

## I nuovi protagonisti del mondo digitale tra neutralità della Rete e accesso all'informazione

VITTORIO PAMPANIN\*

SOMMARIO: 1. *L'esigenza della net neutrality in Internet* – 2. *Le regole in materia di network management tra USA e Unione europea* – 3. *Profili critici nell'applicazione delle regole di net neutrality: il caso dello zero-rating* – 4. *I nuovi gatekeeper dell'informazione e i pericoli per le libertà in Rete: la net freedom* – 5. *Sulla necessità di nuovi strumenti di tutela delle libertà di Internet: search neutrality e app neutrality*

### 1. L'ESIGENZA DELLA NET NEUTRALITY IN INTERNET

Il successo di Internet, che ne ha consentito uno sviluppo esponenziale nel mondo moderno, decretandone il ruolo di principale strumento di informazione e di conoscenza a disposizione dei cittadini, è tradizionalmente attribuito alla sua particolare architettura e ai meccanismi che ne governano il funzionamento.

I due principi fondamentali che stanno alla base di Internet prevedono che i messaggi inviati, scomposti in pacchetti di dati in tecnica digitale, siano veicolati attraverso la rete in modo autonomo (*end-to-end*) e il più velocemente possibile (*best effort*)<sup>1</sup>. In particolare il principio di trasmissione *end-to-end* sta ad indicare che l'intelligenza della Rete, cioè la capacità di controllare e indirizzare i dati, è collocata ai livelli più alti del sistema multilivello di Internet, e dunque nei punti terminali dove l'utente immette l'informazione o utilizza un'applicazione (si pensi all'invio di una e-mail), mentre i protocolli di comunicazione, che rappresentano la strada su cui scorre l'informazione, devono rimanere i più semplici possibili in modo che nessun terminale possa influire sul percorso seguito dal messaggio nel passare dal mittente al destinatario<sup>2</sup>.

\* L'A. è dottore di ricerca in Diritto pubblico e assistente di Diritto amministrativo presso il Dipartimento di giurisprudenza dell'Università degli Studi di Pavia, e attualmente professore a contratto di Diritto amministrativo I presso il Dipartimento di giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia.

<sup>1</sup> J. KRÄMER, L. WIEWIORRA, C. WEINHARDT, *Net Neutrality: A Progress Report*, in "Telecommunications Policy", vol. 37, 2013, n. 9, p. 794.

<sup>2</sup> L'elaborazione esplicita del principio *end-to-end* risale al contributo di P. REED, J.H. SALTZER, D.D. CLARK, *End-to-end Arguments in System Design*, in "ACM Transactions on Computer Systems", vol. 2, 1984, n. 4, pp. 277-288.

Gli effetti positivi prodotti dall'osservanza di questi principi sono molteplici. Da un lato, la previsione che i livelli più bassi del sistema possano fornire una grande disponibilità di risorse ai livelli più alti senza essere preordinate a un particolare utilizzo ha rappresentato il presupposto perché potesse svilupparsi un'ampia varietà di applicazioni per connettersi e utilizzare la rete Internet. In questo senso, costruendo una rete neutrale rispetto ai suoi diversi utilizzi, Internet ha rappresentato un ambiente competitivo dove l'innovazione ha trovato terreno fertile per fiorire in numerosi contesti, anche originariamente non previsti: si pensi ad esempio ai servizi di telefonia on line (VoIP), allo scambio di musica in formato digitale, al commercio elettronico e prima ancora alla posta elettronica<sup>3</sup>. Dall'altro lato, la scelta che i nodi intermedi di cui è composta la Rete e attraverso cui passano le informazioni non possano differenziare i pacchetti di dati in base al loro contenuto o alla loro provenienza ha sostanzialmente assicurato il rispetto di una regola di non discriminazione nell'accesso all'informazione (imponendo di considerare allo stesso modo tutti i pacchetti di dati inviati sulla rete).

L'aumento esponenziale dei contenuti veicolati sulla rete ha però messo in crisi la sostenibilità di questi principi fondamentali mostrandone i limiti e inducendo così utenti e gestori di Internet a introdurre forme di "intelligenza" nella Rete, volte a determinare il contenuto e la provenienza dei pacchetti di dati, in modo da disporre un trattamento differenziato.

Le giustificazioni alla base di questo nuovo approccio alla Rete sono molteplici e vanno dall'esigenza di garantire la sicurezza del sistema (si pensi al problema della diffusione di virus tramite spam) al contrasto della criminalità informatica (con particolare riferimento alla tutela del diritto d'autore)<sup>4</sup>. A queste si è aggiunto poi il timore che un aumento della domanda di connettività degli utenti possa portare a una sovrautilizzazione delle infrastrutture, con la conseguenza di una minore qualità del servizio<sup>5</sup>. Simile pericolo è tanto più vero in un contesto come l'attuale in cui la principale modalità di fruizione di Internet è significativamente cambiata, spostandosi sempre di più verso la riproduzione in tempo reale di contenuti multimediali (streaming), esposti quin-

<sup>3</sup> M.A. LEMLEY, L. LESSIG, *The End of End-to-End: Preserving the Architecture of the Internet in the Broadband Era*, in "UCLA Law Review", vol. 48, 2001, <https://www.ssrn.com/en>.

<sup>4</sup> Sul punto A. FACHECHI, "Net neutrality" e discriminazioni arbitrarie, in "Il Foro napoletano - Nuova Serie", 2015, n. 2, pp. 346-347.

<sup>5</sup> In tal senso F. DELL'ISOLA, *La neutralità della Rete nella regolamentazione internazionale, comunitaria e nazionale: una questione risolta?*, in "Rivista della cooperazione giuridica internazionale", 2010, n. 35, p. 107.

di più di altri agli inconvenienti derivanti dalle congestioni legate alla continua crescita dei volumi di traffico dati sulla rete<sup>6</sup>; si pensi ad esempio alle applicazioni di telefonia on line (VoIP) o a quelle per l'ascolto di musica (come Spotify) o di visione di video e film (YouTube e Netflix): si tratta di servizi particolarmente sensibili al rallentamento del traffico dati e pertanto esposti al disagio di interruzioni che possono inibirne la fruizione stessa da parte dell'utente finale.

L'intento di prevenire o superare la formazione di congestioni nel funzionamento della rete ha portato dunque gli operatori che forniscono l'accesso alla rete ISP all'applicazione sempre più diffusa di pratiche di gestione del traffico (*network management*), consistenti nel reindirizzare, rallentare o velocizzare la trasmissione di alcuni dati rispetto ad altri, avviando così il declino dei principi di *end-to-end* e *best effort*.

Se quelle appena richiamate rappresentano ragioni di funzionalità il cui soddisfacimento rende quasi ineludibili le pratiche di gestione ad esse collegate, che proprio per questo non destano particolari allarmi, viceversa nel dibattito pubblico emerge con forza l'esigenza di garantire che il sistema di Internet continui a mantenere il proprio originario carattere di neutralità (*net neutrality*) nel momento in cui risulta chiaro che gli operatori proprietari della rete (normalmente gli ISP), i quali siano anche verticalmente integrati con soggetti fornitori di contenuti e servizi su Internet (*CAP - Content and Application Providers*), hanno sia i mezzi che l'interesse a discriminare i contenuti o servizi forniti da altri provider agli utenti finali della propria rete.

In particolare ciò può manifestarsi da parte degli interessati nel blocco o nel rallentamento della velocità di trasmissione di determinati servizi o contenuti offerti da operatori cosiddetti OTT - *Over The Top*, in quanto risultanti in concorrenza con i propri servizi (si pensi, oltre alla fornitura di contenuti audiovisivi on line, ai servizi di chiamate vocali consentite da applicazioni come Skype, WhatsApp e Viber), oppure nell'introduzione di tariffe differenziate per i diversi operatori, penalizzando la trasmissione dei dati di coloro che non siano disposti a pagare per un trattamento preferenziale dei propri contenuti<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Sui diversi effetti delle congestioni di rete (*net congestion*) e sui meccanismi di funzionamento di Internet P. DAMIANI, *All Data Is (Reasonably) Equal: Open Internet v. Net Neutrality*, in "Diritto Mercato Tecnologia", 2016, n. 2, p. 15 ss., spec. pp. 19-20.

<sup>7</sup> Queste considerazioni sono già state espresse in un precedente scritto a cui si rinvia: V. PAMPANIN, *Tutela del pluralismo informativo e regolazione economica nel mercato convergente della comunicazione*, in G. Avanzini, G. Matucci (a cura di), "L'informazione e le sue regole. Libertà, pluralismo e trasparenza", Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, pp. 192-193.

In quest'ultimo caso l'esigenza che spinge gli ISP è quella di ottenere un ritorno economico dalla sovra utilizzazione della rete dovuta all'erogazione di servizi che risultano particolarmente "affamati di banda", in modo da condividere con i fornitori di servizi interessati ad assicurarsi un trattamento preferenziale (i soggetti OTT) i costi dovuti alla gestione e al potenziamento della rete, che crescono in modo proporzionale all'aumento del livello di connettività dei cittadini.

Appare dunque evidente come la problematica in esame attenga principalmente al diritto della concorrenza, in quanto le condotte che pongono limitazioni alla circolazione delle informazioni non si risolvono in semplici riduzioni del traffico dati, ma determinano restrizioni alla libertà di iniziativa economica e alla concorrenza a danno degli altri operatori attivi sulla rete.

La conseguenza operativa di queste pratiche di gestione è peraltro essenzialmente quella di far viaggiare il traffico dati lungo un doppio binario: uno maggiormente predisposto a congestioni e quindi di minore affidabilità e uno capace invece di offrire prestazioni superiori a coloro che possano e vogliano pagare (siano essi CAP o utenti finali)<sup>8</sup>.

Sotto questo profilo il timore che si prospetta, dal diverso punto di vista dell'utente finale, è che la discriminazione del traffico possa impedirgli di raggiungere determinati siti web, con conseguente rischio di censure ingiustificate o di compressione del diritto all'informazione, che creerebbero così utenti di serie A e utenti di serie B<sup>9</sup>.

Il rischio di un abuso dei sistemi di *network management* attraverso il ricorso a pratiche discriminatorie si è effettivamente concretizzato in America, in più occasioni, a partire dagli inizi del nuovo millennio: come nel caso *Madison River* del 2005, in cui un ISP ha bloccato il servizio di telefonia VoIP di un operatore concorrente; oppure nel caso *Comcast* del 2007, in cui l'operatore dominante della televisione via cavo in America aveva bloccato applicazioni di file sharing. Anche in Europa non sono mancati peraltro

<sup>8</sup> Questa preoccupazione che sta alla base dell'esigenza di tutela della neutralità della Rete è stata evidenziata tra i primi da M.A. LEMLEY, L. LESSIG, *op. cit.*, p. 20 ss., ma è stata espressa formalmente in termini di *network neutrality* solo a partire dal contributo di T. WU, *Network Neutrality, Broadband Discrimination*, in "Journal of Telecommunications and High Technology Law", vol. 2, 2003, n. 1, p. 141 ss.

<sup>9</sup> F. DELL'ISOLA, *op. cit.*, p. 108, che sottolinea come «in sostanza, la trasposizione dell'economia reale al mondo di Internet porterebbe a diversi livelli di utenza e di servizio basati sul principio per cui chi paga di più naviga più di altri ed ha accesso a più siti ed applicazioni di altri».

casi simili: è stato ad esempio provato che Deutsche Telekom nel 2009 ha minacciato di bloccare l'accesso a Skype tramite iPhone, di cui aveva l'esclusiva della vendita in Germania<sup>10</sup>.

Queste ragioni spiegano l'esigenza della *net neutrality* e giustificano pertanto l'adozione di misure volte alla sua tutela in virtù dell'importanza fondamentale che essa riveste nel contesto di Internet, anche in funzione di garanzia del pluralismo informativo<sup>11</sup>.

## 2. LE REGOLE IN MATERIA DI NETWORK MANAGEMENT TRA USA E UNIONE EUROPEA

Pur essendo stato per molti anni al centro del dibattito sulla necessità o meno di introdurre misure di regolazione di Internet, il concetto di *net neutrality*, intesa come canone di comportamento da imporre a tutti gli operatori capaci di influenzare il trattamento dei dati veicolati sulla rete, non ha ancora trovato una definizione univoca e generalmente accettata.

Secondo una prima concezione, seguita in particolare dai gruppi a sostegno dei diritti dei consumatori, la *net neutrality* proibirebbe agli ISP - *Internet Service Provider* di accelerare, rallentare o bloccare il traffico internet in base alla sua fonte, alla sua proprietà o alla sua destinazione<sup>12</sup>. In una diversa elaborazione invece *net neutrality* starebbe ad indicare che i fornitori di accesso alla banda larga si limitano a far pagare i consumatori soltanto una volta per l'accesso a Internet, non favoriscono un fornitore di contenuti rispetto ad un altro, e non fanno pagare i fornitori di contenuti per veicolare il loro traffico dati sulla propria rete fino agli utenti finali<sup>13</sup>.

Da queste e altre ricostruzioni risulta chiaramente che l'obiettivo della *net neutrality* è insomma quello di impedire che sia realizzata qualunque differenziazione nella velocità di distribuzione dei pacchetti di informazioni veicolati sulla rete e che ancor meno questa possa giustificare il pagamento di "tariffe" diverse per la fruizione dei servizi disponibili in Internet.

<sup>10</sup> Il caso viene richiamato in A. FACHECHI, *op. cit.*, p. 350.

<sup>11</sup> In tal senso G. MASSARI, *L'accesso a Internet e ai contenuti digitali quale viatico per il pluralismo informativo*, in "Munus", 2015, n. 2, p. 294.

<sup>12</sup> J. KRÄMER, L. WIEWIORRA, C. WEINHARDT, *op. cit.*, p. 3, che si riferisce ad esempio al movimento *Save the Internet* e alle indicazioni contenute nel relativo sito <https://savetheinternet.eu>.

<sup>13</sup> In questi termini R. HAHN, S. WALLSTEN, *The Economics of Net Neutrality*, in "The Economists' Voice", vol. 3, 2006, n. 6, p. 1 ss.

È tuttavia lo stesso inventore del web Tim Berners-Lee ad aver chiarito che *net neutrality* non equivale a chiedere un'Internet gratis per tutti; assicurare la neutralità della Rete non significa cioè che una persona non debba pagare più soldi per avere un servizio di alta qualità<sup>14</sup>. Viene infatti sottolineato da più parti come la gestione della Rete non possa restare imbrigliata nelle maglie di un controproducente egualitarismo<sup>15</sup> e non debba pertanto seguirsi un'interpretazione assolutizzante del principio di neutralità della Rete, che potrebbe risultare contraria agli stessi interessi degli utenti finali e rivelarsi quindi un ostacolo per lo sviluppo di Internet<sup>16</sup>. In altri termini molti studiosi arrivano a sostenere che non convenga accogliere una concezione di neutralità della Rete particolarmente restrittiva e tale da non consentire alcun tipo di priorità nel traffico dati<sup>17</sup>.

Nell'affrontare il tema della neutralità della Rete il criterio migliore cui ispirarsi nel predisporre soluzioni normative adeguate si rivela dunque il riferimento al principio di ragionevolezza<sup>18</sup>. Un tale approccio consente infatti di poter verificare di volta in volta quali pratiche di trattamento dei dati siano effettivamente discriminatorie e si traducano in una minaccia per la libertà di scelta degli utenti finali e quali invece siano giustificate dal perseguimento di un maggiore benessere della comunità, che risulta ormai significativamente collegato proprio allo sviluppo di Internet e di tutte le sue potenzialità.

<sup>14</sup> Così si esprime T. BERNERS LEE, *Net Neutrality: This Is Serious*, in "Computer Science & Artificial Intelligence Lab – CSAIL" del Massachusetts Institute of Technology – MIT di Boston, June 21, 2006. Per la dichiarazione video, [https://www.youtube.com/watch?v=Jev2Um-4\\_TQ](https://www.youtube.com/watch?v=Jev2Um-4_TQ).

<sup>15</sup> A. FACHECHI, *op. cit.*, p. 345 ss. dove si afferma che «a conti fatti l'idea della neutralità della rete come trattamento assolutamente uguale di tutti i pacchetti IP finisce per rivelarsi poco realista. Né è certo che possa costituire un obiettivo realmente utile».

<sup>16</sup> In tal senso C. MARTANI, *La "net neutrality" alla luce del Regolamento UE n. 2120/2015 e delle Linee Guida BEREC*, in "Cyberspazio e diritto", 2017, n. 1, p. 4.

<sup>17</sup> Tra questi anche C. MARSDEN, *Network Neutrality: A Research Guide*, in I. Brown (ed.), "Handbook on Governance of the Internet", Cheltenham, Edward Elgar, 2013, p. 419 ss.

<sup>18</sup> P. DAMIANI, *All Data Is (Reasonably) Equal: Open Internet v. Net Neutrality*, cit., pp. 13-14, ove si sottolinea come «se la ragionevolezza, da un lato, è foriera di incertezza, dall'altro lato, ha il grande pregio di essere una tecnica regolativa molto adatta a disciplinare i settori connotati da un elevato tasso di complessità e caratterizzati da un accentuato dinamismo interno, vuoi perché nel loro seno emergono di continuo nuovi interessi meritevoli di tutela giuridica non previsti né prevedibili dalla legislazione vigente, vuoi perché nel loro ambito intervengono mutamenti, per esempio, di ordine tecnologico e/o economico che sovvertono i precedenti e consolidati equilibri assiologici».

D'altronde ciò è proprio quanto accaduto su entrambe le sponde dell'Atlantico, dove sia Stati Uniti (quanto meno negli ultimi anni) che Unione europea hanno in effetti improntato i propri sistemi di regolazione della *net neutrality* a questo tipo di approccio<sup>19</sup>.

Se si fa riferimento al contesto americano, il criterio della ragionevolezza contraddistingueva invero la disciplina in materia di *network management* predisposta con i due *Open Internet Order* dall'Autorità di regolazione delle comunicazioni, la FCC - *Federal Communication Commission*, rispettivamente nel 2010 e nel 2015. Senza qui ripercorrere l'annosa vicenda che ha portato agli interventi della FCC è sufficiente richiamare alcune delle principali regole introdotte a tutela dell'apertura della Rete<sup>20</sup>.

L'*Open Internet Order* del 2010 prevedeva a carico degli operatori che gestiscono l'accesso alla rete una *no blocking rule* e una *no unreasonable discrimination rule*: la prima vietava ai fornitori di accesso alla rete di bloccare il traffico dati riferito a contenuti, applicazioni o servizi leciti, mentre la seconda disponeva un generico divieto di discriminazione irragionevole nell'accesso.

La FCC ha anche fornito un articolato sistema di criteri per individuare caso per caso quali pratiche di *network management* dovessero considerarsi irragionevoli, ed ha inoltre disciplinato direttamente i casi di *reasonable network management* in cui le disposizioni prima richiamate erano suscettibili di una deroga: si tratta di quelle pratiche di gestione del traffico che siano finalizzate a garantire la sicurezza e l'integrità della rete, a consentire il blocco del traffico indesiderato da parte dell'utente finale, a ridurre gli effetti di una congestione della rete; per risultare lecite queste pratiche dovevano però rispettare anche i criteri di non irragionevolezza previsti dalla *no unreasonable discrimination rule*<sup>21</sup>.

Rispetto all'impianto di questa disciplina predisposta dal primo *Open Internet Order*, quello adottato nel 2015 non aveva introdotto particolari modifiche, riproponendo di fatto le stesse regole: alla *no blocking rule* si erano

<sup>19</sup> Per un raffronto tra le discipline predisposte da Stati Uniti e Unione europea cfr. P. DAMIANI, *Net neutrality e certezza del diritto nella disciplina dei servizi Quality of Services (QoS). Una comparazione tra le due sponde dell'Atlantico*, in questa *Rivista*, 2016, n. 1, pp. 77-94.

<sup>20</sup> Con riferimento alle origini delle regole di *net neutrality* nel contesto nordamericano cfr. M. OROFINO, *La declinazione della net-neutrality nel Regolamento europeo 2015/2120. Un primo passo per garantire un'Internet aperta?*, in "federalismi.it", 2016, n. 2, pp. 4-10.

<sup>21</sup> Per una completa e approfondita analisi della disciplina posta dagli *Open Internet Order* del 2010 e 2015, P. DAMIANI, *All Data Is (Reasonably) Equal: Open Internet v. Net Neutrality*, cit., p. 6 ss.

aggiunte infatti soltanto la *no throttling rule* (divieto di rallentamento) e la *no paid prioritization* (divieto di accordi di “prioritizzazione”), che erano però già desumibili in via interpretativa dalla prima, mentre la *no unreasonable interference/disadvantage* e la deroga per le misure di *reasonable network management* riprendevano in sostanza il contenuto del precedente intervento di regolazione<sup>22</sup>.

Questa disciplina è stata però “travolta” dalla recente decisione della FCC di ripristinare la “libertà di Internet”, intesa in particolare come libertà da ogni regola volta a limitare la capacità degli operatori ISP di adottare pratiche di *network management*. Con il *Restoring Internet Freedom Order* approvato il 14 dicembre 2017, l’autorità di regolazione statunitense ha infatti sostanzialmente “revocato” i suoi due precedenti *order* del 2010 e 2015, tornando a qualificare come “servizio di informazione”, e non come *public utility*, la fornitura di accesso alla rete offerta agli utenti dagli ISP<sup>23</sup>. Pur predisponendo regole rigorose in materia di *disclosure* circa le concrete modalità di trattamento dei dati, con l’obbligo per gli operatori di rendere pubblico qualunque intervento di discriminazione, blocco o rallentamento dei dati, il *Restoring Internet Freedom Order* non solo non pone alcun limite al compimento di tali pratiche da parte degli ISP, ma rimette contemporaneamente alla FTC - *Federal Trade Commission* il compito di controllare e intervenire a tutela di consumatori e operatori concorrenti, in caso di condotte sleali, ingannevoli e anticompetitive poste in essere da fornitori di accesso alla rete. Si torna in altre parole al cosiddetto *light-touch regulatory framework*, che era stato condiviso da tutte le parti politiche sotto la presidenza Clinton e che aveva invece fatto spazio, più di recente, alla *heavy-handed utility-style regulation*, inaugurata con gli *Open Internet Order* fortemente voluti dalla presidenza Obama<sup>24</sup>.

Se si passa invece a esaminare la risposta data dall’Unione europea al problema della neutralità della Rete, risulta che un primo tentativo in tal senso

<sup>22</sup> In tal senso *ivi*, pp. 47-48.

<sup>23</sup> FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION, *Declaratory Ruling, Report and Order, and Order*, FCC 17-166, 14 Dec., 2017.

<sup>24</sup> In questo senso la FCC sostiene che con la propria decisione «Today, we honor that bipartisan commitment to a free and open Internet by rejecting government control of the Internet. We reverse the Commission’s abrupt shift two years ago to heavy-handed utility-style regulation of broadband Internet access service and return to the light-touch framework under which a free and open Internet underwent rapid and unprecedented growth for almost two decades. We eliminate burdensome regulation that stifles innovation and deters investment, and empower Americans to choose the broadband Internet access service that best fits their needs», *ivi*, p. 2.



nell'ambito della sua normativa è rappresentato dalla direttiva 2009/140/CE del cosiddetto "Terzo pacchetto telecom", che è intervenuta a modificare e integrare entrambe le direttive del "Secondo pacchetto" del 2002 in materia di regolazione delle comunicazioni elettroniche. In particolare la "direttiva quadro" 2002/21/CE ha imposto ai regolatori nazionali di tutelare gli interessi dei cittadini dell'Unione europea anche «promuovendo la capacità degli utenti finali di accedere ad informazioni e distribuirle o eseguire applicazioni e servizi di loro scelta»<sup>25</sup>. A questa prescrizione, che peraltro non comportava ancora un divieto di pratiche discriminatorie nell'accesso ai contenuti, si è accompagnata però la previsione, inserita all'art. 20 della direttiva 2002/22/CE "servizio universale", di un generale obbligo di trasparenza a carico degli operatori di rete intenzionati ad adottare pratiche di *network management*, obbligo che impone di esplicitare nel contratto di fornitura le «condizioni che limitano l'accesso e/o l'utilizzo di servizi e applicazioni».

A distanza di qualche anno dal varo di queste disposizioni, mostratesi in realtà insufficienti a fronteggiare il problema posto dal sempre maggiore ricorso a pratiche di *network management*, la Commissione europea ha affrontato nuovamente la materia, cercando di dare una risposta più organica mediante l'adozione dell'apposito regolamento (UE) 2015/2120 (del 25 novembre 2015).

Scopo del regolamento è quello di definire norme comuni intese ad assicurare un trattamento equo e non discriminatorio del traffico nella fornitura di servizi di accesso a Internet e più in generale a garantire l'accesso a un'Internet aperta, insieme con i relativi diritti degli utenti finali (art. 1). Per realizzare questo ambizioso obiettivo è previsto anzitutto (all'art. 3, co. 1) il riconoscimento di un generalizzato diritto di accesso a Internet, che si ritiene soddisfatto quando l'utente finale, indipendentemente dalla sua collocazione e dalla provenienza o destinazione del traffico dati, può accedere a informazioni e contenuti mediante l'utilizzo di applicazioni, servizi e apparecchiature terminali di propria scelta. Il diritto di accesso ricomprende poi anche la dimensione attiva del diritto di informazione nel senso che tutela la possibilità per l'utente non soltanto di accedere e quindi ricevere contenuti e informazioni, ma anche di diffonderli esso stesso al pari della possibilità di fornire sulla rete applicazioni e servizi.

In questi termini il diritto di accesso rappresenta un limite alla stipulazione di accordi commerciali tra fornitori dell'accesso alla rete ISP e utenti finali, nel senso che la determinazione delle condizioni di prezzo e delle caratteristiche tecniche del servizio non potranno essere tali da comportare una significativa

<sup>25</sup> V. art. 8, par. 4, lett. g).

limitazione al diritto di accesso come sopra delineato (co. 2). In particolare ogni accordo dovrà seguire un approccio cosiddetto “agnostico”, idoneo cioè a garantire un pari trattamento a tutte le applicazioni cui faccia riferimento; con la conseguenza che, ove un accordo impedisca l'utilizzo di una specifica applicazione o imponga ad una particolare categoria di servizi condizioni economiche eccessivamente gravose per l'utente, risulterebbe certamente in contrasto con il regolamento.

L'art. 3, co. 3 fornisce inoltre una sorta di definizione normativa di neutralità della Rete, precisando che «i fornitori di servizi di accesso a Internet, nel fornire tali servizi, trattano tutto il traffico allo stesso modo, senza discriminazioni, restrizioni o interferenze», anche in questo caso a prescindere dalla fonte e dalla destinazione, dai contenuti, dalle applicazioni o dai servizi, o dalle apparecchiature terminali utilizzate.

Tale previsione è stata anche rinforzata e in qualche modo chiarita stabilendo per tutti i fornitori di accesso a Internet un divieto di ordine generale secondo cui essi «non bloccano, rallentano, alterano, limitano, interferiscono con, degradano o discriminano tra specifici contenuti, applicazioni o servizi, o loro specifiche categorie» (art. 3, co. 3, par. 3).

È da notare che, se ci si limita all'esame di queste disposizioni, potrebbe sembrare che il legislatore europeo abbia sposato una concezione di neutralità della Rete particolarmente rigorosa, che escluda qualunque tipo di misure di *network management*. In realtà anche la disciplina europea ha adottato un approccio improntato alla ricerca di un equilibrio tra le diverse esigenze sottese al mantenimento di un'Internet aperta.

Da un lato (all'art. 3, co. 3, par. 2) si prevede infatti che la disposizione del primo comma (relativa al riconoscimento del diritto di accesso a Internet) non impedisce l'attuazione di misure di gestione ragionevole del traffico.

Si intende che, per poter essere considerate ragionevoli, queste misure devono essere trasparenti, non discriminatorie, proporzionate e – soprattutto – non basate su considerazioni di ordine commerciale, ma giustificate soltanto dalle caratteristiche tecniche del servizio richieste dalla specifica tipologia di traffico dati considerata. Pertanto, dovendo evitare anzitutto discriminazioni, contenuti o servizi potranno essere distinti soltanto in virtù della diversa qualità tecnica di trasmissione (velocità, capacità di banda ecc.), e altrimenti andranno trattati allo stesso modo. È inoltre richiesto che le misure di management siano anche proporzionate e necessarie: dovrebbero cioè essere praticate soltanto in via temporanea, e solo in assenza di altre valide alternative (come ad esempio l'aumento di capacità trasmissiva).

Per altro verso (con l'art. 3, co. 3, par. 3) si ammette anche che, indipendentemente dalla ragionevolezza o meno della pratica, questa sia possibile qualora risulti necessario preservare l'integrità della Rete, evitare o risolvere una congestione di carattere eccezionale, ottemperare a sentenze o atti legislativi o delle autorità competenti (ed è evidente il richiamo alle altre ipotesi di *reasonable network management* previste dall'*Open Internet Order* americano). Il compito di effettuare il monitoraggio del rispetto delle disposizioni del regolamento, dandone conto nelle relazioni annuali che dovranno essere inviate alla Commissione europea, risulta affidato, a completamento della disciplina, alle Autorità nazionali di regolazione (art. 5)<sup>26</sup>.

In conclusione si può dunque affermare che il principio della neutralità della Rete, per come viene declinato nella normativa europea, non esclude qualunque tipo di pratica di gestione del traffico, ma al contrario consente l'applicazione di quelle (sole) pratiche che da un lato garantiscono la sicurezza del sistema, e dall'altro favoriscono lo sviluppo di nuove applicazioni a valore aggiunto al fine di offrire agli utilizzatori finali servizi di qualità sempre maggiore.

### 3. PROFILI CRITICI NELL'APPLICAZIONE DELLE REGOLE DI NET NEUTRALITY: IL CASO DELLO ZERO-RATING

Tra le misure di gestione del traffico dati interessate dalle regole sulla *net neutrality* sta assumendo un ruolo di rilievo una particolare categoria di pratiche denominate *zero-rating*; esse consistono nell'offerta da parte di fornitori dell'accesso alla rete (prevalentemente mobile) di uno specifico pacchetto di servizi o applicazioni il cui utilizzo è gratuito (e non richiede la sottoscrizione di nessuno specifico contratto per il traffico dati) oppure non viene computato nel consumo del limite di traffico previsto dal contratto per i propri clienti<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Un esempio di provvedimento adottato dall'Autorità italiana di regolazione, cioè l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, in attuazione del regolamento (UE) 2015/2120 è rappresentato dalla delibera 123/17/CONS con cui l'Autorità è intervenuta nei confronti di due operatori di telefonia mobile (Wind e 3) responsabili di aver praticato una discriminazione del traffico dati; la discriminazione rilevata riguarda la diversità di trattamento messa in atto, una volta consumato dall'utilizzatore il volume di traffico dati assicurato da un certo tipo di offerta, tra il traffico generalizzato, che risulta bloccato o rallentato, e il traffico diretto verso le applicazioni appartenenti all'operatore stesso (una di messaggistica e comunicazioni VoIP, l'altra di musica), che continua senza blocchi o rallentamenti (a seconda dell'offerta sottoscritta). L'esito è che le relative offerte risultavano commercializzate in violazione dell'art. 3, co. 3 del regolamento.

<sup>27</sup> A.J. CARRILLO, *Having Your Cake and Eating It Too? Zero-Rating, Net Neutrality and International Law*, in "Stanford Technology Law Review", 2016, p. 367.

L'attuazione di queste pratiche commerciali comporta che l'operatore di rete distingua tra diverse fonti di contenuti e servizi, creando per i propri clienti forti incentivi ad accedere ai contenuti e ai servizi loro offerti da alcuni content provider (con i quali hanno stipulato degli accordi) rispetto ad altri. In questo senso dunque lo *zero-rating* sembra porsi in contrasto con il principio della *net neutrality* secondo cui, come visto, tutti i dati devono essere trattati nello stesso modo<sup>28</sup>.

In particolare vengono ricondotte alla categoria *zero-rating* tre distinte pratiche che, per le loro specifiche caratteristiche, rappresentano minacce di entità diversa per il principio di *net neutrality*<sup>29</sup>.

Una delle prime forme di *zero-rating* è quella per cui un content provider si accorda con uno o più operatori di telecomunicazione per fornire ai suoi clienti l'accesso libero e gratuito ad un proprio sito o servizio (*single site/service zero-rating*). Questa pratica non comporta necessariamente che il fornitore di contenuti debba pagare l'operatore della rete per l'utilizzo dei dati. Esempi principali di questo tipo di servizi *zero-rated* sono Wikipedia Zero, Google Free Zone e Facebook Zero<sup>30</sup>.

Rispetto ad altre modalità di trattamento differenziato dei dati questa forma non sembra destare particolari preoccupazioni per la garanzia di un'Internet aperta in quanto, se da un lato non opera una discriminazione chiaramente anticoncorrenziale (non richiede infatti come detto alcun pagamento da parte dei content provider), dall'altro rappresenta piuttosto l'opportunità di garantire l'accesso all'informazione su Internet anche a coloro che non sono nelle condizioni economiche di concludere un contratto di navigazione con gli operatori telefonici.

Diversa è invece la valutazione con riferimento alla pratica cosiddetta degli *sponsored data*, in cui un content provider paga l'operatore di rete per fornire gratuitamente ai suoi clienti l'accesso a un particolare servizio o contenuto. In

<sup>28</sup> In tal senso F. MARINI BALESTRA, R. TREMOLADA, *The EU Debate on Net Neutrality: What About Zero-Rating?*, in "Computer & Telecommunications Law Review", 2015, p. 116.

<sup>29</sup> Nel suo contributo Carrillo ne individua una quarta, indicata come *faux (or non-selective) zero-rating*, che però non solleva problemi di discriminazione o concorrenziali rispetto alla *net neutrality* come accade invece per le altre: A.J. CARRILLO, *op. cit.*, p. 381.

<sup>30</sup> Mentre Wikipedia Zero offre agli utenti un accesso totale al contenuto di Wikipedia, e non prevede nessuna esclusiva a favore di un particolare operatore di rete, i progetti Google Free Zone e Facebook Zero consentono agli utenti soltanto un accesso limitato alle proprie funzionalità: nel primo caso è garantito l'accesso a Gmail, Google Search e Google+, mentre nel secondo ad una versione semplificata di Facebook.

questo modo infatti la compagnia di telecomunicazioni non soltanto ottiene un profitto dal pagamento a cura del content provider (a meno che non sia essa stessa il fornitore di contenuti), ma ricava un beneficio anche dal fornire ai propri clienti un accesso gratuito a servizi o applicazioni che lo rendono più competitivo e attrattivo rispetto ai suoi competitor<sup>31</sup>.

Il rischio connesso alla pratica degli *sponsored data* è che vengano avvantaggiate le imprese economicamente più forti a discapito di start up e imprese di piccole dimensioni per le quali sarebbe impossibile sostenere le spese necessarie a offrire gratuitamente i propri servizi.

Dal punto di vista del trattamento dei dati, gli *sponsored data* rappresentano in sostanza una forma di discriminazione vietata sia nell'ottica della disciplina europea, in quanto giustificata da considerazioni puramente commerciali, e quindi irragionevole, sia ai sensi della disciplina americana, in quanto sembra comportare una violazione della *no paid prioritization rule*<sup>32</sup>.

L'ultima modalità consiste in una pratica composita, detta *compound zero-rating*, grazie a cui una o più società finanziatrici (normalmente grandi content provider) si associano a un fornitore di servizi telefonici per garantire ai suoi clienti l'accesso gratuito ad una selezione di siti e servizi. In questa ipotesi non è richiesto alcun pagamento né a favore della compagnia telefonica né del content provider, dato che entrambi gli operatori ritraggono per altra via il proprio beneficio: il primo dall'aumento dei clienti dovuto all'offerta di servizi gratuiti, il secondo dallo svolgimento stesso del proprio servizio (si pensi agli introiti pubblicitari connessi) oltre che dalle nuove opportunità di guadagno ottenute offrendo agli utenti la possibilità di accedere a ulteriori servizi o contenuti a pagamento.

Offerte di questo tipo sono state promosse sia da Google che, con la sua Google Free Zone prima richiamata, attua pure una forma di pratica composita, consentendo l'accesso ad ulteriori servizi non *zero-rated* tramite il proprio

<sup>31</sup> In argomento anche P.H.S. RAMOS, *Towards a Developmental Framework for Net Neutrality: The Rise of Sponsored Data Plans in Developing Countries*, in "TPRC Conference Paper", [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2418307](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2418307), 2014.

<sup>32</sup> C. MARSDEN, *Comparative Case Studies in Implementing Net Neutrality: A Critical Analysis*, in "TPRC 43: The 43<sup>rd</sup> Research Conference on Communication, Information and Internet Policy Paper", [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2587920](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2587920), 2015, p. 15, che sottolinea come nel luglio del 2015 la FCC abbia imposto alle compagnie telefoniche di richiedere e ottenere un parere preventivo in relazione all'adozione di specifiche pratiche commerciali: FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION, *Open Internet Advisory Opinion Procedures, Protecting and Promoting the Open Internet*, GN Docket no. 14-28, July 2, 2015.

servizio di ricerca, sia da Facebook che, con la sua iniziativa Internet.org, consente l'accesso non solo al proprio social network ma anche a servizi come Bing Search, Messenger, e ad altri siti sviluppati in proprio, che forniscono tra le varie cose informazioni meteo, notizie sportive, musica<sup>33</sup>.

Tale pratica pone chiaramente dei problemi di compatibilità con le regole volte ad assicurare la *net neutrality* perché rappresenta anch'essa una discriminazione del trattamento del traffico dati su Internet, dal momento che opera soltanto a favore di un numero limitato di applicazioni e servizi scelti in accordo tra ISP e content provider, ma è stata particolarmente criticata anche in ragione di altre considerazioni.

Si deve tenere presente che questo tipo di iniziative da parte dei principali content provider sono state avviate in mercati, come quelli dei Paesi emergenti (si pensi in particolare a India e Brasile), e più in generale in via di sviluppo (in Sudamerica, Asia e Africa), caratterizzati da un livello di connettività a Internet ridotto e in cui l'accesso alla rete avviene prevalentemente tramite dispositivi di telefonia mobile a costi che risultano proibitivi per la maggior parte delle persone<sup>34</sup>.

L'attuazione di pratiche di *zero-rating* in questo contesto consente di fatto a milioni di persone, che normalmente rimarrebbero "tagliate fuori", di accedere a Internet, seppur in una sua versione limitata, consentendo di superare rapidamente e con nessun costo per la collettività, il grande problema della mancanza di connettività, considerata non soltanto elemento centrale per il diritto all'informazione, ma anche potenziale motore di sviluppo dell'intero sistema economico.

Nonostante ciò sia Google che Facebook sono stati fortemente criticati in quanto agirebbero come *gatekeeper* dell'accesso alla rete nei confronti di quei milioni di persone che fruiscono di Internet soltanto tramite i loro servizi *zero-rating*, essendo così in condizione di decidere a quali informazioni e a quali contenuti essi possano accedere<sup>35</sup>. Ciò porterebbe peraltro gli utenti

<sup>33</sup> Per un aggiornamento continuo sulle iniziative e sullo sviluppo e sulla diffusione dei servizi offerti tramite la piattaforma Internet.org si rimanda al sito <https://info.internet.org/en>.

<sup>34</sup> In argomento S. BATES, C. BAVITZ, K. HESSEKIEL, *Zero Rating & Internet Adoption: The Role of Telcos, ISPs & Technology Companies in Expanding Global Internet Access*, in "The Berkman Klein Center for Internet & Society Research Publication Series", Harvard University, <https://ssrn.com/abstract=3047847>, 2017.

<sup>35</sup> Sul ruolo dei content provider come nuovi *gatekeeper* dell'accesso all'informazione si rinvia al successivo par. 4.

ad una percezione errata di cosa sia veramente Internet: inducendoli cioè a identificare i servizi *zero-rated* con l'intera Rete<sup>36</sup>.

Secondo altri poi dietro la finalità ufficiale – verrebbe da dire umanitaria – di consentire l'accesso a Internet al maggior numero di persone si nasconderebbe in realtà una tipica strategia di *preemption* del mercato da parte dei due colossi di Internet volta a creare e conquistare nuovi mercati e quindi nuovi clienti nei Paesi in via di sviluppo.

Anche alla luce di queste considerazioni le valutazioni in relazione alla potenziale violazione della *net neutrality* rappresentata dallo *zero-rating* risultano essere particolarmente problematiche e dovrebbero essere operate con una particolare attenzione allo specifico contesto in cui si collocano le vicende esaminate, portando a ritenere che, secondo un approccio volto a valorizzare la prospettiva dei diritti umani fondamentali tra cui ormai rientra certamente anche l'accesso a Internet<sup>37</sup>, questa pratica debba essere considerata legittima o quantomeno tollerata in quegli Stati in cui il problema principale sia costituito dall'accesso alla rete (*connectivity*)<sup>38</sup>, e dove dunque la discriminazione positiva dello *zero-rating* consenta di ridurre significativamente il “divario digitale” presente tra la popolazione<sup>39</sup>.

Ovviamente questo impone di considerare questo tipo di soluzione come temporanea, e giustificata fintanto che non venga superato il problema dell'accesso: una volta che questo venisse risolto la pratica dello *zero-rating*

<sup>36</sup> A.J. CARRILLO, *op. cit.*, p. 376, ove si sottolinea peraltro come ciò abbia fatto scattare la reazione del Cile inducendolo ad attuare misure rigorose di *net neutrality* che vietano completamente lo *zero-rating* salvo che per il servizio offerto da Wikipedia.

<sup>37</sup> In tal senso A.J. CARRILLO, *op. cit.*, p. 405 ss.; più in generale in argomento cfr. tra gli altri G. DE MINICO, *Net neutrality come diritto fondamentale di chi verrà*, in “costituzionalismo.it”, 2016, n. 1; G. MASSARI, *op. cit.*, pp. 277-301; A.L. VALVO, *Diritto di accesso e neutralità di Internet nel diritto internazionale*, in “Percorsi costituzionali”, 2014, n. 1, pp. 97-114; S. RODOTÀ, *Una Costituzione per Internet?*, in “Politica del diritto”, 2010, n. 3, pp. 337-351.

<sup>38</sup> Sul non facile bilanciamento tra i diversi obiettivi sottesi alla disciplina della *net neutrality* e sulla problematica individuazione delle condotte che risultano produttive di effetti negativi per la stessa cfr. tra gli altri J.M. BAUER, J.A. OBAR, *Reconciling Political and Economic Goals in the Net Neutrality Debate*, in “The Information Society”, vol. 30, 2014, n. 1, p. 1 ss.; R. LAYTON, S.M. ELALUF-CALDERWOOD, *Zero Rating: Do Hard Rules Protect or Harm Consumers and Competition? Evidence from Chile, Netherlands and Slovenia*, <https://ssrn.com/abstract=2587542>, 2015.

<sup>39</sup> In argomento anche B.J. ARD, *Beyond Neutrality: How Zero Rating Can (Sometimes) Advance User Choice, Innovation, and Democratic Participation*, in “Maryland Law Review”, vol. 75, 2016, n. 4, p. 984 ss.

andrebbe pertanto considerata una violazione ingiustificata delle regole sulla *net neutrality*<sup>40</sup>. In questo senso dunque «positive discrimination may be necessary, at least for a time, to remedy unfairness arising from past neutral treatment or negative discrimination»<sup>41</sup>.

#### 4. I NUOVI GATEKEEPER DELL'INFORMAZIONE E I PERICOLI PER LE LIBERTÀ IN RETE: LA NET FREEDOM

Per accedere all'informazione o al contenuto desiderati su Internet l'utente finale deve attraversare dei passaggi obbligati che si trovano sotto il controllo di diverse tipologie di operatori attivi nell'ecosistema digitale, dai quali dunque dipende la sua esperienza di navigazione. Indipendentemente dalle tematiche dell'accesso alla rete e della gestione imparziale del traffico di dati su di essa veicolato, si ripropone allora anche per Internet l'esigenza di evitare che si costituiscano posizioni dominanti lesive del pluralismo, che consentano a singoli operatori di condizionare la stessa libertà di espressione e di comunicazione degli utenti. Sotto questo profilo destano qualche preoccupazione i soggetti che svolgono la funzione di intermediari tra chi accede alla rete e chi offre contenuti sulla stessa, i quali hanno assunto una posizione di notevole forza di mercato: si tratta in particolare dei grandi fornitori di servizi internet come Microsoft, Apple, Google, Yahoo, Facebook, Amazon (le c.d. *Internet Company*).

Questi soggetti vengono denominati nella letteratura di settore *gatekeeper*, cioè guardiani, termine che nel suo significato più generale sta ad indicare le entità che decidono cosa possa e cosa non possa passare attraverso un cancello, una porta<sup>42</sup>.

Il ricorso alla metafora del guardiano si è sviluppato principalmente con riferimento a due particolari settori: da un lato quello dell'informazione di massa, per indicare il ruolo di giornalisti ed editori nel selezionare le storie e le

<sup>40</sup> Si potrebbe cioè pensare di applicare anche in questo contesto l'approccio originario che ha caratterizzato il processo di apertura alla concorrenza dei mercati monopolistici (sostenuto in Gran Bretagna da Stephen Littlechild), secondo cui la regolazione pro-concorrenziale, con l'imposizione di misure asimmetriche agli operatori dominanti, sarebbe giustificata soltanto in via temporanea fino al raggiungimento di mercati sufficientemente concorrenziali.

<sup>41</sup> B.E. HOWELL, R. LAYTON, *Evaluating the Consequences of Zero-Rating: Guidance for Regulators and Adjudicators*, in "TPRC Conference Paper", <https://ssrn.com/abstract=2757391>, 2016, p. 9.

<sup>42</sup> Il primo utilizzo in senso figurato del termine *gatekeeper* si deve a Kurt Lewin che lo usò per descrivere il ruolo di una moglie o di una madre nel decidere quali cibi presentare in tavola, K. LEWIN, *Frontiers in Group Dynamics*, in "Human Relations", 1947, n. 2, p. 5 ss.



informazioni che vengono consumate dai lettori<sup>43</sup>; dall'altro quello dei servizi finanziari, per indicare il ruolo di controllo svolto da revisori, agenzie di rating e banche di investimento<sup>44</sup>. Dall'osservazione di entrambi i contesti è emerso che il ruolo svolto dai *gatekeeper* si manifesta secondo diverse modalità, dato che il guardiano che controlla l'accesso all'informazione può agire in modo da escluderlo o limitarlo, oppure può agire nel senso di renderlo più facile.

Questa duplice funzione svolta dai *gatekeeper* si rileva facilmente anche nell'ambiente di Internet, dove i guardiani possono infatti agire sia come fattori di promozione sia come ostacoli per l'esercizio delle libertà personali on line<sup>45</sup>. In questo particolare contesto ciò che accomuna tra loro i diversi soggetti che svolgono tale funzione è il controllo dell'informazione che passa attraverso un certo gate; questo controllo si realizza attraverso una molteplicità di processi e meccanismi, che consistono nel selezionare, incanalare, ridefinire, manipolare e cancellare l'informazione stessa<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> Sono numerosi e risalenti gli studi sul ruolo dei *gatekeeper* nell'informazione; tra i molti D.M. WHITE, *The "Gate Keeper": A Case Study in the Selection of News*, in "Journalism Quarterly", vol. 27, 1950, n. 4, pp. 383-390; A.Z. BASS, *Refining the "Gatekeeper" Concept: A UN Radio Case Study*, in "Journalism Quarterly", vol. 46, 1969, pp. 69-72; G.A. DONOHUE, C.N. OLIEN, P.J. TICHENOR, *Structure and Constraints on Community Newspaper Gatekeepers*, in "Journalism Quarterly", vol. 66, 1989, pp. 807-845; E.A. ABBOTT, L.T. BRASSFIELD, *Comparing Decisions on Releases by TV and Newspaper Gatekeepers*, in "Journalism Quarterly", vol. 66, 1989, pp. 853-856; P. SHOEMAKER, *Gatekeeping*, Newbury Park, Sage Publications, 1991; C. METOYER-DURAN, *Information Gatekeepers*, in "Annual Review of Information Science and Technology", vol. 28, 1993, pp. 111-150; P. SHOEMAKER, M. EICHHOLZ, E. KIM, B. WRIGLEY, *Individual and Routine Forces in Gatekeeping*, in "Journalism and Mass Communication Quarterly", vol. 78, 2001, n. 2, pp. 233-246.

<sup>44</sup> Sul ricorso al concetto di *gatekeeper* nell'ambito dei servizi finanziari R. GILSON, R. KRAAKMAN, *The Mechanisms of Market Efficiency*, in "Virginia Law Review", vol. 70, 1984, p. 549 ss; R. KRAAKMAN, *Corporate Liability Strategies and the Costs of Legal Controls*, in "Yale Law Journal", vol. 93, 1984, p. 857 ss.; ID., *Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy*, in "Journal of Law, Economics & Organization", 1986, p. 53 ss.; A. HAMDANI, *Gatekeeper Liability*, in "Southern California Law Review", vol. 77, 2003, p. 53 ss.; J.C. COFFEE, *Gatekeeper Failure and Reform: The Challenge of Fashioning Relevant Reforms*, in "Columbia Law and Economics Working Paper", 2003, n. 237, pp. 1-89; D. SINGH, *The Role of External Auditors in Bank Supervision: A Supervisory Gatekeeper?*, in "The International Lawyer", vol. 47, 2013, n. 1, pp. 65-97.

<sup>45</sup> E. LAIDLAW, *A Framework for Identifying Internet Information Gatekeepers*, in "International Review of Law, Computers & Technology", vol. 24, 2010, n. 3, pp. 2-3.

<sup>46</sup> Il controllo può manifestarsi ad esempio nella scelta della notizia da pubblicare (si pensi alle testate giornalistiche on line), ma anche nel rendere disponibile un contenuto su un canale (pensiamo a Netflix o a YouTube) oppure nel cancellare un'informazione da Internet (si pensi alla rimozione di un post "sconveniente" disposta da Facebook).

La figura dei *gatekeeper* relativi a Internet è stata individuata sino a poco tempo fa principalmente nei soggetti che forniscono l'accesso fisico alla rete, gli ISP, dal momento che l'accesso a Internet costituisce al contempo il requisito indispensabile e il primo passaggio obbligato per fruire di contenuti e di informazione on line. Questa semplice constatazione ha portato inizialmente a valorizzare l'esigenza – oggi scontata – di assicurare l'accesso alla rete, quale diritto fondamentale a garanzia della libertà di informazione e delle altre libertà che possono esprimersi attraverso Internet (si pensi, oltre alla libertà di espressione in tutte le sue forme, alle libertà economiche che si possono realizzare nel mondo della Rete). Tuttavia la sempre maggiore estensione e complessità del cyberspazio, con la sua struttura caratterizzata da una pluralità di livelli sia fisici che logici, ha fatto emergere, insieme a nuove esigenze, nuove figure di *gatekeeper* diverse dagli ISP<sup>47</sup>.

Oggi infatti il contesto di Internet si presenta radicalmente cambiato. Anzitutto, per muoversi utilmente nel web, l'utente finale richiede molto più che un semplice accesso a Internet, avendo bisogno di qualcuno che gli sappia indicare dove trovare l'informazione voluta; in altre parole, data la sovrabbondanza di informazioni e contenuti disponibili su Internet, la funzione di ricerca è diventata un momento fondamentale ulteriore per una piena ed effettiva fruizione del cyberspazio da parte dell'utente.

Inoltre, atteso che alla quantità di informazioni sembra accompagnarsi anche una minore attenzione per i contenuti resi disponibili al pubblico<sup>48</sup>, il fattore decisivo o discriminante che consente ad un'informazione di essere raggiunta dai suoi potenziali destinatari non è più tanto il possibile accesso alla rete, quanto la "visibilità" dell'informazione stessa rispetto alle altre (la cosiddetta *readership*)<sup>49</sup>. Questo aspetto ha quindi indotto i diversi operatori che, provenendo da mercati distinti, sono ora attivi nell'unico grande mercato

<sup>47</sup> R.K. NIELSEN, *Varieties of Online Gatekeeping*, <https://ssrn.com/abstract=2675055>, 2014, ora in C. Peters, M. Broersma (eds.), "Rethinking Journalism Again: Societal Role and Public Relevance in a Digital Age", Abingdon-on-Thames, Routledge, 2016, p. 81 ss.

<sup>48</sup> H.A. SIMON, *Designing Organizations for an Information-Rich World*, in M. Greenberger (ed.), "Computers, Communication, and the Public Interest", Baltimore, The Johns Hopkins Press., 1971, pp. 40-41, secondo cui «in an information-rich world, the wealth of information means a dearth of something else: a scarcity of whatever it is that information consumes. What information consumes is rather obvious: it consumes the attention of its recipients. Hence a wealth of information creates a poverty of attention, and a need to allocate that attention efficiently among the overabundance of information sources that might consume it».

<sup>49</sup> M. HINDMAN, *The Myth of Digital Democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2009, p. 17.

di Internet a competere sulla base della capacità di catturare l'attenzione degli utenti finali<sup>50</sup>. L'esito attuale è che nel corso degli ultimi anni alcune figure di operatori, attive ai livelli più elevati dell'ecosistema digitale, hanno raggiunto un ruolo chiave nel controllo degli usi e dei comportamenti degli utenti finali, acquisendo conseguentemente all'interno del sistema uno straordinario potere di mercato (o di *gatekeeping*, ossia di controllo delle informazioni).

Si può pertanto osservare come al giorno d'oggi garantire il diritto di accesso alla rete e preservarne il suo carattere di neutralità appare non più sufficiente a soddisfare il diritto all'informazione su Internet, né tantomeno gli ulteriori diritti che possono essere esercitati per il suo tramite<sup>51</sup>, come ad esempio il diritto all'educazione, alla libertà di associazione e di riunione, il diritto ad un progresso sociale ed economico<sup>52</sup>.

L'acquisizione di conoscenza, direttamente conseguente dell'accesso ad informazioni e contenuti disponibili su Internet, rappresenta infatti la precondizione per assicurare valori come dignità umana, libertà e democrazia su cui si fonda la stessa partecipazione del cittadino alla vita politica del proprio Paese nonché alle tradizionali e nuove forme di organizzazione sociale<sup>53</sup>. Sotto questo profilo viene evidenziato come le scelte operate dai nuovi *gatekeeper* dell'ecosistema digitale sono ormai in grado di incidere non tanto, o non soltanto, sulla neutralità della Rete (si pensi alle iniziative di *zero-rating* prima esaminate), ma più in generale anche «sull'esercizio in rete di una pluralità di diritti costituzionalmente rilevanti»<sup>54</sup> e come dunque la posizione di forza assunta dalle *Internet company* nel controllo dei contenuti veicolati on line rischi, se non adeguatamente fronteggiata, di mettere in pericolo la stessa *net freedom*<sup>55</sup>, intesa «come pieno godimento dei diritti di libertà di comu-

<sup>50</sup> A. RENDA, *Neutrality and Diversity in the Internet Ecosystem*, <https://ssrn.com/abstract=1680446>, 2010, p. 30.

<sup>51</sup> La neutralità della Rete viene peraltro definita dall'art. 4 della Dichiarazione dei diritti in Internet (adottata il 18 luglio 2015) come la condizione necessaria per l'effettività dei diritti fondamentali della persona. Sul tema, tra gli altri, L. NANNIPIERI, *Sulla "Dichiarazione dei diritti in Internet". Alcune notazioni critiche*, in questa *Rivista*, 2014, n. 2, p. 127.

<sup>52</sup> A.J. CARRILLO, *op. cit.*, p. 410.

<sup>53</sup> In tal senso A.L. VALVO, *op. cit.*, pp. 109-110, che invita quindi a considerare il problema non soltanto secondo un'ottica meramente utilitaristica, ma sotto il profilo del rispetto dei diritti fondamentali per la società.

<sup>54</sup> In questi termini M. OROFINO, *op. cit.*, p. 25.

<sup>55</sup> In argomento L. BELLÌ, P. DE FILIPPI, *Net Neutrality Compendium: Human Rights, Free Competition and the Future of the Internet*, Berlin, Springer, 2015; W.H. DUTTON,

nicazione e informazione, di manifestazione del pensiero, di aggregazione e partecipazione politica»<sup>56</sup>.

#### 5. SULLA NECESSITÀ DI NUOVI STRUMENTI DI TUTELA DELLE LIBERTÀ DI INTERNET: SEARCH NEUTRALITY E APP NEUTRALITY

L'attuale assetto dell'ecosistema digitale, che ha visto l'affermarsi di pochi grandi operatori dotati di un potere economico senza precedenti e di una capacità di controllo sull'informazione di cui non sono ancora ben chiari i limiti, ha indotto molti studiosi a ritenere necessario guardare oltre l'attuale dibattito incentrato sul problema della neutralità della Rete, che come prima accennato tocca soltanto in via marginale questi soggetti, per concentrare l'attenzione sul ruolo giocato da questi cosiddetti nuovi *gatekeeper* e sul loro potere di condizionare le scelte degli utenti finali e alterare il gioco della concorrenza anche in mercati diversi e complementari a quello dell'accesso alla Rete. È infatti stato osservato come nel momento in cui l'attenzione degli utenti è catturata da soggetti operanti a livelli sempre più alti del sistema multilivello di Internet, che dunque controllano aspetti sempre meno fisici e più intangibili della Rete, anche le fonti del potere di mercato vengono a collocarsi negli anelli più elevati della catena di valore.

Sotto questo profilo al giorno d'oggi essere un operatore dominante nella fornitura di accesso alla rete significa quindi essere chiaramente svantaggiato rispetto alle *Internet company* che operano ai livelli superiori della rete, dal momento che l'ISP, come si è avuto modo di chiarire, è ormai soggetto a una disciplina particolarmente restrittiva cui al momento i *content and application provider* non sono sottoposti<sup>57</sup>.

Nemmeno la tutela offerta dalla disciplina antitrust sembra infatti idonea a porre un limite efficace all'esercizio del loro potere di mercato da parte dei nuovi grandi *gatekeeper* di Internet: sebbene negli ultimi anni l'attenzione delle Autorità antitrust, ed in particolare di quella europea, si sia concentrata anche su questi soggetti, è emersa invero una sostanziale inadeguatezza dei tradizionali strumenti di intervento a tutela della concorrenza ove utilizzati in questo particolare "settore". Si pensi a titolo esemplificativo alla vicenda che

A. DOPAKA, M. HILLS et al., *Freedom of Connection – Freedom of Expression*, Paris, UNESCO, 2011; D. NUNZIATO, *Virtual Freedom: Net Neutrality and Free Speech in the Internet Age*, Redwood City, Stanford University Press, 2009.

<sup>56</sup> La definizione è tratta da C. MARTANI, *op. cit.*, p. 24.

<sup>57</sup> A. RENDA, *Neutrality and Diversity in the Internet Ecosystem*, cit., p. 52 ss.

ha visto coinvolta negli ultimi anni la società Google, al centro di numerosi procedimenti antitrust da parte della Commissione Ue<sup>58</sup>. In particolare la maxi multa da 2,4 miliardi di euro comminata nel giugno 2017 mostra in modo eclatante i limiti propri del controllo antitrust, che aveva portato nel 2010 all'avvio di un procedimento istruttorio nei confronti di Google per poi risolversi nell'accoglimento degli impegni presentati dalla società nel febbraio del 2014<sup>59</sup>. La sanzione è stata infatti irrogata in quanto l'operatore avrebbe mantenuto condotte analoghe a quelle già in precedenza contestate, confermando così ciò che attenta dottrina aveva già posto in evidenza<sup>60</sup>, e cioè come, nel particolare mercato rappresentato dai servizi offerti dai motori di ricerca e – più in generale – dai servizi on line, le logiche tradizionali con cui vengono applicate le regole a tutela della concorrenza possano portare a risultati insufficienti in termini di efficacia, in quanto incapaci di assicurare il ripristino di condizioni concorrenziali<sup>61</sup>.

Anche in base a queste considerazioni si spiega e si giustifica allora l'interesse, emerso più di recente, per l'elaborazione di nuove forme di garanzia delle libertà in Internet che prescindano tanto dalla regolazione delle pratiche di *network management* già affrontate nell'ottica della *net neutrality*, quanto dall'esclusivo controllo antitrust. Ciò è riscontrabile in molteplici campi che attengono sia alla gestione di servizi che si svolgono interamente sulla rete, sia alla produzione delle apparecchiature che consentono l'accesso alla rete e che dunque riguarda un mercato a monte rispetto a quello dei servizi di connessione a Internet<sup>62</sup>.

<sup>58</sup> In argomento A. RENDA, *Google il conquistatore. Note sull'istruttoria della Commissione europea*, in "Mercato concorrenza regole", 2012, n. 2, p. 273 ss.

<sup>59</sup> Cfr. decisione 27 giugno 2017, C(2017) 4444, caso AT.39740 – *Google Search (Shopping)*.

<sup>60</sup> B. TONOLETTI, *Il mercato come oggetto della regolazione*, in "Rivista della regolazione dei mercati", 2014, n. 1, p. 6 ss. secondo cui in particolare «non dando spazio all'ipotesi della strategia escludente ed evitando di porsi il problema dei rischi di chiusura del mercato paventati dai concorrenti, la Commissione ha limitato drasticamente la portata dell'intervento antitrust, disinnescando quello che si presentava sulla carta come il primo vero attacco frontale al modello di business di Google».

<sup>61</sup> Ciò dovrebbe peraltro far riflettere sui rischi cui si va incontro nel momento in cui, per tenere sotto controllo settori così importanti e dalle dinamiche così complesse e in continua evoluzione, ci si voglia affidare quasi esclusivamente al controllo antitrust, come di recente stabilito negli Stati Uniti dalla FCC.

<sup>62</sup> M. AMMORI, *Failed Analogies: Net Neutrality versus "Search" and "Platform" Neutrality*, <https://ssrn.com/abstract=2756093>, 2016; F.A. PASQUALE, *Platform Neutrality: Enhancing Freedom of Expression in Spheres of Private Power*, in "Theoretical Inquiries in Law", 2016, p.

Da un lato l'importanza che per l'accesso all'informazione riveste l'attività di selezione dei contenuti (e in specie delle news) svolta dai motori di ricerca i quali, nell'ordinare sul video le fonti relative ad una determinata informazione (o contenuto), potrebbero agire in modo da influenzare a proprio piacimento le scelte degli utenti finali comporta infatti, secondo alcuni, la necessità di garantire la cosiddetta *search neutrality*<sup>63</sup>, allo scopo di assicurare che la selezione di ciò che è o non è rilevante per l'utente non resti affidata all'arbitrio di un algoritmo spesso orientato da considerazioni commerciali o da logiche poco trasparenti<sup>64</sup>.

Dall'altro, sempre in tema di servizi forniti on line, si è affacciata di recente in dottrina una nuova prospettiva di intervento volta invece a garantire la neutralità in quelle piattaforme di condivisione e diffusione di applicazioni: la cosiddetta *app neutrality*<sup>65</sup>. Questo tema coinvolge più da vicino operatori come Apple e Google che tramite i propri *app store* sono in grado di decidere quali applicazioni potranno essere rese disponibili al pubblico e quali no, incidendo pertanto non soltanto sulle libertà economiche degli sviluppatori ma indirettamente anche sullo sviluppo dell'innovazione.

Per quanto attiene invece alla neutralità da garantirsi a monte del mercato della connessione alla rete, un problema sempre maggiore sarà rappresentato dalla realizzazione di device di connessione mobile (sia smartphone che tablet) interamente integrati con software, programmi di navigazione e applicazioni proprietarie, con il rischio così di creare nuovi *walled garden* che possano rendere più difficile l'accesso ai contenuti della rete in maniera veramente libera da parte di tutti evidenziando pertanto la possibilità di dover prospettare anche un'esigenza di *device neutrality*<sup>66</sup>.

487 ss.; R.F. EASLEY, H. GUO, J. KRÄMER, *From Network Neutrality to Data Neutrality: A Techno-Economic Framework and Research Agenda*, in "Information Systems Research", 2018.

<sup>63</sup> A. ODLYZKO, *Network Neutrality, Search Neutrality, and the Never-Ending Conflict between Efficiency and Fairness in Markets*, in "Review of Network Economics", vol. 8, 2009, n. 1, pp. 40-60.

<sup>64</sup> In tal senso si esprime S. MANNONI, *La regolazione delle comunicazioni elettroniche*, Bologna, Il Mulino, 2014, pp. 257-258.

<sup>65</sup> L.E. HESTRES, *App Neutrality: Apple's App Store and Freedom of Expression Online*, in "International Journal of Communication", vol. 7, 2013, pp. 1265-1280.

<sup>66</sup> J. KRÄMER, L. WIEWIORRA, C. WEINHARDT, *op. cit.*, p. 29 ss.