

ABSTRACT

Net Neutrality: opportunità e criticità per il futuro della rete.

1. Il principio di net neutrality, accogliendo l'idea dell'accademico americano Tim Wo, che per primo ne diede una definizione, può intendersi come "l'insieme delle condizioni tecniche, giuridiche e commerciali in virtù delle quali si garantisce la parità di trattamento dei dati veicolati in rete e la facoltà degli utenti di accedere liberamente a contenuti, servizi e applicazioni di propria scelta".

Il concetto si basa su tre principi fondamentali che governano l'operatività della rete, ovvero: a) la non discriminazione (cioè l'uguale trattamento del traffico veicolato in rete); b) l'interconnessione (cioè il diritto/dovere di interconnessione da parte di tutti gli operatori in rete); 3) l'accesso (cioè le modalità di connessione mediante modem, router etc...).

L'interconnettività dei contenuti, autoalimentandosi, produce importanti trasformazioni nei rapporti tra i diversi agenti, ovvero: i c.d. *content provider* (fornitori di servizi, contenuti e applicazioni), ai quali si affiancano, come nuovi soggetti rilevanti, gli editori, le grandi *internet company Over the top OTT* (quali Yahoo, Google, Facebook, Skype), nonché gli stessi utenti creatori dei c.d. "user generated contents" (contenuti prodotti dagli utenti stessi e caricati in rete).

Si accresce la competizione tra i diversi agenti attivi del mercato, sicché il nuovo ecosistema digitale richiede un'evoluzione delle forme di gestione delle reti sia da un punto di vista strettamente tecnologico (con nuove forme di gestione del traffico, con maggiore differenziazione dei servizi), sia del traffico da un punto di vista commerciale (dove le modalità di *pricing* potrebbero articolarsi tra servizi gestiti e servizi erogati secondo il modello *best effort*).

Le nuove forme di *traffic management* e di *pricing* possono influenzare e cambiare le modalità di consumo da parte degli utenti finali. Attualmente, infatti, accanto e in competizione con le tradizionali aziende di telecomunicazioni (i c.d. *Telco*), sono saliti alla ribalta nuovi operatori che forniscono in forma massiva servizi e

applicazioni: si tratta degli OTT, imprese prive di una propria infrastruttura, che agiscono al di sopra delle reti Over the Top e che forniscono, attraverso le reti IP, servizi, contenuti e applicazioni e traggono ricavo, in prevalenza, dalla vendita dei contenuti e servizi agli utenti finali e dagli spazi pubblicitari.

Nel mercato si è, dunque, creata una nuova competizione tra il complesso degli operatori Telco, da una parte, e i fornitori di servizi over the top, dall'altra, competizione che, a livello macro-economico, secondo le stime dell'Agcom, produrrà un trasferimento di ricchezza dall'Unione Europea (che adotta un sistema ancora incentrato sui fornitori di connettività) agli Stati Uniti e agli altri paesi emergenti, più orientati su un'innovazione fuori dalle reti come quella degli OTT.

Le politiche finalizzate alla differenziazione del trattamento dei contenuti e alla fornitura dei servizi di alta qualità e velocità potrebbero portare alla creazione di un Internet "a due corsie" di cui farebbero parte i servizi "best effort" e "management" (ovvero quei servizi combinati di accesso a Internet, telecomunicazioni, contenuti e altri prodotti di entertainment a cui vengono associati contrattualmente livelli di qualità prestabiliti e costanti, riducendo eventuali ipotesi di degradazione dei servizi offerti). Considerato il gran peso che rivestono gli OTT, potrebbero esservi ripercussioni economiche dettate da atteggiamenti discriminatori da parte degli ISP, che potrebbero portare a effetti anticoncorrenziali e di abuso di potere di mercato, in violazione dell'art.102 del TFUE.

Gli operatori che intendono agire nel rispetto del principio di *net neutrality* devono, quindi, impegnarsi su vari fronti: dalla tutela dei diritti di vecchia e nuova generazione (diritto di accesso ai contenuti in un ambiente trasparente e competitivo) ai problemi strettamente tecnologici legati all'innovazione dei servizi e all'applicazione.

2. Il mercato delle telecomunicazioni TLC nasce storicamente come mercato monopolistico soprattutto in Europa, per ragioni strategiche di sicurezza. Fino agli anni Ottanta il mercato era caratterizzato da un monopolio statale e da imprese che godevano di monopoli legali (diritti speciali ed esclusivi). Ciò era giustificato dalla capillarità della rete telefonica fissa e dai finanziamenti economici da parte dello Stato. I gestori godevano, dunque, di un'esclusiva anche per l'erogazione dei servizi

telefonici e fornitura degli apparecchi. Dagli anni Ottanta comincia la spinta liberalizzatrice voluta dall'UE, basata sull'idea che dalla libera concorrenza e dalla privatizzazione degli operatori possano derivare maggiori benefici in capo alle TLC. La Commissione Europea crea una Direzione generale per la regolamentazione del mercato delle TLC, che afferisce al "*Green Paper on the development of a common market for telecommunications services and equipments*". Tale documento individua tre principi guida per la sua attuazione: 1) **liberalizzazione** (apertura graduale e progressiva della rete fissa dall'operatore storico ai concorrenti "open network"); 2) **armonizzazione** (creazione di un mercato interno dei servizi basato su principi comuni per l'accesso alla rete e la fruizione dei servizi. Dir. 90/387/CEE ONP "Open network Provision"); 3) **applicazione delle regole di concorrenza** mediante gli articoli 90 e 100 TCE, oggi 106.3 e 116 TFUE.

Nella prima fase di liberalizzazione delle comunicazioni elettroniche la Commissione Europea ha prodotto due tipologie di direttive:

a) direttive di liberalizzazione (che dovevano realizzare una graduale separazione tra la gestione della rete e la fornitura dei servizi, sulla base della riforma ONP degli Stati Uniti). Le tre principali sono:

1) la Quadro n 90/387/CE che recepisce i principi elaborati nella sentenza della Corte di Giustizia del 1985 sul caso British Telecom e dunque abolisce i diritti esclusivi in materia di importazione, commercializzazione e manutenzione delle apparecchiature TLC.

2) la Servizi n 90/388/CE, che abolisce tutti i diritti esclusivi per la fornitura dei servizi di telecomunicazione, e dispone le condizioni di trasparenza per la concessione delle licenze.

3) La Full Competition n 96/19/CE, che abolisce i diritti esclusivi e speciali in materia di telefonia vocale.

b) direttive di armonizzazione (relative alla fornitura dei servizi universali).

Ricordiamo, al riguardo:

1) la direttiva n 90/387/CE sull'istituzione del mercato interno per i servizi delle telecomunicazioni. Essa mira a promuovere il libero accesso alle reti e consentire a chiunque di entrare nel mercato e fornire servizi in condizione di equità, attraverso criteri oggettivi e trasparenti per l'utilizzo delle reti.

2) la direttiva n 92/44/CE sull'applicazione del principio di fornitura di una rete aperta ONP. Fissa le condizioni che permettono ai gestori di utilizzare le linee affittate.

3) la direttiva n 97/33/CE sull'interconnessione, servizio universale e interoperabilità. Mira a rendere eque le condizioni tecniche e giuridiche per l'interconnessione tra le reti.

Si tende, dunque, a costruire un quadro normativo stabile che, grazie all'aiuto delle Autorità nazionali di regolamentazione (ANR), garantisce condizioni efficaci di interconnessione e restringe la possibilità che i gestori dominanti adottino pratiche anticoncorrenziali. Viene inoltre imposta alle reti la fornitura del c.d. Servizio Universale.

Questa prima fase di regolamentazione risulta tuttavia frammentaria e disomogenea. Molte, infatti, sono le lacune normative; basti pensare che non vengono disciplinati gli obblighi dei titolari della rete; non si individuano neppure i soggetti incaricati di regolamentare il settore a livello nazionale. Inoltre, gli obblighi delle direttive vengono spesso rimessi alla discrezionalità degli Stati membri.

A livello nazionale, invece, si assiste alla nascita dell'Agcom "Autorità garante della comunicazione" (legge Maccanico n 249/1997) con funzioni regolamentari e di vigilanza tanto nel settore delle TLC, quanto in quello radiotelevisivo.

3. La seconda fase del diritto delle comunicazioni elettroniche si realizza attraverso la pubblicazione del "Communications Review" da parte della Commissione Europea nel 1999. Scopo principale è garantire a tutti i cittadini uguali possibilità di accesso e il raggiungimento del c.d. Servizio Universale, nonché incentivare l'evoluzione tecnologica per realizzare a pieno la Convergenza e quindi permettendo che uno stesso servizio possa essere trasportato da qualsiasi rete di trasmissione mediante cavo, etere o satellite. La Commissione approva, nel 2003, il c.d. Pacchetto Direttive Telecom costituito da cinque direttive, con l'obiettivo di creare un quadro unico in materia di reti e servizi TLC.

1) La direttiva quadro 2002/21/CE definisce i principi generali e gli obiettivi, e prevede anche l'obbligo, da parte degli Stati utenti, di attuarli. Tre sono le novità: a) la creazione di principi unici e comuni nell'ambito delle comunicazioni elettroniche.

Convergenze. b) l'armonizzazione della normativa tra stati membri. c) la configurazione delle ANR come organismi tecnici e indipendenti richiamati all'imparzialità e trasparenza.

2) la direttiva autorizzazioni 2002/20/CE introduce una disciplina semplificata per l'accesso alle reti, mediante un'autorizzazione generale che si sostituisce ad altri tipi di atti amministrativi come strumento per verificare reti e servizi.

3) la direttiva accesso e interconnessione 2002/19/CE armonizza la disciplina dell'accesso alle reti e richiama al diritto/dovere di interconnessione, trasparenza, non discriminazione.

4) la direttiva servizio universale 2002/21/CE elenca i diversi servizi fruibili dall'utente a prezzi accessibili.

5) la direttiva e-privacy 2002/58/CE disciplina la materia del trattamento dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche.

In Italia queste direttive vengono recepite con il d.lgs 259/2003 il c.d. "Codice delle comunicazioni elettroniche", che riordina tutta la materia.

4. Nel novembre 2007 si avvia quella che viene considerata la terza fase del diritto delle comunicazioni elettroniche. Essa si realizza attraverso la modifica delle direttive del Pacchetto Telecom da parte della Commissione, nonché l'istituzione di un'Autorità Europea nel mercato delle comunicazioni elettroniche (BEREC). Vengono quindi approvate le direttive 2009/136/CE e la 2009/140/CE, nonché il Regolamento CE 1211/2009 che modifica il Pacchetto Telecom.

Il Regolamento che ha istituito l'Autorità europea BEREC, prevede alcuni obiettivi principali:

- diffondere tra le ANR le prassi regolamentari e fornire loro assistenza
- dare pareri sui progetti di decisioni, raccomandazioni e orientamenti
- fornire consulenza in materia di comunicazioni elettroniche
- assistere il Parlamento Europeo, Consiglio, Commissione, le ANR.

La direttiva fondamentale è senz'altro la 2009/140/CE, che modifica la direttiva Quadro. Essa generalizza la trasferibilità dei diritti d'uso delle frequenze e introduce anche cambiamenti relativamente all'uso delle stesse. Obiettivo principale di questa terza riforma è quello di raggiungere un più competitivo e aperto mercato comune

che incoraggi investimenti e innovazione; tuttavia la regolamentazione, anziché diminuire è aumentata, con la novella del 2009, che ha introdotto poteri più incisivi sia alle ANR sia alla Commissione Europea.

5. In ambito nazionale, sono fondamentali, nella definizione della net neutrality, i risultati emersi da una consultazione pubblica promossa dall'Agcom nel febbraio 2011, di cui alla delibera n 40/11/CONS. Il nodo della questione proposta alla consultazione consiste nella possibilità di ricercare condizioni operative attraverso le quali bilanciare correttamente la tutela delle libertà fondamentali e costituzionalmente garantite e l'esigenza di non limitare la libera concorrenza tra gli operatori in rete. Inserendosi nel dibattito in corso in Nord America e in Europa in merito al concetto di net neutrality, l'Agcom ha invitato trentuno soggetti provenienti dal mondo delle telecomunicazioni, ad esprimersi in merito a una serie di quesiti relativi alla:

a) evoluzione del settore dei servizi dati, trasformazione della struttura dei mercati;
b) garanzie dei consumatori, anche in merito alla conoscenza – da parte degli utenti – delle caratteristiche dei servizi dati; c) tutela della concorrenza. d) valori generali connessi alla net neutrality.

Il concetto della neutralità della rete si focalizza su alcuni punti importanti: *traffic management* (cioè rapporto tra la crescente diffusione delle forme di gestione del traffico); *pricing* (ovvero nuove modalità di fissazione dei prezzi) e *net neutrality* (cioè pari trattamento dei dati veicolati in rete).

L'Autorità, privilegiando un approccio pragmatico alla questione, si è soffermata su tre aree di ragionamento, riguardanti la relazione esistente tra applicazione di forme di gestione del traffico e tecniche di formazione dei prezzi: 1) la tutela del consumatore, 2) la promozione della concorrenza; 3) la salvaguardia della natura aperta e neutrale della rete.

Riguardo al primo punto (relazione tra neutralità di rete e tutela del consumatore) la regolamentazione nazionale prevede una vasta gamma di misure atte a tutelare i consumatori attraverso: a) ampie e chiare informazioni relative a caratteristiche tecniche dei servizi; b) definizione dei requisiti di qualità dei servizi; c) possibilità di esercitare il diritto di recesso senza costi ingiustificati; d) processi idonei al

cambio di fornitore. Si registra, inoltre, soprattutto da parte dei *content provider* e delle associazioni, la necessità di ampliare le garanzie e la tutela del consumatore.

Circa la relazione tra neutralità della rete e promozione della concorrenza, secondo l'Autorità garante, la neutralità è salvaguardata proprio dall'effettivo funzionamento dei mercati, ossia dal grado di concorrenza vigente nel mercato. Qualora il mercato concorrenziale prevedesse forme di gestione del traffico e specifiche tecniche di *pricing*, ciò altererebbe il principio di neutralità e non sarebbe profittevole neppure per l'ISP perché certamente una porzione rilevante degli utenti continuerebbe a domandare ad altri fornitori servizi di accesso in modalità *best effort*. Si accentuerebbero pratiche discriminatorie tra contenuti provenienti da provider indipendenti rispetto a quelli provenienti da provider appartenenti al proprio gruppo. L'unica prevenzione a tali rischi potrebbe risultare da misure di trasparenza nella gestione del traffico.

Riguardo al terzo punto, a detta degli stakeholder consultati, il miglior modo per garantire il bilanciamento tra esigenza di tutela dei consumatori e *net freedom* (cioè carattere aperto della rete inteso come libertà di comunicazione e informazione, manifestazione del pensiero, aggregazione e partecipazione politica, accesso alle informazioni presenti in rete), è dato dalla garanzia di trasparenza e dall'obiettivo di minimizzare la censura o il controllo delle comunicazioni scambiate tra gli utenti.

Dai dati raccolti da questa indagine conoscitiva emergono voci contrastanti circa il modo di realizzare questo bilanciamento. Alcuni operatori del settore TLC sono favorevoli all'idea di Internet come ecosistema capace di autoregolarsi e dunque, promuovendo il concetto di *net freedom*, ritengono che qualsiasi limitazione ne altererebbe la natura. Altri, invece, giudicano positivamente una possibile regolamentazione "ragionevole e proporzionata". E comunque tutti riconoscono il carattere trasversale e interdisciplinare del principio di neutralità della rete, che ha forti ripercussioni su molti altri principi della Costituzione.

6. Particolarmente dibattuto e controverso è il rapporto tra la prassi regolamentare da una parte e l'applicazione del diritto antitrust dall'altra, soprattutto in considerazione del fatto che non c'è più una netta distinzione tra i mercati delle comunicazioni elettroniche e si prevede una convergenza di regolamentazione per tutti i servizi di

comunicazione elettronica. Secondo la dottrina tradizionale l'intervento della regolamentazione è solitamente *ex ante* e mira ad indirizzare la condotta delle imprese imponendo alcuni obblighi (*remedies*). Invece la disciplina della concorrenza è *ex post* e ha carattere generale. Il diritto antitrust riguarda condotte già compiute e si esprime attraverso sanzioni (divieti). Secondo il legislatore europeo lo scopo è ridurre progressivamente la regolamentazione specifica *ex ante* via via che aumenta il grado di concorrenza sul mercato, per arrivare a un settore delle comunicazioni elettroniche disciplinato esclusivamente dal diritto della concorrenza. Considerando anche la gerarchia delle fonti, il diritto antitrust ha natura primaria in quanto esplicitato nel TFUE, mentre quello regolamentare è derivato, in quanto espresso nelle direttive e negli atti secondari. Tuttavia diverse altre questioni porrebbero la regolamentazione al primo posto rispetto alla concorrenza. Il problema è quello di coordinare e risolvere eventuali interventi contrastanti tra ANR e ANC sul medesimo caso, considerando anche il fatto che la giurisprudenza ribadisce come la presenza di una regolamentazione non compromette affatto l'azione dell'autorità antitrust, né limita gli artt. 101 e 102 TFUE, purché non ostacoli l'impresa nelle pratiche anticompetitive.

Contrariamente a quella d'oltreoceano, secondo la giurisprudenza comunitaria le competenze tra diritto antitrust e regolamentazione sono ben distinte. È esemplificativa, a riguardo, la sentenza che sanziona l'operatore storico spagnolo (Telefonica), anche se le sue tariffe sono state approvate dall'ANR, affermando che il regolatore spagnolo "non è un'autorità antitrust e non è competente ad applicare in Spagna gli artt. 101 e 102 TFUE... la competenza del regolatore spagnolo è molto più generica dell'applicazione del diritto antitrust".

La giurisprudenza interna attribuisce poteri indipendenti tra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) e Autorità per le Garanzie nelle comunicazioni (Agcom). Secondo il giudice italiano le competenze dell'Agcom non elidono quelle antitrust dell'AGCM, ma sono complementari. Il Consiglio di Stato ha ribadito nel "principio di cooperazione tra le due autorità" (art. 8 d.lgs n. 259/2003), "la competenza dell'Agcom ad accertare quali siano le imprese con potere di mercato e a dettare le prescrizioni vincolanti per garantire una concorrenza effettiva e sostenibile nel mercato delle comunicazioni; l'esigenza che non si verifichino bis in idem o

difformi valutazioni. In generale, quindi, il Consiglio di Stato ritiene che sia l'AGCM ad attenersi agli strumenti di analisi forniti dall'Agcom in un'ottica di leale collaborazione che si esprima sia attraverso segnalazioni di antitrust dall'altra autorità, sia attraverso richieste di parere da parte di quest'ultima, ciò a garanzia di uniformità delle loro azioni”

Nonostante queste precisazioni, non si può dire – a tutt'oggi- che il dibattito sulla separazione delle competenze tra le due autorità sia approdato a delle conclusioni certe.

7. L'ultimo profilo riguarda il ruolo delle Autorità nazionali di regolamentazione. La direttiva quadro 2002/21/CE affida all'Agcom la funzione di regolamentare il nuovo mercato nel settore delle TLC. L'Agcom deve imporre gli obblighi (c.d. remedies) alle imprese per tutelare gli interessi in gioco. Ai sensi degli artt. 14 e 15 Direttiva Quadro e artt. 17-19 e 45 CE, l'Agcom deve svolgere preventivamente un'analisi di mercato per accertare, in conformità al diritto di concorrenza, l'eventuale esistenza di situazioni di dominanza. Il mercato rilevante, anche secondo la Commissione europea, è lo strumento per definire le imprese in concorrenza fra loro, e l'analisi dei mercati rilevanti è un dovere delle autorità nazionali di regolamentazione. E' necessario definire a livello comunitario, gli orientamenti che le autorità nazionali dovranno seguire per valutare se, in un determinato mercato, esista una concorrenza effettiva o se certe imprese esercitino un'influenza significativa tale da impedire lo sviluppo della concorrenza e richiedere l'intervento regolamentare. Quanto al settore delle telecomunicazioni è prevista una precisa procedura per definire i mercati rilevanti. Innanzitutto la rete è soggetta a particolari dinamiche competitive dovute all'evoluzione della tecnologia e diversificazione dei servizi a disposizione degli utenti; inoltre le reti, per garantire la comunicazione tra gli utenti, devono essere interconnesse e collegate, imponendo agli operatori di scambiarsi continuamente i c.d. servizi *wholesale* (prestazioni all'ingrosso). Le ANR possono imporre all'operatore storico l'obbligo di fornire all'ingrosso servizi di accesso alla propria rete di cui possono beneficiare gli altri operatori. Grazie all'evoluzione tecnologica si fornisce la convergenza tra reti e servizi e si attuano le barriere all'ingresso nel mercato di altri operatori, accrescendo la sostituibilità dal lato dell'offerta. Quanto ai

remedies imposti dalle ANR il quadro normativo del 2002 ne prevede un “*numerus clausus*”, dal meno invasivo (obbligo di trasparenza), al più invasivo (separazione funzionale) e l’ANR può decidere di imporre un *remedy* nel caso in cui venga a conoscenza di una posizione dominante all’interno di un mercato rilevante (Direttiva Quadro art.16 c 4). Dunque, concordando con alcune posizioni di dottrina, nel settore delle comunicazioni elettroniche la no-regulation non è un’opzione giacché o non vi sono posizioni dominanti nel mercato, e quindi non si possono imporre *remedies*, oppure vi sono posizioni dominanti non adeguatamente contenibili dal diritto antitrust, e quindi vi è l’obbligo di regolamentazione.