

CONSULTAZIONE PUBBLICA SULLA NEUTRALITÀ DELLA RETE

1. Il principio della neutralità della rete

1. Le definizioni possibili di *net neutrality* sono numerose, sebbene il denominatore comune sia rinvenibile nella necessità di garantire un uguale trattamento al traffico veicolato sulla rete. Condizione, quest'ultima, messa in discussione dalle incessanti innovazioni tecnologiche. Difatti, internet registra un crescente ricorso a forme di trattamento dei segnali trasmessi sulle reti di comunicazione elettroniche, ad esempio assegnando corsie preferenziali ad alcune tipologie di dati rispetto ad altre. Le differenti pratiche di gestione del traffico di rete sono complessivamente riconducibili al cosiddetto *traffic management*, una formula che racchiude diverse modalità di gestione dei dati, ciascuna connotata da specificità tecniche rilevanti in termini di differenti livelli di trattamento del traffico.

2. In particolare, con tale formula si indica generalmente una politica di gestione del traffico, basata sulla differenziazione dei diversi oggetti transitanti sulla rete. In effetti, l'attuale volume di dati circolanti (talvolta prossimo alla massima capacità disponibile), nonché i requisiti sempre più stringenti (in termini di qualità del servizio), rendono opportuno trattare in maniera disomogenea i dati, veicolandoli in base alle loro diverse specificità.

3. Una prima tecnica di analisi e discriminazione del traffico si basa sull'orario di attraversamento della rete. In analogia a quanto accade in altri sistemi di distribuzione, vi sono intervalli temporali che periodicamente registrano un aumento degli oggetti circolanti in rete: è il caso delle cosiddette *peak hour*, durante le quali alcuni gestori di rete possono adottare tecniche di *traffic shaping*, ossia di modulazione del traffico al fine di evitare fenomeni di congestione (ad esempio, limitando la banda per utente attraverso il *throttling*). Una ulteriore segmentazione del traffico può essere effettuata in base al mittente o al destinatario: nel primo caso si parla tipicamente di *black list*, intendendo un insieme di soggetti ai quali applicare limitazioni dei dati trasmessi, eventualmente per motivi di sicurezza delle reti stesse (ad esempio per evitare fenomeni di *spam*, o di diffusione di virus, ecc.). Tali restrizioni possono essere più o meno invasive, a seconda che si adotti una politica di blocco indiscriminato (*blocking*) o di deterioramento parziale del traffico (*traffic deterioration*). Con riguardo invece alla discriminazione sulla base del destinatario, spesso si fa riferimento alla *destination*

routing prioritisation, che configura un caso di accordo commerciale tra ISP e *content provider* per un trattamento privilegiato di determinati contenuti. Infine, la limitazione dei dati transitanti in rete può essere effettuata anche in base al contenuto trasmesso, ritenuto non lecito (ad esempio del *malware*), o alle modalità adottate di trasmissione, giudicate invasive per la rete (le cosiddette *bandwidth hungry apps*). In entrambi i casi è necessario ricorrere a tecniche avanzate di analisi del traffico, le cosiddette *Deep Packet Inspection*, che non si limitano ad osservare l'intestazione dei pacchetti circolanti, ma estraggono il contenuto per un'ulteriore analisi.

4. Le tecniche proposte, pertanto, non hanno un'accezione necessariamente negativa, ma possono riflettere esigenze dell'operatore in materia di integrità della rete e di tutela della qualità del servizio offerto all'utenza. Va altresì rilevato come le ragioni che spingono all'adozione di politiche di *traffic management* (ossia l'eterogeneità dei dati trasmessi in rete) siano al contempo il motivo dell'attenzione dei regolatori verso tali tecniche: non tutti i contenuti trasmessi risentono allo stesso modo delle *policy* di gestione del traffico, pertanto un'adozione impropria potrebbe dare luogo ad effetti anti-concorrenziali. Ulteriore elemento di valutazione è rappresentato dall'impatto del *traffic management* sulla natura aperta e libera che contraddistingue la rete.

5. L'attuazione del principio della neutralità della rete e delle forme di gestione del traffico di rete sembrano essere legittimati da giustificazioni attuali e opportune riconducibili, in ultima istanza, ad un incremento del benessere sociale. Pertanto, *policy maker*, *stakeholder* e studiosi analizzano in dettaglio il rapporto intercorrente tra *net neutrality* e *traffic management* con l'obiettivo di esaminare tutti gli interessi in gioco. Difatti, l'attivazione di tecniche di gestione del traffico internet va valutata, in prima approssimazione, in relazione alla necessità che, da un lato, siano mantenuti adeguati livelli di concorrenza nel settore e che, dall'altro lato, siano tutelati i consumatori nella formulazione di una scelta pienamente consapevole concernente la fruizione dei servizi di comunicazione. Al contempo, emerge la necessità di considerare le diverse forme di gestione del traffico internet come funzionali all'efficienza e alla sicurezza della rete.

6. In questo quadro, le diverse forme di gestione del traffico potrebbero modificare, in misura sempre crescente, i rapporti tra i principali attori economici del settore e incidere sensibilmente sull'allocazione dei ricavi, in virtù della normale competizione tra i diversi *player* oppure per motivazioni riconducibili ad un assetto non pienamente concorrenziale del mercato. Comunque, allo stato attuale, in ragione del livello di concorrenzialità del mercato europeo, non sembra porsi un'urgente necessità di ulteriori interventi normativi anche se, come ribadito da Neelie Kroes, "la concorrenza da sola non è sufficiente [...], è necessario investire per evitare colli di bottiglia e per permettere lo sviluppo di nuovi servizi e applicazioni ma anche di nuovi modelli di

business [...] in grado di generare nuove opportunità di *business* a tutti i livelli della catena di valore”.¹

7. A titolo esemplificativo delle questioni inerenti il rapporto tra *net neutrality* e *traffic management*, si menziona la riflessione concernente la distinzione tra servizi *best effort* e servizi gestiti (c.d. *managed services*), ossia il tema del *two lane approach*. I servizi *best effort* contraddistinguono l'impostazione originaria della rete internet, in cui la trasmissione dei dati, segnatamente la velocità del segnale, dipende dall'intensità del traffico sulla rete nel momento in cui ha luogo la connessione e non vi sono garanzie che specifici dati arrivino a destinazione oppure abbiano una certa priorità o dispongano di livelli minimi di qualità. Pertanto, le connessioni *best effort* non garantiscono migliori *performance* a determinati utenti, applicazioni, contenuti. D'altro canto, i *managed services* – in questo ambito intesi come l'offerta congiunta di servizi di accesso a internet, servizi di telecomunicazione e/o servizi della società dell'informazione, a cui sono associati livelli di qualità certi e prestabiliti – assicurano agli utenti servizi con determinate caratteristiche. Come osservato dal BEREC, “[l]’applicazione di restrizioni all’accesso rappresenta un importante elemento di distinzione tra i servizi ‘gestiti’ (*managed*) e i servizi *best effort*. Mentre le richieste di servizi provenienti dai clienti *managed* possono essere respinte quando i limiti di capacità di una rete sono raggiunti, nelle reti *best effort* si proverà comunque a servire il cliente (il che implica una riduzione della qualità)”.²

8. Nell'ambito del *two lane approach* – prosegue il BEREC – è importante consentire agli utenti finali (inclusi i fornitori di contenuti, applicazioni e servizi) di scegliere il tipo di servizio che meglio si adatta ai loro bisogni. Ciò implica la necessità di assicurare condizioni economiche e tecniche trasparenti per ciascuna classe e tipologia di servizio, nonché di esaminare l'insieme dei servizi offerti. Infatti, la capacità complessiva di una rete trasmissiva può essere considerata come una risorsa limitata, che viene condivisa dai servizi *best effort* e i *managed services* veicolati su questa infrastruttura: “*the two lanes [...] are of course interdependent*”. In questo contesto, la trasparenza circa le caratteristiche delle due classi di servizi può contribuire in larga misura alle preoccupazioni circa l'attuazione, nella pratica, del principio della neutralità della rete. “Tuttavia, la trasparenza, l'informazione e la consapevolezza dei clienti sono condizioni necessarie, in quanto consentono ai clienti di compiere scelte informate, ma non sufficienti. Il mercato finale dell'accesso deve mostrare un sufficiente grado di concorrenza in modo tale da permettere all'utente finale, in prima istanza, di cambiare fornitore. In secondo luogo, le modalità di passaggio devono essere ragionevolmente agevoli. In terzo luogo, ci deve essere almeno un altro *provider* che offra servizi *best effort*, di qualità accettabile, per l'accesso a Internet. Se l'insieme di

¹ Cfr. il discorso tenuto l'11 novembre 2010 in occasione del summit “The Open Internet and Net Neutrality in Europe” (SPEECH/10/643 Net neutrality – the way forward).

² Cfr. BEREC Response to the European Commission's consultation on the open Internet and net neutrality in Europe - 30 September 2010, risposta alla domanda n. 5, pagg. 9-10, nostra traduzione.

queste condizioni sono soddisfatte, la trasparenza può concretamente consentire lo sviluppo di un'efficace concorrenza”.

9. Alla luce delle profonde e numerose implicazioni riguardanti il rapporto tra *net neutrality* e *traffic management*, gli studi volti all'individuazione delle modalità di attuazione del principio della neutralità della rete si concentrano sull'analisi di specifiche questioni alla ricerca della soluzione adatta allo scopo perseguito. Il punto di partenza dell'analisi è rappresentato dagli obiettivi che si intendono perseguire e dalle caratteristiche concretamente assunte dai mercati delle comunicazioni. In tal senso, si configura un approccio modulato sulle diverse finalità (*fit-for-purpose approach*).

10. In particolare, avuto riguardo agli obiettivi perseguiti, e con specifico riferimento a quanto previsto nel quadro regolamentare delle comunicazioni elettroniche, l'art. 8 della direttiva 2002/21/CE (c.d. direttiva quadro) pone quale obiettivo generale della regolamentazione la promozione della concorrenza che avviene, *inter alia*:

- a. assicurando che gli utenti ne traggano i massimi vantaggi in termini di scelta, prezzi e qualità;
- b. garantendo che non vi siano distorsioni e restrizioni della concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche, anche per la trasmissione di contenuti;
- c. promuovendo investimenti efficienti e innovazione in infrastrutture nuove e migliorate, anche garantendo che qualsiasi obbligo di accesso tenga debito conto del rischio sostenuto dalle imprese.³

11. Inoltre, il principio dell'apertura e della neutralità di internet, già contemplato nel quadro normativo comunitario di settore emanato nel 2002, è confermato dalla normativa disciplinata dal nuovo quadro regolamentare con l'introduzione della lettera g) all'art. 8, comma 4, secondo il quale “le autorità nazionali di regolamentazione promuovono gli interessi dei cittadini dell'Unione europea, tra l'altro promuovendo la capacità degli utenti finali di accedere ad informazioni e distribuirle o eseguire applicazioni e servizi di loro scelta”.⁴

12. Il regolatore è chiamato, dunque, a bilanciare gli interessi degli utenti e dei consumatori nell'accesso libero ai contenuti, ai servizi e alle applicazioni disponibili nella rete, e gli interessi delle imprese. A queste ultime – *content provider* e ISP – si deve garantire la possibilità di competere a parità di condizioni e fornire gli incentivi a investire, in modo efficiente, e a innovare. In tal senso, compito del regolatore è quello di perseguire le finalità di interesse generale, tenendo in dovuta considerazione gli

³ Cfr. par. 2 e par. 5 dell'articolo 8 della direttiva quadro, come risulta dalle modifiche apportate dalla direttiva 2009/140/CE.

⁴ Cfr. altresì il considerato 28 della direttiva 136/09/CE, nonché i seguenti considerati e in particolare i nn. 29, 30 e 31.

interessi individuali eventualmente contrapposti, nonché assicurare agli utenti il massimo beneficio sul piano della scelta, del prezzo e della qualità, garantendo che non abbiano luogo distorsioni e restrizioni della concorrenza nello specifico settore delle comunicazioni elettroniche, promuovendo lo sviluppo della concorrenza sostenibile nel lungo termine.

13. Per quanto riguarda le caratteristiche concretamente assunte dai mercati delle comunicazioni, il principio della neutralità della rete e le relative forme di declinazione e di attuazione sono interpretati in funzione degli effetti complessivamente prodotti sui meccanismi di funzionamento del settore e dell'intero sistema. Tali effetti insistono, sul versante economico, sui prezzi, sulle quantità e sulla qualità dei diversi servizi commercializzati agli utenti finali, ma anche sulla capacità a innovare e sugli incentivi ad investire dei diversi soggetti attivi nel mercato. Sul versante sociale e culturale, gli effetti sono valutati, innanzitutto, in termini di libertà di espressione, pluralismo delle informazioni e tutela della diversità culturale.

14. Più in dettaglio, la completa attuazione del principio della neutralità della rete si confronta, in primo luogo, con il diritto degli utenti, siano essi i cittadini o le imprese (inclusi i *content provider*) che utilizzano i servizi dati di comunicazione, di essere pienamente informati circa le prestazioni che acquistano o intendono acquistare. Tuttavia, la crescente diffusione delle diverse forme di *traffic management* potrebbe incidere sull'effettiva e completa conoscenza, da parte del consumatore, dei servizi disponibili e, pertanto, limitarne la capacità di effettuare scelte pienamente consapevoli.

15. A tal fine, la ricerca è indirizzata verso le dimensioni rilevanti che contribuiscono alla piena conoscenza, da parte dell'utente finale, dei servizi dati disponibili nel mercato. I fattori in esame (i parametri tecnici che qualificano i servizi dati e le relative forme di controllo, nonché le modalità di comunicazione più efficaci) sono, quindi, combinati al fine di assicurare agli utenti informazioni puntuali e comprensibili. Vi è, pertanto, la necessità di trovare il giusto equilibrio tra livello di dettaglio e contenuto tecnico delle informazioni e facilità di comprensione delle stesse, ottenuta attraverso i canoni della semplicità e della sintesi. Al riguardo, si registra come l'azione delle ANR, inclusa l'Autorità, sia già da tempo concentrata in tale direzione.

16. In secondo luogo, la declinazione del principio della neutralità della rete in funzione delle diverse forme di gestione del traffico influenza le forme in cui si dispiegano le forze di mercato e la concorrenza. In tal senso, le diverse forme di gestione del traffico non costituiscono *in re ipsa* un fallimento del mercato: infatti, come visto, il *traffic management* non rappresenta necessariamente un'alterazione del corretto funzionamento del gioco concorrenziale. Al riguardo, la disponibilità di informazioni chiare, confrontabili e facilmente consultabili, ossia la trasparenza delle condizioni tecniche ed economiche di fornitura dei servizi dati, rappresenta – oltre che un diritto del consumatore – uno strumento atto a promuovere la concorrenza nel settore. Infatti, il consumatore pienamente informato circa le diverse condizioni economiche e tecniche dei servizi offerti dai diversi gestori dei servizi di comunicazione

elettronica avrà interesse, *ceteris paribus*, a cambiare fornitore per sfruttare le offerte ritenute più vantaggiose e convenienti, dato il proprio profilo di consumi. Una disciplina compiuta e pienamente efficace delle condizioni volte ad assicurare la trasparenza delle condizioni economiche e tecniche dei servizi dati in mobilità potrebbe, pertanto, rappresentare un utile strumento per prevenire l'attuazione di comportamenti potenzialmente distorsivi del gioco concorrenziale nel settore dei servizi dati.

17. Allo stesso tempo, sempre sotto il profilo della tutela della concorrenza, la riflessione circa la piena applicazione del principio della neutralità della rete esamina diverse questioni inerenti all'effettiva capacità del mercato di auto-regolamentarsi, alle specifiche tecniche commerciali attivate dagli operatori, nonché all'analisi dei potenziali problemi concorrenziali derivanti dall'attuazione di precise forme di gestione del traffico. Le problematiche in parola – che si sostanziano, ad esempio, nella possibile attuazione di forme di discriminazione, nel blocco di determinati contenuti, servizi e applicazioni oppure nelle pratiche di *access tiering and degradation* che incidono sui prezzi e sulle quantità prodotte dei diversi servizi – possono costituire una distorsione della concorrenza, a svantaggio dell'intera collettività. In alcune circostanze potrebbero risultare alterate le condizioni di ingresso nel mercato da parte di determinate imprese oppure gli incentivi a investire e a innovare presenti nel settore.

18. In terzo luogo, l'attuazione del principio della neutralità della rete è un fattore che concorre alla realizzazione della *net freedom* e della libera circolazione delle informazioni nella rete. Principi ribaditi nell'art. 1 punto 3 della direttiva quadro (come integrato dalla direttiva 2009/140/CE) e nella connessa "Dichiarazione della Commissione sulla neutralità della rete".

19. La libertà di espressione, il pluralismo delle informazioni all'interno dei diversi *media* e il rispetto delle diversità culturali si declinano oggi anche in rapporto alla concreta e libera fruizione di quanto veicolato sulla rete internet, senza che questa sia oggetto di arbitrarie forme di filtraggio. Temi di estremo rilievo che si riverberano sulla vita quotidiana dell'individuo e sulla complessità delle dinamiche socio-economiche. Infatti, non può sottacersi come internet sia un mezzo avente un rilevante impatto sociale, in termini di partecipazione democratica e, più in generale, di interazione e condivisione delle informazioni. In tal senso, la disponibilità di internet contribuisce ad accrescere le opportunità di soddisfare i naturali bisogni di comunicazione (garantendo una comunicazione anche istantanea e, di fatto, annullando le distanze geografiche), al funzionamento del circuito democratico nella società dell'informazione, presentandosi altresì come uno strumento indispensabile per la ricerca, attraverso un approccio egualitario all'accesso ai contenuti informativi veicolati in rete.

20. Le implicazioni connesse alla declinazione e all'attuazione del principio della neutralità della rete non si esauriscono, peraltro, nei temi inerenti alle garanzie dei consumatori, alla tutela della concorrenza e alla *net freedom*.

21. Infatti, strettamente connessi risultano molteplici aspetti quali, a titolo esemplificativo, la tutela dei dati personali o le modalità di ricerca delle informazioni affrontate, tra l'altro, nell'ambito del tema relativo alla neutralità dei motori di ricerca (*search neutrality*). Temi trasversali che sono al centro dell'azione regolamentare di altre autorità indipendenti quali il Garante della *privacy* e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

22. La prima questione emerge nell'ambito di una più generale problematica che investe la sicurezza del traffico in rete e i riflessi del regime previsto in questa materia su libertà fondamentali, come la tutela dei dati personali rispetto alle intromissioni altrui. La possibilità di controllo del flusso dei dati da parte delle imprese, infatti, spesso determina una sorveglianza intrusiva del traffico dell'utente finale, in grado di rivelare le sue abitudini, gli orientamenti, e le scelte finali. Al riguardo, la riflessione (e l'azione regolamentare, cfr. *infra*) sono volte all'analisi delle garanzie previste dal quadro comunitario in relazione alla riservatezza del complesso di informazioni concernenti l'identità di singoli individui e le attività delle imprese. Inoltre, emerge l'esigenza di introdurre forme di garanzia specifiche. In questo senso, il diritto all'oblio è una forma di garanzia per il cittadino che tragga pregiudizio dal vedere diffusi in rete *sine die* dati attinenti alla propria persona e già di per sé pregiudizievoli (per es. i dati relativi a condanne subite), salvo che si tratti di casi particolari ricollegabili a fatti di cronaca.⁵

23. La seconda questione è in parte connessa al diritto all'oblio, in quanto riguarda le informazioni reperibili attraverso i motori di ricerca, ma assume portata più ampia, dal momento che investe problematiche attinenti alla trasparenza e non discriminatorietà dei criteri e delle tecniche utilizzati nella presentazione dei risultati. In particolare, il tema della *search neutrality* si è posto con riferimento all'attività di Google, che rappresenta uno dei principali motori di ricerca a livello mondiale. A tale proposito, alcune segnalazioni, menzionate dalla stampa internazionale, hanno rilevato come opportuni accorgimenti tecnici possano garantire ad alcuni soggetti vantaggi competitivi rispetto ai concorrenti, nonché presentare una limitata trasparenza circa criteri di selezione (con conseguenti riflessi sulla libertà di scelta dell'utente di internet). Analoghe questioni emergono nel momento in cui si registra l'ampliamento dell'offerta

⁵ Il rispetto di questo diritto è al centro dell'azione della Commissione europea e delle autorità nazionali competenti in materia di *privacy*, incluso il Garante per la protezione dei dati personali in Italia. Al riguardo, peraltro, si segnala che, in ambito europeo, la Commissione ha promosso, nel novembre 2010, un processo di revisione del quadro normativo vigente in materia di tutela dei dati personali, al fine di includervi *inter alia* il diritto all'oblio, inteso come diritto degli utenti della rete alla cancellazione dei propri dati personali dai siti *web* e motori di ricerca, laddove il trattamento e l'accessibilità a siffatte informazioni non siano più necessari per altre finalità meritevoli di tutela (cfr. Comunicazione del 4 novembre 2010, COM(2010) 609 final). Un approccio in parte divergente emerge invece negli Stati Uniti dove, a dispetto di alcune proposte circa l'affermazione di un diritto a ottenere, su richiesta dell'utente, la rimozione delle informazioni personali, si tende a sottrarre i motori di ricerca da responsabilità connesse alla pubblicazione di determinati contenuti. In questo senso, risulta di particolare interesse la recente controversia tra il motore di ricerca statunitense, Google, e la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) portata di fronte al giudice il 19 gennaio 2011 e che verte, per l'appunto, sul potenziale conflitto tra diritto all'oblio e responsabilità dei motori di ricerca.

dei servizi *web*, da parte dei grandi portali, dalla mera ricerca di contenuti ad altri settori (mappe, notizie, libri, video, etc.). Infine, meritano attenzione le implicazioni competitive e di mercato connesse al rapporto tra le modalità di funzionamento dei motori di ricerca e le attività inerenti la raccolta pubblicitaria, svolte dai motori stessi. Difatti, particolare rilievo assume l'utilizzo di *software* e algoritmi, su base commerciale, da parte di imprese che concorrono nell'acquisizione di utenti (c.d. *eye-balls*) ai fini della vendita di servizi e spazi pubblicitari. In tale contesto, le informazioni disponibili sul funzionamento dei diversi motori di ricerca risultano strumentali per la scelta del portale di accesso alla rete.⁶

24. Inoltre, il dibattito sulla *net neutrality* è strettamente legato al processo di convergenza, da tempo oggetto dell'azione dell'Autorità. La crescente diffusione delle diverse forme di gestione del traffico contribuisce al trattamento del segnale veicolato sulle reti in funzione del prodotto che si intende commercializzare e, pertanto, gli operatori saranno sempre più incentivati a fornire una pluralità di servizi e a praticare condizioni economiche differenziate a seconda del contenuto trasportato sulla rete, specialmente dal momento in cui sono disponibili sistemi idonei a garantire diversi livelli di qualità del servizio e di distribuzione del segnale (per es. distinguendo tra

⁶ In tale quadro, la presenza di eventuali fallimenti del mercato è valutata – come testimoniato dai recenti casi esaminati dall'Autorità antitrust italiana e dalla Commissione europea – nell'ambito del diritto della concorrenza. Il primo caso riguarda la recente istruttoria dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, avente ad oggetto un presunto abuso di posizione dominante da parte di Google Italy s.r.l., che si è chiusa con una proposta di impegni da parte del motore di ricerca. Tra gli impegni assunti dal gestore, si segnala quello di utilizzare, per il servizio Google News, un *crawler* (cioè un software che analizza i contenuti di una rete o di un database in un modo metodico e automatizzato, in genere per conto di un motore di ricerca) distinto da quello utilizzato per l'indicizzazione delle pagine sul motore di ricerca tradizionale. In tal modo, la volontà di escludere taluni contenuti dalla piattaforma Google News non potrà incidere sulle ricerche effettuate sul tradizionale motore di ricerca.

Nel contesto europeo, il 30 novembre 2010 la Commissione ha formalmente avviato il procedimento istruttorio volto alla verifica di un eventuale abuso di posizione dominante nel mercato dei motori di ricerca. Le principali questioni su cui verte tale attività di accertamento sono legate a possibili discriminazioni anti-concorrenziali poste in essere attraverso l'algoritmo utilizzato per la ricerca e la visualizzazione dei risultati. Al riguardo, la Commissione precisa che Google fornisce due tipi di servizi di ricerca: il primo, a titolo gratuito, si fonda su un algoritmo che dovrebbe garantire la visualizzazione dei risultati in rapporto a un indice di gradimento da parte degli utenti, mentre il secondo è un servizio a pagamento per la visualizzazione di inserzioni pubblicitarie o *link* sponsorizzati, collocati in uno spazio dedicato nella pagina *web*. Le denunce delle imprese concorrenti hanno posto tre ordini di questioni che riguardano la neutralità dei dispositivi utilizzati dagli utenti per i servizi di ricerca gratuita. La prima riguarda eventuali manipolazioni dell'algoritmo per la visualizzazione dei risultati e l'utilizzo delle tecniche poste in essere per ottenere una collocazione preferenziale delle pagine *web* afferenti al proprio gruppo rispetto a quelle offerte da imprese concorrenti, compresi altri motori di ricerca "verticali". La seconda questione si riferisce alla possibilità di includere clausole di esclusiva nei contratti con i propri inserzionisti, a danno dei concorrenti. La terza riguarda il presunto ricorso ad accorgimenti tecnici volti a impedire il trasferimento di informazioni ottenute mediante campagne pubblicitarie *online* sui mercati virtuali dove avviene la compravendita dei messaggi pubblicitari per internet (*online advertising platform*) dei concorrenti. Al centro dell'istruttoria vi è, pertanto, la possibilità stessa di garantire sul piano tecnologico la neutralità dei motori di ricerca.

servizi Internet, telefonia e televisivi). In tal senso, il rapporto tra *net neutrality* e *traffic management* informa altresì la piena affermazione di mercati multi-prodotto.

25. In sintesi, l'esigenza di garantire la neutralità della rete è emersa in conseguenza di recenti sviluppi tecnologici e di mercato che hanno messo in discussione la regola del *best effort*, sebbene questa abbia rappresentato una caratteristica fondamentale delle comunicazioni dati. Pertanto, compito dei *policy maker* e della regolazione è quello di assicurare al consumatore la massima trasparenza e chiarezza delle condizioni di accesso, di impedire il verificarsi – con adeguati interventi, laddove necessari – dei rischi paventati da quanti sostengono la necessità di limitare o vietare talune forme di gestione del traffico, tenendo altresì conto dell'esigenza di far fronte ai problemi di congestionamento e alla necessità di non ostacolare gli investimenti e lo sviluppo dell'innovazione di processo e di prodotto. Tale azione si muove nell'ambito dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche, garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dai principi generali del diritto comunitario. Allo stato attuale, specifica attenzione è focalizzata, fra l'altro, su una particolare evoluzione del mercato che permetta agli ISP, finalizzando in tal senso il ricorso al *traffic management*, di instradare su corsie preferenziali alcuni contenuti, in particolare quelli legati a servizi *bandwidth hungry*, a fronte del pagamento di un corrispettivo da parte dei *content provider* interessati. Il tema investe anche le applicazioni se si considera, ad esempio, che la FCC ha avviato un'indagine su presunte pratiche discriminatorie che Apple avrebbe posto in essere rifiutando l'installazione dell'applicazione "Google Voice", impedendo agli utenti di effettuare chiamate VoIP senza utilizzare la rete tradizionale (fonica) di AT&T, titolare di un contratto di esclusiva per l'iPhone.⁷ D'altra parte, le dimensioni raggiunte da alcuni *content provider* e i fenomeni di integrazione verticale sono tali da porre in discussione la tradizionale rappresentazione del *web* come un campo da gioco "naturalmente" livellato e pluralista, dove non rilevano le dimensioni dei giocatori e sono contenute le barriere all'entrata.⁸

26. Si tratta, pertanto, di un contesto che richiede senz'altro un'attenta analisi e un continuo monitoraggio al fine di garantire nel tempo la tutela della concorrenza e la libertà di accesso alle informazioni per gli utenti, nonché il verificarsi di rischi di congestione del traffico in rete.

⁷ http://www.nytimes.com/2010/08/10/technology/10net.html?ref=federal_communications_commission

⁸ Joseph Farrell & Philip J. Weiser, *Modularity, Vertical Integration, and Open Access Policies: Towards a Convergence of Antitrust and Regulation in the Internet Age*, 17 HARV. J.L. & TECH. (2003), <http://repositories.cdlib.org/iber/cpc/CPC02-035>

2. Il dibattito internazionale concernente il principio della neutralità della rete

27. Il principio della neutralità della rete e il rapporto tra *net neutrality* e forme di gestione del traffico – come detto – alimenta un vasto dibattito a cui partecipano i *policy maker*, l'industria, il mondo accademico, i consumatori e tutti i cittadini in generale. Di seguito è riportata la prospettiva adottata dalla Commissione europea e dalle autorità nazionali di regolamentazione, desunta attraverso l'analisi dei principali documenti pubblicati sinora. In particolare, il principio della neutralità della rete è ampiamente discusso dalle autorità nazionali di regolamentazione (ANR) a livello europeo e nel nord America.

2.1. Europa

28. La Commissione europea ha svolto, nella scorsa estate, una consultazione sulle principali problematiche legate al concetto di neutralità della rete.⁹ Come indicato dalla Commissione, “[l]a consultazione è intesa a stabilire se è opportuno che i fornitori di servizi internet possano impiegare determinate pratiche per la gestione del traffico (dando priorità ad un tipo di traffico internet rispetto a un altro), se tali pratiche possano creare problemi o avere effetti iniqui per gli utenti, se il livello di concorrenza tra i diversi fornitori di servizi internet e le disposizioni del nuovo quadro per le telecomunicazioni a favore della trasparenza possano essere sufficienti ad evitare questo tipo di problemi, dando ai consumatori maggiori possibilità di scelta, e se l'UE debba impegnarsi maggiormente per garantire l'equità del mercato interno o se spetti invece al settore prendere l'iniziativa. Una relazione della Commissione sulla neutralità della rete, che dovrebbe essere presentata entro la fine di quest'anno, si baserà su questa consultazione.”.

29. Pertanto, i principali temi sottoposti a consultazione hanno riguardato, in generale, la gestione del traffico internet in relazione al principio della neutralità della rete. In particolare, obiettivo della Commissione è stato approfondire le questioni, attuali e potenziali, inerenti alle specifiche tecniche di *traffic management*, avuto riguardo agli aspetti tecnici ed economici, nonché alle possibili compressioni che da quelli possono derivare alle libertà fondamentali degli utenti.

30. Sotto il profilo tecnologico, acquista particolare rilievo il concetto di “qualità del servizio” laddove gli operatori, al fine di fronteggiare forme di congestione della rete, allo stato attuale possono optare per un aumento della capacità trasmissiva della rete medesima ovvero per una discriminazione del traffico, assegnando differenti priorità in

⁹ European Commission, Information Society and Media Directorate-General, Electronic Communications Policy, Questionnaire for the public consultation on the open internet and net neutrality in Europe, 30 June 2010.

base all'origine, alla destinazione o alla tipologia del contenuto. Sul versante economico, la Commissione, nell'analizzare la complessa struttura del mercato, ha messo in luce come, in ragione della pluralità dei *player* che ne sostanziano la catena del valore, si renda opportuna una riflessione circa gli accordi commerciali sui quali, allo stato attuale, si basa la fornitura dei servizi di accesso a internet, in funzione dei principi che informano la *net neutrality* e la *net freedom*, nonché di adeguati livelli di remunerazione degli investimenti infrastrutturali.

31. Le principali conclusioni della consultazione pubblica desunte dalla Commissione, come riportate nel comunicato stampa IP/10/1482 del 9 novembre 2010, attengono a sei aree di riflessione:

- a) “I partecipanti ritengono che il quadro normativo UE rivisto in materia di telecomunicazioni, adottato nel 2009, fornisca gli strumenti di base per affrontare le problematiche legate alla neutralità della rete. La vasta maggioranza dei partecipanti ritiene che l'efficacia di tali norme non debba essere valutata finché queste non verranno recepite e applicate a livello nazionale.
- b) In generale, le parti interessate ritengono che la gestione del traffico è un elemento necessario ed essenziale per gestire la rete in modo sicuro ed efficiente. Tuttavia, alcuni partecipanti hanno espresso preoccupazione in relazione al fatto che questo strumento possa essere usato in modo improprio per favorire un servizio a scapito di un altro.
- c) Diversi partecipanti hanno espresso preoccupazione per i nuovi modelli di impresa basati su internet che potrebbero causare in futuro problemi di neutralità e hanno chiesto alla Commissione di chiarire la distinzione tra i concetti di “*best effort*” e “servizi gestiti”.
- d) Il BEREK, l'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche, ha messo in guardia su possibili problemi di discriminazione che potrebbero causare effetti anticoncorrenziali, le possibili conseguenze a lungo termine per l'economia di internet in termini di innovazione e libertà di espressione e le incertezze per i consumatori dovute alla mancanza di trasparenza.
- e) I rappresentanti del settore sono complessivamente soddisfatti delle attuali strutture di mercato, ma alcuni fornitori di contenuti temono che eventuali modifiche ai meccanismi di fissazione dei prezzi (ad es. il pagamento per la fornitura di contenuti) possano finire per rappresentare una tassa sull'innovazione.
- f) Molti partecipanti hanno espresso preoccupazione per il blocco dei servizi telefonici via internet (il protocollo VoIP) e lo strozzamento della banda (*bandwidth throttling*)”.

32. Tra i numerosi contributi pervenuti alla Commissione, il documento del BEREC, alla cui stesura l'Autorità ha partecipato attivamente, è meritevole della dovuta attenzione.

33. Nell'introduzione, il BEREC sottolinea che "le comunicazioni elettroniche rappresentano, in misura sempre crescente, una dimensione strategica nella nostra società – in particolare, una rete internet aperta svolge un ruolo sociale ed economico. Allo stesso tempo, gli sviluppi tecnologici, le modifiche nelle abitudini di consumo e l'evoluzione dei modelli di *business* pongono nuove sfide agli operatori internet e alimentano il dibattito pubblico sulla *net neutrality*".

34. "[...] Il BEREC osserva che gli incidenti [le deviazioni dal principio della *net neutrality*, NdT] registrati sinora sono pochi e nella maggior parte dei casi sono stati risolti senza il bisogno dell'intervento regolamentare. Il BEREC ritiene che, al momento, sarebbe prematuro considerare ulteriori interventi in materia di *net neutrality* a livello europeo.

35. Come osservato dalla Commissione nella sua consultazione – prosegue il BEREC –, il nuovo quadro regolamentare fornisce alle ANR i poteri e gli strumenti per indirizzare i fallimenti di mercato, assicurare la promozione della concorrenza, e proteggere i consumatori. Il quadro regolamentare ora riconosce esplicitamente la necessità per le ANR di promuovere 'la capacità degli utenti finali di accedere ad informazioni e distribuirle o eseguire applicazioni e servizi di loro scelta'. Il BEREC ritiene che le nuove disposizioni previste dal vigente quadro regolamentare, che rafforzano i requisiti di trasparenza e di qualità minima, possano probabilmente indirizzare molte delle preoccupazioni che sono state avanzate sinora nell'ambito del dibattito sulla *net neutrality*.

36. Ciò, comunque, non significa che non potrebbero emergere problemi in futuro. Per questa ragione, il BEREC ritiene che sia importante monitorare nel tempo, attraverso le ANR, il permanere delle condizioni di neutralità della rete e di apertura di internet. L'efficacia del monitoraggio dipenderà in particolare della disponibilità di adeguati strumenti tecnici necessari al fine di valutare gli effetti delle forme di gestione del traffico e la qualità dei servizi internet. Successivamente, andrà valutata l'opportunità di un susseguente intervento quale l'imposizione di livelli minimi di qualità dei servizi".¹⁰

37. In dettaglio, nel rimandare al documento del BEREC approvato nella riunione di Amsterdam del 30 settembre 2010 per un'analisi dettagliata delle considerazioni svolte dall'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche, si segnalano i seguenti specifici punti.

¹⁰ Cfr. BEREC Response to the European Commission's consultation on the open Internet and net neutrality in Europe - 30 September 2010, pag. 1, nostra traduzione.

1) “Il BEREC individua tre problemi principali che potrebbero emergere in futuro (risposta alla domanda n. 2, “How might problems arise in future?”):

- a) “rischio di discriminazioni (in virtù del maggiore uso delle possibilità tecniche, degli incentivi economici e della potenziale di integrazione verticale) che producano effetti anticoncorrenziali;
- b) possibili conseguenze a lungo termine per l’economia di internet (innovazione, libertà di espressione);
- c) insorgere di danni per i consumatori a causa della mancanza di trasparenza, che potrebbe richiedere il controllo dell’efficacia della trasparenza e della qualità del servizio”.¹¹

2) Nell’ambito degli strumenti regolamentari previsti nel quadro regolamentare che potrebbero essere utilizzati per assicurare la corretta attuazione del principio della neutralità della rete, il BEREC opera innanzitutto una distinzione tra strumenti asimmetrici (derivanti dal regime basato sull’individuazione di imprese aventi significativo potere di mercato) e simmetrici (in attuazione del regime generale dell’interconnessione, art. 4 e 5 della direttiva accesso, e delle risoluzioni delle controversie, art. 20 della direttiva quadro). Inoltre, particolare enfasi è attribuita alle disposizioni in materia di determinazione dei livelli minimi di qualità (art. 22(3) della direttiva servizio universale) e di trasparenza.

Tale ultimo obbligo è costruito – osserva il BEREC – lungo quattro assi principali:

- a) “la trasparenza in materia di ‘condizioni che limitano l’accesso e/o l’utilizzo di servizi e applicazioni...’ (Art. 20 (1) (b) della direttiva servizio universale, secondo punto) è fondamentale per consentire al consumatore di identificare le deviazioni dal principio della neutralità della rete”;
- b) “la trasparenza in materia di ‘livelli minimi di qualità del servizio offerti’ (Art. 20 (1) (b) della direttiva servizio universale, terzo punto) è importante in relazione alla capacità di banda che è resa disponibile al consumatore”;
- c) “la trasparenza in materia di ‘informazioni sulle procedure poste in essere dall’impresa per misurare e strutturare il traffico’ (Art. 20 (1) (b) della direttiva servizio universale, quarto punto) potrebbe costituire uno strumento importante a disposizione delle ANR al fine di supervisionare la situazione per conto dell’utente finale”;
- d) infine, il BEREC sottolinea che “così come la trasparenza a beneficio degli utenti finali, dovrebbe essere presa altresì in considerazione la trasparenza nei confronti dei fornitori di contenuti e applicazioni [...] sembra auspicabile promuovere un migliore coordinamento tra le varie parti della catena di

¹¹ Cfr. BEREC Response to the European Commission’s consultation on the open Internet and net neutrality in Europe - 30 September 2010, risposta alla domanda n. 2, pag. 4, nostra traduzione.

Internet, al fine di sostenere uno sviluppo effettivo e la gestione efficace dei servizi”.¹²

38. OFCOM, l'autorità di settore inglese, ha pubblicato, il 24 giugno 2010, il *Discussion Document “Traffic Management and Net Neutrality”*, avviando una consultazione pubblica conclusasi il 9 settembre 2010. Nel documento il *traffic management* e le questioni connesse sono affrontate anche in previsione di futuri interventi regolamentari da parte del regolatore inglese. Infatti, se da un lato il ricorso al *traffic management* da parte degli *Internet Service Provider* può contribuire a una più razionale gestione del traffico dati, dall'altro lato potrebbe mostrare derive anti-concorrenziali e ledere il diritto dei consumatori ad un accesso libero e non discriminato alla rete. OFCOM ha, pertanto, individuato e sottoposto a consultazione pubblica alcune questioni, tra cui:

1. i problemi di congestione del traffico e l'impatto che le pratiche di *traffic management* potrebbero evidenziare sui rapporti economici tra i *player* del mercato e sugli incentivi all'innovazione;
2. la tutela degli utenti attraverso la previsione di una maggiore trasparenza informativa riguardo alle tecniche di gestione del traffico internet attivate dagli ISP, alle modalità più efficaci attraverso cui far conoscere tali informazioni e quelle attraverso cui verificare il rispetto degli obblighi di trasparenza;
3. eventuali obblighi a garanzia dei livelli minimi relativi alla qualità dei servizi erogati.

39. Indicazioni circa il principio delle neutralità della rete e le relative forme di declinazione provengono altresì dall'ARCEP, l'autorità francese di regolamentazione delle comunicazioni elettroniche e postali, che, a seguito della consultazione pubblica svolta nella primavera del 2010, ha pubblicato un documento contenente alcune linee guida, valevoli sia per le reti fisse che per quelle mobili, con le quali ha inteso promuovere l'adozione di *best practice* volte a preservare il principio della neutralità della rete. Le principali enunciazioni formulate dal regolatore francese in materia di *net neutrality* riguardano:

- a) il riconoscimento della piena libertà dell'accesso alla rete in capo agli utenti finali e delle garanzie circa la qualità dei servizi fruibili via internet;
- b) la non discriminazione delle tipologie di trattamento dei dati in ragione dei contenuti, dei servizi, delle applicazioni e dei terminali;
- c) l'ammissibilità di tecniche di gestione del traffico, quali eccezioni alla regola generale del principio di non discriminazione, nel rispetto dei criteri di rilevanza, proporzionalità ed efficienza;

¹² Cfr. BEREC Response to the European Commission's consultation on the open Internet and net neutrality in Europe - 30 September 2010, risposte alle domande n. 2, pag. 4, e 14, pagg. 16-17, nostra traduzione.

- d) i servizi *managed*, rispetto ai quali è riconosciuto che gli operatori di comunicazione elettronica possono commercializzare i servizi *managed* a fianco dei servizi di accesso a internet *best effort*, a condizione che il ‘servizio gestito’ non degrada la qualità dell’accesso a internet *best effort* al di sotto di un certo soddisfacente livello, e che i gestori agiscano in conformità con le vigenti leggi sulla concorrenza e la regolamentazione specifica del settore;
- e) la trasparenza delle offerte commerciali proposte dai fornitori di servizi internet, attraverso l’indicazione chiara, accurata e pertinente agli utenti finali delle condizioni contrattuali del servizio di connessione;
- f) la necessità di controllare e identificare le diverse procedure di gestione del traffico, al fine di classificarle e regolare le possibili limitazioni in caso di emergenza;
- g) l’opportunità di monitorare, in maniera costante, la qualità dei servizi internet.

40. Il dibattito concernente la neutralità della rete registra altresì i contributi delle autorità di settore svedese, *The Swedish Post and Telecom Agency* (PTS), e norvegese, *The Norwegian Post and Telecommunications Authority* (NPT). PTS ha pubblicato, nel novembre 2009, su incarico del Governo nazionale, il rapporto “*Open Networks and Services*”.¹³ Il rapporto afferma che l’apertura delle reti crea opportunità per l’innovazione e per la competitività. Queste ultime devono però essere bilanciate con altri interessi degni di tutela, quali gli incentivi agli investimenti e la sicurezza della rete. Inoltre, è affermato che l’apertura delle reti deve essere promossa assicurando condizioni non discriminatorie e mercati concorrenziali. Infine, è posta l’attenzione sull’importanza di fornire adeguate informazioni ai consumatori circa i vincoli contrattuali ed economici, le restrizioni per l’accesso a internet e l’accessibilità dei servizi.

41. NPT ha pubblicato, nel febbraio 2009, delle linee guida sulla neutralità della rete, definite con la collaborazione degli operatori, degli ISP, dei *content provider* e delle principali associazioni dei consumatori, aventi l’obiettivo di assicurare che internet rimanga una piattaforma aperta e non discriminatoria per tutti i tipi di comunicazione e distribuzione di contenuti.¹⁴ Le linee guida rappresentano un accordo volontario tra i differenti *stakeholder* attivi nell’industria internet e propongono tre principi che dovrebbero essere alla base della *net neutrality*:

- a. gli utenti hanno il diritto ad una connessione internet con una capacità e qualità predefinita, chiaramente specificate. Inoltre, se la connessione è condivisa con altri servizi, devono essere chiaramente definite le modalità attraverso cui la capacità di banda è ripartita tra il traffico internet e gli altri servizi;

¹³ Disponibile su sito: <http://www.pts.se/upload/Rapporter/Internet/2009/2009-32-open-networks-services.pdf>

¹⁴ *Network neutrality – Guidelines for internet neutrality*. Disponibile sul sito: <http://www.npt.no/ikbViewer/Content/109604/Guidelines%20for%20network%20neutrality.pdf>

- b. gli utenti hanno il diritto di usare liberamente (ancorché legalmente) la connessione loro offerta (ad esempio, la distribuzione senza le debite autorizzazioni, di contenuti coperti da *copyright* attraverso i sistemi *p2p* di *file sharing* è considerata attività illegale);
- c. gli utenti hanno diritto ad una connessione che non sia soggetta a discriminazioni relative al tipo di servizio, applicazione, contenuto, mittente o destinatario. Le linee guida, tuttavia, specificano che la gestione di attività nocive, di richieste delle autorità pubbliche, di applicazioni *real-time* e dei fenomeni di congestione temporanea in caso di situazioni di traffico particolari legittimano la previsione di deroghe ai menzionati principi e sono pertanto ammissibili.

2.2. Nord America

42. Il dibattito internazionale sulla *net neutrality* è influenzato da quanto avviene negli Stati Uniti, dove il tema si è posto già a partire dal 2005 con l'adozione, da parte della FCC, dei primi indirizzi contenuti nel "*Internet Policy Statement*" con cui si è provveduto a individuare un quadro di principi in materia di apertura e trasparenza dei servizi di accesso a internet e trasporto dati.

43. Più recentemente, a seguito di decisioni giurisprudenziali (tra cui il caso Comcast/BitTorrent) e una specifica consultazione pubblica, la FCC ha introdotto principi specifici in materia. In particolare, le regole indicate dalla FCC nel "*Report and Order*" n. 10-201 del 21 dicembre 2010, come desumibili dallo *statement* formulato dal Presidente Genachowsky, di cui di seguito si fornisce una nostra traduzione e sintesi, insistono su molteplici aspetti:

- a) "I consumatori e gli *innovators* hanno il diritto di conoscere le caratteristiche di base dei propri servizi di accesso a internet e le modalità di funzionamento e gestione delle reti che utilizzano.
- b) I consumatori e gli *innovators* hanno il diritto di inviare e ricevere – dove essi decidono, con il contenuto e le applicazioni che essi scelgono e la possibilità di sperimentare nuove idee – contenuti leciti per finalità commerciali e sociali, nonché scegliere gli apparati che desiderano.
- c) I consumatori e gli *innovators* hanno il diritto al *level playing field*. A nessuna autorità pubblica o ente privato dovrebbe essere attribuito il potere di determinare *winners* e *losers* sulla Rete. Questo è il compito del mercato e della competizione tra idee e innovazioni. La FCC si limita pertanto a vietare discriminazioni non ragionevoli. In tale prospettiva, si chiarisce che il quadro regolatorio adottato non autorizza gli accordi commerciali comunemente definiti *pay for priority*.

- d) Si riconosce che i fornitori di banda larga necessitano di adeguati margini di flessibilità per la gestione delle proprie reti in modo da far fronte ai problemi di congestione e sicurezza. Si riconosce altresì l'importanza della sperimentazione di nuovi modelli di business, come il *tiered pricing*. Essi rispondono a necessità pratiche e possono contribuire a promuovere gli investimenti nelle reti a banda ultra-larga e la loro espansione. Quindi, per esempio, la deliberazione stabilisce espressamente che i fornitori di banda larga possono attuare pratiche "ragionevoli" di gestione delle reti.
- e) Il principio di apertura della Rete è applicato al mercato *mobile broadband*. Vi è un solo internet, che deve restare una piattaforma aperta, indipendentemente dalle modalità di accesso utilizzate da consumatori e utenti. Pertanto, il regolatore statunitense adotta per la prima volta regole ampie che impongono la trasparenza agli operatori mobili che forniscono (reti e servizi) a banda larga e il divieto di bloccare l'accesso a siti *web* o a talune applicazioni di operatori concorrenti."

44. L'adozione del nuovo quadro regolatorio per la *net neutrality* da parte della FCC è stata preceduta dall'intervento regolamentare dell'autorità di settore canadese *Canadian Radio-television and Telecommunications Commission* (CRTC), che ha introdotto misure specifiche in questo ambito già nel 2009. La decisione del 21 ottobre 2009, in particolare, ha evidenziato l'opportunità di un intervento volto a regolamentare le pratiche di gestione del traffico dati su rete fissa così come su rete mobile. Tale decisione si pone l'obiettivo di orientare i fornitori di servizi internet (ISP) all'uso informato ed efficiente di pratiche di gestione del traffico. CRTC richiede agli ISP di informare i consumatori delle loro pratiche, al fine di consentire scelte commerciali realmente consapevoli sui servizi internet. Con la *Review of the Internet traffic practices of Internet service providers*¹⁵ CRTC ha inoltre riconosciuto che l'approccio più corretto al tema della neutralità della rete deve fondarsi su una distinzione tra pratiche di gestione del traffico legittime, in quanto necessarie a perseguire finalità meritevoli di tutela, come la sicurezza o la qualità delle connessioni, e quelle vietate, in quanto poste in essere con modalità irragionevolmente discriminatorie e anti-concorrenziali. Sulla base di questa premessa, sono stati introdotti parametri di legittimità che il regolatore può applicare, nell'ambito di procedimenti individuali, al fine di stabilire quando le pratiche di *traffic management* siano da considerarsi ammissibili o scorrette. Si tratta, in ogni caso, di criteri elastici in virtù dei quali le attività di trattamento del traffico internet possono ritenersi legittime quando risultino strettamente necessarie al mantenimento della qualità e sicurezza dei servizi e non comportino indebite discriminazioni. In particolare, il regolamento adottato nel 2009 individua i principi ritenuti in grado di bilanciare gli interessi di libertà dei canadesi ad usare internet con gli interessi degli ISP a gestire il traffico generato sulle loro reti, in linea con la

¹⁵ The Canadian Radio-television and Telecommunications Commission, *Review of the Internet traffic management practices of Internet service providers*, File number: 8646-C12-200815400, Telecom Regulatory Policy CRTC 2009-657, Ottawa, 21 October 2009

legislazione, inclusa quella in tema di *privacy*. Di particolare rilevanza risulta, in tal senso, il principio di trasparenza secondo il quale l'ISP, in caso di applicazioni di pratiche di gestione della rete, deve informare i consumatori sul servizio internet che stanno acquistando e usando, nonché il principio della non discriminazione delle condizioni economiche e tecniche, laddove la misura di gestione del traffico sia stata adottata.

45. Inoltre, si richiama il principio della neutralità competitiva delle soluzioni adottate dagli operatori. Per i servizi al dettaglio gli ISP possono applicare tecniche di gestione del traffico internet senza previa approvazione della Commissione. Quest'ultima esaminerà tali pratiche alla luce del quadro normativo e sulla base di eventuali denunce provenienti dai consumatori. Per i servizi *wholesale* sono previsti controlli aggiuntivi: è, dunque, necessaria l'approvazione della Commissione per l'adozione da parte degli ISP di *Internet Traffic Management Practices* più restrittivi a livello *wholesale* rispetto a quello *retail*. La Commissione evidenzia altresì il ruolo strategico degli investimenti infrastrutturali per superare fenomeni di congestione della rete, sebbene non necessariamente risolutivi, almeno nel breve-medio periodo. Pertanto, viene riconosciuto che alcune misure di *network management* potrebbero risultare necessarie per gestire il traffico internet in alcuni punti della rete in determinati momenti. In tal caso, le misure adottate devono essere tali da soddisfare un determinato bisogno e non andare oltre quanto richiesto dal bisogno stesso.

46. Nel corso del 2010 il regolamento dell'autorità canadese è stato oggetto di revisione a seguito dell'indizione di una consultazione pubblica volta a stabilire la necessità di un intervento nei mercati dei servizi *wireless*, in virtù dei recenti sviluppi e dei risultati conseguiti in applicazione delle regole introdotte nel 2009. Con la decisione CRTC 2010-445 del 30 giugno 2010 recante "*Modifications to forbearance framework for mobile wireless data services*" è stato pertanto emendato il previgente regime di esenzione dal divieto di pratiche di *traffic management* discriminatorie previsto per i servizi di Internet su rete mobile. In particolare, la decisione citata stabilisce espressamente che il quadro regolatorio sulla network neutrality trova applicazione con riferimento all'offerta e alla fornitura di servizi di accesso a Internet da rete mobile e traffico dati su reti *wireless*.

3. Le questioni aperte

47. L'azione dell'Autorità deve pertanto essere collocata nel contesto sopra descritto. L'Indagine conoscitiva "Garanzie dei consumatori e tutela della concorrenza con riferimento ai servizi VoIP e *peer-to-peer* su rete mobile", approvata con la delibera n. 39/11/CONS, indaga le questioni relative al *traffic management* su rete mobile e a quelle sottese inerenti alla tutela della concorrenza e dei consumatori, nonché al

principio di neutralità della rete. Il documento è stato pertanto sottoposto a consultazione pubblica e i soggetti interessati invitati a inviare i rispettivi contributi.

48. Allo stesso tempo, a partire dalle evidenze raccolte nell'indagine e in considerazione dell'ampiezza e della portata generale dei temi afferenti il principio della neutralità della rete e le sue diverse modalità di declinazione, risulta appropriato svolgere uno specifico approfondimento sulla *net neutrality*, avente carattere di studio e di ricerca, con lo scopo di promuovere un dibattito su questo tema e di acquisire ulteriori valutazioni e informazioni dagli *stakeholder* in merito alle nuove logiche, tecniche e commerciali, che governano le comunicazioni elettroniche, nonché in merito alle pratiche di gestione del traffico che impattano sul principio della neutralità della rete e, potenzialmente, sull'assetto concorrenziale del settore, sulle garanzie a tutela dei consumatori e, più in generale, sulle eventuali future azioni regolamentari.

49. Le questioni aperte, come visto, sono molteplici e hanno come punto di partenza le profonde trasformazioni che investono le modalità di produzione e consumo dei servizi di comunicazione in virtù delle incessanti innovazioni tecnologiche. In questo contesto, occorre approfondire i fattori che concorrono all'evoluzione del settore dei servizi dati, alla trasformazione della struttura dei mercati, e come questi impattino sulle modalità di consumo dei servizi in questione. Inoltre, sul versante tecnologico, è utile esaminare in dettaglio le diverse forme di gestione del traffico di rete, al fine di comprendere come il *traffic management* possa, allo stato attuale e in prospettiva, incidere sulla declinazione del principio della neutralità della rete.

50. In parallelo, l'evoluzione dei mercati dei servizi dati è segnata da modifiche del quadro regolamentare. In Europa, il settore delle comunicazioni elettroniche è caratterizzato da un apparato normativo articolato nel quale alle disposizioni nazionali si associano le direttive comunitarie. Si tratta di un sistema regolamentare la cui attuale mutazione avviene in corrispondenza, fra l'altro, del recepimento, da parte degli Stati membri, delle direttive nn. 136/2009/CE e 140/2009/CE, atteso entro la fine del mese di maggio c.a. Allo stesso tempo, le novità introdotte dalle disposizioni comunitarie in esame si inquadrano nell'alveo di obiettivi e strumenti già codificati. Ad una prima disamina, ai fini di un eventuale intervento regolamentare, i principali strumenti a disposizione delle ANR – individuati in linea con quanto espresso dal BEREC nel documento *Response to the European Commission's consultation on the open Internet and net neutrality in Europe, 30 September 2010* – possono essere schematicamente ascritti a due categorie di intervento: i) misure regolamentari e provvedimenti individuali adottati per finalità di tutela dei consumatori (disposizioni *erga omnes* e decisioni adottate nell'ambito della procedure di risoluzione delle controversie tra gestori e utenti); ii) interventi a tutela della concorrenza nei mercati delle comunicazioni elettroniche, tra cui rientrano le disposizioni derivanti dalla presenza di una o più imprese che dispongono di un significativo potere di mercato (c.d. regime SMP), ovvero le disposizioni inerenti all'accesso e all'interoperabilità delle reti (c.d. *general interconnection regime*), nonché le forme di risoluzione extragiudiziale delle controversie tra operatori. Infine, un'ulteriore ampia possibilità di azione risiede

nell'intervento di tipo *antitrust* operato dalle *National Competition Authorities*. Pertanto, la declinazione di tali strumenti in relazione all'attuazione del principio della neutralità della rete richiede un'attenta ponderazione.

51. Più in dettaglio, il *policy maker* dispone, ove le specifiche condizioni di mercato suggeriscano l'opportunità di un intervento, di diversi strumenti a garanzia del consumatore, a tutela della concorrenza e, in generale, della *net freedom*, ossia la natura aperta e libera della rete.

52. Nell'ambito delle norme a tutela del consumatore e, in particolare, di quelle a tutela della trasparenza delle condizioni economiche e tecniche dei servizi offerti, occorre individuare gli elementi rilevanti che contribuiscono alla piena conoscenza, da parte dell'utente finale, delle caratteristiche dei servizi dati, in mobilità e in postazione fissa, disponibili nel mercato; al riguardo, il quadro regolatorio attualmente in vigore già presenta norme che consentono all'utente finale di acquisire informazioni trasparenti circa il consumo dei servizi dati, tuttavia, alla luce delle novità commerciali, potrebbe risultare utile individuare ulteriori regole al fine di informare gli utenti, anche in tempo reale, del verificarsi di forme di gestione del traffico. Inoltre, la diffusione di forme di *traffic management* suggerisce di approfondire le modalità tecniche rilevanti ai fini della determinazione della qualità dei servizi dati e dei livelli minimi di qualità da assicurare all'utente finale. In tal senso, assume particolare rilievo la nuova formulazione dell'art. 22 della direttiva servizio universale in base al quale le ANR potranno, *inter alia*, imporre prescrizioni in materia di qualità minima del servizio all'impresa o alle imprese che forniscono reti di comunicazione pubbliche.

53. Per quanto riguarda i profili inerenti alla tutela della concorrenza, il dibattito internazionale evidenzia come le politiche di gestione del traffico possano essere attuate per garantire l'integrità delle reti e adeguati livelli di qualità del servizio, concorrendo pertanto ad una più efficiente allocazione delle risorse; allo stesso tempo, in taluni casi, le tecniche in esame potrebbero essere utilizzate dagli operatori per alterare il corretto funzionamento dei meccanismi concorrenziali e operare forme di discriminazione tra i diversi *content provider*, bloccare l'accesso degli utenti a determinati contenuti, applicazioni e servizi forniti dai *content provider* stessi (c.d. *blocking*), introdurre pratiche di differenziazione dei prezzi in funzione della qualità del servizio e/o degli utenti destinatari dell'offerta (c.d. *access tiering*), associate, in taluni casi, alla degradazione della connettività garantita ad altri servizi e/o utenti (c.d. *degradation*). Si impone pertanto una riflessione circa i potenziali problemi concorrenziali derivanti dalla diffusione delle nuove forme di gestione del traffico, la capacità del mercato di auto-disciplinarsi (ad esempio, in virtù del grado di trasparenza delle informazioni disponibili) nonché, ove sia ravvisata l'opportunità della regolamentazione a tutela della concorrenza, gli strumenti a disposizione del *policy maker*.

54. Inoltre, alcune questioni oggetto del dibattito sulla *net neutrality* risultano trasversali ai temi inerenti alle tutele del consumatore e della concorrenza. In tal senso, si fa riferimento innanzitutto agli studi volti a identificare le forme di gestione del

traffico che possono essere considerate ragionevoli. In secondo luogo, si registra un'attenta riflessione volta a individuare gli elementi strutturali che contraddistinguono l'ecosistema della rete e, di conseguenza, i fattori che incidono sulla determinazione dei prezzi e delle quantità dei servizi, nonché sulla capacità a innovare e sugli incentivi ad investire dei diversi soggetti attivi nel settore. Infine, i *policy maker*, gli *stakeholder* e il mondo della ricerca studiano altresì qual è la relazione e l'impatto della *net neutrality* sulla crescita economica.

55. Altro tema di estremo rilievo e discussione, è rappresentato dai valori della *net freedom*, vale a dire, sinteticamente, la facoltà degli utenti di accedere a ogni indirizzo IP pubblico. Infatti, internet si è sviluppato sulla base di un modello "aperto" (c.d. *best effort*) e in virtù del fatto che l'utente, una volta acquisita la connessione dati, è libero di fruire dei contenuti (legittimamente) disponibili *on-line*. La centralità della rete aperta e neutrale è sancita dalla nuova formulazione dell'art. 1, comma 3, della direttiva quadro.¹⁶

56. La declinazione del principio della neutralità della rete in rapporto ai temi sopra menzionati – le garanzie per i consumatori, la tutela della concorrenza e la *net freedom* – risulta, in tutta evidenza, estremamente articolato. Pertanto, un'eventuale azione regolamentare richiede – come in effetti è in corso – un'approfondita valutazione anche dei profili inerenti all'individuazione delle forme più adeguate di intervento, in conformità ai principi di necessità e stretta proporzionalità delle misure adottate rispetto al fine perseguito.

57. Infine, il dibattito concernente il principio della neutralità della rete e le relative forme di declinazione e attuazione investe altresì profili sociali, culturali e politici derivanti dalla possibilità di accedere e fruire liberamente dei contenuti veicolati sulla rete internet, indipendentemente dal contenuto stesso, dall'applicazione, dal servizio, dal terminale, nonché dal mittente o dal destinatario della comunicazione. Al riguardo, il principio della neutralità della rete è connesso a numerosi valori generali, tra i quali si

¹⁶ «I provvedimenti adottati dagli Stati membri riguardanti l'accesso o l'uso di servizi e applicazioni attraverso reti di comunicazione elettronica, da parte degli utenti finali, devono rispettare i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche, garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dai principi generali del diritto comunitario. Qualunque provvedimento di questo tipo riguardante l'accesso o l'uso di servizi e applicazioni attraverso reti di comunicazione elettronica, da parte degli utenti finali, che ostacolasse tali diritti o libertà fondamentali può essere imposto soltanto se appropriato, proporzionato e necessario nel contesto di una società democratica e la sua attuazione dev'essere oggetto di adeguate garanzie procedurali conformemente alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e ai principi generali del diritto comunitario, inclusi un'efficace tutela giurisdizionale e un giusto processo. Tali provvedimenti possono di conseguenza essere adottati soltanto nel rispetto del principio della presunzione d'innocenza e del diritto alla privacy. Dev'essere garantita una procedura preliminare equa ed imparziale, compresi il diritto della persona o delle persone interessate di essere ascoltate, fatta salva la necessità di presupposti e regimi procedurali appropriati in casi di urgenza debitamente accertata conformemente alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Dev'essere garantito il diritto ad un controllo giurisdizionale efficace e tempestivo».

menzionano la libertà di espressione, il pluralismo delle informazioni, la diversità culturale e, ancora, la tutela dei dati personali e la libertà della ricerca. Il rapporto tra i valori in questione e la *net neutrality* è oggetto di attenta disamina e – alla luce delle incessanti innovazioni tecnologiche, delle continue trasformazioni nelle modalità di produzione e di consumo dei servizi dati e, in ultima istanza, dei bisogni degli utenti finali – richiede una continua riflessione in modo tale di adeguare il sistema normativo alle specifiche condizioni strutturali.

58. Sulla base delle questioni in esame, che sono state proposte senza pretesa di esaustività, l’Autorità ha predisposto – in linea con quanto rappresentato da altre ANR e con le evidenze raccolte nell’indagine conoscitiva “Garanzie dei consumatori e tutela della concorrenza con riferimento ai servizi VoIP e *peer-to-peer* su rete mobile” – una serie di quesiti con lo scopo di favorire e promuovere, anche in Italia, il dibattito in materia e di acquisire ulteriori valutazioni e informazioni dagli *stakeholder* in merito al principio della neutralità della rete (con le relative forme di declinazione) e alle nuove logiche – tecniche, commerciali, regolamentari e socio-culturali – che governano le comunicazioni elettroniche. L’insieme dei quesiti rappresenta una traccia di lavoro su cui l’Autorità intende continuare a ragionare nei prossimi mesi.

4. Conclusioni

59. In conclusione, l’obiettivo è proseguire la riflessione in materia di *net neutrality* finalizzata alla predisposizione di una traccia di analisi trasversale alle molteplici questioni di natura tecnica, economica e giuridica, approfondendo parallelamente quei temi specifici emersi come prioritari all’interno del dibattito internazionale, quali, *inter alia*, la trasparenza informativa e la definizione degli strumenti a tutela del consumatore, le questioni di natura concorrenziale e regolamentare analizzate in un’ottica attuale e prospettica, nonché le forme in cui si sostanzia la *net freedom*.

60. In tal modo, l’Autorità avrà modo di contribuire in misura sempre più puntuale al dibattito internazionale concernente il principio della neutralità della rete, anche alla luce dei futuri lavori in materia che saranno svolti, fra l’altro, dalla Commissione europea – è attesa nei prossimi mesi una relazione al Parlamento europeo e al Consiglio, come indicato nella “dichiarazione della Commissione sulla neutralità della rete”, apposta in calce alla direttiva 2009/140/CE – e dal BEREC (cfr. il programma di lavoro 2011, punto 4.2 “Network neutrality”).

61. Ciò anche in virtù del fatto che il campo di azione delle autorità nazionali di regolamentazione dovrà necessariamente confrontarsi con la dimensione internazionale dei fenomeni inerenti alla *net neutrality* e pertanto, per diversi aspetti, le scelte di indirizzo e disciplina, nonché la composizione dei diversi interessi in gioco – ove necessarie – troveranno la loro sede naturale nell’ambito dei lavori di cooperazione e

coordinamento svolti nelle istituzioni internazionali, *in primis* a livello dell'Unione europea.

QUESTIONARIO SULLA NEUTRALITÀ DELLA RETE

Q1. Quali sono i profili tecnologici e commerciali che, in prospettiva, assumeranno maggiore rilievo nell'evoluzione del settore dei servizi dati, in mobilità e in postazione fissa? Tali profili influenzeranno le strategie di mercato formulate dai diversi soggetti economici operanti nel settore, gli *internet service provider* e i *content provider*? In che modo? Come incideranno i medesimi profili in esame sulle modalità di consumo dei servizi dati da parte dei consumatori?

Q2. Quali tipologie di servizi dati e quali forme di gestione del traffico assumono particolare rilievo nell'ambito del dibattito riguardante la neutralità della rete? Qual è il presumibile impatto che la crescente diffusione delle forme di gestione del traffico di rete per ragioni tecniche o di blocco di applicazioni per motivi commerciali avrà sul principio della neutralità della rete? Quali fattori concorrono alla declinazione della definizione di neutralità della rete?

Q3. Quali sono gli obiettivi e gli strumenti, come definiti nel quadro normativo europeo, ritenuti più rilevanti ai fini della regolamentazione, ove opportuno, del rapporto tra forme di gestione del traffico, tecniche commerciali e neutralità della rete? Quali forme di gestione del traffico possono essere considerate ragionevoli?

Q4. Nell'ambito delle norme a tutela del consumatore e, in particolare, di quelle a tutela della trasparenza delle condizioni economiche e tecniche dei servizi offerti, quali sono gli elementi rilevanti, ulteriori rispetto alle disposizioni vigenti, che contribuiscono alla piena conoscenza, da parte dell'utente finale, delle caratteristiche dei servizi dati, in mobilità e in postazione fissa, disponibili nel mercato? Quali sono o quali potrebbero essere le modalità tecniche rilevanti al fine di informare gli utenti anche in tempo reale al verificarsi di forme di gestione del traffico e quali, in generale, le modalità ed i canali informativi minimi per assicurare all'utente finale informazioni trasparenti in relazione ai servizi dati?

Q5. Quali sono i potenziali problemi concorrenziali derivanti dalla diffusione delle nuove forme di gestione del traffico? Le norme a tutela della trasparenza delle condizioni economiche e tecniche dei servizi offerti sono sufficienti a prevenire l'attuazione di comportamenti anticoncorrenziali nei mercati dei servizi dati? Ove sia ravvisata l'opportunità della regolamentazione a tutela della concorrenza, con quali strumenti a disposizione del *policy maker* sarebbe opportuno porre mano alla regolamentazione?

Q6. Quali sono gli elementi strutturali che contraddistinguono l'ecosistema della rete che potrebbero assumere rilievo qualora i potenziali problemi concorrenziali e le

specifiche circostanze del mercato rendano opportuno un intervento del *policy maker* a tutela della concorrenza? Quali fattori incidono sui prezzi e sulle quantità prodotte di servizi dati, nonché sulla capacità a innovare e sugli incentivi ad investire dei diversi soggetti attivi nel settore? Come si sostanzia il rapporto tra *net neutrality* e crescita economica e qual è l'impatto dell'economia di internet sullo sviluppo della società?

Q7. Più in generale, considerati i profili inerenti alla tutela del consumatore e alla tutela della concorrenza, quali modalità di intervento e di regolazione consentono la salvaguardia del principio della *net freedom*, vale a dire, la natura aperta e libera che contraddistingue la Rete?

Q8. Quali forme di intervento sono ritenute più appropriate ed efficaci, fermi restando i principi di adeguatezza, necessità e stretta proporzionalità dell'intervento rispetto alle finalità perseguite previsti nel nuovo quadro regolamentare?

Q9. La piena attuazione del principio della neutralità della rete come incide sulla vita sociale, culturale e politica del Paese? Quali sono i valori generali connessi al dibattito concernente la *net neutrality* che devono essere tenuti in considerazione al fine di garantire la piena attuazione del principio della neutralità della rete? Al riguardo, quali strumenti possono essere utilizzati dall'Autorità?

Q10. Qual è il rapporto tra le diverse declinazioni del principio della neutralità della rete e il pluralismo dell'informazione e, più in generale, le libertà di comunicazione e di manifestazione del pensiero?