



IAIC
Italian Academy of the Internet Code

Roma, 10 febbraio 2015

**Audizione dell'Accademia Italiana del Codice di Internet
presso la Commissione Trasporti, poste e telecomunicazioni
della Camera dei Deputati nell'ambito di un'indagine conoscitiva sul
sistema dei servizi di media audiovisivi e radiofonici**

Prof. Alberto Maria Gambino - Presidente Accademia Italiana del Codice di Internet

Prof. Francesco Graziadei - Componente Consiglio Direttivo Accademia Italiana del Codice di Internet

Posto il tema estremamente vasto della presente indagine conoscitiva, e data l'ampiezza e numerosità degli interventi che ci hanno preceduto, i quali hanno fornito una ricognizione fenomenologica estremamente approfondita, abbiamo ritenuto di interpretare il nostro contributo come volto innanzitutto a fornire un quadro d'insieme delle discipline della radiodiffusione e dei servizi media audiovisivi, che tocca in primo luogo aspetti attinenti alle risorse tecniche necessarie alla distribuzione dei contenuti (quali risorse, quali i problemi che gli editori si trovano a fronteggiare per assicurarsi i canali distributivi, quali i presidi normativi etc.). Nella seconda parte affrontiamo più specificamente la disciplina dei servizi di media audiovisivi, collocandola sistematicamente nel complesso quadro normativo che si occupa dei vari aspetti relativi alla circolazione dei contenuti e servizi digitali su reti elettroniche, evidenziando le novità, le tensioni ed in genere i problemi di adattamento, che questo quadro giuridico fronteggia con riferimento alle nuove forme di offerta, aggregazione e distribuzione in rete.

1. Premessa

Nel 1989 venivano approvate contestualmente la Convenzione europea sulla televisione transfrontaliera e la direttiva europea n.552 (c.d. "tv senza frontiere"), il primo strumento europeo di armonizzazione in tema di attività radiotelevisiva.

La competenza comunitaria, carente di riferimenti espressi che non fossero meramente attinenti ad interventi di tipo promozionale in campo culturale, si faceva forte di una ricostruzione giurisprudenziale della Corte di Giustizia¹ che classificava come servizi le attività radiotelevisive in quanto su uno dei due versanti classici dell'emittenza gratuita poneva i essere transazioni economiche con gli inserzionisti pubblicitari. Questo bastava ad assoggettare l'attività radiotelevisiva alle libertà fondamentali dell'Unione ed in particolare alla libera circolazione dei servizi.

L'ambito oggettivo dell'armonizzazione, come noto era riferito esclusivamente alle attività tradizionali di broadcasting.

L'esigenza di armonizzazione era stata sentita con riferimento ad una serie di aspetti ritenuti sensibili per la tutela del consumatore-utente, sui quali si tornerà più diffusamente al paragrafo 2.1.

L'aspetto transfrontaliero delle trasmissioni televisive (presupposto per legittimare un intervento comunitario sulla libera circolazione dei servizi) era risolto facendo ricorso al principio del paese di origine (secondo il criterio dello stabilimento, articolato sulla base di una molteplicità di parametri che indicassero l'effettivo stabilimento dell'emittente) e su quello del mutuo riconoscimento, in base al quale una volta armonizzata la disciplina a livello comunitario ciascun Paese membro doveva consentire la ritrasmissione sul proprio territorio di un contenuto legittimamente operante in altro Stato membro.

In Italia nel frattempo era nata accanto alla concessionaria pubblica l'emittenza privata che veniva per la prima volta disciplinata (con legge di sistema) come noto con una legge dell'agosto del 1990.

1.1 Accesso al mercato ed alle risorse scarse.

A parte il recepimento delle norme comunitarie, la nuova legge dava soluzione ad un aspetto assai delicato, che in regime di monopolio ovviamente non si poneva: l'accesso al mercato degli editori radiotelevisivi, aspetto rilevante sul piano delle libertà economiche ma anche e soprattutto all'epoca su quello dei diritti costituzionali sanciti dall'art. 21 della Carta.

Nel mondo analogico l'editore gestiva il mezzo tecnico per trasmettere, e così la disciplina dell'accesso all'attività editoriale si concentrava esattamente sulle procedure per assegnare agli operatori le risorse tecniche necessarie a trasmettere (le ben note procedure di rilascio delle concessioni), le quali procedure nel disciplinare l'accesso al mezzo tecnico valutavano comparativamente esattamente l'offerta editoriale dei richiedenti. Si pensi all'ultima procedura di rilascio delle concessioni radiotelevisive (in realtà la prima vera e regolamentata procedura di selezione degli editori privati) ed al sistema Regolamento Agcom- e bando e disciplinare del Ministero che fra gli elementi valutativi inserivano aspetti relativi anche alla tipologia e qualità dell'offerta editoriale. Come noto alla formale regolarità delle procedure di rilascio delle concessioni attuata sulla base della legge 249/97 nel 1999 si è sovrapposta una conferma di fatto di alcuni titoli che ha reso concretamente inapplicata la procedura per molti anni (tale sovrapposizione fra piano formale e sostanziale della procedura è stata esattamente la principale obiezione espressa dalla Corte di Giustizia in una sentenza del gennaio 2008.²

¹ Corte di Giustizia, 30 aprile 1974, causa 155/73 (Sentenza Sacchi)

² Corte di Giustizia (Quarta Sezione) sentenza del 31 gennaio 2008, Centro Europa 7 Srl contro

Nel frattempo si sono creati i presupposti per una evoluzione della televisione terrestre con lo standard DVB-T. La prima pianificazione della risorsa di spettro dell'Autorità nel 1998 riservava poche risorse (4 frequenze aggiuntive a quelle per l'analogico) alla sperimentazione del DTT.

Ben presto però si è optato per un passaggio più rapido e di switch over (convivenza e progressiva sostituzione) tra la tecnologia analogica e quella digitale.

I dati normativi fondamentali, che hanno disegnato lo schema scelto dal nostro Paese per il passaggio alla tv digitale, sono sostanzialmente una scarsa legge del 2001 e una delibera Agcom dello stesso anno, contenete una articolata disciplina, tanto da dover poi essere legificata dalla legge 112 del 2004.

La legge del 2001, consapevole di una più complessa articolazione della catena del valore nelle tv digitale, ha per prima introdotto la distinzione fra fornitore di contenuti ed operatore di rete.

In genere Le norme sopra richiamate hanno delineato un percorso di transizione alla tv digitale assegnato e riservato agli operatori nell'emittenza analogica, gravando e riservando a questi ultimi il ruolo di operatori di rete. La transizione alla nuova tecnologia non ha pertanto significato un nuovo inizio per il settore radiotelevisivo italiano, nel quale con un nuovo processo di selezione degli operatori si individuassero i soggetti che avrebbero gestito le reti (tendenzialmente anche o solo soggetti provenienti dal settore della trasmissione, che all'epoca si chiamava telecomunicazione) e quali invece sarebbero stati editori digitali, pur con le ovvie garanzie di sopravvivenza per le emittenti analogiche già esistenti, che la normativa sopra richiamata puntualmente prevedeva.

Gli strumenti per questo traghettamento fra emittente analogica e operatore di rete digitale e contestualmente editore digitale sono stati principalmente la previsione che le diffusioni digitali avvenissero su frequenze già esercite (quindi da operatori già operanti) o su quelle acquistate sul mercato, facoltà però riservata solo ad operatori già attivi. L'assenza di fatto di una distinzione di ruoli fra operatori di rete e fornitori di contenuto e quindi la coincidenza di titoli fra operatore di rete e fornitore di contenuti riproponendo forme di integrazione verticale fra attività editoriali e distribuzione tipiche del mondo analogico, ha fatto sì che le vecchie emittenti analogiche disponessero in via esclusiva di tutta la capacità trasmissiva che le frequenze terrestri digitalizzate mettevano a disposizione.

Pertanto, come noto, consentendo le frequenze digitali la trasmissione di più di un programma, ciò ha significato che le vecchie emittenti analogiche ai tradizionali canali generalisti potessero aggiungere nuovi programmi generalisti o tematici nativi digitali. Questo tipo di scelta, confermata dal legislatore nel 2004, ha fatto sì che, non essendo configurabile un momento di accesso alla risorsa aperto a qualunque nuovo operatore che volesse entrare nel mercato dei contenuti audiovisivi, il tema dell'accesso all'attività editoriale da parte di nuovi entranti si spostasse necessariamente sull'accesso alla capacità trasmissiva di un operatore di rete terzo. Consapevole di questa problematica già la legge del 2001 prevedeva un correttivo. Le emittenti analogiche con più reti nella loro nuova veste di operatori di rete digitali avrebbero dovuto cedere il 40% della capacità trasmissiva a fornitori di contenuto terzi indipendenti. Questo regime era all'inizio previsto per la fase di sperimentazione e poi è stato esteso (prima in via provvedimentale per alcuni soggetti e poi in via normativa) a tutta la fase di switch over. Per quanto riguarda l'accesso alla risorsa tecnica, come noto le istituzioni comunitarie hanno sollevato rilievi di compatibilità con il diritto comunitario (in particolare con i

principi di accesso trasparente e non discriminatorio ai diritti d'uso sullo spettro introdotti dalle direttive del 2002 sulle reti e servizi di comunicazione elettronica), facendo pendere per molti anni sull'Italia una possibile procedura di infrazione.

Le istituzioni comunitarie hanno innanzitutto richiesto un correttivo al criticato criterio cosiddetto "del passaggio 1 a 1" mediante il quale alle emittenti analogiche non fosse solo assegnato un "diritto di sopravvivenza" nell'ambiente digitale ma la frequenza analogica desse diritto ad una frequenza digitale con miglioramento della posizione competitiva delle vecchie emittenti che passavano dal poter trasmettere un canale analogico alla possibilità di diffondere molti più programmi digitali. Come noto è stato possibile dare riscontro alle richieste comunitarie grazie al riordino e alla ripianificazione delle reti digitali terrestri, attività che ha reso possibile il cosiddetto dividendo digitale. Si è avuta così una risorsa ulteriore disponibile che per la prima volta in Italia poteva essere assegnata con procedure aperte e trasparenti compatibili con il diritto comunitario.

Le procedure sono passate dalla previsione originaria di beauty contest alla scelta per un'asta competitiva, che ha effettivamente disciplinato lo svolgimento dell'assegnazione. L'inserimento iniziale nella procedura di 5 lotti più le risorse per il Digitale terrestre in mobilità (DVB-H), con tre lotti riservati ai nuovi entranti (o meglio esclusi dagli incumbents più grossi) ed una serie di asimmetrie ha subito poi una modifica prevedendo alla fine solo 3 lotti, tutti per nuovi entranti e di cui solo uno alla fine è stato aggiudicato (come noto dal gruppo Cairo communications).

Il tema dell'anomalia delle procedure di accesso allo spettro nella transizione della tv terrestre dall'analogico al digitale e della compatibilità comunitaria di questo percorso, sta tornando di attualità con riferimento alla vicenda dei canoni che gli operatori su frequenze terrestri debbono pagare allo Stato per la concessione dei diritti d'uso sulle porzioni di spettro assegnategli.

Come noto, con legge del 2012³ ha stabilito che Il Ministero dello sviluppo economico debba applicare i contributi per l'utilizzo delle frequenze televisive stabiliti dall'Autorità.

Nella Delibera 494/14 del 30 settembre 2014, l'Autorità ha fissato i criteri per il pagamento dei canoni sulle frequenze legandoli alla valorizzazione dello spettro effettuata nella determinazione della base d'asta in sede di procedura di gara per l'assegnazione dei diritti d'uso sul dividendo digitale, partendo dal presupposto (sistematicamente corretto) che gli stessi fossero imputabili all'operatore di rete.

Come noto, l'attribuzione di competenza in tema all'Autorità di settore operata dalla legge del 2012, è oggetto di ripensamento e sono in corso numerosi tentativi di riportare le competenze in capo al MISE (da ultimo con un emendamento proposto al testo del "Milleproroghe").

³ DL 2 marzo 2012, n.16, convertito in Legge 44 del 2012. In particolare il comma 4 dell'art 3-quinquies stabilisce che " Il Ministero dello sviluppo economico applica i contributi per l'utilizzo delle frequenze televisive stabiliti dall'Autorità entro novanta giorni dall'entrata in vigore del presente articolo secondo le procedure del codice delle comunicazioni elettroniche, di cui al decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, al fine di promuovere il pluralismo nonché l'uso efficiente e la valorizzazione dello spettro frequenziale secondo i principi di ragionevolezza, proporzionalità e non discriminazione. Il nuovo sistema di contributi è applicato progressivamente a partire dal 1° gennaio 2013.

La soluzione adottata dall'Autorità a settembre dello scorso anno avrebbe prodotto come effetto una riduzione considerevole dei canoni attualmente dovuti dai principali operatori, prima ancorati al fatturato dell'editore legato alla piattaforma diffusiva.

Con Decreto del MISE del 29 dicembre 2014, si è stabilito che nelle more di un provvedimento ministeriale che definisse il nuovo regime contributivo per l'uso delle frequenze, a titolo di acconto entro il 31 gennaio 2015 doveva essere corrisposto dagli operatori di rete incumbents il 40% di quanto corrisposto nell'anno precedente.

Il tema della determinazione dei contributi per i diritti d'uso dello spettro ha sollevato anche le attenzioni della Commissione europea nell'ambito della già richiamata possibile procedura di infrazione comunitaria in merito ai criteri di assegnazione dello spettro per il DTT preoccupata che i criteri per la determinazione dei contributi per la concessione dei diritti d'uso non avvantaggiassero gli operatori incumbents nella vecchia emittenza analogica, per cui la Commissione europea a luglio del 2014 ha indirizzato una lettera in proposito al Governo italiano ed all'Autorità per le comunicazioni⁴.

1.2 Accesso alla capacità trasmissiva

Sul piano dell'accesso alla capacità trasmissiva (tralasciando le indicazioni comunitarie nell'ambito della procedura di infrazione, che ha utilizzato anche questo istituto per dare contenuto a misure asimmetriche pro competitive) la vicenda regolatoria italiana è stata alquanto travagliata, a riprova della delicatezza dell'accesso alla capacità trasmissiva laddove il contesto normativo non consenta più margini per accedere direttamente alla risorsa tecnica frequenziale (salvo, come si è visto, solo recentemente e peraltro in una fase di contrazione del mercato).

La disciplina dell'accesso alla capacità trasmissiva, come si è detto, ha sempre riguardato solo una piccola quota (40%) del complesso della capacità trasmissiva disponibile e riguardato solo alcuni operatori (particolarmente forti). Inizialmente i presidi normativi a tutela di questo istituto (le originarie norme legislative e regolamentari del 2001 di cui si è detto e alcune ulteriori norme regolamentari attuative e disposizioni provvedimentali) prevedevano che la disciplina dell'accesso alla capacità trasmissiva fosse rimessa esclusivamente alla negoziazione privata tra operatore di rete e fornitore

⁴ La Commissione in particolare ha osservato che "in astratto, i contributi derivanti dal valore di mercato osservato e dall'estensione geografica delle risorse frequenziali, a prescindere dalla struttura o dal tipo di attività delle imprese coinvolte, potrebbero essere considerati mezzi appropriati per la promozione dell'utilizzo efficiente di tali risorse. Tuttavia, nel presente caso, in considerazione dell'obiettivo di porre effettivo rimedio all'infrazione sopra menzionata e al fine di assicurare il rispetto di tali principi, dovrebbero essere tenute presenti le specifiche caratteristiche del mercato radiotelevisivo italiano, come condizionato dalle disposizioni oggetto della procedura di infrazione, quali: (i) la differenza tra le condizioni in cui le frequenze sono state assegnate agli operatori esistenti e sono assegnate a Cairo Network, ivi incluse le differenti modalità di pagamento, (ii) i vantaggi di cui hanno goduto gli operatori incumbent nella transizione verso il sistema digitale nonché successivamente, e in particolare, come riconosciuto dalle autorità italiane nella loro proposta del 2009, i vantaggi degli operatori incumbent verticalmente integrati che hanno un numero significativo di multiplex. Per evitare le censure prospettate dalla Commissione l'Agcom nella Delibera 494/14 ha ritenuto di introdurre alcune asimmetrie in favore degli operatori non incumbents.

di contenuti, che fossero salvi i contratti in essere, che vi fosse una sotto-quota di riserva (20%) per i contenuti di particolare valore (secondo alcune caratteristiche succintamente indicate dalle norme regolamentari) e che in caso di insufficienza di capacità rispetto alle domande ammissibili si attuassero meccanismi di time sharing fra i vari editori. Tale disciplina fu all'epoca definita da alcuni come "pluralismo dei poveri", nel senso che fornitori di contenuto non integrati verticalmente dovevano spartirsi le briciole di una piccola fetta di capacità trasmissiva.

Il cambio della presidenza dell'AGCOM fa sì che nel 2007, constatato che *"..la regolamentazione esistente non è stata in grado di assicurare una effettiva e sostanziale cessione del 40 per cento.."* e che vi sia l' *"...esigenza di cambiare strategia e compiere un passo diverso e più incisivo per favorire lo sviluppo della nuova tecnologia.."* si sceglie la strada di un *"...iter al termine del quale l'Autorità provvederà ad assegnare, secondo criteri di efficienza allocativa, la capacità trasmissiva disponibile in base all'ordine di graduatoria"*. Il tema è stato perciò riesaminato ed affrontato sotto un profilo sistematico più corretto. Si è dunque adottata una modifica regolamentare che ha adottato una nuova procedura di assegnazione della quota del 40% (divenuta nel frattempo applicabile per tutta la durata dello swith over) prevedendo che tutti i contenuti che dovevano accedere a quella quota dovessero essere valutati in base al loro valore e – novità più significativa – che tale valutazione dovesse essere effettuata secondo una procedura selettiva amministrata, aperta e trasparente. Si è così proceduto ad adottare un bando e un disciplinare per l'assegnazione della capacità riservata ai soggetti indipendenti.

E' interessante notare come il disciplinare adottato per lo svolgimento della procedura di cui sopra (Del. 645/07) è contenutisticamente assai simile al disciplinare che nel 1999 fu adottato per il rilascio delle concessioni (prevedendo pertanto tutta una serie di criteri per attribuire un punteggio al piano editoriale) dunque per le procedure di accesso ai diritti di spettro. Il che è metodologicamente corretto in una realtà digitale caratterizzata dalla divisione di ruoli fra rete e contenuti ma poco si concilia con l'aver riservato tale metodologia della regolamentazione dell'accesso al mercato solo per una quota della capacità trasmissiva disponibile a fronte dell'assenza di procedure selettive (simili a quelle delle vecchie concessioni) per l'accesso ai diritti d'uso sullo spettro da parte di operatori di rete integrati verticalmente con le attività editoriali.

A prescindere dalle scelte operate in materia dal legislatore e dall'operatore, un'attività ricognitiva effettuata dall'Autorità nell'ambito della procedura di infrazione ha constatato recentemente come in Italia vi sia adeguata e numerosa offerta di capacità trasmissiva ancora inutilizzata.

1.3 Altri obblighi di accesso ed interoperabilità alle risorse tecniche

Una rilevante offerta di tv digitale proviene come noto dal satellite. In questo caso la scarsità di risorse frequenziali non è un problema e sia il segmento terrestre che quello spaziale (trasponder) sono tendenzialmente ampliabili (anche se c'è chi in questa indagine ha sostenuto una sorta di "saturazione" di una certa posizione geostazionaria). In ogni caso, per quanto riguarda la televisione via satellite non si è di fronte ad un modello di integrazione verticale con la rete di distribuzione del segnale essendo sia il segmento terrestre che quello spaziale gestiti da soggetti diversi dall'operatore tv. L'integrazione verticale e la sua rilevanza competitivo-pluralistica esiste con riferimento ad altri segmenti della articolata filiera che caratterizza l'offerta digitale multicanale via satellite. Sin dall'origine il modello di business della tv via satellite (l'offerta di bouquet

non di canali stand alone) si è concentrato su una offerta pay, la quale – come noto – richiede una complessa infrastruttura di accesso d’utente, composta da hardware (decoders) e software (sistemi di Accesso condizionato, API, EPG). Al fine di evitare effetti di lock in da parte di un operatore, che si candidava ad essere monopolista in quel tipo di offerta, sin dalla nascita dell’operatore unico satellitare sono stati imposti (tecnicamente sotto forma di impegni assunti nell’ambito della procedura di autorizzazione di una operazione di concentrazione di rilevanza comunitaria) dettagliatissimi obblighi di accesso grazie ai quali operatori concorrenti potevano “entrare” con le loro offerte nei decodificatori degli abbonati del monopolista (come effettivamente è stato, pur non senza lunghi contenziosi), sia avendo propri sistemi di crittaggio, sia avvalendosi di quelli dell’incumbent ma gestendo delle smart Card proprie sia usufruendo della gestione di chiavi di accesso dell’incumbent. Gli obblighi di accesso riguardavano in realtà anche la capacità satellitare benché questa fosse gestita da terzi. Se gli undertakings comunitari con una mano evitavano la chiusura dell’infrastruttura della tv via satellite a pagamento, con l’altra impedivano il “rastrellamento” dei contenuti, input essenziale per qualunque offerta televisiva digitale a pagamento. Gli obblighi riguardavano però solo i contenuti pregiati. Molti contenuti venivano pertanto legati all’operatore da accordi di esclusiva o di holdback che ne inibivano la circolazione su piattaforme differenti. Gli obblighi di cui sopra, come noto, avevano una scadenza al 31.12.2013. Non sono pertanto più esigibili. Cessati gli obblighi, il costante monitoraggio delle dinamiche competitive diviene chiaramente essenziale specie laddove si vogliano stimolare le condizioni per una offerta legale ed appetibile sulle reti broadband.

A prescindere dagli obblighi di accesso alle risorse tecniche per la pay tv digitale via satellite cui è stato tenuto il principale operatore via satellite in forza della decisione antitrust cui si è fatto riferimento, la disciplina delle reti e servizi di comunicazione elettronica prevede alcuni obblighi generali. Innanzitutto vi è un impegno di carattere generale dell’Autorità ad incoraggiare e garantire forme adeguate di accesso, interconnessione ed interoperabilità dei servizi esercitando le proprie competenze in modo da promuovere l’efficienza economica e una concorrenza sostenibile e recare il massimo vantaggio agli utenti finali” (art. 42 Codice c.e.).

Più nel dettaglio, specifiche disposizioni prevedono che il Regolatore possa (previo coinvolgimento degli operatori, della Commissione europea e degli altri regolatori europei, secondo le procedure degli artt. 11 e 12 del Codice) imporre degli obblighi di accesso alle risorse tecniche consistenti nelle API e nelle EPG⁵ nella misura necessaria a garantire l’accesso degli utenti finali ai servizi radiofonici e televisivi digitali (art. 42.2.b). I fornitori di sistemi di accesso condizionato per servizi televisivi digitali e radio, sono poi tenuti a garantire accesso a tutti i telediffusori a condizioni eque trasparenti e non discriminatorie per consentire la ricezione di tali servizi televisivi digitali, nonché a garantire licenze sui propri software a produttori di apparati di accesso (decoders) anche qui a condizioni eque trasparenti e non discriminatorie e soprattutto che non impongano ai produttori di hardware di escludere l’uso di una interfaccia comune o escludere la “residenza” nell’apparato di software di concorrenti, in sostanza rendendo gli apparecchi di accesso chiusi e non interoperabili con i sistemi di crittaggio dei

⁵ L’Art. 6 della Direttiva accesso più precisamente parla di obblighi relativi alla presentazione delle guide elettroniche ai programmi “e di analoghi menu e interfacce di navigazione”.

concorrenti. Gli obblighi relativi all'accesso condizionato si applicano a tutti gli operatori a meno che il regolatore non decida (sempre con il coinvolgimento della Commissione europea e degli altri regolatori europei) di applicarli esclusivamente agli operatori dominanti (che abbiano un Significativo Potere di Mercato) (cfr. art. 43 e all. 2 al Codice c.e.)

Vi sono poi gli obblighi d'accesso previsti dalla Direttiva Servizio Universale 2002/22, come modificata dalla Direttiva 2009/136 (come modificata nel 2009). In particolare l'art. 31, il paragrafo 1 prevede che *«Gli Stati membri possono imporre obblighi di trasmissione ragionevoli, per specifici canali radiofonici e televisivi e servizi complementari, specialmente servizi di accessibilità destinati a consentire un accesso adeguato agli utenti finali disabili, alle imprese soggette alla loro giurisdizione che forniscono reti di comunicazione elettronica destinate alla distribuzione di servizi di diffusione televisiva o radiofonica al pubblico, se un numero significativo di utenti finali di tali reti le utilizza come mezzo principale di ricezione di tali servizi televisivi o radiofonici. Tali obblighi sono imposti solo se necessari a soddisfare precisi obiettivi di interesse generale, definiti in modo chiaro da ciascuno Stato membro e se sono proporzionati e trasparenti»*.

Nella sua Risoluzione del 12 marzo 2014 "sulla preparazione ad un mondo audiovisivo caratterizzato dalla piena convergenza" il Parlamento Europeo evidenzia come *«gli Stati membri debbano poter adottare misure specifiche per assicurare un livello ragionevole di reperibilità e visibilità dei contenuti audiovisivi di interesse generale, onde garantire la diversità delle opinioni, e che l'utente debba essere in grado di selezionare autonomamente le offerte in modo non complicato»* e sottolinea *«che la diffusione delle applicazioni può determinare problemi di accesso al mercato per i produttori di contenuti audiovisivi; invita la Commissione a esaminare dove siano necessarie misure per garantire l'accessibilità e la reperibilità dei media audiovisivi e come possano essere attuate.»*

Come è stato rilevato nel corso della consultazione su Libro Verde della Commissione europea del 2013⁶ il limite di questi obblighi regolamentari volti a garantire un contesto aperto ed interoperabile sta nel loro ambito di applicazione.

Come noto, l'importante revisione del quadro comunitario sulle telecomunicazioni che ha avuto luogo nel 2002 ha superato la vecchia bipartizione fra reti e servizi di telecomunicazione e reti per la radiodiffusione, introducendo l'ampia definizione di reti e servizi di comunicazione elettronica, vale a dire qualunque rete o servizio legato alla trasmissione di bit e quindi anche le reti e le infrastrutture tecniche legate alla distribuzione della televisione digitale.

Il fatto è che la realtà sta già rendendo obsoleto quel rilevante e necessario salto in avanti operato dalla regolazione di settore.

Perché esistono numerosi fenomeni che non possono rientrare né nel concetto di infrastruttura né in quello di servizio legato all'infrastruttura di trasmissione neppure dove si intenda quest'ultima esclusivamente legata alla diffusione di contenuti digitali.

Nella consultazione sul Libro Verde della Commissione, in particolare alcuni respondents evidenziano una serie di limiti dell'istituto del must carry previsto dalla direttiva servizio Universale

⁶ Libro Verde, Prepararsi a un mondo audiovisivo della piena convergenza: crescita, creazione e valori, COM(2013)231-final

Gli obblighi di must carry, difatti, riguarderebbero solo le reti di comunicazione elettronica.

Sul punto Ofcom ha osservato che *“[i]t is not clear that the definition (di reti e servizi di comunicazione elettronica n.d.r) is well suited to other types of platform, some of which may not necessarily involve the provision of transmission services.....For example, it may be the case that “must carry” rules would not capture new online content aggregators/websites (such as Facebook, Google or Netflix), should these ever become a significant means of receiving TV programmes for a significant numbers of users”.*

Inoltre il must carry come gli altri obblighi richiamati si applicano solo a beneficio dei servizi radiofonici e televisivi digitali, quindi non coprono, ad esempio, la diffusione dei contenuti di PSB on demand

Il must carry inoltre dovrebbe essere declinato come un Must be found per i PSB ed in genere per tutti i soggetti che diffondono contenuti di interesse generale e hanno obblighi di qualità, pluralismo indipendenza etc.) che dovrebbero essere facili da trovare e guardare.

Inoltre la visibilità dei contenuti di interesse generale andrebbe garantita rispetto a tutte le interfacce di navigazione che gli utenti usano per il primo reperimento dei contenuti e che esercitano un controllo sul modo in cui i contenuti sono reperiti e visualizzati dagli utenti. Andrebbe definito più precisamente cosa debba intendersi per EPG e a quali piattaforme si riferisca

Si crea insomma un'area grigia dove eventuali problemi di accesso (di operatori o di utenti) ed interoperabilità (rilevanti per operatori od utenti) non possono essere affrontati né sulla base dei presidi assicurati dalla regolazione dei servizi e reti di comunicazione elettronica né sulla base delle discipline dei contenuti audiovisivi o del commercio elettronico, che peraltro non si sono mai occupati di questi aspetti. Salva la revisione dei pilastri concettuali sui quali poggia la regolazione delle reti e servizi di comunicazione elettronica, che, come si vedrà fra breve, sembra suggerita da alcuni soggetti che hanno riposto alla consultazione comunitaria, i problemi di cui si sta discutendo sembra che possano dunque essere affrontati esclusivamente con l'ausilio del quadro di disposizioni che l'ordinamento prevede per la tutela dei programmi per elaboratore, considerando che un software in ultima istanza è alla base del funzionamento di qualsiasi servizio o device digitale e della sua capacità di essere più o meno aperto verso utenti o concorrenti. Si tratta di disposizioni che hanno tentato di controbilanciare, in termini di apertura a terzi, l'enorme potere (escludente) che è stato attribuito ai creatori di software quando si è scelto di ricondurre il fenomeno nell'alveo della tutela autoriale delle opere dell'ingegno. Proprio in funzione di bilanciamento "esterno" dell'enorme potere attribuito ai titolari dalla scelta legislativa operata sul software, come noto, il diritto della concorrenza ha tentato di agire ogni qual volta profili relativi alla chiusura dei diritti di proprietà intellettuale producessero un effetto di foreclosure particolarmente negativo (i cosiddetti abusi di esclusione non giustificabili da ricerca di efficienza economica ma esclusivamente ispirati alla chiusura del mercato con l'effetto di depressione dell'innovazione successiva).

Si tratta però di interventi ex post poco adeguati ad una evoluzione così rapida come quella del mondo digitale e caratterizzata da importanti effetti di rete che a distanza di tempo sono difficili da rimuovere.

La centralità della interoperabilità fra reti servizi e apparti costituisce peraltro uno dei pilastri dell'Agenda digitale europea.

In genere è previsto un ripensamento della politica comunitaria in tema di standardizzazione nelle ICT e laddove alcune tecnologie non siano basate su standard dovrebbero essere esaminate misure che garantiscano un right to access nelle licenze al fine di consentire l'interoperabilità.

1.4 La larga banda

Lo sviluppo della banda larga ed in particolare la possibilità per tutti i cittadini di migrare verso una fruizione via internet di contenuti audiovisivi si interseca con gli obblighi di garantire universalmente ed a prezzi accessibili un accesso alla rete di comunicazione elettronica. Storicamente, dal superamento dei monopoli sulle reti pubbliche, il compito di continuare a garantire un obiettivo di interesse generale quale la diffusione universale dell'accesso alla rete è stato assegnato agli operatori, con dei correttivi nelle ipotesi di fallimento⁷ di mercato (la possibilità di ripartire mutualisticamente fra tutti gli operatori⁷ il costo netto della fornitura del servizio laddove costituisca un onere ingiustificato per l'operatore tenuto a fornirlo anche valutati (dedotti) i vantaggi associati alla fornitura del servizio stesso. Il meccanismo, introdotto originariamente da una direttiva europea del 1998 e poi ridisegnato con altra direttiva del 2002 e solo parzialmente corretto nel 2009, prevedeva in teoria la possibilità che si realizzasse un contesto competitivo sia nella fase di concorrenza per il mercato (con procedure aperte di selezione del possibile fornitore di servizio universale su scala nazionale) sia in quella di concorrenza nel mercato (ammettendo che l'operatore designato potesse offrire solo parte dei servizi da garantire a tutti o anche servire solo alcune aree geografiche.

Di fatto il servizio è sinora sempre stato garantito da Telecom Italia (facendo leva su una norma transitoria del Codice delle c.e, l'ultimo comma dell'art. 58) e solo a settembre dello scorso anno (grazie anche ad una valutazione dei costi netti recuperabili, considerata insufficiente dall'operatore telefonico) si è attivata la procedura per la selezione competitiva di uno o più operatori che intendano fornire il servizio universale (prevista appunto come assetto "a regime" dallo stesso art. 58 del codice c.e.) .

Per quanto qui specificamente interessa (tralasciando quindi il servizio telefonico fisso, le cabine telefoniche etc.) si è sempre considerata l'importanza che l'accesso alla rete fissa si traducesse nella possibilità di un uso di internet ma non si è mai giunti, nel

⁷ Come noto, è previsto un meccanismo di ripartizione dei costi dell'operatore incaricato di fornire il servizio, basato sui principi di non discriminazione, trasparenza e proporzionalità, a carico delle imprese che gestiscono reti pubbliche di comunicazioni, che forniscono servizi telefonici accessibili al pubblico, in proporzione all'utilizzazione da parte di tali soggetti delle reti pubbliche di comunicazioni, o che prestano servizi di comunicazione mobili e personali in ambito nazionale (D. Lgs. 259 del 2003, ALL. 11 ART. 3.2).

quadro della normativa sul servizio universale, oltre la definizione di un “uso efficace di internet” quale obiettivo da assicurare ai cittadini utenti. Il parametro comunitario, nell’ambito degli obblighi di servizio universale assegnati agli operatori⁸, si è fondato non sulla imposizione dirigistica di specifici target (ad es. ampiezza di banda) e obiettivi ma sulla constatazione della realtà e su un parametro evolutivo. L’accesso efficace deve cioè avvenire tenendo conto delle tecnologie prevalenti usate dalla maggioranza degli abbonati e della fattibilità tecnologica. In sostanza doveva essere garantito a tutti in termini di qualità dell’accesso ciò che era normale per la maggioranza dei cittadini utenti.

Nell’introdurre l’operatività del nuovo sistema di selezione aperta degli operatori di servizio universale il regolatore peraltro valuterà più attentamente se quegli obiettivi di accesso universale alla rete possano essere raggiunti anche con altre formule che non siano il classico collegamento alla rete telefonica pubblica fissa ma possano perseguirsi anche con differenti tecnologie (ad es. quella mobili) o combinazioni di differenti tecnologie. considerare

Malgrado il tema sia stato ampiamente dibattuto, l’accesso alla banda larga e ultralarga, in Europa non rientra dunque fra quegli obiettivi di interesse generale la cui realizzazione è affidata al mercato ed agli operatori con quei meccanismi di ripartizione degli investimenti, interni a mercato, che si sono appena illustrati.

La realizzazione universale della banda larga e ultralarga è dunque affidata alle politiche pubbliche. Gli interventi e gli obiettivi pubblici hanno degli obiettivi e target di policy ben specifici in linea con gli obiettivi di diffusione della banda larga e ultra larga definiti dall’Agenda Digitale Europea⁹

Gli interventi possono essere di governance dell’investimento privato o di investimento pubblico o misto nelle aree a fallimento di mercato, di incentivo alla domanda, di riduzione dei costi amministrativi per l’infrastrutturazione.

Come noto. L’Italia ha adottato un primo piano per la banda larga, cui è seguito il Progetto nazionale Banda larga nelle aree rurali d’Italia” e nel 2011 il Progetto Strategico Agenda Digitale Italiana” per la banda ultra larga¹⁰. Lo scorso anno l’indagine

⁸ Si vedano di seguito nel testo i recenti orientamenti della FCC che sembrano superare questo approccio

⁹ Come noto, il primo obiettivo dell’agenda digitale europea nell’ambito della Strategia Europa 2020 è di raggiungere entro il 2013 una copertura universale della larga banda di base il secondo di raggiungere nel 2020 la copertura a universale a 30 Mbps ed il terzo obiettivo di dotare, sempre entro il 2020, il 50% della popolazione di una connessione ad almeno 100 Mbps. La strategia italiana per la banda ultralarga sottoposta a consultazione alla fine dello scorso anno pone come obiettivi: nel 2015 connessioni a 30Mbps per il 45% della popolazione e a 100 Mbps per l’1% della popolazione; nel 2018 connessioni a 30Mbps per il 75% della popolazione e a 100 Mbps per il 40% della popolazione; nel 2020 connessioni a 30Mbps per il 100% della popolazione e a 100 Mbps per l’85% della popolazione.

¹⁰ Questo ha previsto tre forme di finanziamento: diretto (appalto a concessionario che poi cedeva i diritti d’uso agli operatori); Partenariato Pubblico Privato (l’infrastruttura realizzata viene conferita a società separata che ha la concessione d’uso della rete) e modello ad incentivo (contributo ad un operatore che rimane proprietario della rete ma ha obblighi di accesso verso terzi).

del Commissario Straordinario per la banda Larga ha mostrato l'inadeguatezza dei programmi di investimento in corso per raggiungere gli obiettivi dell'Agenda Digitale europea.

La nuova strategia italiana per la banda ultralarga è stata formulata a novembre dello scorso anno e sottoposta a consultazione nel mese di dicembre.

A prescindere dalle politiche di realizzazione di una infrastruttura di accesso ad internet universale si stanno via via definendo in maniera tutt'altro che lineare e pacifica delle policies volte a circondare di alcune garanzie l'accesso ad internet in modo da renderne l'esercizio effettivo.

Si tratta del dibattito molto animato sulla net neutrality e più specificamente sul fatto che possano o meno coesistere degli accessi ad internet qualitativamente diversi e differenziati sulla base dei prezzi (paid prioritization) e in che misura, se ammessa, questa dinamicità ed articolazione dell'offerta possa incidere sui collegamenti "di base". La salvaguardia per gli utenti e per gli operatori di una capacità di banda adeguata costituiscono dunque il cuore del tema della net neutrality, tema rispetto al quale sembrano riproporsi le problematiche relative alla scarsità della risorsa, di cui si è ampiamente detto con riferimento alla risorsa frequenziale terrestre.

Come evidente, la tematica della network neutrality presenta delle delicatissime ricadute in tema di diritti fondamentali: non solo in tema di diritti economici e libertà di impresa degli operatori che offrono banda o che la domandano, ma anche in termini di libertà di manifestazione del pensiero nelle sue declinazioni di libertà di informare (possibilità per un editore di accedere ad una certa quantità di banda in relazione alle condizioni tecniche ed economiche di offerta) e libertà di essere informati (effettivo ed agevole accesso all'informazione via internet da parte dell'utente che non sia sostanzialmente pregiudicato da lentezze o difficoltà dei collegamenti).

In Europa si sta tentando un compromesso tramite un'approccio basato sui principi: possibilità di servizi specializzati (la cui definizione, contenuta nella Proposta di Regolamento, è però eliminata dal testo in discussione) ma senza pregiudizio di quelli di base e possibilità di gestione del traffico ma a certe condizioni.

La proposta di Regolamento comunitario sul Telecom Single Market (nel testo di compromesso della Presidenza Lettone del 20 gennaio scorso, sulla base di quanto stabilito dalla Presidenza italiana a novembre 2014) stabilisce che *"Providers of electronic communications to the public, including providers of internet access services, shall be free to enter into agreements with end-users and/or providers of content, applications and services to deliver a service other than internet access services, which requires a specific level of quality, provided that sufficient network capacity is available so that the availability and general quality of internet access services are not impaired in a material manner.* (art. 23.2) e stabilisce delle condizioni molto rigorose per la legittimazione di attività di traffic management che possano dunque influire sulla velocità dei collegamenti (in maniera trasparente non discriminatoria e non anticompetitiva) solo in ipotesi in cui servano a impedire dei reati gravi, siano necessarie per l'integrità della rete o per evitare congestioni nel traffico eccezionali o servano ad adempiere espresse richieste degli utenti)¹¹.

¹¹ "Subject to this paragraph, providers of internet access services shall treat all traffic equally in the operation of their networks. Providers of internet access services may implement traffic management measures. Such measures shall be transparent, non-discriminatory, proportionate and

In sostanza, nel tentativo di bilanciamento e di compromesso fra le diverse istanze che il tema solleva, il testo attuale dell'art 23 della proposta di Regolamento, fissa il diritto di tutti gli utenti ad un accesso aperto a internet; al tempo stesso led in linea generale a possibilità per gli operatori di differenziare l'offerta con servizi di qualità superiore rispetto all'internet access ma a patto che questo non pregiudichi la normale qualità di quei servizi di accesso di base. Anche sul traffic management, si fissa il principio generale dell'equal treatment di tutto il traffico ma al contempo si ammette la possibilità di misure ragionevoli di gestione del traffico, subordinandole però ad alcune circostanze di carattere specifico ed eccezionale.

Le condizioni cui è subordinata l'ammissibilità della gestione del traffico sono ritenute però dalla telco troppo restrittive e questo potrebbe essere dannoso per lo sviluppo del settore tramite una offerta di servizi articolata.

Oltre oceano le posizioni sembrano però orientarsi su soluzioni molto più radicali e meno di compromesso. Difatti il Presidente della FCC americana ha pochi giorni fa presentato una proposta (che sarà approvata dalla Commissione il 27 febbraio 2015) di regolazione dell'accesso alla banda larga come un servizio di telecomunicazione sotto il Telecommunication act del 1934. Quindi un servizio di interesse generale, regolamentato, da fornire con tutte le garanzie di universalità e non discriminazione tipiche dei vecchi servizi telefonici, peraltro applicabili anche alla larga banda su reti mobili. Questo significa il superamento della precedente regolazione americana che invece ammetteva la paid prioritization, considerata ora (se questo orientamento verrà definitivamente confermato) contraria alla garanzia di un internet veloce equo e aperto per tutti. La recente soluzione della FCC ha trovato favorevoli gli operatori di internet, sia intermediari (come Facebook, Amazon, Google) che fornitori di servizi di contenuto (come Netflix e Spotify).

A livello comunitario il Commissario Ila DG Connect Oettinger sembra favorevole al traffic management e alla paid prioritization¹².

Si discute in questi giorni sui soggetti privati cui dovrebbe essere assegnato il compito di investire nella infrastruttura in banda ultralarga (fibra) ed in particolare quale sia

shall not constitute anti-competitive behaviour. In the implementation of these measures, providers of internet access services shall not block, slow down, alter, degrade or discriminate against specific content, applications or services or specific classes of traffic, except as necessary, and only for as long as necessary, to: a) implement a legislative provision or an order by a court or other public authority vested with relevant enforcement powers under national and/or Union law; b) preserve the integrity and security of the network, services provided via this network, and the end-users' terminal equipment; c) prevent imminent network congestion and mitigate the effects of exceptional network congestion, provided that equivalent types of traffic are treated equally; d) comply with an explicit request from the end-user, including but not limited to, in order to prevent transmission of unsolicited communication and to implement parental control measures" (art. 23.3).

¹² Riterrebbe ad esempio utile un traffic management per ragioni di ordine pubblico e di sicurezza mediante dei sistemi di gestione automatica. In questo caso però il traffic management si muoverebbe sempre nell'ambito della realizzazione di interessi generali il che lascia ancora aperta la questione se possa essere ammesso per finalità commerciali.

l'assetto che assicurerà il miglior esito in termini di innovazione e di concorrenza (vicenda che coinvolge le forme di ingresso di Telecom Italia in Metroweb ed in genere l'assetto di quest'ultima, la quale, secondo una ipotesi, che sembra tramontata, era stata vista come una sorta di possibile consorzio dove conferire le proprie reti in fibra da parte di tutti gli operatori, garantendone una governance ben calibrata) .

Nel frattempo l'indagine conoscitiva congiunta dell'AGCM e AGCOM chiusa a novembre dello scorso anno ha analizzato le ricadute competitive in termini di concorrenza statica e dinamica delle possibili vie alla realizzazione di una nuova infrastruttura di rete a banda larga e ultralarga in termini di livello di innovazione tecnologica garantita dalle varie opzioni del processo di transizione e di posizione di mercato dei futuri operatori di reti di banda larga e ultralarga, specie con riferimento alle prospettive di concorrenza dinamica. Secondo le autorità di regolazione e di concorrenza il first best (opzione preferibile sotto il profilo concorrenziale ma probabilmente poco realizzabile nella realtà) sarebbe una rete realizzata da un unico operatore di rete terzo non integrato verticalmente sui servizi. L'opzione peggiore sarebbe assegnare il ruolo di traghettatore verso le reti in fibra esclusivamente all'operatore incumbent nelle attuali reti di comunicazione elettronica integrato verticalmente sui servizi. Il second best potrebbe essere rappresentato da forme di joint venture fra più operatori di rete pur valutandone attentamente i possibili effetti anticompetitivi e il livello di innovazione effettivamente garantito.

Le politiche di investimento pubblico dovranno ovviamente muoversi nel quadro dei paletti forniti dalla disciplina comunitaria sugli aiuti di stato (declinata con specifico riguardo alla banda larga in una Comunicazione della Commissione del 2013, 2013/C 25/1 del 26.1.2013). L'intervento sarà tanto più ammissibile quanto sia provato l'effettivo fallimento del mercato, anche prospettico, in determinate aree e dunque la necessità di un intervento pubblico per assicurare quell che è senz'altro un obiettivo di interesse generale (la diffusione dell'accesso universale alla banda larga appunto) e dovranno assicurare procedure selettive aperte e competitive efficienti e tecnologicamente neutrali, assistite da obblighi di accesso verso terzi da parte degli operatori finanziati che rendano disponibile ad operatori terzi il beneficio dell'infrastruttura finanziata.

Le Autorità nazionali di concorrenza e di regolazione nella recente indagine conoscitiva sottolineano altresì l'importanza di misure a sostegno della domanda che dovrebbero tradursi in una forte accelerazione del percorso volto a digitalizzare la Pubblica Amministrazione (fornendo quindi al cittadino un immediato "pacchetto" di servizi pubblici gestibili e fruibili pienamente solo con una connessione in banda larga) e potrebbero prevedere incentivi verso le famiglie con strumenti che possono consistere oltre che in benefici fiscali, in sovvenzioni, anche sotto forma di voucher da spendere per dotarsi di una connessione a banda larga . Il modello proposto sembrerebbe analogo a quello a suo tempo adottato per stimolare ed accelerare la diffusione dell'accesso effettivo degli utenti alle reti televisive digitali terrestri (mediante, come si ricorderà, contributi all'acquisto di apparati decodificatori), che però , specie nella sua prima formulazione, sollevò non poche perplessità in termini di neutralità tecnologica ed in genere di impatto competitivo (essendo allo stato disponibili più tecnologie di accesso alla tv digitale, operate da soggetti diversi) Al contrario, gli eventuali contributi all'accesso alla banda ultra larga (intesa come obiettivo, funzionalità: accesso ad una rete interattiva che garantisca un tot di Mbps) sarebbero indirizzati all'unica tecnologia che allo stato delle conoscenze sembra poter garantire quell'obiettivo e segnatamente

le reti in fibra ottica. Peraltro qualunque operatore di rete potrebbe essere in astratto beneficiario ultimo di tali contributi (nella misura in cui l'utente li utilizzasse per accedere all'offerta di connessione di quell'operatore) in quanto l'accesso al mercato delle infrastrutture fisse di ultima generazione (pur se limitato da barriere di tipo economico) non sembra essere caratterizzato da quelle barriere all'accesso di tipo tecnico-regolamentare, date dalla scarsità (all'epoca) di risorse tecniche radioelettriche da un lato e dalla sostanziale chiusura per via normativa e regolamentare delle procedure di accesso alla risorsa da parte di nuovi operatori. La preoccupazione per le criticità sopra descritte è chiaramente percepita dalle Autorità (oltre che essere in certo senso obbligata sulla base del diritto comunitario) le quali precisano che tali forme di agevolazione per la banda ultra larga dovranno essere neutrali sotto il profilo concorrenziale.

Con riferimento agli incentivi alla domanda va richiamata la legge 21 febbraio 2014, n. 9 di conversione del DL 23 dicembre 2013, n. 145, che ha introdotto delle misure volte a stimolare la domanda e l'accesso a reti in banda larga con una particolare tecnologia. La legge difatti prevede degli incentivi indirizzati alle PMI di importo pari a 10.000 massimi (che devono coprire al massimo il 50% dell'investimento) per realizzare, tra l'altro, connettività a banda larga e ultralarga e collegamenti alla rete internet mediante la tecnologia satellitare, attraverso l'acquisto e l'attivazione di decoder e parabole, *nelle aree dove le condizioni geomorfologiche non consentano l'accesso a soluzioni adeguate attraverso le reti terrestri o laddove gli interventi infrastrutturali risultino scarsamente sostenibili economicamente o non realizzabili*¹³

Le connessioni via satellite come via per colmare il digital divide nelle aree remote e poco coperte sembrano suscitare sempre maggiore attenzione. Si tratta di sistemi interattivi in grado di trasmettere anche servizi audiovisivi utilizzando una piccola parabola di poco più di 70 cm di diametro e un modem cui collegarla. (ad es. il servizio Twoway di Eutelsat). Alcuni paesi membri stanno utilizzando per alcune regioni i fondi europei per realizzare connessioni via satellite.

Recentemente (28 gennaio 2015) al Parlamento Europeo si è tenuto un workshop sul tema, presieduto dalla europarlamentare italiana Michela Giuffrida e organizzato in collaborazione con Eutelsat.

Nello scegliere le tecnologie di accesso alla banda larga occorre però valutarne attentamente le caratteristiche, anche in una visione prospettica. Attualmente sembrerebbe ad esempio che l'ampiezza di banda garantita da questi sistemi possa essere inferiore a quella minima universale richiesta dall'Agenda digitale europea per il 2020 (30 mbps). In genere, prima di procedere alla diffusione di una infrastruttura di accesso, la cui sostituzione diverrebbe onerosa per utenti o per le azioni pubbliche di finanziamento o per entrambi, occorre verificare se questa risponda agli obiettivi di inclusione digitale di lungo periodo.

¹³ Art. 6.1. La stessa legge prevede altresì "al fine di favorire il raggiungimento degli obiettivi dell'Agenda digitale italiana, delle agevolazioni per lo scavo e l'installazione dei ricoveri delle infrastrutture o per l'uso di tecniche che non richiedano il ripristino del manto stradale. (art. 4-bis). Con riferimento alle misure volte a ridurre i costi di realizzazione si vedano altresì la Direttiva 2014/61/UE ed il DL 133 del 2014 ("Sblocca Italia")

Le posizioni espresse in sede di consultazione sulla Strategia italiana per la banda ultralarga del 2014 mostrano come il punto sia particolarmente sensibile. Il governo, pur riconoscendo l'utilità di varie tecnologie di accesso sembra stia operando una importante e lungimirante scelta strategica di politica industriale laddove intende promuovere prioritariamente le soluzioni architettoniche di accesso in fibra più profonda, puntando cioè su reti che siano in Fibra fino al palazzo (FTTB)¹⁴.

Il D.L. 23.12.2013, n.145 ("Destinazione Italia"), convertito in legge 21 febbraio 2014, n.9 ha affidato all'Agcom "al fine di elaborare soluzioni innovative volte a colmare il divario digitale" il compito di eseguire una mappatura della rete di accesso ad internet, a banda larga ed ultralarga realizzando una banca di dati (in forma di dati aperti) di tutte le reti di accesso ad internet di proprietà sia pubblica sia privata esistenti, le relative tecnologie nonché il grado di utilizzo delle stesse.

1.5 Frequenze: mobile e wireless vs tv

Malgrado le risultanze di cui sopra per quanto riguarda gli usi televisivi della banda disponibile, la risorsa radioelettrica terrestre sembra essere oggetto di una nuova scarsità, data dalla difficoltà tecnica di garantire contemporaneamente l'evoluzione della televisione tradizionale verso modelli qualitativi superiori (l'Alta definizione) e la necessità di ulteriori risorse radioelettriche terrestri per lo sviluppo della banda larga mobile.

Si tratta di un problema innanzitutto tecnico, che - come evidenziato nella presente indagine conoscitiva - tocca gli standard utilizzati, le tecniche di compressione, l'efficienza in genere di tali tecnologie, ma che in ultima istanza - laddove questa scarsità non fosse altrimenti superabile - potrebbe risolversi nel problema - squisitamente politico - se destinare una determinata risorsa pubblica ad una tecnologia che consente una determinata modalità di accesso (ad es. caratterizzata da scarsa interattività) ad una determinata tipologia di contenuti (essenzialmente lineari) oppure ad un modello che consente una modalità di accesso e fruizione dei contenuti diversa (essenzialmente interattiva) e contribuisce all'accesso ed alla circolazione di contenuti diversi (si pensi in genere all'audiovisivo e all'informazione accessibile tramite l'internet aperto).

Come noto il tema è da tempo oggetto del dibattito internazionale con la tendenza a destinare sempre più risorse frequenziali alla larga banda mobile. Le reti mobili possono infatti costituire uno strumento per raggiungere più rapidamente l'universalità della dell'accesso ad internet in banda larga (dunque non ultra-larga come per le reti fisse e fibra ottica), specie in quei Paesi dove la rete fissa sia meno sviluppata.

¹⁴ Sul punto si scontrano le posizioni di operatori satellitari (Eutelsat, Telespazio) con quelle di operatori di reti fisse (Metroweb) o quelle di altri partecipanti alla consultazione che evidenziano ad esempio i limiti in termini di latenza e di overbooking (basso fattore di contemporaneità della popolazione connessa) che potrebbe però non costituire un problema nelle aree rurali a bassa densità.

In sede europea come noto l'Agenda digitale europea del 2010 chiede agli Stati membri di adottare politiche di spettro in modo che le frequenze siano assegnate in modo coordinato per raggiungere il 100% di copertura di internet a 30 Mbps entro il 2020.

Le azioni europee in materia di spettro radio si fondano come noto su una decisione del 2002 (676/2002, c.d. Decisione spettro radio) la quale ha creato il quadro normativo perché l'Unione europea potesse intervenire con delle policies di armonizzazione dell'uso dello spettro radio, prevedendo l'istituzione di un Radio Spectrum Policy Group (composto da esperti governativi di alto livello) che aiuti la Commissione nell'elaborare una politica generale dello spettro ed il Radio Spectrum Committee che assisterà la commissione nell'implementazione tecnica delle misure adottate.

In questo quadro, nel marzo 2012 il parlamento e il Consiglio hanno adottato un Radio Spectrum Policy Programme (RSPP, Decisione n. 243/2012/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 marzo 2012 *establishing a multiannual radio spectrum policy programme*) che contribuendo alla realizzazione degli obiettivi dell'Agenda digitale ha in primo luogo destinato la banda (televisiva) 800 Mhz alla realizzazione della larga banda mobile a partire da gennaio 2013, oltre ad impegnare gli Stati membri ad indentificare entro il 2015 altri 1200 Mhz da destinare alla banda larga mobile .

La Decisione detta delle regole molto stringenti in merito alla disciplina dell'accesso alla risorsa di spettro da parte degli operatori ed alla posizione di mercato che questi possano assumere quale conseguenza della quantità dei diritti di spettro assegnati¹⁵ .

La larga banda mobile di quarta generazione (e successive) e dunque, per quanto qui interessa, la distribuzione di servizi audiovisivi con tecnologie wireless di tipo punto-punto, si accinge pertanto a nascere in contesto dotato di una regolazione procompetitiva strutturata ed efficace (come quella che ha da sempre caratterizzato le comunicazioni elettroniche) più solida rispetto al contesto regolamentare che - da noi - ha caratterizzato la vicende relative all'accesso allo spettro per il broadcasting.

La banda 800 Mhz, come noto è stata assegnata con procedura di asta competitiva svoltasi fra giugno e settembre 2011. Sono stati assegnati ai quattro operatori mobili esistenti sei lotti in banda 800 Mhz (oltre ad altre bande di frequenza) per un totale d'asta di circa 3 miliardi e 900 milioni di euro. La procedura per certi versi potrebbe aver saturato il settore tanto da lasciare intendere che future assegnazioni di spettro per il mobile riscontreranno poco successo.

¹⁵ Cfr. art. 5 dove si stabilisce che “1. Member States shall promote effective competition and shall avoid distortions of competition in the internal market for electronic communications services in accordance with Directives 2002/20/EC and 2002/21/EC.....”They shall also take into account competition issues when granting rights of use of spectrum to users of private electronic communication networks”... “Member States may adopt, inter alia, measures: (a) limiting the amount of spectrum for which rights of use are granted to any undertaking, or attaching conditions to such rights of use, such as the provision of wholesale access, national or regional roaming, in certain bands or in certain groups of bands with similar characteristics, for instance the bands below 1 GHz allocated to electronic communication services. Such additional conditions may be imposed only by the competent national authority; (b) reserving, if appropriate in regard to the situation in the national market, a certain part of a frequency band or group of bands for assignment to new entrants;

Il tema del progressivo “slittamento” dell’uso di alcune frequenze terrestri dal broadcasting (in particolare, digitale terrestre) alla larga banda mobile in sede internazionale si è posto specificamente nella World Radiocommunication Conference dell’ITU tenutasi a Ginevra nel febbraio del 2012.

In quell’occasione molti paesi in via di sviluppo che fanno parte della Regione 1 (della quale fa parte l’Europa) ed in particolare i paesi Africani e Arabi hanno richiesto che alcune bande di frequenza generalmente assegnate alla televisione (la banda 700 Mhz) fossero destinabili alla banda larga mobile. Il problema per quei paesi consisteva nel fatto che mentre in Europa il dividendo digitale per passare alla banda larga mobile stava utilizzando la banda 800 Mhz mentre quella 700 Mhz era spesso sovraffollata di broadcasters, all’opposto nei Paesi Africani o Arabi la tv si era sviluppata attraverso modalità distributive (principalmente utilizzando frequenze satellitari) restando la banda 700 poco utilizzata, e la banda 800 era invece utilizzata da altri servizi. Pertanto non era disponibile su quest’ultima banda un dividendo per l’upgrading delle reti mobili. L’WRC-2012 ha alla fine deciso di assegnare la banda 700 su base co-primaria (convivenza fra diversi paesi o in aree diverse dello stesso paese senza che nessuno dei due differenti servizi sia prioritario) alla larga banda mobile a partire dal 2015 (“the allocation is effective immediately after WRC-2015”). Questo significa che gli Stati non sono obbligati ad utilizzare la banda 700 per il mobile ma possono farlo. E qualora lo facciano (come prevedibilmente faranno molti paesi nordafricani) si pone un problema di coordinamento internazionale fra paesi confinanti ai quali deve esser garantita la facoltà di uso di quella banda per il mobile senza interferenze da parte di chi usa quei canali per il broadcasting.

La posizione adottata a livello comunitario e che verrà portata in sede di WRC-2015 si appoggia alle conclusioni del rapporto finale elaborato da un High Level Group diretto da Pascal Lamy ex direttore generale WTO, il quale ha suggerito un percorso “morbido” per l’abbandono della banda 700, che tenga conto delle esigenze e delle istanze dei broadcasters. La destinazione esclusiva della banda 700 alla larga banda mobile è rinviata al 2020. Sembra però da escludere un ripensamento in merito alla destinazione della banda 700 al mobile, sia perché la destinazione della banda su base co-primaria è ormai una posizione dell’ITU, sia perché questo in Italia, secondo autorevoli esperti, si tradurrebbe nella necessità di passare prima o poi all’uso mobile della banda 700. Difatti il nostro Paese scontrerebbe ancora uno scarso coordinamento internazionale ai sensi del WRC del 2006. Le sovrapposizioni fra canali della banda 700 sono ancora molto rilevanti e se quei canali venissero sfruttati o accesi per la banda larga mobile sarebbe molto difficile continuare di fatto ad utilizzarli da noi per il broadcasting, senza interferenze o essendo costretti ad abbassare la potenza degli impianti.

Sulla banda 700 mhz (sembra però su una piccola quantità di quest’ultima rispetto a quella che sarà utilizzata dalle comunicazioni mobili), le scelte che dovrà affrontare il regolatore si complicano ulteriormente in quanto, come noto, su quelle frequenze si potrebbe giocare anche la partita dell’Internet delle cose (Machine to Machine o M2M), le frequenze necessarie per le comunicazioni wireless fra oggetti (oggetti intelligenti e connessi. Si è appena conclusa a Milano il 30 gennaio la seconda edizione del Internet of Everything Italian Forum). Si parla di diversi miliardi di oggetti connessi nel 2022.

La Commissione europea tra Aprile e luglio del 2012 ha svolto una consultazione sul tema ed evidenzia che “in order to fully deploy IoT, pervasive and easy access to wireless and mobile communications and identification/numbering resources to connect billions of objects is necessary. In particular, mobile access should be provided in a competitive,

low cost and cross border manner to allow machine to Machine and IoT applications to flourish”

A parte la disponibilità di spettro per il M2M, le questioni che dovranno essere affrontate con riferimento a questo nuovo settore sono se sarà necessario intervenire su sei questioni fondamentali: “identification, privacy and data protection and security, architectures, ethics” (la sostituzione di azioni gestite automaticamente da macchine rispetto all’esercizio dell’autonomia individuale), “standards” , che copre aspetti quali i requisiti per la privacy, l’interoperabilità, (protocolli, formati) la sicurezza (autenticazione, crittaggio, integrità) e la compatibilità (frequenze utilizzate, potenza di emissione) e “governance”.

Nella consultazione sono emerse posizioni molto distanti fra l’industria che teme i rischi di iper-regolamentazione di un mercato ancora alle sue prime ed imprevedibili battute, che propende per utilizzare le norme già esistenti e ricorrere a processi di standardizzazione affidati al mercato anche attraverso l’azione degli organismi internazionali di standardizzazione (si veda il workshop tenutosi a luglio 2014 co-organizzato dalla Commissione europea e dall’ETSI)¹⁶, ed i consumatori e la società civile che ritengono non negoziabili alcuni valori fondamentali su cui inciderà lo sviluppo del M2M rispetto ad esigenze di efficienza di mercato, e temono gli effetti anticompetitivi e di lock inn dell’affermazione di sistemi proprietari e non standardizzati ed interoperabili che richiedono su questi temi una governance dell’IoT.

FCC sta consultando gli operatori sul punto e Ofcom da un lato ha avviato una consultazione sulla possibilità di usare bande molto alte (sopra i 6 Ghz) per il broadband mobile (5G) (quindi diminuendo la “sete” di banda 700 per i mobili) e dall’altro ha avviato una consultazione sull’internet delle cose che riguarda anche questioni relative alla disponibilità di spettro per l’IoT.

Per ora (nel 2014) Ofcom ha destinato all’IoT piccole fasce di frequenze in banda 800 e 900 (870-876, 915-921).

16

<http://www.etsi.org/news-events/news/808-2014-07-news-release-cross-sector-involvement-is-key-to-standards-for-internet-of-things>. In particolare “ETSI addresses the issues raised by connecting potentially billions of smart objects in the Internet of Things, by developing standards for data security, data management, data transport and data processing. ETSI focuses on interoperable and cost-effective market-driven standards, centred on the oneM2M partnership project which ETSI jointly established with six other standards bodies worldwide”. e che “Some of the key findings of the workshop included the need for clear business cases to propel Internet of Things to the next level of implementation, the demand for legal certainty regarding regulation and privacy issues, the challenge to integrate technologies from many industrial sectors and the necessity to bring together the many standards bodies and consortia working in this field”. Si vedano altresì le conclusioni della consultazione pubblicate nel febbraio 2013 e Europe’s policy options for a dynamic and trustworthy internet of things”, 9 August 2013, <https://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/europe’s-policy-options-dynamic-and-trustworthy-development-internet-things>, e il “The Fifth Annual Internet of Things European Summit di marzo 2014, <http://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/5th-annual-internet-things-european-summit-iot-shaping-tomorrows-european-internet-landscape-3>;

Dal canto suo Agcom già a dicembre del 2013 ha avviato una indagine conoscitiva concernente i servizi di comunicazione machine to machine (Delibera 708/13/CONS del 12 dicembre 2013)¹⁷.

Nell'indagine si evidenzia come per quanto riguarda le infrastrutture fisiche coinvolte nel M2M "secondo alcuni la caratteristica più rilevante riguarda lo spettro con particolare riferimento ai c.d. white spaces (ossia le frequenze assegnate ad operatori ma non utilizzate a livello locale) che potrebbero risultare utili per lo sviluppo di questo mercato emergente"

Tra gli aspetti oggetto di indagine vi è innanzitutto se l'attuale quadro regolamentare sia o meno adeguato, ad esempio se l'IoT rientrano nella disciplina dei servizi di comunicazione elettronica in quanto legati allo sfruttamento della rete di comunicazione elettronica sottostante come avvenuto per il fax o il modem e quindi se sia o meno applicabile il framework comunitario sulle c.e. anche al M2M.

Si evidenzia come "allo stato non risulta che il quadro regolamentare adottato presso gli Stati Membri preveda obblighi riguardanti l'interconnessione e l'interoperabilità".

L'Autorità sottolinea come sia necessario verificare ad esempio *"gli aspetti legati alla sostituzione (fisica o virtuale) delle schede SIM incorporate nei dispositivi M2M. Ciò nella consapevolezza che il controllo sulle schede SIM potrebbe costituire un elemento rilevante per lo sviluppo della concorrenza nel M2M, nonché per l'ingresso sul mercato degli operatori più piccoli"*

1.6 Centralità del DTT

Come si è detto, la transizione alla tv digitale terrestre ha visto impegnati principalmente gli operatori broadcasters storici dell'emittenza in tecnica analogica.

Ulteriore dato caratterizzante della transizione al digitale del nostro paese è il contesto normativo che ha fortemente favorito la diffusione della modalità terrestre quale evoluzione della tv analogica, ad esempio impegnando la concessionaria di servizio pubblico a dotarsi di una propria infrastruttura di rete digitale su frequenze terrestri.

Si è cioè favorita una evoluzione della televisione secondo modelli già noti al passato: televisione principalmente generalista e non interattiva, riproposizione di un modello verticalizzato di fornitore di contenuti ma esteso esclusivamente ai canali tradizionali di distribuzione (broadcasting via etere), rimanendo invece fuori (come operatori, non semplicemente come clienti fornitori di contenuti distribuiti da altri) dalle nuove modalità di distribuzione.

Agli inizi degli anni 2000, mentre, come si è visto, furono effettuate le più importanti scelte normative in materia di televisione digitale, si ricorda che erano presenti sul mercato italiano, da parte di operatori interamente italiani, offerte di televisione broadband (IPTV) totalmente interattiva particolarmente sofisticate ed evolute (alle quali la stessa concessionaria del servizio pubblico partecipava con dei prodotti che costituivano sostanzialmente un primo e molto interessante accesso alle sue teche ed ai programmi storici delle tv pubblica). Peraltro, come noto, il modello di offerta dell'IPTV cui ci si riferisce - conformemente alla versatilità della rete in fibra ottica sulla quale veniva proposto - era di tipo triple play (tv-internet-telefono) per cui la diffusione di

¹⁷ L'indagine, la cui scadenza originaria era di 120 gg è stata prorogata di ulteriori 120 gg con Delibera 407/14/CONS del 29 luglio 2014 e successivamente di altri 45 gg con Delibera 17/15 del 13 gennaio 2015.

quel tipo di offerta televisiva faceva da traino alla diffusione della larga banda ultra-larga da utilizzare poi anche per il normale traffico dati su internet e viceversa l'accesso alla rete a banda ultra-larga in fibra ottica (all'epoca offerta in modalità Fiber to The Home per gli abbonati all'IPTV, dunque "il top" dell'accesso tutt'ora tecnologicamente possibile) dava la possibilità tecnica (uscendo dalla rete managed ed entrando nell'internet aperto) di accedere a qual tipo di offerta televisiva (che sulle normali reti Adsl aveva ancora grosse difficoltà tecniche) e dunque stimolava la domanda per quel prodotto.

La strada intrapresa dal legislatore ha fatto sì che, come è emerso in questa indagine conoscitiva, attualmente la piattaforma DTT ha una copertura del 95% della popolazione e gli italiani destinano 260 minuti della propria giornata ai contenuti distribuiti via digitale terrestre e solo 31 minuti ai contenuti online. La televisione gratuita del digitale terrestre è utilizzata dall'83% degli italiani per informarsi mentre il 34% dei cittadini italiani non ha mai utilizzato internet.

L'evoluzione verso nuovi modelli di fruizione dei contenuti, possibili solo disponendo di un accesso a banda larga e ultralarga su una rete di comunicazione elettronica interattiva (point-to-point) e non realizzabile mediante reti di broadcasting (point-to-multipoint, via satellite o terrestri) se non "appoggiandosi" ed integrandosi con una rete broadband point-to-point, sembra pertanto essere ostacolata oltre che da investimenti nelle reti fisse di nuova generazione, ad oggi ancora insufficienti, anche dalla affermazione di un modello televisivo digitale tradizionale ed a fruizione tendenzialmente passiva, che ha senz'altro rallentato l'alfabetizzazione informatica di una parte consistente della popolazione verso forme più evolute di fruizione dei contenuti audiovisivi digitali e che perciò costituisce un ulteriore ostacolo a quello che è stato definito in questa indagine come uno "switch off verso internet".

2. La disciplina dei servizi di media audiovisivi: premessa

Le considerazioni che seguono si muovono nel solco di un ripensamento generale del quadro di regole applicabili ai servizi di media audiovisivi e radiofonici che, come noto, le istituzioni comunitarie hanno iniziato a intraprendere a partire dal 2013¹⁸.

Il tema di fondo in quella sede è identificare, nei limiti di una ricognizione e tassonomia possibile in un settore caratterizzato da un dinamismo che forse non ha eguali nella storia, in termini temporali assoluti cosa rientri nei servizi di media audiovisivi e più specificamente quali fenomeni interferiscano nel perseguimento di quegli obiettivi tipici dei mass media (intrattenimento, crescita culturale, accesso alle informazioni, pluralismo delle informazioni, contenuti audiovisivi idonei al pubblico cui sono destinati ed alla maturità intellettuale dello stesso etc.) che assumono particolare rilevanza per i cittadini-utenti e che possono richiedere un intervento pubblico (in varie forme e gradazioni come si avrà modo di illustrare) a garanzia della consumer protection.

La disciplina della radiotelevisione e ora di quelli che sono definiti dal legislatore europeo e nazionale come "servizi di media audiovisivi" è sempre stata ispirata a porre dei paletti e dei presidi a tutela di quei valori.

¹⁸ Commissione europea, Libro Verde Prepararsi a un mondo audiovisivo della piena convergenza: crescita, creazione e valori, COM(2013)231 del 24.4.2013

Si tratta ora di verificare, ed è quello che sta facendo la Commissione europea, se alla luce della complessità del mondo digitale, ben rappresentata a questa Commissione Parlamentare nel corso della presente attività di indagine, l'impianto normativo che conosciamo, i suoi confini, i suoi contenuti, sia ancora in grado di assicurare adeguatamente il perseguimento di quei valori, ogni qual volta questi vengano in gioco.

In una Risoluzione del marzo 2014¹⁹ il Parlamento europeo afferma che *“considerando che, per quanto concerne la convergenza tecnica, sono sempre più sfumati i confini tra le questioni di diritto in materia di media e le questioni di politica della rete”* e che *“..è ora necessario che la politica europea in materia di media, cultura e reti adegui il quadro normativo alle nuove condizioni e garantisca la definizione e l'applicazione di un livello di regolamentazione uniforme, anche alla luce di nuovi operatori del mercato provenienti dall'Unione europea e da paesi terzi”*. Per questo Il Parlamento *“pone in luce la necessità di raggiungere un equilibrio tra i diritti e i doveri delle emittenti radiotelevisive e quelli degli altri operatori di mercato, mediante un quadro giuridico orizzontale che valga per tutti i media”* e *“raccomanda la deregolamentazione per i settori della direttiva 2010/13 nei quali gli obiettivi della normativa non sono raggiunti; ritiene invece che debbano essere adottate norme minime comuni per tutti i servizi di media audiovisivi a livello europeo”*

Il principale e più interessante profilo sul quale condurre l'analisi è quello della definizione dei ruoli dei vari player nel mercato digitale: quali soggetti svolgono delle attività tipicamente legate alla fornitura di contenuti (attività editoriali) e quindi hanno una speciale responsabilità per il perseguimento di quei valori sopra richiamati; quali soggetti svolgono attività che comunque possono incidere sui contenuti e pertanto, pur non essendo pienamente e direttamente responsabili, potrebbero comunque essere chiamati a “collaborare” alla realizzazione di quegli obiettivi di consumer protection tipici delle policies sull'audiovisivo; quali i soggetti che invece debbano restare totalmente estranei all'accesso e fruizione dei contenuti audiovisivi ed alla relativa regolazione.

Detto più concretamente, il legislatore, nazionale e comunitario, il quale, come si avrà modo di approfondire meglio in seguito, attualmente ha due impianti normativi fondamentali – quello sui servizi di media audiovisivi e quello che regola le attività di commercio elettronico (ispirate a principi e discipline assai diverse) oltre che lo schema regolatorio delle reti e servizi di comunicazione elettronica, si trova di fronte al dilemma se tener ferma questa partizione o mischiare le carte, secondo varie possibili opzioni: creando una regolazione uniforme e “orizzontale”, utilizzare l'attuale disciplina dei servizi media audiovisivi anche per soggetti che attualmente ne sono al di fuori e che ricadono invece nel regime del commercio elettronico; fare quanto appena descritto ma alleggerendo le molto articolate e pervasive previsioni del quadro normativo sui servizi audiovisivi; individuare “chirurgicamente” degli specifici obblighi da applicare anche a soggetti che non ricadano nella disciplina dei servizi di media audiovisivi ogni qual volta alcune delle attività da essi poste in essere possano avere una qualche rilevanza per il perseguimento degli obiettivi di consumer protection sopra evidenziati.

La prima strada ipotizzata è ovviamente la più semplice ma con ogni probabilità la meno adeguata in quanto produrrebbe una, non ragionata e dunque con ogni probabilità non proporzionata, estensione di obblighi dell'audiovisivo a soggetti nuovi con effetti di

¹⁹ Risoluzione del Parlamento europeo del 12 marzo 2014 sulla preparazione a un mondo audiovisivo caratterizzato dalla piena convergenza (2013/2180(INI))

iper-regolamentazione tendenzialmente nefasti in mercati particolarmente dinamici e innovativi. La seconda strada, ed ancor più la terza, sono invece più complesse, in quanto richiedono una elevata analiticità nella individuazione dei fenomeni rilevanti che necessitino eventualmente di una qualche regolazione.

Questa potrà essere perseguita tramite l'estensione (ma ben ragionata e ponderata) di alcune delle norme dell'audiovisivo o tramite l'individuazione di alcune specifiche e nuove regole.

Senza incidere sull'impianto normativo generale, ed in particolare su quella bipartizione di ruoli e responsabilità di cui si è parlato all'inizio, si potranno in quest'ultimo caso prevedere delle norme specifiche per specifici fenomeni che impongano alcuni comportamenti (ben definiti e soprattutto proporzionati rispetto agli obiettivi) anche a soggetti non appartenenti al settore dei SMAV. Come si è detto, più che costruire una nuova e specifica responsabilità su alcuni nuovi soggetti si tratta di introdurre strumenti normativi volti a spingere verso una cooperazione di questi soggetti per il perseguimento di alcuni valori. Uno strumento che potrebbe allora ben adattarsi al perseguimento di questo obiettivo potrebbe essere l'introduzione di forme di auto o co-regolazione, vale a dire di strumenti regolatori meno invasivi e soprattutto più flessibili.

Sulla base degli orientamenti comunitari sviluppatasi nell'ultimo decennio²⁰, che hanno ammesso come strumento di realizzazione degli obiettivi specificati nelle direttive il ricorso da parte degli stati membri alla formazione negoziale delle norme attuative o integrative delle direttive, l'auto o co-regolamentazione è fenomeno sempre più diffuso.

Si tratta di strumenti regolatori peraltro espressamente richiamati dalla disciplina comunitaria dei servizi media audiovisivi. Del resto "le misure dirette a conseguire gli obiettivi di interesse pubblico nel settore dei servizi di media audiovisivi emergenti sono più efficaci se adottate con il sostegno attivo dei fornitori di servizi stessi" (consid. 44 e art. 4.7, direttiva 2010/13).

Su questa base al livello nazionale si è fatto uso di strumenti co-regolatori ad es. con riferimento ai sistemi tecnici di parental control (34.5 TUSMAR) al codice di autoregolamentazione tv e minori, alle norme attuative dei principi in tema di product placement (art. 40-bis.5 TUSMAR), e dalle modalità di rispetto delle quote di opere europee da parte dei servizi audiovisivi on Demand in relazione all'evidenza data alle opere europee nei cataloghi (L'articolo 44, comma 7 del TUSMAR).

Nella consultazione sul Libro Verde si fanno alcuni esempi di settori e problematiche specifiche che potrebbero essere affrontate con auto o co-regolamentazione.

Ad esempio ai fini della tutela dei minori si potrebbe fare maggior ricorso a tecnologie di controllo "a destinazione" (devices) (tipo DRM) e alla cooperazione tra fornitori di contenuti e piattaforme nella classificazione dei contenuti stessi, unitamente all'educazione alla conoscenza ed uso degli strumenti di identificazione e blocco da parte delle famiglie.

Ofcom a riguardo parla di "*industry – led mechanism*" su base self regulatory che rispetto ad operatori che gestiscano l'accesso ad un contenuto ("*without subjecting them to*

²⁰ Progetto interistituzionale "legiferare meglio" 2003/C, 321/01, par. 18 e ss. E la Comunicazione al Parlamento europeo e al Consiglio "Una migliore regolamentazione per la crescita e l'occupazione nell'Unione europea, COM2005/97 def.

editorial responsibility) li impegni (e li renda responsabili) a consentire e fornire gli strumenti ai fornitori SMAV per la classificazione dei contenuti, ad adottare sistemi che indichino agli utenti quale quadro si applica a quei contenuti e li impegnino a predisporre ed accettare delle procedure di complaints (tipo notice and take down).

Si tratterebbe dunque di passare da un modello di visione passiva della tv generalista ad un modello di visione "partecipativa" in cui l'utente sceglie il contenuto da vedere. Da questo potrebbe discendere una "delega" all'utente stesso di alcune funzioni di consumer protection storicamente affidate in modo un po paternalistico alla regolamentazione e controllo pubblico sugli editori dei mass media. In buona sostanza il compito del legislatore/regolatore potrebbe evolversi in quello di mettere in mano all'utente dei buoni ed efficaci strumenti di autotutela.

L'esigenza di una rilettura del quadro regolamentare sui servizi di media audiovisivi alla luce delle evoluzioni tecnologiche è peraltro emersa a livello nazionale nella recente conclusione da parte dell'Agcom dell'indagine conoscitiva sulla "Televisione 2.0 nell'era della convergenza" che ha voluto *"verificare la coerenza della regolamentazione esistente con le dinamiche di un mercato in profonda evoluzione. L'indagine ha fatto emergere l'esistenza di asimmetrie normative tra la televisione lineare e i nuovi servizi offerti via internet e la necessità di ridefinire gli aspetti salienti dell'attuale disciplina"* (comunicato stampa Agcom del 13 gennaio 2015 ed in particolare dichiarazioni del Commissario Antonio Martusciello)

Nelle azioni future vi sarà da un lato una indagine conoscitiva relativa alle opere europee.

L'Autorità in particolare evidenzia come *"La produzione audiovisiva europea e indipendente è particolarmente interessata dai mutamenti strutturali del mercato televisivo. Tale settore presenta un impianto giuridico non in linea con l'evoluzione tecnologica e ciò determina potenziali inefficienze, come dimostra il sempre crescente numero di istanze di deroga che l'Agcom riceve. Di conseguenza l'Autorità ha deciso di avviare su tale settore una specifica indagine conoscitiva"*

Dall'altro, secondo i piani dell'Autorità, una razionalizzazione del complesso di delibere che disciplinano il settore (partendo come dies a quo dal 2009), che giungerà all'elaborazione di un Testo Unico, sarà occasione di confronto con tutti gli operatori (anche grazie alla consultazione cui sarà sottoposto tale progetto di razionalizzazione regolamentare) per un ripensamento ed aggiornamento della normativa regolamentare sui SMAV.

"Gli interventi dell'Autorità sono legati tra loro dalla comune esigenza di pervenire, attraverso il confronto con tutti gli operatori del mercato, ad un continuo aggiornamento della regolazione di settore dei servizi audiovisivi nel segno della proporzionalità ed efficienza, in coerenza con il processo di evoluzione della normativa dei media audiovisivi in atto anche in Europa e nell'ottica di garantire sempre di più gli interessi degli utenti e la corretta competizione tra le imprese".

2.1 L'attuale regolazione dei servizi di media audiovisivi

La complessità dei fenomeni sopra descritti e che caratterizza la circolazione dei contenuti audiovisivi in ambiente digitale sul piano delle norme deve allo stato fare i conti su un quadro di regole fondato sostanzialmente su tre diversi pilastri. Da un lato la

disciplina dei mezzi tecnici vale a dire della connessione e dei servizi correlati ad essa. Si tratta come noto (e come si è in parte già visto) di una disciplina di derivazione principalmente comunitaria, che risale al momento del superamento dei monopoli pubblici nei servizi di telecomunicazione e che proprio per questo, ha come principale preoccupazione la garanzia di un esito competitivo dei mercati delle reti e servizi di comunicazione elettronica (dettando un complesso sistema di contrappesi al potere di mercato delle imprese, c.d. asimmetrie regolamentari nel presupposto che l'intervento ex post del diritto della concorrenza non sia (ancora) in grado di garantire in pieno un contesto competitivo che assicuri il massimo benessere dei consumatori. A questa finalità principale si affianca quella di garantire alcuni interessi generali (come la garanzia di un accesso universale) anche in un contesto competitivo (in quei contesti di fallimento di mercato, dove cioè la tutela di alcuni valori di interesse generale non sia naturalmente assicurata dall'operare delle forze di mercato. Il quadro di regole sopra sinteticamente descritto dal 2002 si estende anche a tutte le reti ed i sistemi utilizzati per la circolazione dei contenuti digitali. E' un insieme di regole che è stato in parte riformato nel 2009 e che potrebbe forse essere ulteriormente modificato dalla controversa proposta di Regolamento del Pe e del Consiglio sul Telecom Single Market. Come si è accennato il quadro sulle comunicazioni elettroniche contiene norme che potrebbero risultare utili nel disciplinare anche nuove attività del mondo digitale dei contenuti ma che allo stato scontano dei limiti "genetici" relativi al campo di applicazione.

Alla disciplina dei mezzi tecnici si affianca quella di alcune attività che si svolgono in rete. Si tratta del quadro, anche qui armonizzato a livello europeo, dettato per disciplinare le attività di commercio che si svolgono in rete (quali possono essere ad esempio, proprio le offerte di contenuti audiovisivi e radiofonici).

Il quadro normativo sul commercio elettronico si fonda come noto, delimitandone il campo di applicazione, sul concetto di servizio della società dell'informazione che sostanzialmente si riferisce a fenomeni connotati da quattro requisiti fondamentali: che realizzino scambi di beni e servizi dietro corrispettivo, che siano prestati a distanza, che avvengano su reti elettroniche, e siano forniti a richiesta.

La disciplina è relativamente semplice e leggera. Non è prevista un'autorizzazione²¹ per l'esercizio dell'attività, vie è una scarsa disciplina dei contenuti (trasparenza del fornitore, trasparenza e correttezza pubblicità) ed un regime di generale irresponsabilità per le informazioni fornite da terzi e meramente trasportate o memorizzate (intermediari).

La disciplina dei servizi di media audiovisivi costituisce il terzo pilastro cui si faceva riferimento. Questa nasce dal ventre della tradizionale disciplina del broadcasting (diciamo un broadcasting 2.0) e ne assume contenuti e caratteristiche. In particolare, trattandosi di attività che toccano diritti fondamentali, l'intervento comunitario non ne è la fonte unica ma convivono (spesso in forte tensione) norme nazionali (storicamente preesistenti rispetto a quelle comunitarie introdotte a partire dal 1989) con norme comunitarie. Si è già detto delle basi incerte sulle quali poggia il fondamento giuridico dei poteri normativi comunitari, specie con riferimento ad alcuni temi specifici toccati dalla disciplina di settore e del progressivo tentativo delle istituzioni comunitarie di ricostruire una loro legittimazione in materia (facendo leva ad esempio sui nuovi diritti fondamentali che fanno ormai parte del diritto dell'Unione).

²¹ Art. 6.1 del Dlgs2003/70: "L'accesso all'attività di un prestatore di un servizio della società dell'informazione e il suo esercizio non sono soggetti, in quanto tali, ad autorizzazione preventiva o ad altra misura di effetto equivalente"

Nello specifico il contesto di regole che si applicano ai servizi di media audiovisivi presuppongono che oggetto di regolazione sia un fenomeno ben identificato.

Il servizio di media audiovisivo viene difatti definito come relativo ad una comunicazione di massa (destinate al “grande pubblico”); che avviene su reti di comunicazione elettronica; al fine di intrattenere, educare, informare (è esclusa la corrispondenza privata, i servizi che non forniscono programmi, come nel caso in cui i contenuti audiovisivi siano meramente accidentali o le attività dei motori di ricerca); deve consistere nello svolgimento di attività economiche²² ; deve essere attività in concorrenza per lo stesso pubblico con la radiodiffusione televisiva (TV-Like) (per cui nelle norme si escludono siti privati e servizi di UGC); deve ovviamente consistere in immagini in movimento (di qui la distinzione con i “servizi radiofonici”. I servizi dati associati alle immagini in movimento come EPG o i sottotitoli possono essere considerati SMAV; non lo sono invece i servizi testuali autonomi); può essere offerto in modalità lineare (quindi televisione analogica e digitale, la trasmissione continua in diretta quale il live streaming, la trasmissione televisiva su Internet quale il webcasting e il near video on demand) o a richiesta; deve sussistere una responsabilità editoriale che si estrinseca nel (ed è conseguenza del) controllo effettivo sulla selezione e organizzazione dei programmi in un palinsesto o in un catalogo. La Direttiva si applica fatte salve le deroghe di responsabilità della direttiva 2000/31. Gli Stati possono precisare il concetto di controllo effettivo; rientra fra i SMAV la comunicazione commerciale audiovisiva²³ .

L’oggetto della regolazione dei SMAV come noto concerne una molteplicità di aspetti la cui disciplina realizza gli obiettivi tipici delle policies in tema di mass media (crescita culturale, intrattenimento, accesso alle informazioni, pluralismo delle informazioni, contenuti audiovisivi idonei al pubblico cui sono destinati ed alla maturità intellettuale dello stesso etc.). Aspetti assai delicati che storicamente hanno visto un intervento pubblico (in varie forme e gradazioni come si avrà modo di illustrare) a garanzia della consumer protection.

La disciplina dell’attività dei fornitori di contenuti audiovisivi e distribuzione come noto ha già subito (nel 2007 in Europa e nel 2010 da noi) una sorta di risistemizzazione endogena per adeguarla all’evoluzione tecnologica. Il legislatore (comunitario innanzitutto) di fronte alla comparsa di nuove modalità di circolazione dei contenuti (che potevano essere trasmessi in rete e richiesti individualmente e non più solo radiodiffusi via etere) ed alla scelta di fondo di considerarle equiparabili alle forme già note, ha cioè operato uno screening analitico del pacchetto di disposizioni esistenti verificando, in relazione alle differenti caratteristiche dei fenomeni, quali norme dovessero applicarsi a chi.

Così nel quadro della riforma del 2007 sono stati estrapolati un insieme di obblighi che si applicheranno a tutti i fornitori di SMAV; una serie di norme disegnate specificamente

²² Come si è visto, è proprio l’identificazione delle attività radiotelevisive ed in genere audiovisive come servizi (anche per la tv gratuita, che pur sempre vende spazi pubblicitari), oltre alla valenza transfrontaliera di tali attività, a costituire il più solido fondamento per le competenze comunitarie in materia, che possono muoversi così – nel processo di armonizzazione - sull’agevole terreno della libertà di circolazione dei servizi.

²³ Si vedano le definizioni contenute negli art. 1.1.a.i) e c) della Direttiva 2010/13 nonché i consideranda 16 e 18 della Direttiva 2007/65 e l’art. 2.1.a e h del TUSAMR

per i servizi a richiesta (i.e. che articolano il perseguimento di alcuni obiettivi generali trovando il meccanismo più adatto per perseguirli con riferimento a quella specifica modalità/tecnologia); infine alcune norme si applicheranno esclusivamente alle trasmissioni lineari, quindi ai servizi consistenti nel tradizionale broadcasting o in forme analoghe ad esso (ad esempio perché i contenuti lineari vengono diffusi su reti elettroniche diverse da quelle classiche operanti su frequenze terrestri o satellitari).

Le norme applicabili a tutti i fornitori di servizi di media audiovisivi in particolare sono quelle che riguardano innanzitutto la regolazione dell'accesso al mercato.

A differenza che per le attività di commercio elettronico, nel diritto interno qualunque attività di fornitura di servizi di media audiovisivi è soggetta ad un procedimento autorizzatorio, sia pure articolato secondo gradazioni assai diverse. Oltre alle attività tradizionali su frequenze terrestri o via satellite sono ora soggette ad autorizzazione dell'Autorità sia la diffusione lineare via web o IPTV che l'offerta di cataloghi audiovisivi on Demand (in quest'ultimo caso basta una Scia). Entrambe le attività sopra descritte (tv lineare via web e OnDemand) comportano gli obblighi di tenuta del Registro dei programmi, di iscrizione al Registro degli Operatori di Comunicazione oltre che il rispetto di una serie di obblighi (in tema di garanzie degli utenti e dei diritti d'autore, responsabilità e rettifica, comunicazioni commerciali quote di emissione e produzione di pere europee e produttori indipendenti e tutela dei minori) secondo l'articolazione che si vedrà fra breve

Chi già è autorizzato a trasmettere reti di diffusione terrestre, via satellite o di distribuzione via cavo può operare il simulcast su altri mezzi con una semplice notifica al Ministero. D'altro canto, chi sia già autorizzato alla trasmissione lineare su altri mezzi, sempre previa notifica al Ministero, può diffondere i programmi in simulcast su reti satellitari o di distribuzione via cavo. Stesso regime vale per la memorizzazione in cataloghi a richiesta di trasmissioni già diffuse (cd. Catch up tv)

Non rientrano nei servizi SMAV e nel relativo regime autorizzatorio i siti internet privati e i servizi consistenti nella fornitura o distribuzione di contenuti audiovisivi generati da utenti privati che provvedono alla selezione e all'organizzazione dei contenuti medesimi a fini di condivisione o di scambio nell'ambito di comunità di interesse, *“tranne nel caso in cui sussistano, in capo ai soggetti che provvedono all'aggregazione dei contenuti medesimi, sia la responsabilità editoriale, in qualsiasi modo esercitata, sia uno sfruttamento economico.”*²⁴

In genere l'attività di comunicazione e di messa a disposizione di contenuti audiovisivi attraverso internet è libera.

I fornitori di servizi di media audiovisivi lineari via web o a richiesta legittimamente stabiliti in un altro Paese Membro e in questo legittimamente esercenti possono operare liberamente in territorio italiano senza titoli abilitativi nazionali²⁵.

Le norme applicabili a tutti i fornitori di servizi di media audiovisivi in particolare riguardano Principi di trasparenza sulla identificazione del fornitore di servizi, principi sul contenuto dei programmi (già presenti per il broadcasting nelle precedenti direttive:

²⁴ Cfr. Delibere Agcom nn.606 e 607 del 2010.

²⁵ Conformemente al già richiamato principio di stabilimento ed al mutuo riconoscimento delle trasmissioni provenienti da operatori stabiliti in altro Paese membro.

incitamento all'odio, rispetto diritti d'autore etc.), principi sul contenuto della pubblicità (già presenti per il broadcasting nelle precedenti direttive: trasparenza, prodotti che non possono formare oggetto di messaggi, tutela dei minori, rispetto della dignità umana etc.), regime delle sponsorizzazioni (indipendenza del programma, trasparenza etc.), regime del product placement (nuovo, Art. 11 della Direttiva e 40-bis del TUSMAR)

Vi sono poi norme esclusivamente destinate ai servizi di media audiovisivi a richiesta e riguardano il regime dei programmi che nuocciono gravemente ai minori (vietati ai minori di 18 anni o che nuocciono gravemente ai minori: possono essere trasmessi, a differenza che nei servizi lineari, ma associati a strumenti di parental control) ed il regime delle quote europee dove la Direttiva prevede un meccanismo di flessibilità (scelta tra il sistema della diffusione quello dell'investimento e/o del rilievo dato alle opere) e a livello nazionale si è optato per un meccanismo parimenti flessibile, che lascia agli operatori la scelta fra diffusione (quota del 20% di prodotto nei cataloghi) e investimento (5% dei ricavi) e demanda ad una definizione in via co-regolamentare i criteri per l'operatività del sistema del rilievo nei cataloghi, che consentirà una riduzione fino ad un quinto degli obblighi ²⁶.

La regolazione più consistente ed articolata riguarda chiaramente le norme esclusivamente applicabili alle trasmissioni televisive lineari. Queste toccano aspetti come il regime degli eventi di particolare rilevanza (che devono essere trasmessi su canali liberamente accessibili in alcuni casi necessariamente in diretta in altri anche in differita), le garanzie di accesso ad eventi di interesse pubblico trasmessi in esclusiva per brevi estratti di cronaca, le quote di investimento e promozione di opere europee e produzioni indipendenti, il regime della pubblicità televisiva (interruzioni e affollamenti) i presidi a tutela dei minori (il divieto di trasmettere programmi che "nuocciono gravemente" ai minori ed il regime delle fasce protette o l'adozione di sistemi di parental control per i programmi che "nuocciono" ai minori (vietati ai minori di 14 anni) e la presenza di simboli acustici che precedono il programma o visivi durante tutto il programma se i programmi sono trasmessi in chiaro)²⁷, il regime relativo al diritto di rettifica.

La ratio di una diversa disciplina fra i servizi lineari e quelli a richiesta, oltre che essere motivata dall'esigenza di adattare alcune prescrizioni alle specificità tecniche e di modalità di fruizione dei contenuti On Demand è chiaramente espressa nel considerando 42 della Direttiva 2007/65 dove si afferma che " *I servizi di media*

²⁶ L'articolo 44, comma 7 del TUSMAR assegna all'Autorità il compito di dettare norme di dettaglio sull'applicazione della disciplina relativa alle quote di opere europee con riferimento ai servizi a richiesta, utilizzando procedure di co-regolamentazione. La Delibera AGCOM 526/14, modifica l'art. 4-bis della Delibera 66/09 introducendo il criterio della rilevanza data alle opere europee nei cataloghi dei servizi on demand, quale parametro da utilizzare per la verifica del rispetto delle quote e che, a seconda della rilevanza data alle opere, consente una riduzione fino ad un quinto dell'obbligo generale (più del 50% delle ore complessive di prodotto presenti nei cataloghi). Le modalità per attribuire rilevanza alle opere europee nei cataloghi e la relativa valorizzazione dovrà avvenire e sarà valutata sulla base di criteri definiti in via co-regolamentare da un tavolo tecnico istituito dall'Allegato B della a Delibera stessa. E' del 29 gennaio la proroga dei termini (originariamente 90 giorni) per i lavori del Tavolo tecnico previsto dalla citata Delibera del 2014.

²⁷ Si veda l'art. 27 della Direttiva 2010/13 e il Dlgs 120 del 2012.

audiovisivi a richiesta si differenziano dalle emissioni televisive per quanto riguarda la possibilità di scelta e il controllo che l'utente può esercitare nonché in relazione all'impatto che anno sulla società. (.....) Tale situazione giustifica l'imposizione di una regolamentazione più leggera sui servizi di media audiovisivi a richiesta, che dovrebbero rispettare solamente le norme di base della presente direttiva"

Il ruolo maggiormente attivo nella fruizione del contenuto da parte dell'utente costituisce pertanto, secondo questa impostazione, il presupposto per un livello più basso di garanzie per quest'ultimo e una regolazione meno intrusiva.

Sul punto, nell'ambito della consultazione comunitaria cui si è più volte fatto riferimento, sono state espresse posizioni articolate ad assai differenti fra loro. Vi è difatti chi ha ritenuto superata la distinzione (e la conseguente diversa regolazione) fra servizi lineari ed a richiesta sostenendo che l'esperienza del consumatore sia ormai la medesima e che una diversa regolazione creerebbe asimmetrie e distorsioni della concorrenza (ad esempio in tema di pubblicità). Di quest'avviso è anche il Parlamento europeo che nella citata Risoluzione di marzo del 2014 ha esortato *"la Commissione a garantire, eliminando la regolazione riguardo alle disposizioni quantitative in materia di pubblicità per i contenuti audiovisivi lineari, una più efficace realizzazione degli obiettivi della direttiva 2010/13"* grazie ad una maggiore flessibilità e co-regolamentazione/autoregolamentazione.

D'altro canto si è invece sostenuto che l'attuale distinzione (ed articolazione della disciplina) dovesse essere rivista in quanto i servizi a richiesta sarebbero attualmente sottoregolati (ad esempio andrebbero inserite nelle EPG delle safe zones soggette a standard minimi più elevati di quelli attuali che si applicano ai servizi VoD).

Vi è invece chi facendo sostanzialmente leva sugli argomenti di cui al citato considerando 42 della Direttiva 2007/65, ha sostenuto l'attualità della distinzione e della disciplina vigente.

2.2 La filiera di internet

Di seguito ci occuperemo della nuova articolazione della filiera che coinvolge la distribuzione di contenuti audiovisivi e informativi via internet, tralasciando gli aspetti relativi alla governance di internet, aspetto sul quale molto si discute e che ha visto recentemente affermarsi, da parte dell'unanimità del Consiglio europeo sulle telecomunicazioni del 27 novembre scorso sotto la Presidenza italiana, la posizione del nostro Paese, portata in Consiglio dal Sottosegretario del MISE con delega alle comunicazioni, Antonello Giacomelli, tesa ad una soluzione fondata su un approccio multistakeholder che coinvolga il più ampio numero di portatori di interessi nella riforma degli organismi di governance attuali, evitando così una contrapposizione tra storica gestione di internet, di origine nordamericana, e nuovi ed alterativi modelli europei.²⁸

²⁸ In particolare il Consiglio afferma *"that the governance of Internet is expected to include all stakeholders in order to duly take into account the interests of all of them, including governments, the private sector, the technical community and the civil society"* *"encouraging all stakeholders to strengthen existing Internet governance mechanism to allow regular, early and truly inclusive upstream participation"*. Questo dovrà avvenire *"strengthening ICANN accountability and providing for effective and affordable means of redress, with adequate guarantees of independence"*.

Se il passaggio dalla televisione analogica a quella digitale ha reso più articolata la catena del valore nella circolazione dei contenuti audiovisivi (con la distinzione fra operatore di rete, fornitore di servizi associati, quali sistemi di accesso condizionato, guide elettroniche dei programmi etc., e fornitore di contenuti) la distribuzione di contenuti audiovisivi nel contesto della piena convergenza digitale fra reti, servizi ed apparati e il conseguente sempre più frequente uso di internet quale protocollo e architettura per la loro veicolazione, rendono ancor più complessa la filiera ed hanno creato spazi per nuove funzioni e nuovi operatori. Il contenuto una volta prodotto può prendere innumerevoli strade per raggiungere l'utente, ognuna delle quali può fondarsi su modelli di business specifici, su operatori di accesso o di intermediazione peculiari e su apparecchi e software destinati a quella particolare modalità di accesso e fruizione. Provando ad operare una sintesi al limite della semplificazione potremmo dire che le funzioni di navigazione e selezione dei contenuti sono passate dai pochi numeri di un semplice telecomando (il "motore di ricerca" dei contenuti audiovisivi analogici) alle complesse guide elettroniche dei programmi (EPG) della tv satellitare e poi di quella digitale terrestre o della IPTV (cioè piattaforma chiusa ma su protocollo IP), ai sistemi di reperimento nella veicolazione via internet quali i widget delle applicazioni di tv connessa o le apps dei telefoni cellulari o i motori di ricerca o gli aggregatori in genere (come le piattaforme di UGC che offrono contenuti audiovisivi).

Più specificamente si può dire che il contenuto audiovisivo una volta prodotto possa "imboccare" la strada di una rete managed oppure (o al contempo o in momenti diversi) indirizzarsi verso l'internet unmanaged.

In genere nella vita "digitale" di un contenuto sono ravvisabili le quattro funzioni fondamentali comuni ai media tradizionali, vale a dire la produzione, aggregazione, distribuzione e fruizione cui si aggiungono due nuove funzioni: l'attività del service provider che entra nella catena di distribuzione e grazie ad un proprio servizio tecnico vende l'accesso al contenuto all'utente finale e la navigazione e/o selezione.

Ciò che cambia nelle nuove forme di circolazione dei contenuti è il modo in cui tutte queste fasi si articolano nel dettaglio e come si intersechino fra di loro.

Prendendo ad esempio un broadcaster (editore) che diffonda il suo contenuto in modalità lineare su frequenze terrestri. Il contenuto però può successivamente essere memorizzato su un server di un fornitore di servizi che fornisce agli utenti finali una rete di accesso e una piattaforma televisiva proprietaria e chiusa (managed) che consente agli utenti, fra l'altro, di accedere attraverso l'EPG residente nel set top box fornito dal fornitore di servizi televisivi e collegato ad un televisore, ad una sezione di contenuti on-demand (tra cui le emissioni del broadcaster di cui sopra in modalità catch up ad esempio). L'emissione originaria del broadcaster può altresì essere memorizzata su un server di un internet service provider che ospita il sito internet del broadcaster. In questo caso il contenuto viaggia su un sistema unmanaged (Over The Top) e l'utente finale accede al contenuto tramite una normale connessione all'internet aperto (utilizzando la digitazione dell'indirizzo IP o tramite un motore di ricerca che tra i risultati consenta, cliccando, di "atterrare" su quell'indirizzo IP). A metà strada tra queste due opzioni si pone quella (che utilizza sempre come veicolo l'internet aperto) caratterizzata dal fatto che il fornitore di contenuti intermedia l'accesso al suo contenuto inserendolo in una App alla quale poi lega l'utente finale (in quanto venga scaricata su un telefono cellulare, su un tablet, su un pc o venga inserita e visualizzata in una offerta di tv connessa alla quale l'utente acceda dal suo televisore dotato di una connessione internet

e bypassando in questo caso l'offerta – su rete managed - del fornitore di servizi televisivi di cui sopra.

Come si vede dunque il momento cruciale dove si gioca la partita dell'accesso dell'utente finale al contenuto nei media tradizionali analogici era l'accesso alla risorsa tecnica per trasmettere (frequenze) in quanto la disponibilità di una rete tecnica di accesso era condizione necessaria e sufficiente che assicurava la “consegna” (e la visione) del contenuto all'utente finale. Nella tv digitale il problema si sposta sull'accesso alla capacità trasmissiva degli operatori di rete da parte dei fornitori di contenuti. Il tema dell'accesso alle risorse di rete continua ad essere rilevante nell'ipotesi di operatori direte integrati verticalmente con l'offerta editoriale ma anche in questo caso, come si è visto, dato l'eccesso di capacità in mano a tali operatori permane una area in cui rileva anche il rapporto fra gestori di capacità ed editori richiedenti accesso a quella capacità. Laddove poi la distribuzione dei contenuti contempra un'ulteriore intermediazione da parte di un fornitore di servizi televisivi (per caratteristiche tecniche, modelli di business etc.) alla rete tecnica di diffusione/distribuzione del segnale si aggiungono alcune risorse tecniche ulteriori necessarie per consentire all'utente l'accesso al servizio (Set top box proprietari, sistemi di accesso condizionato, API, EPG proprietari del fornitore di servizi televisivi). L'apertura e l'accesso a tali ulteriori risorse tecniche sarà così un elemento rilevante sia sul piano concorrenziale per garantire l'accesso al mercato da parte di fornitori di servizi televisivi concorrenti sia, nell'ipotesi di integrazione verticale tra fornitura di servizi televisivi e attività editoriale, per l'accesso dei contenuti agli utenti finali.

Nella strada unmanaged della distribuzione via internet, nell'ipotesi cioè dove l'accesso alla rete tecnica di distribuzione del contenuto – una rete di comunicazione elettronica che in banda più o meno larga consenta l'accesso interattivo ad internet – il sistema consente tendenzialmente l'accesso a tutti i contenuti disponibili in rete e non solo a quelli selezionati da un fornitore di servizi televisivi (come nel caso del satellite) o da un gestore di capacità trasmissiva (come nel caso del DTT).

I momenti rilevanti ai fini dell'accesso ai contenuti si spostano pertanto dalla fase di distribuzione del segnale (vecchia tv analogica ed in parte tv digitale terrestre) e da quella di accesso ad un servizio chiuso di offerta televisiva (modello della tv via satellite o delle reti di IPTV) a quella di navigazione e selezione dei contenuti disponibili sull'open internet.

Qui gli snodi fondamentali che incidono sul management del contenuto divengono tre. La aggregazione di contenuti in un sito o in un portale di fornitori di servizi video online, (come Youtube); l'aggregazione e offerta di contenuti in una specifica Applicazione (e la combinazione di più Apps in una offerta e/o la selezione delle Apps negli stores), la selezione dei contenuti attraverso l'algoritmo di un motore di ricerca.

A stretto rigore dunque l'assenza totale di management del contenuto sembra si realizzi esclusivamente con la digitazione di uno specifico indirizzo IP (laddove conosciuto dall'utente) sulla apposita stringa dell'interfaccia grafica di ciascun browser.

Mentre l'accesso alle reti tradizionali di distribuzione dei servizi di media audiovisivi (a meno che non integrate da connessioni internet) consente un accesso ai contenuti esclusivamente “gestito”, la disponibilità di una connessione a banda larga, sia fissa che mobile, permette teoricamente tutte le forme e di accesso e gradazioni di intermediazione che si sono sopra descritte, fino anche a modalità che escludono qualsiasi forma di intermediazione.

Dal punto di vista delle risorse economiche l'evoluzione dai media tradizionali a queste nuove e molteplici forme di distribuzione dei contenuti audiovisivi sembra comporti una evoluzione che partendo dalla centralità della pubblicità si sposta verso il modello su abbonamento tipico della pay tv per evolvere ulteriormente verso nuovi modelli di business che ad esempio legano l'accesso a internet alla offerta di contenuti (si vedano in particolare alcune offerte che stanno prendendo piede nella telefonia mobile dove operatori mobili dovrebbero offrire contenuti video, come Sky per Telecom o audio come Spotify per Vodafone o Napster per Wind ai loro utenti, in questo caso aumentando il traffico dati ed entrando direttamente nel mercato della distribuzione dei contenuti, anche al fine di incrementare i margini che ormai sulle tariffe voce nel mobile sono al minimo²⁹)

Gli effetti di quanto sopra descritto potranno essere molteplici. Ad esempio la dipendenza dei fornitori di contenuto dalle reti di accesso tradizionali (reti managed) potrà diminuire in ragione del fatto che vi è l'ulteriore via Over the Top (via web, nelle varie forme che si sono esaminate) che il contenuto può prendere. Dal punto di vista strettamente infrastrutturale, come si è detto, i contenuti, proprio per fruire di queste nuove possibilità di distribuzione avranno bisogno di connessioni internet. Come si è visto, infine, i contenuti potranno dipendere sempre più spesso non dall'accesso alla capacità trasmissiva oppure ad un bouquet di offerta tv ma nell'inserimento e nella promozione negli stores della App. Al tempo stesso le Apps (e conseguentemente i contenuti che veicolino) dipenderanno dall'interoperabilità fra applicazioni e stores e devices spesso, come si dirà, legati ad uno specifico hardware e suo sistema operativo.

Occorre infine tener presenti anche alcuni fenomeni che possono imprimere una direzione piuttosto che un'altra con riferimento alla circolazione dei contenuti ed al ruolo dei soggetti coinvolti. Ad esempio si evidenzia come la diffusione dell'accesso ad internet in mobilità non sia neutra, in quanto attraverso gli smartphone l'accesso ad internet avviene spesso attraverso le Apps e molto meno utilizzando il search. Questo dunque incide sulla centralità dei servizi search e aumenta progressivamente la centralità delle App e degli app store³⁰.

Tutto questo groviglio di interrelazioni (così come quelle più semplici del mondo dei media tradizionali) può essere affrontato da una triplice angolazione. L'impatto che può produrre sull'esito competitivo dei mercati interessati; l'impatto che può produrre su alcune libertà fondamentali; l'impatto che può produrre sul perseguimento di alcuni obiettivi di interesse generale che storicamente sono perseguiti dalle politiche sui media.

Sotto il primo profilo è cruciale valutare in quali nuove fasi ed attività legate alla circolazione dei contenuti possa crearsi potere di mercato (dovuto ad es. al possesso di assets fondamentali, all'esistenza di forti effetti di rete, a sistemi che realizzino un lock in degli utenti ad esempio per scarsa interoperabilità di hardware o software etc.) che potrà essere utilizzato in chiave di foreclosure della concorrenza e dell'innovazione successiva. Questo è chiaramente il terreno di un attento vaglio ex post del diritto della

²⁹ cfr. "Mobile, la sfida è la tv" di Stefano Carli su Affari e Finanza, 19.1.2015 Questo, si osserva, potrebbe anche influenzare l'interesse a future gare per l'assegnazione di diritti di spettro.

³⁰ cfr. Indagine conoscitiva sul settore dei servizi internet e sulla pubblicità online, Delibera 19/14/CONS, p. vi

concorrenza o di una introduzione o ritardatura della regolamentazione di settore avente funzione pro-competitiva.

Occorre innanzitutto osservare che, rispetto al mondo dei media tradizionali, il mondo della rete aperta è caratterizzato da alcune specificità tecnico-economiche. Come la rete telefonica tradizionale, internet è una piattaforma a rete, vale a dire un sistema che mette in relazione biunivoca i soggetti. Questo fa sì che sia caratterizzata da economie di scala e di scopo e da effetti di rete diretti e indiretti (il valore e l'utilità del sistema, invece di saturarsi, aumenta con l'aumentare dei soggetti che ne fanno parte e più soggetti fanno parte della piattaforma più si svilupperanno prodotti e servizi compatibili con quella piattaforma).

Se nei media tradizionali il consolidamento dell'industria si è avuto principalmente tra fornitori di contenuto ed operatori di rete, nel mondo di internet si assiste invece ad una progressiva integrazione fra servizi e tecnologie di accesso ed uso di internet da parte della base di utenti.³¹

I principali operatori mondiali mostrano infatti una tendenza all'integrazione verticale fra diverse attività: dai devices (specie mobili) usati per la navigazione ai sistemi operativi di questi ultimi, ai browser (essenziali per monitorare le sessioni di navigazione degli utenti ed acquisire dati per la profilazione), ai servizi di ricerca, ai social network, ai portali e last but not least all'intermediazione nella raccolta pubblicitaria (ad network, ad exchange etc.).

In particolare la grande disponibilità di audience (i contatti generati dai servizi generalisti di accesso ad internet quali portali o motori) unita a forme di controllo sui dispositivi di accesso e relativi software ed alla possibilità di acquisire rilevanti dati sulle attività in rete degli utenti nonché la disponibilità di questi dati nell'offerta di spazi pubblicitari possono creare una significativa concentrazione dal lato dell'offerta di spazi e quindi di un mercato concentrato delle risorse economiche della rete (quelle pubblicitarie sono le prevalenti). Questo, da un lato può creare i presupposti per l'esercizio di un leverage su mercati a valle o a monte o contigui (come nuovi servizi, contenuti etc.) dall'altro può incidere sulla quantità e qualità dei contenuti informativi in rete (che concorrono sul medesimo mercato della raccolta di portali, aggregatori motori e social, a differenza dei servizi di media audiovisivi che si rivolgono al diverso mercato della raccolta offline)³² e di conseguenza sul tasso di pluralismo.

Con riferimento specifico all'offerta via internet di servizi e contenuti l'Agcom in una indagine conoscitiva conclusa a febbraio dello scorso anno³³ ha ricostruito il mercato dell'offerta via internet di servizi e contenuti web come comprendente sia servizi e contenuti verticali (come servizi specializzati che rispondono al bisogno specifico di informazione ed intrattenimento, potremmo dire "tematici del web", come Youtube, Netflix, Spotify, Rainet, Skygo etc. che orizzontali) sia servizi e contenuti orizzontali

³¹ Cfr. Agcom, IC sui servizi internet e sulla pubblicità online, cit.

³² Nel quale va ricompreso anche la diffusione di servizi di media audiovisivi tramite web sia lineari che a richiesta (come per le offerte di catch up tv), stante la differenza del prodotto pubblicitario che può essere offerta su questi ultimi e su spazi invece tipici di internet quali siti, portali, motori di ricerca etc.

³³ Indagine conoscitiva sul settore dei servizi internet e sulla pubblicità online, cit.

(portali, motori di ricerca, social network, quei servizi cioè che costituiscono la porta di accesso ad internet e servono a indirizzare e smistare tutte le richieste dell'utente che si rivolge al web, come ricerca, acquisto, intrattenimento, socializzazione etc. , offerta che potremmo definire come "generalista del web").

Questo mercato a valle sarebbe influenzato notevolmente dalle dinamiche del mercato a monte costituito dai devices di navigazione (desktop, pc portatili, tablet, Smartphone) dal Sistema operativo di questi apparati (che contiene le interfacce per tradurre le istruzioni delle Apps all'apparecchio, le c.d. API), dal browser e dalle applicazioni che lavorano "on top" del sistema operativo.

Ed il mercato a monte appena descritto, come si è detto caratterizzato da forti esternalità di rete, tenderebbe alla concentrazione.

In particolare la tendenza alla concentrazione tra sistemi operativi ed applicazioni è "storica" nei sistemi fissi (si pensi ai casi antitrust che hanno riguardato l'integrazione fra Windows e Internet Explorer o windows media player). Quella tra sistema operativo e devices (oltre ad essere stata la caratteristica della storia della Apple, che ha sin dall'inizio legato il software in genere (sia SO che applicazioni) ai suoi devices è ora espressa dalle strategie di espansione nel mondo dei devices di Google (Motorola ma soprattutto Samsung)³⁴ e di Microsoft (Nokia). Google però sul piano dei sistemi operativi adotta uno schema aperto, essendo Android un software open source potenzialmente a disposizione di tutti i produttori di apparati.

Quanto ai browser, ad esempio, sia Google che Microsoft come noto si sono dotati dei propri software di navigazione sottolineando l'importanza di un controllo sul browsing per acquisire i dati sulla navigazione.

I dati comunque testimoniano un certo dinamismo detenendo (2014) Google Chrome il 32% del mercato mentre Internet Explorer sarebbe sceso dal 67% del 2007 al 22% attuale³⁵.

Con particolare riferimento al settore dell'informazione online occorre evidenziare che in rete sono presenti funzioni e ruoli molto diversi. Tralasciamo il caso non controverso di editori veri e propri (sia tradizionali che nativi digitali) i quali dispongono generalmente di proprie strutture editoriali fatte di redazioni o di collaboratori esterni e costituiscono fonte primaria di informazione. Accanto a questi soggetti in rete si possono rinvenire ulteriori operatori i che non producono nuova informazione ma

³⁴ Come noto difatti da tempo vige una collaborazione fra il motore di ricerca e il produttore di Smartphone coreano relativa all'uso di Android di Google quale sistema operativo per i dispositivi portatili. Circa un anno fa un nuovo accordo tra i due ha sancito la prosecuzione dell'utilizzo di Android negli smartphone Samsung e l'accantonamento da parte del produttore di telefonini del progetto relativo all'adozione di una nuova piattaforma open source (Tizen) da usare anche sui telefoni Samsung.

³⁵ In ogni caso nell'Indagine Conoscitiva sui servizi internet l'Autorità conclude che "I mercati a monte (sistemi operativi, browser e device) costituiscono un momento centrale per l'accesso ai servizi web: il device è il mezzo fisico con cui ci si connette a internet; il SO controlla tutte le funzioni base dell'apparecchio, condizionandone la capacità e la modalità di fruizione; il browser rappresenta la piattaforma software di accesso alla rete" e che "è emerso che il ruolo delle esternalità (dirette) di rete, che insieme ad altri fattori (sunk cost, switching cost, multihoming cost etc.) tendono a condurre verso esiti particolarmente concentrati se non addirittura monopolistici". Gli interventi antitrust non sono mancati ma "il successo di tali interventi è legato imprescindibilmente alla loro capacità di slegare gli esiti competitivi dei diversi momenti della filiera e di rendere interoperabili le diverse piattaforme di accesso e navigazione della rete".

semplicemente la rendono più facilmente accessibile (a volte riorganizzandola) agli utenti finali. In particolare e secondo una gradazione diversa dell'incidenza sul contenuto informativo si possono avere portali (quali Yahoo, Libero, Virgilio, MSN etc.) che prevedono delle sezioni dedicate all'informazione che sono spesso però realizzate curate editori terzi configurando il portale dunque una mera piattaforma distributiva. Ad essi si affiancano gli aggregatori, che ri-assemblano contenuti informativi già presenti in rete e prodotti da terzi, dopo averli spaccettati rispetto alla modalità con la quale l'editore originario li aveva assemblati in modo organizzato e ragionato, per facilitarne l'accesso agli utenti finali in relazione alle esigenze di questi ultimi. I contenuti sono proposti sulla base di un ordine basato generalmente su tipologia, data e rilevanza. L'ordinamento per rilevanza (l'aspetto forse più delicato) può avvenire sulla base di un sistema automatico (come nel caso degli algoritmi utilizzati da Google news) o potrebbe avvenire anche su base discrezionale (come all'inizio nel caso di Dridge Report dove l'ordine di rilevanza era deciso dal fondatore).

Gli aggregatori possono poi trasformarsi anche o solo in editori produttori di informazione (come nel caso dell'Huffington Post).

Ad essi si aggiungono i blog e i social network che oltre a riaggregare informazioni non primarie possono anche contenere informazioni e commenti originali dei membri della collettività, che altri membri cercano proprio nei social (in quanto non reperibili altrove).

Quando l'aggregazione di informazione sia offerta su reti e device mobili, questa è spesso intermediata da specifiche applicazioni acquistabili negli app stores.

E' ormai indubbia la rilevanza di internet sul pluralismo informativo³⁶.

Ciò che resta più delicato da identificare sono i soggetti e le funzioni che partecipino a questa possibilità del mezzo di informare (e formare consenso). Nel 2014³⁷ l'Autorità riporta che il 28% della popolazione si informa sui siti di editori tradizionali (come i siti degli editori di quotidiani cartacei), il 10% ricorre ad aggregatori e il 12,4% usa i servizi search (21,6% degli internauti)³⁸

Già nel 2010 l'Autorità concludeva che dal perimetro del SIC, così come definito nella

³⁶ Già nel 2010 l'Agcom riportava che il mezzo internet veniva utilizzato per ottenere informazioni dal 20,6% di coloro che si interessano di attualità internazionale, dal 17,8% di coloro che si interessano di attualità nazionale e, in misura inferiore (13,2%), da coloro che si interessano dei fatti di attualità locale. Tra coloro che si informano su internet, il 72,9% reperisce informazioni dai siti di aggregatori di notizie e portali (come Google, Google News, Yahoo!, Libero...), da social network (ad esempio, Facebook, Twitter,...) e blog (diari, notiziari interattivi), mentre il 65,9% consulta i siti degli editori elettronici. (Del. 555/10).

³⁷ IC sui servizi internet e sulla pubblicità online, cit.

³⁸ Il principale motore di ricerca assorbirebbe la quasi totalità di questa quota con un 21,5%. Nel 2010 l'Autorità riportava che tra coloro che si informano su internet, il 72,9% reperisce informazioni dai siti di aggregatori di notizie e portali (come Google, Google News, Yahoo!, Libero...), da social network (ad esempio, Facebook, Second Life, Twitter,...) e blog (diari, notiziari interattivi), mentre il 65,9% consulta i siti degli editori elettronici. (Del. 555/10).

previsione vigente all'epoca e circoscritto all'editoria elettronica, sarebbero rimaste escluse tutte le altre forme di comunicazione *on line*, non qualificabili come prodotti o servizi di editoria elettronica, ma ugualmente rilevanti.

Infatti, l'attività di diffusione di informazioni al pubblico tramite il *web* è svolta sia da soggetti già operanti nel settore dei mass media sia da aggregatori di notizie gestori di portali social network e blogger, attività cui si aggiungerebbe quella del *citizen journalism*.

Pertanto, secondo le valutazioni del regolatore già nel 2010, sia dal punto di vista della concorrenza che per la rilevanza ai fini del pluralismo andrebbe individuato un ambito (ed aggiornata la norma che limita il SIC all'editoria elettronica) che contempli tutte le forme di informazione via internet.

Come noto, il legislatore ha accolto queste istanze e la modifica tesa ad espandere l'ambito del Sistema Integrato delle Comunicazioni è arrivata nel 2012³⁹ (con la legge 103) con una modifica dell'art. 43 del TUSMAR (in particolare del comma 10 che definisce le risorse del SIC) nonché (la conseguente e necessaria) modifica della legge 249 in particolare relativa alla definizione dei soggetti che debbono iscriversi al Registro degli Operatori di Comunicazione, includendovi anche le concessionarie di pubblicità da trasmettere "sul web e altre forme digitali fisse o mobili".

Le risorse da valorizzare nell'ambito dell'analisi del SIC sia per il superamento della soglia multimedia del 20% sia per la verifica della sussistenza di posizioni dominanti all'interno del SIC comprendono ora anche la "pubblicità on line e sulle diverse piattaforme anche in forma diretta, incluse le risorse raccolte da motori di ricerca, da piattaforme sociali e di condivisione,".

Alla ricognizione dei mercati rilevanti all'interno del SIC (che ha confermato una distinzione per mezzi: tv, radio, stampa internet etc.) è seguita nel 2012 una specifica indagine conoscitiva sulla raccolta pubblicitaria⁴⁰ che ha analizzato anche gli aspetti legati alle offerte online cui è seguita una ulteriore indagine conoscitiva chiusa nel febbraio 2014 che ha analizzato più nel dettaglio i servizi internet e la pubblicità online.

Inoltre la logica dell'ampliamento del Sic sconta tutti i limiti che il sistema del Sic si porta dietro dalle sue origini. Innanzitutto, come tutti i sistemi legati a limiti alle risorse economiche in settori definiti normativamente introducono sistemi economicistici rigidi e che mal si adattano alla complessità delle valutazioni che occorre condurre ai fini della tutela del pluralismo informativo, cui tali meccanismi normativi dovrebbero essere

³⁹ Legge n.103 del 27 luglio 2012.

⁴⁰ Del. 551/12/CONS. In quella sede, evidenziando l'impatto dei nuovi soggetti del mondo di internet anche sul pluralismo informativo, si sottolineava come le organizzazioni che producono notizie dipendessero sempre di più dagli aggregatori per raggiungere una parte consistente del loro pubblico e diventando il consumo di notizie sempre più mobile erano condizionati dalle scelte dell'industria dei software e dei devices. Inoltre, agli aggregatori sarebbero spettati gran parte dei ricavi pubblicitari e avrebbero avuto la disponibilità di grandi masse di dati e "in un mondo mediatico il maggior potere contrattuale appartiene a coloro che comprendono il comportamento e le esigenze del pubblico e tale conoscenza è sempre più appannaggio di aziende tecnologiche al di fuori del settore editoriale"

funzionali. Le valutazioni sul pluralismo informativo difatti, innanzitutto dovrebbero essere centrate più sull'analisi versante utenti (audience, contatti) che su quello delle risorse economiche e possedere una articolazione delle analisi e dei limiti più ragionata, che in particolare valuti il diverso peso di ciascuno dei mezzi informativi all'interno del contesto che si ritiene rilevante. In più, il contesto di riferimento dovrebbe essere ispirato esattamente all'individuazione di tutte quelle attività che possano ritenersi rilevanti per il pluralismo (in grado di formare ed informare i cittadini) e non dei contesti di relazioni economiche interdipendenti come nell'individuazione dei mercati rilevanti secondo le metodologie antitrust (le norme oltre a porre una soglia di risorse sul SIC, impongono altresì una valutazione di dominanza in mercati rilevanti individuati all'interno del SIC). Chi scrive da tempo sostiene la necessità di superare l'approccio antitrust (significativamente abbracciato dalla legislazione nazionale a partire dal 1997) ritenendo che la dominanza economica sia cosa diversa dalla preminenza nel settore dell'informazione e che un assetto competitivo non necessariamente assicuri un contesto pluralistico, che al contrario non può prescindere da una valutazione di impatto effettivo sull'informazione, secondo un criterio di comparazione ponderale dell'impatto di ciascun mezzo di informazione.

Vi sono evidenti segni che l'approccio sopra descritto sia un esito ineludibile del dibattito e della prassi su questo delicato tema, sia a livello comunitario che in ambito nazionale.

Difatti, come noto, la Commissione europea, abbandonati i tentativi di armonizzazione di media ownership rules a tutela del pluralismo (ritenendo di non possedere di una solida base giuridica per una sua competenza) ha adottato una nuova strategia fondata su un three step approach⁴¹ che prevedeva una prima indagine sull'audiovisivo e la stampa negli Stati membri, uno studio indipendente commissionato per la definizione di indici concreti di valutazione e una nuova comunicazione della Commissione. Conseguentemente nel 2009 è stato prodotto un Independent Study on Indicators for Media Pluralism⁴² che ha elaborato un indice specifico definito Media Pluralism Monitor (MPM). L'MPM in particolare serve ad identificare i rischi per il pluralismo dei media negli Stati Membri, è uno strumento di diagnosi non di intervento, fa riferimento ad una nozione ampia di pluralismo⁴³, riconosce che media di ogni genere (public service,

⁴¹ Commission Staff working document Media Pluralism in the Member States of the European Union SEC(2007)32 del 16 giugno 2007

⁴² Independent Study on Indicators for Media Pluralism in the Member States – Towards a risk based approach, Final report, July 2009. Nello studio si evidenzia che *“Media pluralism is a concept that goes far beyond media ownership, as was rightly pointed out at the Liverpool Audiovisual Conference and in Commission staff working paper Document SEC(2007)32 of 16 January 2007. It embrace many aspects, ranging from, for example, merger control rules to content requirements in broadcasting licensing system, the establishment of editorial freedoms, the independence and status of public service broadcasters, the professional situation of journalists, the relation between media and political actors, etc. It encompass all measures that ensure citizen’s access to a variety of information sources and voices allowing them to form opinion without the undue influence of one dominant forming power. Following the subsidiary principle most of these measures fall within the remit of Member States”*.

⁴³ *“in mature democracies media pluralism encompasses political, cultural, geographical,*

commercial and community media) hanno un ruolo importante sul pluralismo⁴⁴.

Il MPM è costituito da tre tipologie di indicatori: legal indicators (normative a tutela del pluralismo), socio- demographic indicators, economic indicators.

Nel settembre 2013 la Commissione ha incaricato un organismo indipendente, il Center for Media Pluralism and Media Freedom at the European University Institute di operare un aggiornamento del MPM e soprattutto di svolgere un pilot test su nove paesi fra cui l'Italia. Il test si è concluso recentemente ed il Policy Report finale è del dicembre 2014 e recentemente disponibile in rete.

In linea con questo orientamento, nella citata Delibera del 2010 sull'analisi dei mercati rilevanti individuabili all'interno del SIC, l'Autorità di regolazione osserva che *"[d]al punto di vista delle metodologie volte alla tutela del pluralismo, l'analisi dei mercati delle comunicazioni sposta inevitabilmente l'accento sul versante dei consumatori/cittadini e sul loro accesso ed uso dei mezzi di comunicazione di massa. In questo senso, il versante pubblicitario è visto in un'ottica di risorse complessive del mezzo, ma l'analisi riguarda principalmente la sostituibilità dei mezzi (e all'interno degli stessi) tra i consumatori.*

Occorre perciò utilizzare strumenti diversi da quelli antitrust, ed in particolare gli indici di diffusione dei vari mezzi, che sono già un parametro contemplato dalle norme vigenti. L'analisi antitrust è solo *"il punto di partenza su cui verificare, attraverso i diversi indici quantitativi di diffusione dei vari mezzi tra la popolazione, la sostituibilità, sia di prodotto che geografica, dei mezzi informativi per i cittadini, in modo da addivenire alla definitiva individuazione dei mercati rilevanti ai fini della tutela del pluralismo."* *"Tale impostazione metodologica ha condotto l'Autorità a far largo uso di analisi di rilevazione del consumo dei media da parte dei cittadini italiani, oltre che, ... a svolgere, per la prima volta in Italia, un'indagine complessiva inerente il comportamento dei cittadini/consumatori nella fruizione di tutti i diversi mezzi di informazione."* La rilevazione delle audience costituisce elemento essenziale sia per valutare la rilevanza dei mezzi che poi per valutare la posizione degli operatori. Sempre ai fini di individuare la rilevanza di ciascun mezzo si è fatto ricorso al concetto di informazione passiva (capacità del mezzo di informare anche indirettamente). Metodologicamente ad esempio, *"una volta definiti i mercati dal punto di vista antitrust, occorre in primo luogo valutare l'importanza del mezzo televisivo ai fini della tutela del pluralismo e, in secondo luogo, verificare se, ai fini suindicati, sia possibile pervenire ad una diversa definizione dei mercati in questione."*

Gli indicatori sul pluralismo, utilizzati dall'Autorità, sono in particolare relativi: alla diffusione quantitativa di ciascun mezzo sulla base della domanda (caratteristiche di quel mezzo); al parametro quantitativo (audience); alla diffusione qualitativa cioè alla tipologia della domanda (caratteristiche socio-demografiche della domanda: il target);

structural and content related dimensions", Independent Study, cit.

⁴⁴ *"At the same time, it also recognises different policy and regulatory approaches toward certain types of media (e.g. broadcasting, print and new media) and such distinctions are reflected in the indicators"*, Independent Study, cit.

alla tipologia di informazione (internazionale, nazionale, locale) per cui il mezzo viene utilizzato dall'utente.

Nel verificare l'arena dei nuovi soggetti e delle nuove fasi della distribuzione di contenuti, informativi e non, occorre però considerare che i soggetti diversi dagli editori tradizionali che operino anche in ambiente digitale spesso non sono fonte di informazione primaria (tradizionale o vuoi anche generata dagli utenti, come nel caso di opinionisti, o di citizen journalism) ma semplicemente aggregatori. In sostanza ciò che andrebbe più accuratamente valutato prima di estendere l'ambito dei contesti rilevanti ai fini della tutela del pluralismo, così come gli ambiti di una responsabilità editoriale piena, è l'effettivo impatto di alcune attività nell'accesso e disponibilità dell'informazione o dei contenuti.

Detto questo, occorre tornare sul punto centrale, ovvero se i nuovi soggetti operanti nella distribuzione dei contenuti audiovisivi in rete svolgano o meno attività rilevanti ai fini della tutela del pluralismo, il che spiegherebbe l'inclusione delle risorse economiche che finanziano le relative attività all'interno di quel complesso di risorse che si ritiene rilevante ai fini della tutela del pluralismo e che secondo il dato normativo comprende sia attività attinenti alla diffusione di servizi di media audiovisivi sia attività ad esse estranee, come stampa, cinema ed ora raccolta su internet per servizi che possono anche essere informativi ma non rientrano (secondo le vigenti definizioni, in linea con le indicazioni comunitarie) tra i servizi di media audiovisivi.

La rilevanza ai fini della tutela del pluralismo sembra però difficilmente ricostruibile sulla base di una asserita responsabilità editoriale sui contenuti diffusi o resi accessibili.

Occorre difatti innanzitutto considerare che i soggetti diversi dagli editori tradizionali che operino anche in ambiente digitale spesso non sono fonte di informazione primaria (tradizionale o vuoi anche generata dagli utenti, come nel caso di opinionisti, o di citizen journalism).

Nell'aggregazione di contenuti (in particolare di quelli informativi di cui si sta parlando) sembra inoltre da escludere che dopo aver "smontato" l'originario impacchettamento operato dall'editore dell'informazione primaria (che ha costituito una attività imprenditorialmente ed intellettualmente discrezionale tanto da far sorgere su quest'ultimo sia una responsabilità editoriale sia un diritto di proprietà intellettuale su opera collettiva) la riaggregazione possa avere quei requisiti di discrezionalità (nella selezione e nell'organizzazione) che non ne fanno una attività meramente tecnica o esecutiva (un po' come accade per la distinzione fra diritto d'autore e diritto sui generis nelle banche di dati, dunque sfruttando il parametro dell'originalità proprio diritti di proprietà intellettuale).

Le più recenti evoluzioni giurisprudenziali in tema di responsabilità degli intermediari in internet sembrano confermare quest'approccio. Con riferimento alla responsabilità per la violazione di diritti sulle opere dell'ingegno, la recente giurisprudenza superando orientamenti di senso opposto, sembra escludere che l'attività di organizzazione dei contenuti su una piattaforma di UGC anche se accompagnata dallo sfruttamento pubblicitario possa costituire il presupposto per una responsabilità editoriale sugli stessi da parte dell'intermediario (il discorso ovviamente vale ancor di più tanto più l'intermediazione sia tecnicamente neutra, come per l'indicizzazione svolta dai motori di

ricerca) se questo non sia intervenuto sul caricamento in rete di quei contenuti⁴⁵, in sostanza non abbia effettuato oltre che l'organizzazione anche la "selezione" (non automatica ovviamente ma discrezionale) dei contenuti caricati, che difatti è l'altro polo che, anche nella definizione di servizi di media audiovisivi costituisce il presupposto per una responsabilità editoriale.

Il prestatore intermediario difatti *"..non interviene in alcun modo sul contenuto caricato dagli utenti, limitandosi semmai a sfruttarne commercialmente la presenza sul sito, ove il contenuto viene mostrato così come è caricato dall'utente senza alcuna ulteriore elaborazione da parte del prestatore"*⁴⁶ Il concetto di hosting attivo elaborato precedentemente dalla giurisprudenza sarebbe pertanto *"fuorviante e da evitare perché mal si addice ai servizi di ospitalità in rete."*

L'eventuale impatto sul pluralismo sembra allora vada valutato su un altro piano, diverso da quello di una responsabilità editoriale nella scelta, nella genesi del contenuto. Gli aggregatori di servizi audiovisivi, contenuti in genere, servizi informativi etc. sono degli abilitatori tecnici dell'accesso ai contenuti (il discorso è particolarmente evidente per le funzioni di ricerca gestite da un algoritmo). Il loro impatto sul pluralismo allora è quello che ciascun mezzo tecnico di accesso ai contenuti può avere. La gestione del mezzo tecnico diviene allora rilevante qualora il mezzo sia una risorsa scarsa o quando l'accesso possa essere gestito in modo discrezionale. Si tratta allora di tematiche tipiche del diritto della concorrenza e della sua anticipazione pro-competitiva costituita dalla regolazione di settore, di cui si è ampiamente detto al paragrafo 1.3.

Come si è visto l'operatore di rete delle reti digitali terrestri ha (aveva) degli obblighi di cessione di capacità trasmissiva a terzi editori indipendenti a fini di tutela del pluralismo ma non per questo era lui stesso editore (tralasciando il fatto che spesso si era di fronte a forme di integrazione verticale).

E' chiaro che ci troviamo di fronte ad un fenomeno con delle specificità che prima non conosceamo. Difatti i nuovi soggetti di internet pur svolgendo attività di abilitazione all'accesso di contenuti editoriali d terzi competono con questi ultimi sul piano della raccolta pubblicitaria, semplicemente perché la loro "rete" è un mezzo sul quale può anche transitare della pubblicità (come i link sponsorizzati nella schermata di una pagina di ricerca). In questo senso concorrerebbero dal lato dell'offerta di spazi sullo stesso mercato di altri fornitori di servizi internet, anche informativi, ma non dei diversi servizi di media audiovisivi, posto che la raccolta su internet, allo stato del dibattito, è ritenuta non sostituibile dal lato della domanda con la raccolta su altri mezzi (targeting, possibilità di feedback, profilazione etc.).

Si discute infine, all'interno della raccolta online, della sostituibilità fra raccolta pubblicitaria di tipo search e non search (che ha caratteristiche diverse). In particolare si è sostenuto che vi sia sostituibilità dal lato dell'offerta potendosi ogni sito o portale dotarsi di un search tool⁴⁷.

⁴⁵ *"..l'unica ipotesi di responsabilità ipotizzabile concerne i casi in cui l'hosting provider si sia reso partecipe del caricamento"* Corte d'Appello Milano, Sentenza del 7 gennaio 2015 nella causa Yahoo contro RTI

⁴⁶ Corte d'Appello di Milano, cit.

⁴⁷ European Commission, *Google/DoubleClick*, COMP/M.4731

Di contro si è anche sostenuto che l'affermazione di un nuovo motore di ricerca competitivo nell'offerta di spazi sia caratterizzata da investimenti iniziali elevatissimi. Dal lato della domanda si starebbe però creando una sostituibilità sempre maggiore anche in ragione dell'affinarsi delle tecniche di profilazione nel non search advertisement.

info@iaic.it
www.iaic.it