

## Nozione di servizio di comunicazione elettronica e l'assunzione di responsabilità nel garantire la trasmissione dei segnali necessari al funzionamento del servizio

di Gianluca Bellomo

**Title:** Concept of «Electronic communication service»: it's decisive, at least for now, the assumption of responsibility in ensuring the transmission of the signals necessary for the service to work

**Keywords:** Directive 2002/21/EC; concept of «electronic communications service»; e-mail service.

1. – Milioni di persone, quotidianamente, utilizzano una o più caselle di posta elettronica per lavoro o per motivi personali. In pochi però si chiedono quali siano i meccanismi di funzionamento sottesi all'uso di tale strumento o si rendono pienamente conto delle problematiche tecniche e giuridiche che l'impiego di tali tecnologie coinvolge e degli effetti che un insufficiente livello di convergenza delle normative nazionali può provocare sulla corretta regolazione del mercato unico, ma anche sull'effettività di tutela e di esercizio di alcuni diritti fondamentali strettamente connessi all'impiego di strumenti tecnologici e dell'Internet aperto in generale (su cui cfr. almeno P. Costanzo, *Avete detto "diritti digitali"?*, Relazione introduttiva al Convegno "*E-government e diritti fondamentali nello Stato costituzionale*", Università europea di Roma, 20 novembre 2015, 1 ss., reperibile in [www.tecnichenormative.it/Costanzo\\_diritti\\_digitali.pdf](http://www.tecnichenormative.it/Costanzo_diritti_digitali.pdf); ma anche G. Azzariti, *Internet e Costituzione*, in *Pol. Dir.*, 3/2011, 367-378). Tali aspetti, se possono essere di scarso interesse per gli utenti, sono sempre più oggetto di regolazione da parte degli Stati nazionali da una parte e dell'Unione europea dall'altra.

I primi lo fanno spesso nel tentativo o di porre dei limiti agli effetti indesiderati che tali tecnologie (ed i soggetti che di fatto le gestiscono a livello globale) possono produrre nell'ordinamento interno, o (in alcuni casi) per cercare di favorire il mercato interno approfittando di possibili effetti distorsivi derivanti dalla formulazione di c.d. «norme tecniche», «regole tecniche» o, più in generale, «procedure tecniche» per i prodotti o per i servizi che operano all'interno dei propri confini nazionali (su cui cfr. F. Salmoni, *Le norme tecniche*, Giuffrè, Milano, 2001, 299 ss.; L. Volpe, *Le "regolamentazioni tecniche" nazionali tra obblighi statuali di natura procedimentale e "misure equivalenti" ex art. 30 (ora 28) del Trattato CE*, in *DPCE*, III/2000, 1306 ss.).

L'Unione europea cerca, invece, da una parte di contrastare i possibili effetti distorsivi del mercato unico derivanti da regolazioni nazionali in materia troppo limitative della libertà di circolazione o dei diritti dei singoli attori europei; dall'altra di proteggere il mercato europeo comune ed i diritti dei cittadini da eventuali pratiche

scorrette che, con il prepotente emergere delle attività e dei servizi erogati e legati alla c.d. «società dell'informazione», stanno diventando uno dei nuovi e più rilevanti terreni di scontro tra U.E. e operatori di mercato.

L'Unione, come ha spesso fatto, persegue tali finalità attraverso meccanismi volti a produrre una regolazione uniforme sul territorio europeo caratterizzata da un quadro minimo di principi, definizioni e regole, funzionali al perseguimento dei propri obiettivi, oltre a stringenti meccanismi di sorveglianza per gli operatori ed in particolare per quelli extraeuropei che vengono a proporre servizi o prodotti all'interno dell'Unione. Lo strumento principe, come noto, è quello della *direttiva*, con il quale, sempre con il consueto approccio funzionalista tipico del legislatore europeo, si mira al ravvicinamento delle normative nazionali lasciando ai Paesi membri comunque dei margini più o meno ampi di adattabilità alla propria condizione interna, purché tale flessibilità consenta comunque di garantire la piena effettività dei diritti riconosciuti nello spazio europeo.

Quando l'applicazione ai singoli casi nazionali pone problemi interpretativi viene attivata la Corte di Giustizia dell'UE affinché eserciti la propria funzione ermeneutica (su cui, con particolare riferimento ai diritti ed al rapporto con le altre Corti, cfr. R. Bin, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in *Rivista AIC*, 1/2015, 1-13) anche per risolvere, spesso, conflitti che il legislatore europeo non si era prefigurato. Proprio attraverso tale attività la Corte, così, fissa nuovi paletti operativi e garantisce nel contempo agli operatori pubblici e privati di avere maggiore chiarezza sulle "regole del gioco" all'interno delle quali muoversi per non ledere l'effettività dei diritti di volta in volta coinvolti dalle normative sottoposte a giudizio.

Lo specifico quadro normativo di riferimento per le comunicazioni elettroniche è stato sviluppato nel tempo dall'Unione con l'emanazione di un pacchetto di provvedimenti comprensivo di quattro direttive e due regolamenti: Direttiva 2002/20/CE o «direttiva autorizzazioni» (GUCE, L 108, 24.4.2002, pag. 21); Direttiva 2002/19/CE o «direttiva accesso» (GUCE, L 108, 24.4.2002, pag. 7); Direttiva 2002/22/CE o «direttiva servizio universale» (GUCE, L 108, 24.4.2002, pag. 51); Direttiva 2002/58/CE o «direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche» (GUCE, L 201, 31.7.2002, pag. 37); Regolamento (CE) n. 1211/2009 che istituisce l'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (BEREC) (GUUE, L 321, 17.12.2008, pag. 1); Regolamento (UE) n. 531/2012 relativo al *roaming* sulle reti pubbliche di comunicazioni mobili (GUUE L 172 del 30.6.2012, pag. 10).

Partendo da tali provvedimenti gli Stati membri, così come la Germania nel caso in commento, avrebbero dovuto recepire o adeguare le proprie normative interne nel rispetto dei paletti fissati dall'Unione, ed in particolare, nel settore delle comunicazioni elettroniche, cercare di garantire i seguenti obiettivi: adottare provvedimenti tecnologicamente neutrali ed intesi a garantire una concorrenza effettiva; promuovere la concorrenza nella fornitura delle reti di comunicazioni elettronica, dei servizi e delle risorse e dei servizi correlati; garantire che non vi siano distorsioni e restrizioni nella concorrenza anche per quanto riguarda la trasmissione di contenuti; promuovere gli interessi dei cittadini sia garantendo un livello elevato di protezione dei consumatori rispetto ai rapporti con i fornitori, sia contribuendo a garantire loro un elevato livello di protezione dei dati personali e della vita privata.

Proprio in tale contesto normativo la Corte è stata interpellata per pronunciarsi, in via pregiudiziale, sui fatti oggetto della sentenza qui in commento ed in particolare sulla nozione di «servizio di comunicazione elettronica», così come previsto dall'art. 2, lettera c) della direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (GUCE 2002, L108, pag. 33), così come modificata dal Parlamento europeo e dal Consiglio con la direttiva 2009/140/CE, del 25 novembre 2009 (d'ora in poi «Direttiva quadro»; in GUCE, L 337, 18.12.2009, pag. 37), in particolare qui applicata al servizio di posta elettronica fornito da Google con Gmail.

2. – La controversia oggetto della Sentenza in commento nasce tra la società Google LLC e la Repubblica federale di Germania (*Bundesrepublik Deutschland*), a seguito della decisione dell’Agenzia federale di regolamentazione delle reti per l’elettricità, il gas, le telecomunicazioni, la posta e le ferrovie, Germania (*Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen*; d’ora in poi «BNNetzA») di qualificare il servizio di posta elettronica Gmail di Google, con decisione del 2 luglio 2012, come un «servizio di telecomunicazione» ai sensi della normativa tedesca [art. 6, paragrafo 1, della legge tedesca in materia di telecomunicazioni – *Telekommunikationsgesetz* (in prosieguo TKG), in combinato disposto con l’articolo 3, punto 24, del medesimo provvedimento legislativo], e conseguentemente di diffidare Google ad adeguarsi al previsto obbligo di notifica presso la medesima Agenzia, a pena di sanzione pecuniaria in caso di inottemperanza.

Google ritiene che tale decisione non sia corretta e, pertanto, dopo aver visto respinto il 22 dicembre 2014 il proprio reclamo presentato al «BNNetzA», propone ricorso il 23 gennaio 2015 dinanzi al Tribunale amministrativo di Colonia, Germania (*Verwaltungsgericht Köln*).

Infine Google, non vedendo riconosciute le proprie ragioni nemmeno in quella sede, propone appello avverso la sentenza del Tribunale amministrativo di Colonia di fronte al Tribunale amministrativo superiore del Land Renania settentrionale-Vestfalia, Germania (*Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen*) il quale, rilevando che la nozione di «servizio di telecomunicazione» previsto dalla normativa tedesca sostanzialmente recepisce la nozione di «servizio di comunicazione elettronica» previsto dalla Direttiva quadro, pone alla Corte di Giustizia una serie di questioni pregiudiziali su detta nozione.

3. – In buona sostanza i quesiti posti dal giudice tedesco alla Corte, incentrandosi sugli elementi rilevanti per qualificare la nozione di «servizio di comunicazione elettronica», così come definito nella «Direttiva quadro» all’art. 2, lett. c), nella quale vengono cioè definiti come quei «servizi (...) consistenti esclusivamente o prevalentemente nella trasmissione di segnali su reti di comunicazioni elettroniche», sono volti a far sì che la Corte possa svolgere la propria azione ermeneutica in particolare con riguardo alla qualificazione giuridica del servizio di posta elettronica via Internet.

E così alla Corte viene chiesto, con la prima questione, se la «trasmissione di segnali» alla quale si rifà la nozione in analisi possa essere fatta coincidere con le azioni che tecnicamente vengono poste in essere da Gmail, come fornitore del servizio di posta elettronica, o se tale «trasmissione» sia da ricondurre all’invio fatto invece da altri soggetti, quali l’*Internet Access Provider* (IAP), dei pacchetti di posta confezionati da Gmail. Inoltre ci si pone l’interrogativo se, ove vi fosse in astratto la possibilità di imputare al gestore di un servizio di posta elettronica tale attività, nel caso a quali condizioni ciò potrebbe essere possibile.

Con la seconda questione, invece, il Tribunale amministrativo chiede se, ove la «trasmissione di segnali» non sia in linea di principio imputabile ai servizi di posta elettronica via Internet, di fatto se, considerato che Google in Germania gestisce in proprio alcune reti di comunicazione elettronica collegate ad Internet, che potrebbero essere comunque utilizzate ai fini dell’erogazione di un servizio di posta elettronica, tale evenienza possa costituire un’eccezione valida a far ricomprendere comunque in tale nozione detto servizio.

Infine, con l’ultimo quesito, viene chiesto alla Corte se il concetto di «forniti di norma a pagamento», riferito ai «servizi di comunicazione elettronica» e necessario per qualificarli, così come previsto sempre dalla «Direttiva quadro» all’art. 2, lett. c), imponga il pagamento di una tariffa da parte degli utenti o sia sufficiente l’esecuzione di una diversa controprestazione da parte degli utenti stessi, ma che comunque soddisfi un interesse

economico del fornitore del servizio (ad es. con la fornitura attiva di dati personali all'atto dell'utilizzo del servizio da parte dell'utente finale). Se il requisito imponga il pagamento diretto degli utenti o se il pagamento, integrale o parziale del servizio, possa essere fatto anche da terzi (ad es. con pubblicità sul sito web del fornitore). Infine, se «la locuzione “di norma” si riferisca, in tale contesto, in particolare, alle circostanze nelle quali il fornitore di uno specifico servizio presta in concreto detto servizio, o alle circostanze, nelle quali vengono prestati, in generale, servizi identici o simili».

4. – Preliminarmente, al fine di poter comprendere appieno i risvolti giuridici delle questioni qui coinvolte, non si può evitare di approfondire alcuni aspetti tecnici senza i quali non sarebbe possibile comprendere appieno i rilievi delle Parti, della Corte ed i possibili sviluppi normativi futuri in materia.

Il servizio di posta elettronica, sostanzialmente e semplificando molto, funziona attraverso alcune operazioni che coinvolgono una pluralità di soggetti (o meglio di attrezzature tecnologiche/informatiche e software gestiti o sotto la responsabilità di soggetti giuridici). Se un utente di Gmail, infatti, intende inviare un messaggio di posta elettronica ad un determinato destinatario, dovrà necessariamente e preliminarmente registrarsi al servizio accedendo al sito di Google e fornire una serie di dati personali indispensabili per essere abilitati all'uso del servizio stesso; dopodiché l'utente potrà decidere se usare tale servizio direttamente *on line* dal sito web dedicato e gestito da Google, sul quale saranno molto probabilmente presenti pubblicità (dalle quali ovviamente Google trarrà un beneficio economico), oppure se utilizzare un programma dedicato alla gestione della posta elettronica (c.d. «e-mail client») con il quale, una volta configurato il nuovo account precedentemente registrato con Gmail (così da consentire al programma scelto di comunicare con il server di Gmail), poter procedere a inviare e ricevere posta elettronica avendo come interfaccia esclusivamente il programma di gestione scelto dall'utente finale (tra i più noti ad es. *Thunderbird*, *Outlook*, *Mail*, ecc.). Fin qui si ha la parte che coinvolge un utente finale che voglia fruire di un servizio di posta elettronica ed in questo caso del servizio fornito da Gmail.

Una volta che l'utente registrato ha predisposto il proprio messaggio, sia che lo faccia direttamente *on line* sul sito di Google, sia che lo faccia attraverso un «e-mail client», nel momento in cui clicca sul pulsante “invia messaggio”, attiva un processo che coinvolge anche i server gestiti da altri soggetti. Infatti il gestore del servizio, in questo caso Gmail, provvede, previo riconoscimento del server di destinazione attraverso il c.d. *Domain Name System* (DNS), a dividere il messaggio in un certo numero di pacchetti di dati che vengono instradati dai propri server di posta elettronica separatamente grazie a protocolli di posta standardizzati (es. il «TCP-IP»; o l'«SMTP») attraverso l'Internet aperto (che giova qui ricordare essere una Rete di collegamenti informatici, a livello planetario, che permette la connessione e la comunicazione tra loro di reti locali di computer e banche dati grazie all'uso appunto di uno specifico protocollo – TCP-IP – ed alla condivisione sia dello stesso sistema di gestione dei c.d. *indirizzi IP*, sia dei c.d. *nomi a dominio*) verso il destinatario di posta elettronica. Sostanzialmente, quindi, il gestore del servizio di posta elettronica si limita, solitamente, a “spacchettare” il messaggio e ad indirizzarlo verso il server indicato dall'indirizzo fornito dall'utente finale previo riconoscimento di questo con il meccanismo del DNS. All'atto dell'invio, però, chi trasmette materialmente i pacchetti di dati dal mittente saranno i server di un altro soggetto e cioè dell'*Internet Access Point* (IAP) scelto dall'utente finale stesso, per accedere all'Internet aperto; così come chi recapiterà ogni singolo pacchetto dati al destinatario, sarà l'*Internet Access Point* con il quale quest'ultimo si collegherà alla Rete. Nel mezzo, tra i due IAP, i pacchetti seguiranno percorsi sempre differenti passando tra le varie reti (e quindi tra i differenti server e le varie strutture tecnologiche gestite da soggetti di volta in volta diversi) che incontreranno nel loro cammino secondo il c.d. principio del «*best*

*effort*» (in base al quale la banda disponibile e i tempi di consegna dipenderanno, in maniera non decidibile, di volta in volta dal carico di rete del momento).

Il software di Gmail, una volta che tutti i pacchetti saranno arrivati al destinatario, verificherà l'integrità dei pacchetti e che siano arrivati tutti al server del destinatario (comunicando con quest'ultimo) così che il gestore di posta del quale si avvale il destinatario possa ricomporre integralmente il messaggio ricevuto o all'interno del proprio sito o, da ultimo, attraverso l'uso, da parte del destinatario stesso, di un «e-mail client» sul quale potrà leggere il messaggio ricevuto.

Ma analizzando più approfonditamente la questione di possibili classificazioni tecniche delle attività degli operatori coinvolti va rilevato che, sempre semplificando, il mondo dei protocolli di trasmissione dati comunque prevede che ogni singolo operatore ed ogni singola operazione che viene posta in essere nella catena di trasmissione dei dati che coinvolge i soggetti che operano nel mondo delle comunicazioni possa essere di fatto collocata, a seconda del protocollo utilizzato, in una struttura a livelli sovrapposti (come in una "pila", da cui appunto il termine inglese *stack* o *layer*). Così a seconda del livello dal quale il singolo operatore, in base al tipo di servizio che fornisce, si colloca, dovrà, per poter trasmettere dati, necessariamente inviarli attraverso tutti i livelli inferiori della "pila" fino ad arrivare al livello più basso (cioè quello fisico) di trasmissione dei dati, dopo che questi nel percorso effettuato saranno stati via via "incapsulati" (come in un sistema di matriske, con un guscio esterno di istruzioni per il livello inferiore). A questo punto il "pacchetto" di dati (che poi materialmente sarà formato da una stringa di dati con tante "intestazioni" dipendenti dal numero di livelli attraversati e con una "intestazione" di chiusura) sarà trasmesso attraverso un sistema fisico di connessione (ad es. con segnali elettrici o elettromagnetici, ma anche onde acustiche ad esempio in acqua; e quindi con cavi, fibre ottiche ecc.) ad un analogo primo livello di ricezione che a sua volta passerà il pacchetto ad un livello superiore, che di volta in volta rimuoverà il singolo "guscio" della "matriske" consegnandone il contenuto al livello superiore, risalendo così tutti i corrispondenti livelli fino ad arrivare a consegnare al destinatario i dati inviati, liberi da tutte le intestazioni che hanno consentito al singolo pacchetto di non perdersi tra i vari livelli e nella Rete. Ad oggi va rilevato che l'architettura di codificazione di questi livelli più diffusa sul mercato è il c.d. "stack TCP/IP" (su cui, tra gli altri, Douglas E. Comer, *Internetworking with TCP/IP*, vol. 1, *Principles, protocols and architecture*, sec. ed., PrenticeHall) che si compone di 5 livelli: Fisico, Collegamento, Rete, Trasporto, Applicazione. A questa architettura va affiancata quella formulata dall'ISO negli anni '70, nel tentativo di creare uno standard globale, con la creazione dell'ISO/OSI che prevede invece ai fini della comunicazione tra due applicazioni un modello a sette livelli: Fisico, Data Link, Rete, Trasporto, Sessione, Presentazione, Applicazione (da notare che i livelli più bassi di entrambi i protocolli sono i medesimi e quindi ciò consente comunque una interoperabilità tra i protocolli). Da quanto descritto dovrebbe essere chiaro che un singolo soggetto giuridico coinvolto in una o più attività sulla Rete può operare con le proprie tecnologie, e quindi essere chiamato a rispondere, su uno solo dei livelli della "pila" (così come descritti) o su più livelli, non essendoci, ad oggi, nessun divieto positivamente, almeno a livello europeo, in tal senso.

Si dovrebbe intuire, alla luce di quanto sopra, che ai fini del funzionamento della Rete, della trasmissione di dati e quindi della fruizione dei servizi funzionali alla tutela di interessi pubblici, più è basso il livello al quale un soggetto giuridico opera, più diventa strategico il ruolo che questo avrà nel funzionamento del sistema, e conseguentemente maggiore sarà l'attenzione che il legislatore, europeo, in questo caso, tenderà a riservargli.

5. – Le possibili interpretazioni della normativa che si confrontano nella Sentenza, quindi, sono rispettivamente: quella del «BNetzA», secondo cui l'attività posta in essere da Google nella gestione del servizio di posta elettronica Gmail e quindi con le attività

tecniche appena descritte e a ciò funzionali, rientri tra i «servizi di comunicazione elettronica» in quanto le proprie attività configurerebbero una «trasmissione di segnali» attraverso i suoi server; e quella di Google, secondo cui invece tale attività non rientrerebbe in detta nozione in quanto le proprie attività non consisterebbero «interamente o prevalentemente nella trasmissione di segnali su reti di telecomunicazione elettronica».

Diciamo subito che la Corte, benché Google abbia visto soccombenti le proprie ragioni sia di fronte al «BNetzA» sia davanti al Tribunale amministrativo di Colonia dà ragione, invece, alla società americana.

Secondo la Corte, infatti, anche se Google materialmente realizza una trasmissione di segnali attraverso i suoi server, volta a instradare nella e alla ricezione dei pacchetti di dati relativi ai messaggi di posta, da questo non si deve trarre la conclusione che tali operazioni costituiscano necessariamente un «servizio di comunicazione elettronica» ai sensi della direttiva quadro (art. 2, lett. c). Infatti tale servizio non consiste *interamente o prevalentemente* nella trasmissione di segnali su reti di comunicazione elettronica (p.to 34 e 35 della Sentenza). Decisivo diventa, infatti, che chi si assume la responsabilità di garantire la trasmissione dei segnali necessari per il corretto funzionamento dei servizi di posta elettronica (su cui cfr. Corte giust., Sent. 30.4.2014, UPC DTH, causa C-475/12, EU:C:2014:285, punto 43; in dottrina, anche con profili di comparazione tra Europa e Usa, cfr. U. Pagallo, *Sul principio di responsabilità giuridica in rete*, in *Dir. informatica*, 2009, 705 ss.) sono gli IAP, del mittente e del destinatario di posta, da una parte e, dall'altra, tutti i gestori delle diverse reti che materialmente costituiscono l'Internet aperta e attraverso le quali detti pacchetti transiteranno (in particolare punto 36 della Sentenza, ed in tal senso la stessa Commissione con proprie osservazioni).

In assenza di qualsiasi altro elemento che dimostri la responsabilità di Google nei confronti dei titolari di account di posta elettronica circa la trasmissione dei segnali necessari al suo funzionamento, pertanto, il servizio di posta elettronica con viene fatto rientrare dalla Corte nella nozione di «servizi di comunicazione elettronica», così come prevista dalla Direttiva quadro, art. 2, lett. c), proprio perché giuridicamente non consiste *interamente o prevalentemente* nella trasmissione di segnali su reti di comunicazione elettronica.

D'altra parte, essendo il servizio di posta elettronica Gmail ritenuto dalla Corte (punto 10) un c.d. servizio «OTT» (*Over The Top*), e cioè un servizio disponibile sulla Rete senza che vi sia bisogno di un operatore di comunicazione tradizionale, il legislatore europeo ha deciso di dare maggiore attenzione alla regolazione dei servizi di accesso alla rete, e quindi ai «servizi di comunicazione elettronica» (imponendo anche la richiesta di una notifica di avvio, variazione o cessazione della propria attività, nonché le variazioni relative alla società stessa che eroga tale servizio, così come previsto dalla normativa tedesca nel caso in analisi) piuttosto che ai c.d. servizi «OTT». Servizi che peraltro, a tutt'oggi, non trovano una definizione positivizzata nell'ordinamento, almeno a livello europeo, infatti tale nozione è stata creata dal mercato e risulta mutevole nel tempo e nello spazio, con tutti i problemi ermeneutici legati all'uso e alla perimetrazione giuridica della stessa.

Tale necessità sembra ragionevolmente dettata dalla esigenza, in un mercato unico, di avere, almeno per ora, un maggiore controllo pubblico sull'*accesso alla Rete* piuttosto che sui *servizi erogati sulla Rete*. L'assenza di controllo sull'erogazione dei servizi di accesso alla rete, infatti, potrebbe mettere a serio rischio sia la libera concorrenza, sia la fruizione da parte dei cittadini europei di tale strumento che è funzionale all'esercizio di una molteplicità di diritti fondamentali, così come ormai riconosciuto sia nei documenti che nelle decisioni giurisprudenziali che lo hanno codificato in modo più o meno esplicito, quando addirittura non venga esso stesso incluso nella citata categoria dei diritti fondamentali così come accaduto ad es. in Francia o in Costa Rica [su tali aspetti e per un rapido quadro comparato di tale diritto e di come i diversi ordinamenti lo abbiano

interpretato v. almeno O. Pollicino, *Esame in sede referente dei DDL 1317 e 1561 (diritto di accesso ad Internet)*, in *Media Laws*, 13 Marzo 2015, 1 ss.; ma anche già T.E. Frosini, *Il diritto costituzionale di accesso a Internet*, in *Rivista AIC*, 1/2011, 1-17].

Passando alla seconda questione pregiudiziale sottoposta alla Corte, questa viene rapidamente risolta dalla stessa che le dedica un solo punto della sentenza (punto 40) nel quale la Corte rileva che il fatto che Google in taluni casi vada qualificata come «fornitore di servizi di comunicazione elettronica», e cioè esclusivamente quando gestisce proprie reti di comunicazione elettronica, non può implicare che automaticamente vi sia un'estensione di tale nozione a tutti i servizi da questa forniti indistintamente anche quando fossero privi del requisito di consistere interamente o prevalentemente nella trasmissione di segnali. Peraltro una eventuale interpretazione in senso estensivo sarebbe del tutto irragionevole, infatti disincentiverebbe i soggetti economici che operano nel settore dei servizi c.d. «OTT» ad entrare nel settore della fornitura di servizi di comunicazione elettronica (e viceversa), orientando così il mercato verso un effetto distorsivo a ribasso della concorrenza con presumibili ovvi effetti negativi per i consumatori.

Il terzo ed ultimo quesito, infine, viene sorvolato dal giudice di Lussemburgo alla luce del fatto che le risposte fornite alla prima e seconda questione rendono inutile rispondere alla terza. Peraltro va segnalato come la Corte in passato, chiamata ad esprimersi sull'articolo 57 TFUE, abbia già da tempo affermato che si è comunque in presenza di remunerazione ai sensi del Trattato anche se il fornitore del servizio è pagato da una terza parte e non dal destinatario del servizio (Corte giust., Sent. 26.04.1988, *Bond van Adverteerders e altri/Stato olandese*, causa C-352/85, EU:C:1988:196).

6. – Sia qui consentito, per *chiudere il cerchio* e definire ancora meglio i limiti materiali fissati dalla Corte, almeno fino ad oggi, per rientrare nella nozione di «servizio di comunicazione elettronica», solo un accenno ad una recentissima sentenza speculare a quella in commento, emanata sempre dalla Quarta Sezione della Corte, circa una settimana prima (Corte giust., Sent. 5.6.2018, *Skype Communications IBPT*, causa C-142/18, EU:C:2019:460), con la quale, al contrario, la fornitura di un software che ha una funzionalità che offre un servizio «Voice over Internet Protocol (VoIP) [telefonia vocale su IP (VoIP)], nel caso di specie erogato da Skype Communications Sàrl, che consente di effettuare chiamate su numeri fissi o mobili di un piano nazionale di numerazione tramite la rete telefonica pubblica commutata (PSTN), è stato invece ricompreso dalla Corte nella nozione di «servizio di comunicazione elettronica» essendo stato rilevato che, da una parte, la fornitura del servizio dà una retribuzione all'editore e, dall'altra, che tale attività implica la conclusione da parte dell'editore di specifici accordi con i fornitori di servizi di telecomunicazioni autorizzati, che si impegneranno quindi con *Skype Communications* a garantire il servizio loro richiesto.

In questo caso, infatti, la Corte ha ritenuto responsabile la società che eroga il servizio nei confronti degli utenti che hanno pagato alla stessa il prezzo di un abbonamento al servizio di comunicazione (o anche la singola prestazione), della trasmissione dei segnali vocali sulla PSTN, in quanto i passaggi intermedi dei segnali avvengono in forza di accordi stipulati dalla Società con i fornitori di servizi di telecomunicazioni e senza i quali non si potrebbe erogare detto servizio. Peraltro, come giustamente viene rilevato nella sentenza, non si potrebbe nemmeno invocare una qualche responsabilità tra utenti e fornitori di servizi di telecomunicazione, come si fa notare al punto 39 della stessa, in quanto tra di questi non intercorre alcun rapporto contrattuale. E, nel solito approccio funzionalista della Corte, non vale nemmeno, sempre al fine di essere esclusi dalla nozione di «servizio di comunicazione elettronica», che la *Skype Communications* indichi nelle sue condizioni generali di contratto di non assumere alcuna responsabilità per la trasmissione dei segnali nei confronti dei propri utenti. Ove si accettasse una tale impostazione, infatti, vorrebbe dire

che ogni singolo fornitore di servizio potrebbe sottrarsi con tale espediente all'ambito di applicazione della Direttiva quadro facendo crollare tutta l'impalcatura normativa europea volta a creare un mercato interno delle comunicazioni elettroniche disciplinato esclusivamente dal diritto della concorrenza (punto 44 e 45), che quindi riesca a produrre un mercato più competitivo con possibili ricadute benefiche sui consumatori in termini sia di migliori prestazioni che di diminuzione delle tariffe per i relativi servizi di accesso alla Rete, consentendo, proprio attraverso la funzionalizzazione del libero mercato, di rendere più agevole il godimento di quel diritto di "accesso alla Rete" che, come già ricordato, è sempre più strategico per il concreto godimento da parte dei cittadini europei di una molteplicità di diritti di varia natura e genere.

7. – Infine non si può evitare di segnalare, *de jure condendo*, che, con l'approvazione della recente direttiva (UE) 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018, che, con le sue 179 pagine di testo istituisce il *Codice europeo delle comunicazioni elettroniche*, i Paesi membri entro il 21 dicembre 2020 dovranno recepire le rilevanti innovazioni da questa introdotte in materia.

Più nello specifico, tra le varie novità, va qui ricordata la rinnovata nozione di «servizio di comunicazione elettronica» che dalla Direttiva viene estesa e meglio dettagliata cercando, anche alla luce delle varie sentenze della Corte (compresa quella qui in commento), di superare quello che almeno formalmente sembrava un approccio di tipo esclusivamente tecnico per lasciare maggiore spazio ad uno più funzionale, ma quindi forse anche più discrezionale.

Nella nuova Direttiva (che alla scadenza per il recepimento da parte degli Stati membri abrogherà le citate Direttive emanate nel 2002, numeri 19, 20, 21 e 22) proprio all'art. 2 comma 1, p.to 4) si può rinvenire la nuova formulazione della nozione di «servizio di comunicazione elettronica» che viene definito come: «i servizi forniti di norma a pagamento su reti di comunicazioni elettroniche, che comprendono, con l'eccezione dei servizi che forniscono contenuti trasmessi utilizzando reti e servizi di comunicazione elettronica o che esercitano un controllo editoriale su tali contenuti, i tipi di servizi seguenti: a) «servizio di accesso a internet» quale definito all'articolo 2, secondo comma, punto 2), del regolamento (UE) 2015/2120; b) «servizio di comunicazione interpersonale»; c) servizi consistenti esclusivamente o prevalentemente nella trasmissione di segnali come i servizi di trasmissione utilizzati per la fornitura di servizi da macchina a macchina e per la diffusione circolare radiotelevisiva». Proprio con l'introduzione della nuova categoria dei «servizi di comunicazione interpersonale» viene decisamente ampliata e dettagliata la portata della nozione qui in analisi.

In questa sede non è consentito approfondire ulteriormente le possibili evoluzioni di tale nozione sia per ovvi limiti di spazio, sia in quanto ciò esulerebbe dalle finalità del presente scritto. Sia però concesso almeno di segnalare al lettore i considerando 15 e 16 della nuova Direttiva dai quali si comprende bene la direzione intrapresa a livello europeo volta, da una parte, a prestare particolare attenzione alla tutela dell'utente finale dei servizi già a cominciare dal punto di vista meramente definitorio; e dall'altra a coordinare e aggiornare il rapporto tra la disciplina di questa materia e quella relativa alla tutela dei dati personali e alla commercializzazione di questi ultimi da parte degli operatori che forniscono servizi di comunicazione. Ma sicuramente, non appena la nuova definizione di «servizio di comunicazione elettronica» completerà il proprio cammino di recepimento nelle singole normative nazionali trovando la piena applicazione, la Corte sarà chiamata, ancora una volta, a svolgere il proprio ruolo per cercare di meglio definire i contorni di una nozione giuridica, di fatto e ad oggi, che, sebbene cerchi di stare al passo con il vertiginoso avanzare dello sviluppo tecnologico in materia, resta ancora abbastanza sfuggente non trovando fondamento, in ultima analisi, su di un elemento tecnico oggettivo e dirimente.