, Corte giust., 28 luglio 2016, causa C-660/13, *Consiglio c. Commissione*, punto 32 e giurisprudenza ivi citata. In dottrina v. L.S. Rossi, *Equilibri istituzionali e metodi di integrazione dell’Unione: quale ruolo per la “nuova” Commissione europea?*, in A. Tizzano (a cura di), *Verso i 60 anni dai Trattati di Roma, stato e prospettive dell’Unione europea*, Torino, 2016, p. 63 ss., e bibliografia ivi citata.

Questo nucleo vige anche nell'ordinamento della UE, in primo luogo, perché il principio democratico è espressamente previsto dagli artt. 2 e 10, par. 1, TUE e, in secondo luogo, perché la sua vigenza è stata a più riprese ribadita non solo dagli avvocati generali della Corte di Giustizia che da essa hanno fatto discendere l'esistenza di «limiti all'interpretazione giuridica, in contrapposizione alla redazione legislativa»¹⁷, ma anche e soprattutto dalla stessa Corte la quale, in ossequio ai suddetti limiti, ha riconosciuto che non le spetta «sostituirsi al legislatore comunitario»¹⁸.

I limiti all'attività interpretativa della massima istituzione giurisdizionale della UE imposti dal rispetto del nucleo essenziale del principio della separazione dei poteri non possono non valere, ovviamente e a più forte ragione, anche per quella del BEREC, organismo istituito al limitato scopo di assicurare «l'applicazione coerente in tutti gli Stati membri del quadro normativo dell'Unione europea per le reti e i servizi di comunicazione elettronica» (Regolamento (CE) 1211/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, che istituisce l'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (BEREC) e l'Ufficio, cons. 8).

Le *Guidelines* sono dunque illegittime nella parte in cui disciplinano le pratiche *zero rating* e *sponsored data* in violazione del nucleo minimo o essenziale del principio della separazione dei poteri.

Se le *Guidelines* sono illegittime ne consegue che nel mercato europeo del servizio di accesso a Internet i *broadband providers* non possono prevedere l'esito probabile dei futuri procedimenti davanti alle autorità nazionali di regolamentazione.

Non più vincolate dalle *Guidelines* e in assenza di una esplicita disciplina da parte del Regolamento, queste ultime potrebbero infatti adottare decisioni divergenti o contrastanti circa la compatibilità delle pratiche in esame con il principio della *open Internet*, e provocare grave incertezza in un settore economico come il mercato del servizio di accesso a Internet nel quale «certainty regarding the regulatory framework [...] may be more important for network investment than the substance of the regulatory decision»¹⁹.

Secondo una giurisprudenza consolidata il principio della certezza del diritto esige «che una normativa dell'Unione consenta agli interessati di conoscere senza ambiguità la portata dei propri diritti e obblighi, affinché essi possano regolarsi con cognizione di causa»²⁰.

¹⁷ Conclusioni dell'Avvocato Generale Michal Bobek, 7 luglio 2016, C-220/15, *Commissione europea c. Repubblica federale di Germania*, punto 33. Nello stesso senso v. Conclusioni dell'Avvocato Generale Yves Bot, 11 dicembre 2012, C-274/11 e C-295/11, *Regno di Spagna e Repubblica italiana c. Consiglio dell'Unione europea*, punto 27; Conclusioni dell'Avvocato Generale F. G. Jacobs, 27 febbraio 1997, *Sam Schiffahrt e Stappf*, punto 23; Conclusioni dell'Avvocato Generale Giuseppe Tesauo, 23 gennaio 1991, *Assurances Du Crédit c. Consiglio e Commissione*, punto 10.

¹⁸ Corte giust., 23 marzo 2000, C-310/98 e C-406/98, *Met-Trans e Saggol*, punto 32.

¹⁹ B. van Schewick, *Network Neutrality and Quality of Service: What a Non-Discrimination Rule Should Look Like*, in *Stanford Law Review*, 2015, vol. 67, p. 50.

²⁰ Corte giust., 7 marzo 2017, C-390/15, *Rzecznik Praw Obywatelskich (RPO)*, punto 59 e giurisprudenza ivi citata.



Il Regolamento è dunque illegittimo nella parte in cui non disciplina espressamente le pratiche *zero rating* e *sponsored data*.

In conclusione, la disciplina europea in materia di *zero rating* e *sponsored data* contiene una duplice violazione: quella del principio della separazione dei poteri ad opera delle *Guidelines* e quella del principio della certezza del diritto da parte del Regolamento.