

CNR-ISIMM

Convegno 31 marzo 2004, Roma

Gustavo Ghidini, Francesco Graziadei, Giuseppe Rizzo, Andrea Stazi

Osservatorio di Proprietà Intellettuale, Concorrenza e Comunicazioni,
Università LUISS Guido Carli

Lo sviluppo del digitale nella prospettiva della convergenza: scenari ed opzioni aperte

Relazione di base

Sommario

Introduzione.....	2
1. Il mercato. Competizione e cooperazione. Fornitori di accesso e fornitori di contenuti.....	4
<i>1.1. Reti e contenuti digitali. Nuove regole per una nuova catena del valore.</i>	<i>4</i>
<i>1.2. Concorrenza “nella rete”.....</i>	<i>5</i>
<i>1.2.a. L’accesso alla rete.....</i>	<i>5</i>
<i>1.3. Concorrenza fra reti.....</i>	<i>7</i>
<i>1.3.a. L’accesso ai contenuti.....</i>	<i>8</i>
2. La comunicazione digitale interattiva: il problema della tutela dei contenuti sulle reti di comunicazione elettronica.....	8
<i>2.1. La questione della tutela dei contenuti nelle comunicazioni elettroniche digitali.....</i>	<i>8</i>
<i>2.2. La “doppia via” praticabile: modalità di fruizione dei contenuti “aperte” e tutela proprietaria “forte”.....</i>	<i>9</i>
<i>2.3. Il ruolo fondamentale del Digital Rights Management e di una regolazione flessibile.....</i>	<i>10</i>
3. La comunicazione elettronica delle informazioni, la loro utilizzazione commerciale e le esigenze di tutela della privacy e sicurezza dei dati	11
<i>3.1. Le misure di sicurezza richieste per il trattamento di dati con strumenti elettronici dal nuovo Codice per la tutela della privacy.....</i>	<i>10</i>
<i>3.2. Le “misure minime di sicurezza” del Codice della privacy sono sufficienti e davvero “praticabili” in un contesto quale quello delle comunicazioni elettroniche?.....</i>	<i>11</i>
4. Conclusioni.....	12

Introduzione

Di qui a pochi anni sarà completato il cammino di integrazione dei media, che darà luogo ad un articolato, ed al contempo semplice, sistema globale di produzione, archiviazione, distribuzione e consumo delle informazioni, destinate a viaggiare rapidamente e in formati compatibili su reti a larga banda, via cavo o via etere.

La c.d. 'convergenza', ovvero, secondo l'accezione comune, "la capacità di differenti piattaforme di rete di gestire servizi di tipo fondamentalmente simile", rappresenta in sostanza una vera e propria rivoluzione, resa possibile dalla tecnologia numerica ed in grado, grazie ad essa, di rendere omogenei, e quindi veicolabili sugli stessi canali, mezzi di comunicazione storicamente separati: in particolare, i mondi della telefonia, della televisione e dei personal computer. Lo sviluppo della tecnologia digitale rende possibile infatti trasformare immagini in movimento, testi o suoni in bit, e renderli percepibili immediatamente da tutti i mezzi di comunicazione già presenti sul mercato.

Ciò, da un lato - cioè rispetto all'universo dei consumatori - porterà ad un'interrelazione molto più forte fra i mezzi di comunicazione, all'insegna dell'interattività tra utente e strumento trasmissivo; dall'altro, comporterà senz'altro conseguenze altrettanto radicali anche sul versante delle imprese coinvolte nel nuovo processo di sviluppo.

Già il processo di liberalizzazione e di apertura del mercato mondiale delle telecomunicazioni ha prodotto benefici "a cascata" per tutti gli interessati: sia per i consumatori, che hanno goduto via via di prezzi più bassi e servizi migliori, ma anche, su scala esponenziale, per il mondo dell'industria, che ne ha ricavato nuove cospicue fonti di business.

Con l'avvicinarsi della svolta del digitale, in parallelo alla convergenza tra i diversi mezzi di comunicazione su una medesima piattaforma, si profila poi, all'opposto, una potente spinta "espansiva" del mercato verso una *tendenziale frammentazione del panorama dei gestori*, con esaltazione dei loro diversi ruoli e prestazioni. Tendono a differenziarsi, in tal senso, i fornitori di rete dai fornitori di contenuti, le infrastrutture di trasporto dalle imprese che si occupano di programmi, i *carrier* dai *packager* e così via: con il risultato che pare svilupparsi, in questo modo, una vera e propria nuova catena del valore del settore comunicazione, con un relativo aumento dei soggetti in esso operanti.

Da tutto ciò può nascere, dunque, un nuovo assetto industriale, più integrato e più concorrenziale, con la presenza di diversi *players*, attivi fino ad ora in contesti differenti, che si diano battaglia per affermare e consolidare la propria posizione all'interno di un mercato esteso e divenuto comune: a tutto beneficio dell'evoluzione delle tecnologie e dell'offerta dei contenuti, della concorrenza nel settore, e quindi - alla fine, nel presupposto di una efficace "regolazione concorrente" - dei consumatori .

In un contesto nel quale i contenuti, resi interamente digitali, possono essere svincolati dai supporti fisici che li contengono, ed essere quindi distribuiti tramite una qualsiasi rete di trasmissione di dati avente una banda sufficientemente ampia, risultano di conseguenza

principalmente due le tipologie fondamentali di attori che cooperano, e allo stesso tempo competono, sul piano dell'offerta: da un lato i fornitori di accesso, e dall'altro i fornitori di contenuto. Allo stesso modo, poi, considerando le modificazioni dal punto di vista delle reti, in virtù della digitalizzazione si assiste al fenomeno per cui servizi tradizionalmente differenti e volti a soddisfare bisogni distinti, divengono concorrenti nella distribuzione dei suddetti contenuti digitali. In particolare, in tal senso, le reti di telefonia fissa e mobile, attraverso la banda larga e l'Umts, si pongono quali mezzi (almeno potenzialmente) in grado di affiancare/sostituire le reti radio-televisive.

Come noto, inoltre, il settore delle comunicazioni ha recentemente subito una profonda evoluzione anche dal punto di vista normativo - regolamentare, a seguito dell'approvazione delle nuove direttive comunitarie sulle comunicazioni elettroniche (denominate rispettivamente direttiva "quadro", "accesso", "autorizzazioni", "servizio universale", nonché, da ultimo, "direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche")¹, che hanno sostituito le direttive di armonizzazione basate sull'articolo 100 A del Trattato CE (oggi articolo 95). Nel febbraio 2003, da ultimo, la Commissione ha adottato ancora, sulla stessa linea, una Raccomandazione² per la definizione dei mercati rilevanti del settore delle comunicazioni elettroniche ai sensi dell'articolo 15(1) della direttiva quadro. Questa evoluzione dovrebbe comportare - ed in parte sta già comportando - notevoli (e..convergenti) ripercussioni rispetto sia all'attività dell'Autorità di settore che di quella Antitrust, in particolare attraverso la affermazione di un indirizzo dell'attività di regolazione nettamente orientato in senso pro-concorrenziale.

La nuova disciplina sulle comunicazioni elettroniche, ispirata a principi di semplificazione e di omologazione normativa, recepisce le esigenze di convergenza tecnologica, sottoponendo alle medesime norme tutte le reti e servizi di comunicazioni, comprese quindi quelle utilizzate per la radiodiffusione sonora e televisiva, le reti elettriche (se usate per trasmettere segnali) e le reti televisive via cavo, indipendentemente dal tipo di dati trasportati. Inoltre, il nuovo quadro normativo si propone l'obiettivo di armonizzare i criteri di applicazione della normativa comunitaria da parte delle autorità nazionali con il diritto della concorrenza applicato al settore delle comunicazioni, superando le regole volte all'eliminazione dei diritti speciali ed esclusivi, che caratterizzavano il precedente assetto regolamentare disegnato dalla normativa ONP.

Le citate direttive comunitarie, come è noto, sono state quindi recepite in Italia dal decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, recante il c.d. "Codice delle Comunicazioni elettroniche". Nel dibattito apertosi intorno al recepimento delle direttive in Italia è stata posta grande enfasi sulla salvaguardia dell'equilibrio tra concorrenza e regolazione, ispirato a un *favor* per la prima rispetto alla seconda, ed all'esigenza di eliminare le incertezze nella ripartizione delle competenze tra le diverse autorità e di evitare duplicazioni di interventi. Tali incertezze, peraltro, non appaiono eliminate a seguito dell'entrata in vigore del decreto, bensì, se possibile, accentuate, alla luce delle molteplici disposizioni contenute nel Codice che prevedono una "sovrapposizione" di competenze tra l'Autorità di settore e il Ministero, nonché un intervento dell'Autorità Antitrust non solo *ex post*, come affermato nelle direttive, ma spesso anche *ex ante*³.

Tornando comunque alla specifica tematica della convergenza delle comunicazioni elettroniche che, secondo le linee direttrici comunitarie, dovrebbe interessare l'intero

settore delle comunicazioni, dubbi e perplessità ha sollevato da più parti l'ormai certa approvazione del disegno di legge c.d. "Gasparri", volto a disciplinare il settore audiovisivo separatamente ed autonomamente dagli altri settori, in apparente difformità dal quadro tracciato dal diritto comunitario, il quale invece assume la convergenza quale fondamento di regole comuni ai diversi mezzi di trasmissione - dalle tlc all'audiovisivo - riguardo al regolatore pubblico, all'accesso alle reti e al rapporto tra normazione e concorrenza.

Al di là dei dubbi interpretativi, in ogni caso, in argomento sarà senz'altro fondamentale attendere i risultati delle analisi di mercato che il nuovo quadro regolamentare pone in capo all'Autorità di settore affinché quest'ultima accerti la situazione concorrenziale nei singoli mercati rilevanti (con eventuale imposizione di obblighi agli operatori aventi notevole forza di mercato), perché si possa giungere ad effettuare un'analisi più chiara, e sistematica, delle molteplici problematiche connesse all'avvento della convergenza, oltre che all'entrata in vigore del nuovo Codice.

1. Il mercato. Competizione e cooperazione. Fornitori di accesso e fornitori di contenuti

1.1. Reti e contenuti digitali. Nuove regole per una nuova catena del valore.

Nella nuova era dei media digitali assistiamo ad una vera e propria rivoluzione rispetto alla realtà precedente, fatta di mercati e settori ben definiti e consolidati nel tempo. Ci confrontiamo con una destrutturazione e ristrutturazione di mercati e settori che avviene secondo nuove logiche, nuovi mercati, ruoli, funzioni, operatori ecc. Vediamo più da vicino, anche alla luce del dibattito che ha accompagnato la predisposizione del nuovo quadro regolamentare comunitario sulle comunicazioni elettroniche, come cambia lo scenario.

Nei media digitali la catena del prodotto evolve verso forme di articolazione (fornitura di contenuti, di programmi, di trasmissione e diffusione etc.), più complesse di quelle che hanno sinora caratterizzato i contenuti analogici⁴. Orbene, rispetto al nuovo contesto occorre chiedersi quali sono e saranno le possibili forme di integrazione, e conseguentemente gli snodi sui quali si giocherà la competizione o cooperazione fra reti e contenuti. Ad ogni fase teoricamente potrebbero corrispondere operatori differenti, così come potrebbero affermarsi, al contrario, modelli di integrazione verticale assoluta che copra ogni fase della catena del valore. E' probabile però che si assisterà a forme di *integrazione verticale che riguardino solo alcune fasi* e perciò siano caratterizzate da una certa "specializzazione" dell'operatore⁵.

Ormai da tempo gli *interventi regolatori* hanno cercato di adeguarsi ai nuovi contesti di mercato come emerge in primo luogo, e ormai da tempo, dagli interventi comunitari⁶. Anche il quadro regolamentare nazionale sta evolvendo verso una più articolata distinzione dei ruoli, e da qui, dei titoli abilitativi. Così ad esempio, dal titolo concessorio tipico dell'emittenza radiotelevisiva su frequenze terrestri in tecnica analogica, relativo sia all'attività di radiodiffusione che all'installazione dei relativi impianti, si passa per le diffusioni terrestri digitali a tre distinti titoli abilitativi: una licenza individuale per l'attività

di operatore di rete (ma che dovrà evolvere in una autorizzazione generale cui si accompagnerà un provvedimento specifico di assegnazione delle frequenze secondo le nuove linee della direttiva accesso e le disposizioni sia del codice delle comunicazioni elettroniche che del ddl Gasparri) una autorizzazione per la fornitura di contenuti ed una autorizzazione per fornitura di servizi⁷.

Rispetto alla complessità dei fenomeni, economici e normativi, or ora evocati, possono darsi diverse opzioni, che influenzeranno le dinamiche competitive del/dei mercati coinvolti dai media digitali.

1.2. Concorrenza “nella rete”.

Un primo scenario prevede *pochi operatori di rete e numerosi fornitori di contenuti o servizi non integrati in altre fasi della catena del valore*.

In questo caso, la concorrenza sarà prevalentemente “nella rete”, secondo il ben noto modello scelto inizialmente dalle istituzioni comunitarie per avviare la liberalizzazione dei servizi di telecomunicazioni e che ha visto nascere una categoria regolamentare cardine dell’intervento asimmetrico ed *ex ante* della disciplina delle tlc liberalizzate. Ci si riferisce a quell’insieme di principi che vanno sotto il nome di *Open Network Provision*, sia nella loro prima e originaria accezione di garanzie di accesso alla rete del (allora) monopolista pubblico, sia nella più recente accezione dell’accesso alla rete locale (c.d. *local loop*) quale parte della rete, che - dopo un originario atteggiamento agnostico - è ormai assunta come difficilmente duplicabile.

Ove, nel contesto ora ipotizzato, dai servizi si passi ai contenuti, il principale referente concettuale normativo può ravvisarsi, come più volte evidenziato anche dal Prof. Cheli, in quel diritto di accesso alla rete della concessionaria del servizio pubblico previsto, in epoca di monopolio, da una legge del 1975 (la n. 103): diritto che esprimeva la garanzia del cosiddetto pluralismo interno.

1.2.a. L’accesso alla rete

In un contesto caratterizzato da pochi operatori di rete (in ipotesi anche da uno solo), come accennato, assume rilevanza decisiva l’articolazione degli obblighi di accesso alla rete.

Tali obblighi sono tanto più importanti in presenza di due fattori: l’esistenza di operatori di rete integrati verticalmente con i fornitori di contenuto; l’eventuale assegnazione della capacità trasmissiva (specie ove costituita da una risorsa scarsa) all’operatore di rete e non al fornitore di contenuti⁸.

Quanto agli obblighi che assistono e regolano il diritto di accesso alla rete, occorre tenere distinte le norme volte ad evitare distorsioni della concorrenza nello svolgimento dei rapporti fra operatori (operatori di rete - fornitori di contenuto - fornitori di servizi) da quelle ispirate ad una garanzia di accesso al mercato da parte dei (o di alcuni) fornitori di contenuto al fine di assicurare un contesto pluralistico.

Con riferimento al primo aspetto, la partita si gioca sulle asimmetrie regolamentari introdotte (o ridisegnate) dal *nuovo pacchetto di direttive CE del 2002* (principalmente dalla "direttiva accesso").

Il nuovo quadro comunitario, come detto, riguarda indifferentemente tutte le reti di comunicazione elettronica, creando così una serie di obblighi tendenzialmente uniformi fra i vari sistemi distributivi convergenti. Ma uno dei postulati - quantomeno teorici - del nuovo *framework* è che esso non tocchi gli aspetti relativi alla disciplina dei contenuti e/o alla tutela del pluralismo informativo.

In tema di accesso la direttiva del 2002, in particolare, prevede la possibilità di imporre alcuni obblighi asimmetrici agli operatori che detengano un significativo potere di mercato (secondo la nuova definizione, che riconduce il quadro regolamentare al diritto della concorrenza). Come criterio generale pertanto, ove non siano coinvolti valori diversi da quelli della tutela di un mercato competitivo, gli obblighi di accesso si applicano solo a quegli operatori che, a seguito delle analisi di mercato svolte dalle ANR, si ritengano in una situazione di dominanza economica e conseguentemente siano gravati da responsabilità diverse ed ulteriori rispetto a quelle degli altri *players* presenti sul mercato⁹.

La direttiva contempla però la possibilità di imporre obblighi di accesso o interconnessione anche in via generalizzata a tutti gli operatori, confermando peraltro alcune disposizioni già contenute in precedenti direttive relative alla tv digitale¹⁰.

Nel diritto interno, oltre alle disposizioni contenute nel codice delle comunicazioni elettroniche che dà attuazione alle direttive sopra richiamate (pur facendo salve le norme speciali in materia di reti utilizzate per la diffusione circolare di programmi sonori e televisivi), con riferimento specifico alle reti televisive terrestri alcune previsioni rilevanti sono contenute nella delibera 435/01 dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e ora nel ddl Gasparri.

La *delibera 435/01* dell'Autorità, oltre a condizionare la libertà negoziale dell'operatore di rete nei confronti del fornitore di contenuti (secondo i canoni di parità, non discriminazione, ecc., poi ripresi anche dal ddl Gasparri)¹¹ prevede, conformemente a quanto stabilito dalla legge n. 66/01, una riserva di capacità trasmissiva per la fase di sperimentazione in favore di fornitori di contenuto terzi rispetto all'operatore di rete¹².

In un ulteriore regolamento, che l'Autorità dovrebbe ormai a breve adottare, saranno inoltre disciplinati degli specifici obblighi di *must carry* dell'operatore di rete nei confronti dei fornitori di contenuto, non riconducibili all'operatore di rete, che presentino un particolare valore per il sistema televisivo nazionale o locale¹³.

Nella recente delibera con la quale viene indetta una consultazione pubblica a proposito del regolamento sull'accesso da ultimo richiamato, l'Autorità correttamente si occupa di una disciplina dell'accesso da parte dei contenuti di particolare valore ma rimanda, per le problematiche generali relative all'accesso alle reti televisive digitali, all'implementazione del quadro comunitario ed in particolare all'eventuale adozione dei *remedies* relativi all'accesso.

Pertanto, come sottolineato dall'Autorità stessa, ricondotti nel loro naturale e fisiologico nuovo contesto regolamentare, gli obblighi di accesso alla rete in via generale dovranno prescindere da qualunque automatismo ma essere subordinati ad una previa analisi di mercato, ed imposti solo agli operatori con significativo potere di mercato¹⁴.

Una disciplina dell'accesso alla rete (ed in genere alla piattaforma) è contemplato altresì con riferimento all'operatore Sky. In tal caso gli impegni assunti dalla piattaforma satellitare di fronte all'Antitrust comunitario, in presenza di un unico operatore, divengono - in un certo senso - la regolamentazione stessa del mercato di riferimento dell'operatore medesimo.

1.3. Concorrenza fra reti.

Un secondo scenario prevede invece la presenza di una *pluralità di reti e di operatori di servizi o di contenuti presumibilmente operanti su tutte o comunque su numerose fasi della catena del prodotto*.

E' uno scenario rispondente alla seconda fase della liberalizzazione delle telecomunicazioni, nella quale si assunse che occorre aprire alla concorrenza non solo i servizi a valore aggiunto ma anche le reti (e la telefonia). Di conseguenza, oltre al satellite già liberalizzato, fecero ingresso nel mercato prima le reti cosiddette "alternative" (quelle delle *public utilities*) e le reti televisive via cavo nonché quelle di telefonia mobile, per poi giungere alla possibilità di installare ed esercire qualunque tipo di rete di telecomunicazione pubblica. In questa fase il *focus* del legislatore si sposta dall'accesso all'interconnessione fra le reti (oggetto di una specifica direttiva di armonizzazione).

Un simile scenario sembra presupporre necessariamente una serie di elementi di contesto volti ad assicurare la realizzabilità e sostenibilità. Ci si riferisce innanzitutto all'esistenza di una effettiva sostituibilità fra le diverse reti distributive, in termini di costi e funzionalità garantite. In sostanza occorre che l'assunto sottolineato con tanta enfasi dal regolatore comunitario del 2002, e che si poggia su una visione convergente delle reti di comunicazione elettronica, sia già una realtà. Tanto maggiore potrà essere il numero di reti in competizione fra loro quanto più queste siano effettivamente dei mezzi "neutri" rispetto al tipo di contenuto o servizio trasportato¹⁵.

Una seconda condizione è che in presenza di una effettiva sostituibilità fra le differenti reti questa non sia concretamente pregiudicata da un contesto regolamentare che gradui in maniera differente le condizioni di accesso al mercato ed incida sulla concorrenza nel mercato fra le diverse reti/tecnologie distributive. Si tratta di un principio di neutralità tecnologica del regolatore formalmente introdotto dal nuovo *framework* e ora, grazie al codice delle comunicazioni elettroniche, divenuto diritto positivo interno.

Un ulteriore profilo di carattere regolamentare che può incidere nel configurare un mercato delle reti caratterizzato da una molteplicità di operatori oppure da pochi e solidi soggetti, sono gli strumenti scelti per assicurare la distribuzione universale dei contenuti/servizi. Quanto più si privilegeranno opzioni che pretendano da ciascun sistema la copertura universale del territorio/popolazione tanto più si innalzeranno le

barriere economiche di accesso al mercato consentendo la sopravvivenza esclusivamente di grandi operatori e configurando il servizio come caratterizzato da forti economie di scala. Viceversa la possibilità di coperture parziali del territorio con possibilità di integrarsi con altri operatori o altri sistemi distributivi abbatterebbe le barriere economiche di accesso al mercato creando i presupposti per la presenza di un maggior numero di operatori.

Un sistema caratterizzato da una pluralità di reti-servizi e operatori presuppone inoltre una elevata interoperabilità fra i sistemi presenti sul mercato. In tal caso soluzioni proprietarie (sia pure assistite da obblighi di cooperazione) sembrano scoraggiare una effettiva concorrenza, come ha mostrato ad esempio la vicenda relativa ai sistemi di accesso condizionato delle piattaforme televisive a pagamento (nel vecchio contesto duopolistico precedente la fusione dei due operatori). Al riguardo, come noto, la ricerca di una elevata interoperabilità può transitare per una standardizzazione imposta o per una standardizzazione incoraggiata dalle istituzioni ma assunta su base volontaria da parte degli operatori¹⁶, o per la promozione di apparati multistandard.

1.3.a. L'accesso ai contenuti

Per assicurare una effettiva concorrenza fra reti, qualora queste siano numerose sia per la presenza di più operatori di rete operanti con una specifica tecnologia, sia grazie alla concorrenza fra reti operanti con tecnologie differenti, sembra invece decisivo assicurare una effettiva possibilità di *accesso ai contenuti* (specie quelli ritenuti essenziali per una offerta di successo) da parte di tutti gli operatori di rete. La disponibilità o meno di contenuti strategici potrebbe difatti determinare il successo o l'insuccesso di una piattaforma ed in ultima istanza di una tecnologia.

Il problema si sta ponendo difatti con una certa urgenza proprio per quegli operatori di rete (si pensi all'ADSL o alla fibra ottica o ancora alle reti mobili di terza generazione) che non siano già integrati verticalmente con i maggiori fornitori di contenuto (i principali *broadcasters* analogici o la ricca offerta di contenuti della pay tv satellitare).

Con riferimento ai contenuti della piattaforma satellitare esistono dei precisi impegni imposti all'operatore Sky dalla Commissione europea. Tali impegni presentano però alcune criticità (in quanto il loro ambito di applicazione copre soltanto alcune delle fattispecie di accesso al contenuto rilevanti per l'operatore di rete) ed hanno già dato luogo ad un contenzioso di cui è investita l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni. Non è questa la sede per entrare nel merito di un'eventuale regolamentazione generale dell'accesso ai contenuti, sollecitata da più parti.

2. La comunicazione digitale interattiva: il problema della tutela dei contenuti sulle reti di comunicazione elettronica

2.1. La questione della tutela dei contenuti nelle comunicazioni elettroniche digitali

Lo sviluppo di applicazioni e tecnologie digitali che sta accompagnando la diffusione dei servizi di comunicazione elettronica (e della società dell'informazione) darà vita ad un

mercato dei contenuti potenzialmente vastissimo, nell'ambito del quale acquisterà sempre maggiore importanza il garantire che la diffusione dei contenuti digitali avvenga nel rispetto, fra le altre, delle norme e dei principi relativi alla proprietà intellettuale nonché secondo modalità che possano salvaguardare sia gli interessi dei titolari dei contenuti che quelli dei consumatori.

La possibilità di distribuire contenuti digitali attraverso nuovi canali, quali Internet e i terminali mobili pone infatti il grave rischio che il contenuto venga distribuito senza limiti e soprattutto senza possibilità che i titolari vengano compensati. Questo rischio - che comunque è sempre esistito per i contenuti tradizionali - si accresce per i contenuti digitali, in quanto la riproduzione di tali contenuti, oltre ad essere sovente più celere e semplice di quella "analogica", non ne danneggia lo standard qualitativo e la distribuzione presenta maggiori potenzialità, dato che una copia può velocemente e facilmente essere distribuita ad un numero illimitato di fruitori.

L'interesse dei c.d. *content owners* di controllare i contenuti ed essere compensati per le loro utilizzazioni da parte di soggetti terzi, si scontra quindi con l'esigenza dei consumatori finali di poter disporre dei contenuti digitali con flessibilità, accedendovi da diversi canali multimediali (TV, PC, telefoni cellulari) e riproducendoli velocemente.

Di qui l'importanza di individuare delle possibili soluzioni di tutela che, temperando le anzi dette esigenze, permettano un equilibrato sviluppo dei mercati interessati e favoriscano contemporaneamente la competizione fra i relativi *players*.

2.2. La "doppia via" praticabile: modalità di fruizione dei contenuti "aperte" e tutela proprietaria "forte".

In linea strettamente teorica, e prescindendo per il momento da qualsivoglia considerazione di diritto positivo (che pure più avanti sarà necessario quanto meno abbozzare), un obiettivo di politica legislativa quale quello appena sopra evidenziato, che pure appare di arduo realizzo, potrebbe essere perseguito mediante due vie:

- a) da un lato si potrebbero prospettare ed incentivare delle modalità di fruizione dei contenuti "aperte", che prevedano nuovi modelli commerciali atti ad assicurare la remunerazione dei titolari dei contenuti stessi;
- b) dall'altro si potrebbe optare per una tutela proprietaria forte che consenta la rigorosa protezione dei "prodotti creativi" unitamente alla remunerazione degli stessi secondo *standards* più vicini al modello tradizionale.

Il primo modello presenterebbe caratteri di forte innovatività: il prodotto creativo, infatti, potrebbe essere messo a disposizione degli utenti interessati con modalità "graduate", che consentano al consumatore/utente possibilità di godimento e di fruizione dalle più tenui (in quanto connotate da vincoli o limitazioni più o meno penetranti) alle più intense, assimilabili le ultime a quelle derivanti da *status* giuridici quali il possesso o la proprietà. A tale insieme di facoltà/poteri (ad es. copia, trasmissione, modifica...) che venissero di volta in volta riconosciuti all'utente corrisponderebbero nella prassi altrettanti gradi di contribuzione economica (livelli di prezzo) cui l'utente stesso sarebbe tenuto affinché sia in

ogni caso garantita la remunerazione del contenuto (a partire da microfatturazioni per gli utilizzi infinitesimali o comunque caratterizzati da maggiori limitazioni).

Sempre al primo modello potrebbero ascriversi nuove ipotesi di circolazione e diffusione dei contenuti nel quadro delle quali la remunerazione degli stessi fosse garantita da offerte commerciali di carattere pubblicitario: come accade per un giornale gratuito che copre i costi con i ricavi delle inserzioni (si immagini il caso in cui un contenuto, ad esempio un libro o una canzone, circoli sulle reti di comunicazione come indissolubilmente legato ad un messaggio pubblicitario alla cui percezione l'eventuale fruitore sia inevitabilmente obbligato. In tal caso la remunerazione del contenuto potrebbe derivare dalla contribuzione dell'inserzionista; tale contribuzione, peraltro, grazie alle possibilità tecniche connesse alla digitalizzazione delle informazioni, potrebbe essere commisurata al numero di "contatti" - misurabili - cui l'inserzionista stesso accede grazie alla circolazione del contenuto ad esso legato).

Si tratta, evidentemente, di tipi tutti ancora da disegnare nelle loro specifiche connotazioni, ma accomunati dal tentativo/obiettivo di sfruttare i margini di libertà di fruizione che l'ordinamento concede, per introdurre nuovi modelli commerciali.

Il secondo modello, cui si è fatto dianzi richiamo, appare piuttosto calibrato su un paradigma autoriale riferito alla circolazione delle opere creative nell'ambiente "analogico". Ed è, sostanzialmente, quello che l'attuale diritto positivo italiano (e, prima ancora, comunitario) propone (pur con qualche aggiustamento, di recentissima introduzione). Al momento, infatti, il *framework* giuridico di riferimento è costituito da dati alquanto disomogenei e che rendono imprescindibile un'attenta attività ermeneutica. In questa prospettiva, infatti, occorre avere essenzialmente riguardo da un lato alla disciplina (per così dire "classica") sancita dalla Legge Autore e dall'altro alle norme della Direttiva sul diritto d'autore nella società dell'informazione¹⁷, recepita dal legislatore italiano con il Decreto Legislativo del 9 aprile 2003, n. 68.

Con la Direttiva 29/2001, in particolare, il legislatore comunitario ha inteso precisare le regole di protezione delle opere oggetto di diritto d'autore, alla luce delle nuove "minacce" che ai diritti degli autori provengono dalle reti digitali e dall'infrastruttura informatica tutta¹⁸. Non è certo questa la sede per addentrarsi in una analisi delle vie per le quali il legislatore del 2003 ha inteso affrancarsi dallo strumentario giuridico della Legge Autore, né della misura in cui questo tentativo si sia rivelato efficace. Tuttavia è un dato di fatto che anche la disciplina derivante dal recepimento della direttiva 29/2001 sia per lo più incentrata intorno all'idea di una tutela forte dei contenuti veicolati attraverso le reti di comunicazione elettronica.

2.3. Il ruolo fondamentale del Digital Rights Management e di una regolazione flessibile.

In particolare, questa protezione "forte" in ambito digitale non può prescindere anche dal ricorso ad appropriati sistemi tecnici di DRM (*Digital Rights Management*), cioè misure tecnologiche (secondo la terminologia del Legislatore italiano) che consentano la prevenzione dagli usi illeciti o comunque non rientranti nella sfera di facoltà dell'utilizzatore.

Come noto, infatti, per “misure tecnologiche” si intendono “*tutte le tecnologie, i dispositivi o componenti che, nel normale corso del loro funzionamento, sono destinati ad impedire o limitare atti, su opere o altri materiali protetti, non autorizzati dal titolare del diritto d’autore*”¹⁹.

A questa nozione possono essere ricondotti, per fare un esempio ormai sotto gli occhi di tutti, i codici di blocco (o altri accorgimenti tecnici) che impediscono all’utente di un operatore di telefonia mobile di ritrasmettere a terzi e gratuitamente un contenuto – come una suoneria o un notiziario on line - “scaricato” dal *server* del proprio *carrier*.

Una disciplina delle misure tecnologiche di difesa si giustifica, naturalmente, poiché – come da più parti si è affermato – l’essenza stessa del diritto dell’autore si risolve di fatto in un controllo sull’accesso all’opera. Questa considerazione, pur vera, soffre però di eccezioni e deroghe, quanto più si pensa al continuo ampliarsi delle “zone” di *fair use* nella disciplina del diritto d’autore.

Ora, nell’ambito di un modello finalizzato alla tutela forte della proprietà intellettuale, le misure tecnologiche rivestono un’importanza senz’altro nodale. E nella misura in cui esse si rivelino imbattibili, la proprietà (e la remunerazione dei contenuti) potrà essere assicurata.

L’esperienza insegna, però, che una serratura può dirsi sicura solo fino al momento in cui non viene forzata, e nell’ottica del DRM è assolutamente verosimile prefigurarsi una continua tensione fra lo sviluppo di misure “blindate” e tentativi sempre più arditi (ed, alla fine, efficaci) di aggiramento delle stesse.

In conclusione, dunque, sul punto della tutela dei contenuti nell’ambiente digitale, si può osservare che, qualunque sia la strada che il Legislatore voglia intraprendere, due dati sembrano innegabili:

- da un lato la necessità di una regolazione “flessibile” e pronta ad adeguarsi alla evoluzione tecnologica, che – per ovvie ragioni di tempi – mal si concilia con una normativa sclerotizzata o vischiosa al cambiamento.
- dall’altro la centralità del tema del DRM. Il DRM, infatti, pare un’ottima opportunità per garantire la remuneratività dei contenuti nel rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, sia che si intenda aderire al primo modello anzi prospettato, sia che si propenda per una tutela forte.

I soggetti facenti parte della catena del valore, servendosi del DRM, potranno infatti adottare delle coerenti strategie di *business* per garantire la flessibilità della gestione dei contenuti, la remunerazione degli stessi e contestualmente il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale sui contenuti. In questo modo l’interoperabilità dei sistemi e la multicanalità dell’accesso non verranno sostanzialmente ostacolati e potranno finalmente portare ad un circolo virtuoso.

3. La comunicazione elettronica delle informazioni, la loro utilizzazione commerciale e le esigenze di tutela della privacy e sicurezza dei dati

Da ultimo, sotto un ulteriore profilo, l’utilizzazione “ampliata” e “multicanale” delle informazioni può sì, da un lato, senz’altro produrre, come ampiamente detto in precedenza, il beneficio di un allargamento dei mercati e delle offerte di comunicazione,

ma allo stesso tempo, su un versante opposto, dà luogo ad un possibile aumento delle minacce alla privacy e alla sicurezza dei dati immessi in tale "rete integrata", con una possibile conseguente riduzione della propensione soggettiva all'utilizzo stesso dei mezzi di comunicazione elettronica, in particolare riguardo allo strumento del c.d. e-commerce, il cui sviluppo, almeno nel nostro Paese, si presenta già attualmente costellato di difficoltà ed incertezze.

3.1. Le misure di sicurezza richieste per il trattamento di dati con strumenti elettronici dal nuovo Codice per la tutela della privacy.

Un contributo fondamentale, sull'argomento, appare quello proveniente dal nuovo Codice per la tutela della privacy, che ha recepito la precedente disciplina in materia al fine di completarla con adattamenti rispondenti alla continua ed inesorabile evoluzione dei sistemi informatici. Nel nuovo articolato normativo, infatti, oltre a prevedersi in generale il divieto di utilizzare una rete di comunicazione elettronica per accedere a informazioni archiviate nell'apparecchio terminale di un abbonato o utente, per archiviare informazioni o per monitorare le operazioni dell'utente - salvo peraltro il caso di determinati scopi legittimi relativi alla memorizzazione tecnica (per il tempo strettamente necessario alla trasmissione della comunicazione) o alla fornitura di uno specifico servizio richiesto dall'abbonato o utente (che abbia espresso il proprio consenso al trattamento) - vengono disciplinati in modo specifico, e per ogni settore operativo, gli aspetti tecnici delle misure di sicurezza da applicare alle varie operazioni che hanno per oggetto dati di natura personale, con specifico riguardo proprio alla trasmissione di dati tramite strumenti elettronici.

I soggetti fornitori di servizi di comunicazione elettronica²⁰ - che siano, naturalmente, accessibili al pubblico - sono tenuti ad adottare tutte quelle misure tecniche ed organizzative idonee rispetto al caso concreto, e comunque adeguate al rischio esistente per salvaguardare da ogni forma di utilizzazione o cognizione non consentita sia la sicurezza dei servizi offerti, sia l'integrità dei dati relativi al traffico e all'ubicazione dell'apparecchiatura terminale dell'utente. Inoltre, quando per aversi un'effettiva sicurezza del servizio o dei dati è richiesta anche l'adozione di misure che riguardano la rete, il fornitore del servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico deve adottare tali misure congiuntamente con il fornitore della rete pubblica di comunicazioni. Il fornitore, ancora, è tenuto ad un particolare obbligo di informativa nei confronti degli abbonati e, ove possibile, degli utenti, tutte le volte in cui sussista un particolare rischio di violazione della sicurezza della rete, che gli impone di indicare quando il rischio è al di fuori dell'ambito di applicazione delle misure che egli stesso è tenuto ad adottare. Attraverso quest'insieme di disposizioni, dunque, il Codice in sostanza recepisce integralmente le prescrizioni dettate in tema di sicurezza dalla Direttiva 2002/58/CE.

Il Codice demanda, poi, al Disciplinare Tecnico di cui al suo allegato "B" la determinazione degli aspetti organizzativi e delle modalità di applicazione delle misure di sicurezza dei dati personali.

In base ad esso, i sistemi informatici utilizzati per il trattamento dei dati debbono, affinché il trattamento venga eseguito lecitamente, rispettare una serie di "misure minime di sicurezza"²¹.

3.2. Le "misure minime di sicurezza" del Codice della privacy sono sufficienti e davvero "praticabili" in un contesto quale quello delle comunicazioni elettroniche?

Risulta però in pratica necessario domandarsi, riguardo alle suddette previsioni, se esse siano o meno sufficienti, di per sé, a fornire soluzione al possibile incremento delle minacce alla privacy e alla sicurezza dei dati immessi nella nuova rete integrata delle comunicazioni. E, già ad una prima analisi, la risposta a tale questione appare senz'altro negativa. E' vero, come si è detto in precedenza, che tali disposizioni apportano un notevole contributo al sistema normativo della materia ed alla sicurezza dei dati trattati. E' però altrettanto vero, nel contempo, che da un lato per proprie carenze intrinseche, e dall'altro per la loro natura congenitamente "tematica", le disposizioni in tema di tutela di trattamento di dati personali con strumenti elettronici non risultano certamente esaustive delle esigenze di sicurezza connesse alla circolazione delle informazioni tramite strumenti elettronici.

Sotto il primo profilo, ad esempio, basti pensare alla "cadenza almeno semestrale" per l'aggiornamento degli antivirus, termine considerato da più parti pressoché inutile (quando invece occorrerebbe una cadenza almeno mensile, o meglio ancora settimanale), o all'installazione di correttivi ai programmi (le note *patch*) che si prevede debba essere effettuata "almeno annualmente" (salvo il caso di trattamenti di dati sensibili o giudiziari, per cui il limite è di sei mesi), mentre limiti più congrui (seppur comunque ancora ampi) potrebbero essere forse rispettivamente quelli di due mesi ed un mese per i trattamenti di dati sensibili. Sotto il secondo profilo, invece, si pensi a tutte le carenze del sistema normativo in argomento su un piano più generale, inerente alle comunicazioni elettroniche *in toto*, con tutti i riflessi che ciò comporta ad esempio in materia di e-commerce o di circolazione elettronica di opere dell'ingegno, diritti di proprietà intellettuale e così via.

E ancora, a monte, non soltanto si mette frequentemente in dubbio la effettiva utilità o meglio "praticabilità" di misure di sicurezza in un orizzonte, quello delle comunicazioni elettroniche, che appare sempre più incessantemente dematerializzato, naturalmente avulso dai controlli, ed in cui in ogni caso il progresso delle tecnologie risulta sempre più rapido dei provvedimenti normativi, eternamente costretti a "rincorrerlo"; ma ci si interroga anche, allo stesso tempo e proprio in virtù di tali fattori, su quale sia la strada migliore da percorrere per contrastare i suddetti fenomeni, se quella degli strumenti giuridici o quella degli strumenti tecnici (con tutti i dubbi sopra citati che questi ultimi suscitano).

In argomento, innanzitutto, premesso che abbandonare il mondo delle comunicazioni elettroniche alla "legge della giungla", data l'importanza sempre più essenziale che va rivestendo ed il sempre maggiore impatto che ha sul mondo dei rapporti "extra-elettronici", non sembra neppure una prospettiva su cui dilungarsi in considerazioni, sembra piuttosto opportuno porre in evidenza, in prima battuta, come l'esperienza degli ultimi anni evidenzia la diffusione, tra gli operatori del settore, dell'erronea convinzione secondo cui la sicurezza dei dati personali possa essere garantita da rimedi puramente tecnici (quali l'installazione di un *firewall* od di un *antivirus*). Tale punto di vista appare senz'altro da respingere.

E' proprio partendo dal polo opposto a tale visione, comunque, che il citato "Disciplinare" del Codice privacy non trascura di occuparsi dell'aspetto relativo all'opportunità che i meccanismi predisposti per la sicurezza siano formalizzati e verificabili, collegando inoltre l'effettività delle misure alla adeguata informazione e consapevolezza dei rischi, da parte degli utenti della banca dati. E proprio l'esempio del Codice privacy, sia pur con le sue sopra citate carenze e la sua natura inevitabilmente "settoriale", appare porsi quale adeguato strumento per una soluzione dei dubbi da ultimo riportati, indicando in sostanza quale via auspicabile, anche a livello di disciplina generale degli aspetti in esame nel settore delle comunicazioni elettroniche, quella di una normazione attenta e costantemente vigile rispetto alle evoluzioni del settore medesimo, che indichi dettagliatamente e specificamente le misure di sicurezza da adottarsi da parte dei soggetti coinvolti ad ogni livello nella circolazione delle informazioni.

Ciò naturalmente, si badi bene, senza trascurare nello stesso tempo l'importanza - ai fini della tutela della sicurezza e della privacy nelle comunicazioni elettroniche - dell'impiego di strumenti più strettamente e direttamente "pratici" - quali ad esempio carte prepagate o accordi e-traders-distributori *off line*, e così via - che con sempre maggior frequenza gli operatori del settore stanno tentando di promuovere tra il pubblico (in particolare riguardo a strumenti ritenuti particolarmente "a rischio" come ad esempio l'*e-commerce*) per incrementare in misura sempre maggiore la propensione soggettiva degli utenti all'utilizzo dei mezzi di comunicazione elettronica.

4. Conclusioni

Emerge, da quanto osservato in precedenza, che per governare la rivoluzione in atto, fondata sul digitale e sulla convergenza, e sulla connessa spinta del mercato verso la valorizzazione dei diversi ruoli e prestazioni dei gestori, una tendenziale frammentazione del panorama dei gestori ed una esaltazione dei loro diversi ruoli e prestazioni non è possibile eludere la scelta fra diverse prospettive fondamentali, che si esprimeranno in scelte normative - soprattutto di *regulation* - espressione di diversi equilibri di interessi. In altre parole, legislatore e regolatori indipendenti non sono semplicemente chiamati ad "applicare" norme di derivazione comunitaria: dovranno anche esercitare *proprie* opzioni di valore - e di interessi.

Queste scelte investiranno le questioni, sopra evocate, derivanti anzitutto dall'avvento del digitale rispetto al mercato, con particolare riferimento alla dicotomia/sovrapposizione tra fornitori di accesso e fornitori di contenuti e alla conseguente opzione fra concorrenza "nella rete" (con pochi operatori di rete e numerosi fornitori di contenuti o servizi non integrati in altre fasi della catena del valore e obblighi di accesso/*must carry* nei confronti dei fornitori di contenuto indipendenti dall'operatore di rete) e concorrenza "fra reti" (con la presenza di una pluralità di reti e di operatori di servizi o di contenuti presumibilmente operanti su tutte o comunque su numerose fasi della catena del prodotto) nonché alla necessità di assicurare una effettiva possibilità di accesso ai contenuti (specie quelli ritenuti essenziali per una offerta di successo) da parte di tutti gli operatori di rete.

Su altro versante, quello della tutela dei contenuti nelle comunicazioni elettroniche digitali, la scelta investirà l'opzione fra modalità di fruizione dei contenuti "aperte" - che prevedano nuovi modelli commerciali atti ad assicurare la remunerazione dei titolari dei contenuti stessi - ed una tutela proprietaria "forte" che consenta tale remunerazione attraverso la rigorosa protezione dei "prodotti creativi". E per entrambe, la realizzazione di adeguati sistemi di *Digital Rights Management*.

Ancora, e infine (ma in realtà non si finisce mai!), le scelte dovranno affrontare la dicotomia tra l'interesse alla utilizzazione commerciale delle informazioni e le esigenze di privacy e sicurezza dei dati trasmessi elettronicamente, con le connesse tematiche dell'adeguatezza/efficacia delle misure di sicurezza (da ultimo dettagliatamente richieste dal nuovo Codice della privacy) per il trattamento di dati con strumenti elettronici, nonché dell' (eventuale) opzione tra misure tecniche e strumenti di tutela più strettamente giuridici.

E' certo indispensabile, per dimostrare la capacità di tenere il passo degli sviluppi tecnologici ed economici determinati dalla convergenza e dalla evoluzione delle comunicazioni elettroniche, che l'opera legislativa e quella regolatoria esprimano visibilmente un'attenzione competente ed aggiornata sia alle nuove modalità e opportunità di comunicazione, sia agli strumenti tecnico-giuridici per la tutela degli utenti. Questo è senz'altro vero, persino ovvio. Ma restiamo consapevoli che le opzioni fondamentali non sono il frutto deterministico della "natura della cosa" bensì sempre, in ultima analisi, di scelte di - e fra - interessi in gioco. Scelte che finiscono sempre per autodichiararsi, e che pertanto mettono in gioco la diretta responsabilità, verso il Paese, dei loro autori.

Note

¹ Si tratta delle seguenti direttive del Parlamento europeo e del Consiglio, adottate il 7 marzo 2002 e pubblicate in GUCE L 108 del 24 aprile 2002, da pag. 7: direttiva 2002/21/CE che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva quadro); direttiva 2002/19/CE, relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate nonché all'interconnessione delle medesime (direttiva accesso); direttiva 2002/20/CE, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva autorizzazioni); direttiva 2002/22/CE, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica (direttiva servizio universale). A esse si aggiunge la direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche, in GUCE L 201/37, del 31 luglio 2002 (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche).

² C (2003) 497.

³ Proprio al fine di chiarire e semplificare i rapporti tra le due Autorità, in data 28 gennaio 2004 i Presidenti rispettivamente dell'Agcm e dell'Agcom, Giuseppe Tesauro ed Enzo Cheli, hanno sottoscritto un Accordo di Collaborazione fra l'Agcm ed l'Agcom in materia di comunicazioni elettroniche, al fine di definire le modalità operative della collaborazione tra le Autorità medesime, prevedendo lo scambio di pareri e l'acquisizione delle informazioni necessarie allo svolgimento dei compiti demandati dal decreto, tra le quali l'analisi dei mercati rilevanti e il trasferimento dei diritti d'uso delle radiofrequenze.

⁴ Più specificamente, può individuarsi un segmento della filiera produttiva relativo alla fornitura del contenuto (produzioni di audiovisivo, cessione di diritti televisivi), poi quello della fornitura del programma (articolazione del palinsesto e in genere dei vari contenuti disponibili, inclusi i servizi interattivi), poi ancora, specie nelle reti televisive, vi sarà una fase relativa al multiplexaggio (vale a dire l'assemblaggio del multiplex laddove i programmi siano inseriti in "contenitori" di diffusione più ampi), e alla gestione dell'Electronic Program Guide (EPG), nonché - specie in presenza di una offerta televisiva ad elevata interattività - all'elaborazione del software dell'Application Program Interface (API). Entreranno in gioco poi le fasi di trasmissione del segnale (dal fornitore del programma a chi ne gestisca la distribuzione e da quest'ultimo ai vari snodi della sua rete e, in alcuni casi, all'utente finale) ed eventualmente di diffusione (laddove sia contemplata una irradiazione punto - multipunto). Vi sarà infine il segmento relativo alla produzione dei set top boxes ed altri terminali. Oltre a tali fasi, sono da aggiungere quelle specifiche di una offerta di contenuti a pagamento. Ci si riferisce al marketing e alla vendita dei servizi, all'assistenza post vendita, ed in genere alla gestione della base abbonati (SMS), alla fornitura del sistema di accesso condizionato.

⁵ Ad esempio potranno aversi degli operatori più tipicamente di telecomunicazione coinvolti prevalentemente nella fase del trasporto del segnale del "multiplexaggio" e della diffusione, dei servizi di vendita e post vendita. Così come potranno darsi soggetti che si concentrino sui contenuti digitali e che invece assumano prevalentemente le funzioni relative alla fornitura di contenuti e programmi ai servizi di vendita e post vendita degli stessi (vale a dire alla gestione del rapporto con l'utente finale, laddove vi sia una relazione commerciale diretta tra fornitore di contenuto ed utente).

⁶ Già i risultati della consultazione sul noto Libro Verde della Commissione sulla convergenza della fine del 1997, ed in particolare le più importanti indicazioni emerse in sede di consultazione, come osservato dalla Commissione, mostrano *"the need for separation of transport and content regulation, with recognition of the links between them in particular for possible competition problems"* nonché *"the need for more horizontal approach to all transport network infrastructure and associated services, irrespective of the types of services carried"*.

Nel 1999 poi la Commissione, partendo dall'assunto - cardine di tutto il nuovo quadro regolamentare delle comunicazioni elettroniche - che *"convergence means the same services can be carried over any transmission network, whether fixed or mobile, telecommunications or cable TV, satellite or terrestrial"* e sottolineando che *"[t]he new framework would include all broadcast network (terrestrial, satellite and cable) as well as telecommunications networks in its scope"* ritiene che dovrebbero prevedersi *"two separate authorizations, one relating to operation of the network infrastructure and the transmission of broadcast signals, and other concerned with the content of broadcast transmission"*.

⁷ Ancora, la disciplina dei titoli abilitativi per i canali trasmessi via satellite o via cavo prevede una autorizzazione per i *content providers* distinta dai titoli autorizzatori specifici per l'installazione ed esercizio delle reti via cavo o per i servizi di rete via satellite.

⁸ Osservando alcuni mercati stranieri si può riscontrare ad esempio come in certi casi ci si trovi in presenza di operatori che svolgono solo le attività tecniche di trasmissione, multiplexaggio e diffusione, ma non anche quelle di fornitori di contenuto. Talvolta la stessa capacità trasmissiva (laddove siano coinvolti diritti d'uso dello spettro) viene assegnata direttamente al fornitore di contenuti.

⁹ E' questo il regime degli obblighi previsti negli articoli da 9 a 13 della direttiva accesso. Si tratta di categorie di obblighi asimmetrici *ex ante* in larga parte già previste dalle fonti precedenti (trasparenza, articolo 9; non discriminazione, articolo 10; separazione contabile, articolo 11; accesso e uso di risorse della rete, articolo 12; controllo dei prezzi, articolo 13). Le ANR possono comunque imporre anche obblighi non tipici ma facendosi autorizzare dalla Commissione (la Commissione "autorizza o impedisce all'autorità nazionale di regolamentazione di prendere tali misure" (art 8.3 D.A.)

¹⁰ L'articolo 5 della direttiva accesso prevede (i) obblighi di interconnessione e accesso se questa è essenziale ad assicurare l'interconnettività da punto a punto ed (ii) nella misura necessaria a garantire l'accessibilità per gli utenti finali ai servizi radiofonici e televisivi digitali specificati dallo Stato membro. Inoltre contempla l'obbligo di rendere disponibili a condizioni eque ragionevoli e non discriminatorie sia le interfacce per programmi applicativi (API) che le guide elettroniche ai programmi (EPG). Si tratta di misure facoltative per l'imposizione delle quali è necessaria una previa autorizzazione della Commissione (anche se non sembra ravvisabile un vero e proprio potere di veto da parte di quest'ultima).

Sono previsti altresì obblighi generali con riferimento ai sistemi di accesso condizionato, che in sostanza ripropongono i contenuti di direttiva 95/47 (e dunque i sistemi di CA debbono consentire il transcontrol, i fornitori di sistemi di CA debbono assicurare ai telediffusori accesso ai sistemi di CA a condizioni eque ragionevoli e non discriminatorie, debbono offrire ai servizi di CA in contabilità separata, debbono concedere licenze sui diritti di proprietà intellettuale relativi ai sistemi di accesso condizionato ai fabbricanti a condizioni eque ragionevoli e non discriminatorie e senza impedire l'inserimento di una Interfaccia Comune o di un CAS di altri operatori). In realtà, anche tali condizioni sono facoltative, potendo le ANR decidere di applicarle solo agli operatori con SMP, previa autorizzazione della Commissione (secondo quanto si ricava espressamente dall'articolo 6 comma 3 della direttiva accesso, il quale rinvia alla procedura degli articoli 6 e 7 della direttiva quadro).

Teoricamente, le Autorità Nazionali di Regolamentazione dei singoli Paesi membri avrebbero discrezionalità anche nell'individuazione degli obblighi specifici da imporre agli operatori con "significativo potere di mercato" (c.d. *remedies*) ma, al fine di limitare la discrezionalità delle singole Autorità e di perseguire una maggiore armonizzazione nell'applicazione del nuovo quadro, ci si sta dirigendo verso un miglior coordinamento tra la Commissione e le diverse ANR.

¹¹ In particolare, alla luce della delibera 435/01 dell'Autorità, in particolare, l'operatore di rete è tenuto a parità di trattamento verso i fruitori di contenuto terzi, rendendo disponibili le stesse informazioni tecniche fornite alle proprie controllate o collegate. Inoltre vi è un divieto di discriminazione in merito agli accordi tecnici in materia di qualità trasmissiva e condizioni di accesso alla rete, nonché di utilizzare oltre i limiti di quanto strettamente necessario per concludere gli accordi tecnici e commerciali le informazioni fornite dai *content providers* terzi (art. 27, comma 2, del regolamento). Tali obblighi sono imposti in via generale a tutti gli operatori di rete, a prescindere dal relativo potere di mercato. La trasparenza è affidata ad uno specifico obbligo di separazione societaria per l'operatore nazionale che svolga attività di rete che fornisca contenuti e separazione contabile invece per gli operatori integrati operanti in abito locale. Inoltre, un obbligo di contabilità separata è altresì previsto per ciascuna autorizzazione come fornitore di contenuti di cui sia titolare lo stesso soggetto o - per gli operatori nazionali - tra autorizzazioni per i contenuti e autorizzazioni per i servizi (si vedano in particolare gli articoli 27, comma 1 e 25, del Regolamento). Infine gli accordi tra operatori di rete e fornitori di contenuto sono affidati alla negoziazione commerciale ma con il preventivo controllo dell'Autorità. Per le controversie tra operatori è previsto un rinvio alla procedura di conciliazione obbligatoria di cui alla legge Maccanico.

¹² Per gli operatori che svolgono la sperimentazione e più specificamente per i soggetti che siano titolari di più di una concessione in tecnica analogica o di una concessione e una autorizzazione, è d'altronde previsto, conformemente a quanto disposto nella legge 66/01 un obbligo di riservare almeno il 40% della capacità trasmissiva del blocco di diffusione a fornitori di contenuto terzi.

¹³ Secondo i principi sinteticamente espressi nei commi 1 e 2 dell'articolo 29, comma 1 lettera a) del regolamento.

¹⁴ Tra i parametri proposti per il momento dall'Autorità per le emittenti nazionali vi sono la tematicità del canale (che dovrà riguardare minori e formazione in genere o informazione o, ancora, interattività legata all'e-government) oppure la promozione di opere europee e di produttori europei indipendenti in misura

superiore ai limiti minimi fissati dalla legge oppure - infine - la fruibilità dei programmi da parte di portatori di handicap. Al riguardo, dovrebbe essere prevista una quota di riserva (analogamente a quanto stabilito per la sperimentazione), pari al 20% della capacità trasmissiva, che dovrà essere contesa tra i fornitori di contenuto indipendenti sulla base dei criteri sopra menzionati. Il regolamento determinerà poi i criteri per distribuire gli spazi (riservati) del multiplex fra i diversi fornitori di contenuto indipendenti che abbiano mostrato di possedere i requisiti necessari per fruire delle garanzie di accesso di cui si sta trattando, laddove il numero degli aventi titolo sia superiore agli spazi effettivamente disponibili. Tra questi criteri ad esempio sembra potranno essere adottati dei sistemi di *time sharing* (sia statico che dinamico) del tempo giornaliero fra più operatori. Con riferimento ad uno dei profili di maggiore problematicità che saranno sollevati dall'introduzione della regolamentazione dell'accesso, costituito dal rapporto fra i diritti attribuiti dalle nuove norme ed accordi già conclusi fra operatori di rete fornitori di contenuto per le reti che attualmente svolgono la sperimentazione, l'Autorità considera che nell'ambito della quota di riserva le richieste provenienti dagli operatori aventi particolare valore dovrebbero essere considerate prevalenti rispetto agli accordi già stipulati.

¹⁵ Indicativo è il dibattito in corso circa la possibilità per le reti mobili di offrire contenuti audiovisivi tradizionali, dove alcuni operatori sembrano essere più avanti (e più fiduciosi) di altri ed hanno già iniziato ad accaparrarsi diritti per la diffusione di contenuti di flusso relativi a palinsesti televisivi (possibilità che sembra recentemente confermata anche dall'esperienza di altri Paesi), mentre altri mostrano una visione più "tradizionale" che sottolinea la differenza fra i "contenuti" accessibili dalle reti mobili e la fruizione tradizionale del broadcasting televisivo.

¹⁶ Come mostrano le diverse esperienze della telefonia mobile e - recentemente - del *Multimedia Home Platform* per i decodificatori per la ricezione della tv digitale.

¹⁷ Direttiva 2001/29/CE, del 22 maggio 2001.

¹⁸ La definitiva dematerializzazione (digitalizzazione) dei contenuti, infatti, ha reso in progresso di tempo parzialmente inefficienti le misure (si direbbe "classiche") previste dalla previgente normativa sul diritto d'autore, calibrate sulla tradizionale stretta interdipendenza fra diritto e supporto (opera letteraria-libro; opera musicale-disco; opera dell'arte figurativa-quadro), interdipendenza che adesso è completamente superata per effetto delle multiformi possibilità che ha l'utente di fruire dei contenuti oggetto di diritti senza la forte limitazione derivante da una univoca relazione con il *corpus mechanicum*.

¹⁹ Art. 6, co. 3 della direttiva 29/2001/CE.

²⁰ Intendendosi per tali - ai sensi dell'art. 4 comma 2 lett. e) del Codice - "i servizi consistenti esclusivamente o prevalentemente nella trasmissione di segnali su reti di comunicazioni elettroniche, compresi i servizi di telecomunicazioni e i servizi di trasmissione nelle reti utilizzate per la diffusione circolare radiotelevisiva nei limiti previsti dall'art. 2 lett. c) della direttiva 2002/21/CE".

²¹ Innanzitutto, in tal senso, dovranno essere dotati di un sistema di "autenticazione", ovvero di identificazione certa dell'utente mediante un apposito processo di riconoscimento (password, smart card, impronta digitale, etc.), e di adeguate procedure di gestione delle relative credenziali di autenticazione; nonché di un successivo sistema di "autorizzazione" - ovvero quel meccanismo attraverso cui il sistema concede o meno, all'utente già autenticato, l'accesso a determinati dati o programmi (quali ad esempio l'accesso ad un database o ad una risorsa di Rete) -.

Il titolare dovrà, inoltre, curare l'aggiornamento periodico dell'individuazione dell'ambito del trattamento consentito ai singoli incaricati, la protezione degli strumenti elettronici e dei dati rispetto a trattamenti illeciti di dati, ad accessi non consentiti e a determinati programmi informatici - e ciò in particolare attraverso l'aggiornamento dei software antivirus "con cadenza almeno semestrale" e dei software volti a prevenire la vulnerabilità di strumenti elettronici e a correggerne difetti "almeno annualmente" (salvo per il caso di trattamento di dati sensibili, per cui l'aggiornamento deve essere almeno semestrale) - nonché, ancora, l'adozione di tecniche di cifratura o di codici identificativi per determinati trattamenti di dati sensibili.

Per quei casi residuali, poi, in cui la limitatezza tecnologica degli strumenti in uso o la loro obsolescenza non consentano di attuare completamente il dettato normativo, è previsto l'obbligo per il titolare di descrivere in un documento avente data certa, da custodire presso la propria struttura, gli impedimenti tecnici che hanno reso impossibile o parziale l'immediata applicazione delle misure minime di sicurezza.

Il Codice prescrive, inoltre, la redazione e l'aggiornamento annuali di un Documento Programmatico sulla Sicurezza, qualificandone specificamente finalità e contenuti. In particolare, riguardo alle misure di protezione da adottare, il Codice si propone l'obiettivo di tutelare l'integrità e la riservatezza dei dati in tutte le fasi del trattamento (raccolta, registrazione, correzione, trasmissione, distruzione) con misure: a) fisiche

(quali, ad esempio, limitazione degli accessi ai locali, protezione delle aree, presenza di armadi con chiave), b) logiche (antivirus, *firewall*), c) organizzative (nomine, sensibilizzazione del personale e dei collaboratori); mentre, riguardo al contenuto del suddetto DPS, è espressamente previsto, per quanto rileva in questa sede, che esso contenga non soltanto l'elenco dei trattamenti di dati personali a cui si procede e l'analisi dei rischi su di essi incombenti, ma anche la distribuzione dei compiti e delle responsabilità nell'ambito delle strutture preposte al trattamento dei dati, nonché le misure da adottare per garantire l'integrità e la disponibilità dei dati stessi, ed ancora la protezione delle aree e dei locali rilevanti ai fini della loro custodia e accessibilità. Quanto fatto per la tutela dei dati, infine, dovrà in ogni caso essere documentato in un atto avente data certa.