
VINCENZO ZENO-ZENCOVICH

I RAPPORTI TRA GESTORI DI RETI E FORNITORI DI CONTENUTI NEL CONTESTO EUROPEO

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La distinzione fra servizi e contenuti. — 3. Servizi e contenuti nel sistema del diritto comunitario. — 4. Prospettive di evoluzione del mercato. — 5. Alcune regole nel « pacchetto » di direttive del 2002. — 6. (*Segue*): La concorrenza. — 7. Conclusioni.

1. PREMESSA.

Sostanzialmente realizzata l'apertura e la liberalizzazione del mercato delle telecomunicazioni in Europa, nuovi ed ancora irrisolti problemi si affacciano.

Uno dei principali di questi è il rapporto fra prestazione di servizi e fornitura di contenuti. Esso è frutto del processo di convergenza (tecnologica, economica, sociale) che porta a prestare sempre maggiore attenzione ai contenuti, talvolta in maniera prevalente rispetto ai servizi.

Storicamente, mezzi tecnologicamente vicini come le reti di telecomunicazioni e quelle di radiodiffusione erano nettamente separati perché le prime si concentravano sui servizi vocali e sulla trasmissione di impulsi elettrici (telegrafo prima, telex poi) restando nel complesso indifferenti a quanto trasmesso. Le seconde invece erano disciplinate — con una attenzione spesso ossessiva — al contenuto di ciò che veniva irradiato prima dalla radio poi dalla televisione.

La giustificazione era che mentre le prime veicolavano messaggi inter-individuali (e dunque coperti dal segreto della corrispondenza), le seconde diffondevano al pubblico in generale (il termine inglese *broadcasting* rende l'idea di una rete a maglie larghe gettata verso e sugli ascoltatori) che potevano accedervi senza restrizioni.

In ogni caso i problemi non si ponevano, o venivano d'imperio risolti, per il semplice fatto che essendo in Europa tanto le telecomunicazioni quanto le radiotelevisioni un monopolio statale le possibilità di confliggenti interessi erano ridotte e controllate dalla grande e visibile mano pubblica.

Lo stato della tecnologia era poi tale da tenere ben distinto un altro grande mercato dei contenuti, quello dell'editoria tradizionale che utilizza la carta per veicolare i propri prodotti.

Se si guarda agli ultimi vent'anni è facile avvedersi della inarrestabile corsa dei contenuti verso le reti di telecomunicazioni: prima con il facsimile, poi con i cd-rom, poi con le banche di dati in rete. La causa di tutto ciò è la digitalizzazione dei contenuti, ovvero l'adattamento delle tecnologie informatiche, create per dare istruzioni agli elaboratori elettronici, al fine di rappresentare testi, suoni, immagini ferme ed in movimento, un domani anche odori ed altre sensazioni corporee.

Il punto di svolta — ma è talmente vicino nel tempo che è difficile dire quando la curva diventerà retta — è rappresentato dalla utilizzazione della rete Internet che significa essenzialmente accesso da qualsiasi punto del globo ventiquattro ore su ventiquattro a contenuti dislocati fisicamente in qualsiasi altra parte del globo.

D'altra parte anche le reti radiotelevisive hanno partecipato al processo di convergenza non tanto nel suo segmento più arretrato tecnologicamente — la radiodiffusione su frequenze terrestri con tecnica analogica, e dunque pre-digitale — quanto in quello più evoluto, la televisione satellitare che oltre ad offrire una cornucopia di contenuti abbina ad essi servizi che sono o ancillari ovvero autonomi.

La realtà è che ormai è difficile distinguere, dal punto della funzionalità, una rete di telecomunicazioni da una radiotelevisiva e questa progressiva omologazione è ben colta dal pacchetto di nuove direttive comunitarie del 2002 recepite con il D.Lgs. 259/03.

2. LA DISTINZIONE FRA SERVIZI E CONTENUTI.

Tuttavia constatare che ormai possiamo vedere la televisione sul computer, oppure accedere ad Internet attraverso l'apparecchio televisivo, vedere la partita sul telefono mobile e parlare attraverso l'elaboratore non sembra eliminare alcune differenze fattuali che sono alla base dei problemi che oggi incontriamo. L'ipotesi che qui si prospetta e che, nonostante tutto, servizi e contenuti continuano ad essere entità distinte, né è particolarmente utile dire ormai tutto è servizio (« scaricare » un *file* musicale, chiedere di vedere un film ecc.) perché alcune differenze continuano ad essere insopprimibili.

Quel che si intende dire è che mentre il servizio e la sua fruizione sono tutt'uno (tipicamente il servizio di telefonia vocale coincide con la conversione vocale bidirezionale veicolata), il contenuto può permanere anche dopo la sua fruizione (tipicamente il materiale che si è visionato su una banca dati e che si è stampato). Il servizio è dunque fortemente condizionato dall'*hic et nunc*; il contenuto dalla durata e dell'*ubiquità*, ed ha essenzialmente un va-

lore d'uso. Il contenuto — soprattutto nella percezione giuridica continentale — è un bene suscettibile di appropriazione nella misura in cui sia riproducibile su un supporto (non importa se cartaceo o informatico) e di una molteplicità di atti di fruizione da parte di una molteplicità di persone, e dunque può ingenerare uno scambio. Una funzione non applicabile al servizio, il quale, una volta prestato, è « consumato »; può essere replicato ma è un altro, diverso e distinto, servizio.

Tutto ciò ha delle inevitabili implicazioni economiche e, ovviamente, anche giuridiche. Si assumano come modelli l'operatore di rete ed il fornitore di contenuti.

Nei servizi a rete l'impresa deve coprire i costi delle infrastrutture ed i costi di gestione. Non è il servizio in sé che costa (quanta energia ci vuole per inviare un messaggio da Roma a Londra?) ma tutto ciò che lo rende possibile: i cavi, i collegamenti in ponte-radio, le centraline, gli elaboratori, il personale che deve controllare e mantenere la rete, quello amministrativo.

Non vi sono materie prime nel servizio: la voce è degli utenti, i dati sono dei fornitori di contenuti. Il ritorno economico è dato dal massimo utilizzo della rete perché ogni servizio, come s'è detto, è diverso da un altro e dunque si somma a quelli precedenti.

Allo stesso tempo la struttura dei prezzi deve tenere conto di un fattore non sopprimibile: i tempi di ammortamento delle infrastrutture, che possono anche essere molto lunghi.

L'operatore di rete continua, nonostante la convergenza, ad essere neutrale rispetto ai contenuti, quel che gli interessa è che essi passino sulla rete generando traffico. Egli si avvantaggia della proliferazione dei contenuti e della facilità di trasmetterli attraverso la digitalizzazione. Il che, come si vedrà, è una delle principali ragioni di conflitto.

Vi è poi un ulteriore aspetto: l'operatore opera in una economia, appunto, di rete, la quale dunque si avvantaggia del fatto che un numero estremamente alto di soggetti possano comunicare e interconnettersi attraverso la propria rete. Standardizzazione e compatibilità divengono dunque — salvo i casi in cui si tratti di un soggetto monopolista della tecnologia (un esempio potrebbe essere Microsoft) — un obiettivo da perseguire, in quanto allargano il mercato dei potenziali fruitori dei propri servizi¹. Non sembra che si possa affermare altrettanto per la maggior parte dei creatori di contenuti (o per la maggior parte dei loro contenuti). Un esempio può spiegare il concetto: posta l'esistenza di un operatore di rete fissa e più operatori di rete mobile, tutti si avvantaggiano del fatto che le loro reti siano interconnesse perché ciò elimina

¹ *Ex multis* v. C. SHAPIRO-H.R. VARIAN, *Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy*, Harvard Business School Press, Cambridge 1999.

ostacoli al traffico fra utenti delle diverse reti, contribuisce a diminuire i costi per l'utenza e dunque stimola i consumi. Se si acquista un libro, se si va al cinema a vedere un film, se si compra un cd musicale si instaura un rapporto verticale (l'opposto di una rete) fra produttore, distributore e acquirente che non produce (se non molto indirettamente) effetti positivi sull'intero settore e sugli altri soggetti che lo compongono.

3. SERVIZI E CONTENUTI NEL SISTEMA DEL DIRITTO COMUNITARIO.

Se noi osserviamo i principi fondamentali del diritto comunitario delle telecomunicazioni (accesso, interconnessione, sicurezza) ci si avvede che essi sono perfettamente coerenti con gli interessi economici degli operatori: una rete è tale solo se i suoi diversi segmenti sono collegati fra di loro favorendo la circolazione delle comunicazioni. L'operatore viene pagato, solitamente, per la connessione con la rete attraverso tariffe a consumo ovvero all'ingrosso.

Talvolta deve ripartire l'introito con qualche altro operatore della cui rete usufruisce, ma la logica non cambia: più traffico si veicola, più le entrate aumentano. Il fenomeno del *free riding* è di modesta incidenza.

Il fornitore di contenuti segue un modello economico ben diverso. La creazione del suo prodotto (appunto; non servizio) ha dei costi coessenziali: chi lo fa, gli elementi che deve acquistare da altri (ad es. informazioni), il confezionamento ecc. Si tratta di costi semplificati per contenuti meramente testuali, ma quando ci si muove verso contenuti audiovisivi essi possono salire a dismisura (la produzione cinematografica, il concerto rock, l'evento sportivo). Quel costo veniva coperto, tradizionalmente, o secondo una logica tipica dell'industria manifatturiera (tanti libri o tante paia di scarpe era lo stesso) ovvero attraverso un meccanismo indiretto, la vendita all'emittente televisiva in cambio di un corrispettivo coperto dagli inserzionisti pubblicitari. Non mancano peraltro modelli ibridi: il film offerto come servizio nella sala cinematografica, ceduto ad una televisione, venduto un tanto ad unità attraverso videocassette o DVD. La differenza rispetto all'operatore di rete è evidente perché il fornitore di contenuti ha, tradizionalmente, da coprire solo i costi di produzione e i suoi costi di gestione sono proporzionalmente assai più bassi.

Ma proprio perché il contenuto è un prodotto il fornitore, per massimizzare i profitti, deve controllarne l'uso ed evitare che chi non lo ha pagato possa fruirne. Il contenuto, su un supporto, è duraturo, può circolare facilmente e, ora, è duplicabile *ad infinitum*. A differenza del servizio, che è già stato consumato, il contenuto conserva un elevato valore d'uso che può essere trasferito o scambiato con terzi, fuori dal controllo economico del fornitore.

Lo sviluppo delle reti di telecomunicazioni è per il fornitore di contenuti una opportunità ma anche un grande rischio. Da un lato i nuovi mezzi di trasmissione richiedono contenuti nuovi dal punto di vista della struttura e della forma; inoltre le reti di comunicazioni consentono di veicolare all'istante e senza intermediari il prodotto.

Ma qui sta il rischio: storicamente gli intermediari (l'edicolante, la libreria, il negozio di dischi, cd, videocassette e dvd) costituiscono la «cassa» dei produttori di contenuti; alla loro eliminazione non corrisponde un meccanismo di percezione del corrispettivo altrettanto efficiente e la digitalizzazione del prodotto consente la realizzazione di copie a costo praticamente zero e con possibilità di ritrasmissione immediata.

La risposta giuridica in Europa — ma prima ancora negli Stati Uniti — è stata quella del rafforzamento delle tecniche di appropriazione del prodotto. Il modello è rappresentato dal prodotto digitale per eccellenza, il programma per elaboratore, di cui è vietata la duplicazione, l'ispezione, la modifica.

In sostanza è possibile farne solo l'uso consentito dal produttore (su quell'elaboratore, in quei locali, per quel tempo). Non si cede un prodotto rappresentato da un oggetto materiale ma si consentono (il contratto si chiama appunto «licenza») limitate facoltà di godimento del bene. Il modello viene fatto proprio dai legislatori sulla spinta di (pre)potenti gruppi di pressione e, come era facile preconizzare, si estende dai programmi per elaboratore ad altri prodotti digitali.

Prima con la Direttiva 250/91 sul software; poi con la Direttiva 100/92 sul diritto di noleggio e di prestito; poi ancora con quella 83/93 sulla radiodiffusione via satellite e via cavo; ed ancora con la Direttiva 98/93 sulla durata del diritto d'autore e con la Direttiva 84/98 sulla tutela dei servizi ad accesso condizionato; per finire con la Direttiva 29/01 sul diritto d'autore nella società dell'informazione e con la recentissima Direttiva 48/04 sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale².

Il contrasto con la normativa sulle telecomunicazioni è evidente: questa sfrutta le potenzialità delle reti e incanala in un alveo giuridico le esigenze degli operatori di creare il maggior traffico possibile. I fornitori di contenuti cercano di erigere una barriera legale all'alta marea della digitalizzazione, con risultati assai deludenti anche perché, mentre tutti percepiscono i vantaggi della liberalizzazione delle tlc (operatori, imprese utilizzatrici, utenti comuni), solo i fornitori di contenuti traggono profitto dalla raf-

² Per l'inarrestabile intervento comunitario v. L. CHIMIENTI, *Lineamenti del*

nuovo diritto d'autore, V ed., Giuffrè, Milano 2004.

forzata tutela provocando una reazione istintiva: maggiore la pressione, maggiore l'evasione³.

4. PROSPETTIVE DI EVOLUZIONE DEL MERCATO.

I due modelli appaiono, dunque, porsi in forte antitesi e destinati inevitabilmente a scontrarsi. Eppure trovare una soluzione è indispensabile: le reti di telecomunicazione prosperano grazie alla veicolazione di contenuti; i contenuti ormai non possono non essere fruiti anche attraverso tali reti.

Astraendo, per il momento, dai profili di disciplina della concorrenza (che verranno trattati nel prossimo paragrafo), una prima risposta potrebbe essere banalmente economica: le imprese di telecomunicazioni, ormai molto forti, si impadroniscono di quelle di produzione di contenuti, indebolite dalla perdita di redditività. I contenuti diventano una parte del servizio di connessione e vengono pagati unitamente ad esso (è il modello UMTS e, in parte, della televisione satellitare). L'operatore è solo marginalmente preoccupato dal fenomeno della duplicazione: per un verso egli è pagato in anticipo sulla base di un abbonamento senza il quale non è possibile accedere al servizio; per altro verso il servizio non è costituito da questo o quel contenuto, ma da un loro insieme, o come si dice, da un pacchetto che può essere fruito (solo) qui e subito. Certo sa che alcuni rivoli gli sfuggiranno attraverso la duplicazione (ma se controlla gli apparecchi tecnici può verificarne l'effettuazione); sa anche, però, che la circolazione dei duplicati genererà ulteriore traffico.

Una prospettiva meno aggressiva sarebbe quella che i fornitori di contenuti lavorino, su commissione, per gli operatori, secondo uno schema collaudato nel campo televisivo (i produttori vengono incaricati dall'emittente di realizzare un prodotto che sarà di spettanza del committente). O ancora, graduando le soluzioni, si possono immaginare intese fra gruppi di operatori e gruppi di fornitori volte ad assicurare una razionale ed efficiente utilizzazione dei contenuti, con i primi che fungono da percettori per conto dei secondi trattenendo una percentuale che li ricompensa anche dell'attività di controllo svolta.

Quale che sia la strada che verrà intrapresa, chi prima teneva in mano il gioco perché poteva imporre le sue regole ai canali distributivi (l'edicola, la libreria, il cinema, la televisione) ora, nell'e-

³ Pul punto la letteratura è vastissima; ci si riferisce alla punta di diamante della critica alla portata iper-monopolistica del diritto d'autore rappresentata da P. SAMUELSON, di cui v. *ex multis*, *Copy-*

right, Commodification, and Censorship: Past as Prologue - But to What Future?, in N. ELKIN KOREN-N.W. NETANEL, *The Commodification of Information*, Kluwer, L'Aja 2002, p.63 ss.

poca della digitalizzazione, deve fare i conti, in primo luogo economici, con chi controlla il più grande canale di distribuzione, la rete di telecomunicazione.

Lo scenario non può essere dipinto come apocalittico, come da taluni viene fatto: ogni grande evoluzione tecnologica porta all'emersione di nuove imprese e professioni e al declino o alla scomparsa di altri e se, in fondo, nessuno rimpiange i tempi degli amanuensi, degli scrivani, delle macchine da scrivere e della carta carbone, dei dischi a 78 giri, delle lanterne magiche, dello strillone, una ragione ci sarà.

La realtà è che — come lucidamente mette in evidenza Eli Noam⁴ — dall'invenzione della stampa in poi i contenuti comunicativi sono cresciuti di milioni di volte e correlativamente sono scesi i costi per usufruirne.

Questa abbondanza fa sì che i contenuti abbiano un prezzo estremamente ridotto che diventa remunerativo per la dimensione spesso planetaria del mercato (e dunque per i miliardi di potenziali clienti) e per il fatto di essere inglobato nel costo del trasporto.

5. ALCUNE REGOLE NEL « PACCHETTO » DI DIRETTIVE DEL 2002.

Questa visione non significa lasciare il campo alla forza del mercato rinunciando a governare il sistema imprimendo alcune direttrici. Quali i punti che interessano maggiormente il giurista?

a) Alcuni sono già delineati nel pacchetto di direttive del 2002, per le intersezioni fra l'attività dell'operatore e quella del fornitore.

i) La direttiva 19/02 (c.d. direttiva interconnessione) all'art. 6 e ancor più nell'Allegato I disciplina i sistemi di accesso condizionato, le guide elettroniche ai programmi e le interfacce di navigazione. Come si è detto la televisione via satellite (e quella via cavo) è stata una delle tecniche più avanzate di convergenza digitale. Sono particolarmente rilevanti due punti:

- l'operatore di rete deve avere « un controllo totale » dei servizi che eroga;

- la fungibilità e interoperabilità dei sistemi di accesso condizionato; in altre parole la rete è e deve restare aperta anche nella fase di erogazione di contenuti:

ii) La direttiva 20/02 (c.d. direttiva autorizzazioni) all'art. 6 e nel suo Allegato (al n. 9) prevede dei limiti ai contenuti qualificabili come illegali ai sensi delle Direttiva 31/00 (sul commercio elettronico) e 552/89 (c.d. tv senza frontiere).

⁴ E. NOAM, *Two Cheers for the Commodification of Information*, in N. ELKIN KOREN-N.W. NETANEL, *The Commodifica-*

tion of Information, Kluwer, L'Aja 2002, p. 48 ss.

iii) La direttiva 21/02 (c.d. direttiva quadro) impone all'art. 18 che le piattaforme di programmazione (le c.d. API) per la televisione digitale siano aperte.

iv) La direttiva 22/02 (c.d. direttiva servizio universale) ritorna nell'art. 24 e nell'Allegato VI all'esigenza che gli apparecchi per la ricezione della televisione digitale in chiaro siano uniformemente in grado di ricomporre i segnali in tutta Europa e che essi siano interoperabili con altre apparecchiature elettroniche.

Si tratta di dati normativi che ancorché non coprano tutto il quadro della convergenza, sono chiaramente ispirati ai principi chiave del sistema delle telecomunicazioni: non si possono frapporre barriere tecnologiche alla prestazione di servizi e alla trasmissione di contenuti sulla rete.

Il che, come s'è detto, è difficilmente compatibile con gli interessi dei fornitori di contenuti che hanno fatto dei limiti alla circolabilità del prodotto il loro credo giuridico-economico.

6. (SEGUE): LA CONCORRENZA.

b) Nel sistema della convergenza le regole della concorrenza vengono poste a dura prova: le attuali, plurime reti di telecomunicazioni sono il frutto di un quindicennio di spinta liberalizzazione. Permangono posizioni dominanti, ma nel complesso si tratta di un mercato aperto, potremmo dire maturo, con dei problemi anche grandi ma che sono simili a quelli che toccano quello automobilistico oppure quello bancario. Il pacchetto di direttive è posto a presidio dei principi essenziali e della libertà di concorrenza. Tutto il contrario della disciplina dei contenuti caratterizzata da una sfrenata corsa verso esclusive monopolistiche. D'altronde il latente conflitto fra *copyright* e *antitrust* è esploso da tempo negli Stati Uniti, mettendo in luce le antinomie del sistema: non ci si stancherà mai di rimarcare come l'uomo più ricco del mondo, Bill Gates, è figlio dello smantellamento delle pratiche contrattuali anticoncorrenziali di IBM e della santificazione legislativa del monopolio sui programmi per elaboratore sancito dal Computer Software Copyright Act del 1980.

Indubbiamente gli operatori di rete sono attratti dal modello dominante nel mercato dai contenuti: se riuscissero a appropriarsene in modo esclusivo potrebbero fare atto di ossequio formale alla concorrenza, ma il vincente sarebbe chi può sfruttare il monopolio sui contenuti. Di qui i dubbi che i processi di radicale semplificazione del mercato che si sono delineati nel paragrafo 4 siano compatibili, sempre, con le regole della concorrenza.

D'altronde è comprensibile che se la concorrenza fra operatori si fa non solo sui servizi in senso stretto ma anche e soprattutto sui contenuti ai quali si dà accesso, l'esclusiva è una scelta molto razionale. Gli eventi sportivi, certi film, programmi di informazione

sono esempi della tendenza in atto. Viene da chiedersi — ed è uno dei punti più accesi del dibattito — se si debbano mantenere, ed anzi rafforzare, le esclusive nel settore dei contenuti oppure introdurre istituti che mutuati dal campo brevettuale potrebbero definirsi « licenze obbligatorie ». Si osservi che nel campo della musica questo già avviene: tutte le radio possono trasmettere la canzone di successo di un cantante, purché paghino un equo compenso. Una risposta netta al quesito appare particolarmente ardua, anche perché essa dovrebbe fondarsi su esperienze concrete e non su congetture. D'altra parte pare legittimo dubitare che essa debba essere univoca ed uniforme per tutti i tipi di contenuti: considerando questi come prodotti è perfettamente plausibile che per ciascuno di essi si possano applicare modelli di distribuzione sia esclusivi che non esclusivi. Basti pensare alla legittimità concorrenziale della distribuzione selettiva e, all'opposto, al divieto di non rifornire di merci taluni esercizi commerciali.

La strada più corretta sembrerebbe dunque quella di configurare diversi mercati per i vari contenuti, come ad esempio le informazioni, i film, gli eventi sportivi.

i) Sul primo si è formata da tempo una ampia riflessione che parte da una sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti, *Associated Press v. US*⁵ del 1945, la quale riguardava i diritti di esclusiva sulle informazioni delle agenzie di stampa e sul divieto di cedere tali informazioni a giornali non associati ad AP e che ha dato vita ad una « *public utility theory* ». Anche se la decisione viene oggi criticata dalla dottrina americana e vi è chi dubita che essa possa considerarsi ancora valida, tutt'oggi sembrerebbe condivisa l'idea secondo cui una serie di informazioni di base — quelle tipicamente fornite dalle agenzie di stampa — debbano poter essere accessibili a chiunque le richieda (pagandole, beninteso) e ciò indipendentemente dal fatto che l'agenzia sia monopolista o agisca in concorrenza con altre, sia l'unica ad avere quella notizia ovvero anche altri soggetti la diffondano. L'orientamento ora espresso pare essere fatto proprio, allargandolo, dalla Corte di giustizia delle Comunità europee nel caso *Magill* (C 241-91)⁶, dove le informazioni relative alla programmazione televisiva sono state trattate alla stregua di una « *essential facility* ». Ancorché l'equiparazione di entità non materiali a infrastrutture come porti, aeroporti, ferrovie *et similia* non appaia del tutto convin-

⁵ 326 U.S. 1. Nel contesto costituzionale statunitense graniticamente costruito intorno al Primo Emendamento l'estensore della motivazione di maggioranza Justice Black scrive « Libertà di pubblicare significa libertà per tutti e non per [solo] alcuni. La libertà di pubblicare è protetta dalla Costituzione, ma la libertà di accordarsi

per impedire ad altri di pubblicare non lo è ».

⁶ Pubblicata, fra le tante riviste, anche su *Riv. dir. ind.* 1996, II, 189 con nota di A. LEVI, *Rifiuto di fornire, licenza obbligatoria, dottrina dell'« essential facility » e « monopoly leveraging » nel diritto anti-trust*.

cente, va evidenziato come la decisione *Magill* riecheggia nell'art. 6, comma 4, della Direttiva 19/02 dove si prevede la facoltà di imporre obblighi relativi alla presentazione delle guide elettroniche. La questione peraltro riguarda non solo le notizie espresse in forma verbale ma, in modo crescente e progressivamente prevalente, immagini filmate e fotografie.

ii) Quanto appena detto non sembra trasponibile *sic et simpliciter* per i contenuti di diverso genere. In primo luogo sembra plausibile distinguere fra contenuti informativi di attualità e quelli per così dire di archivio rispetto ai quali non si vedono ragioni particolari per imporre un principio di accesso indiscriminato. A maggior ragione il discorso vale per i contenuti di intrattenimento (tipicamente film e sport). Qui l'esclusiva funge da elemento di differenziazione delle imprese in concorrenza fra di loro e come forte stimolo alla creatività. E risponde ad una logica di efficienza economica: se tutti potessero acquistarlo, il prezzo dovrebbe essere non discriminatorio; ma poiché nessuno sarebbe costretto ad acquistarlo i ricavi del venditore sarebbero incerti; alla fine si potrebbe pagare molto per un prodotto che tutti hanno, o pagare poco per un prodotto di cui si è l'unico titolare. Si dovrebbe immaginare, dal punto di vista economico, di dover effettuare delle distinzioni sulla base di costi di produzione (e di riproduzione) dei diversi contenuti, della prevedibilità e stabilità della domanda. Questioni estremamente complesse e che solo di recente si cominciano a studiare. In ogni caso, la naturale propensione verso meccanismi di esclusiva (che spingono i soggetti a scelte economicamente razionali fra diverse opzioni) pone diversi problemi concorrenziali, che riguardano sia il produttore che il diffusore:

- Nel campo degli eventi sportivi è ampiamente esaminato — e regolamentato — il ruolo quasi-monopolistico di taluni soggetti che organizzano una serie concatenata di eventi, come i campionati, nazionali, europei o mondiali, di calcio ovvero quelli di automobilismo. Il punto è che se un mercato è « a monte » monopolistico esso tende a riprodurre tale modello « a valle »

- Laddove i contenuti siano concessi in esclusiva — come è la regola — non è indifferente la posizione nel mercato del concessionario come risulta chiaro dalle motivazioni poste dalla Commissione CE e dall'Autorità antitrust italiana nel caso Telepiù/Stream⁷.

- Si interviene nel processo economico ponendo non ben definite esigenze « sociali » che dovrebbero prevalere sul resto: è il caso dei c.d. « eventi rilevanti » che secondo la Direttiva 552/89 (c.d. tv senza frontiere) devono essere trasmessi da emittenti « in

⁷ È la Decisione della Commissione, del 2 aprile 2003, che dichiara la compatibilità di una concentrazione con il mercato comune e con l'accordo sul SEE nel Caso

COMP/M.2876 - Newscorp/Telepiù, pubblicata sulla GUCE L 110 del 16 aprile 2004 p. 73.

chiaro », in tal modo favorendo alcune impresi di diffusione rispetto ad altre⁸.

c) L'esclusiva, rivestita dai panni del copyright, cacciata dalla porta, rientra dalla finestra sotto specie contrattuale. Ma la maggior flessibilità dell'istituto e la sua adeguatezza al sistema della convergenza deve fare i conti con fattori tanto economici che non economici:

i) Le regole della concorrenza non sono fini a se stesse bensì funzionali ad un miglioramento dei prodotti, alla loro diversificazione e ad una riduzione dei prezzi in relazione alla qualità offerta, nonché, in una dimensione di politica economica, ad una più larga distribuzione degli utili. Ciò può legittimare un intervento sui contratti con gli utenti finali dei contenuti

ii) Laddove non vi siano finalità di lucro, bensì sociali, occorre individuare le regole, variamente definite di « servizio universale » o di « *fair use* » che consentono a soggetti con funzioni pubbliche (tipicamente le biblioteche) di prescindere da rapporti di esclusiva.

7. CONCLUSIONI.

L'attuale rapporto fra operatori di rete e fornitori di contenuti è sicuramente complesso, disorganico e pieno di contraddizioni.

La circostanza tuttavia non deve far indulgere verso lo sconforto o il pessimismo.

Non si può dimenticare quanto il processo di liberalizzazione delle telecomunicazioni ha dato a tutti — davvero tutti — straordinari opportunità e gradi di libertà mai goduti prima.

Si comprende come taluno — in questo caso i fornitori di contenuti — si chieda e si lamenti perché sembra dover pagare il conto dell'evoluzione. Ma l'essenza della libertà del mercato è che le rendite di posizione sono effimere e nessuno può pretendere di profittare solo delle opportunità essendo immunizzato dai rischi dello sviluppo del mercato.

Al tempo stesso se si pensa che siamo di fronte ad un fenomeno che ha — nella più ampia delle visioni — appena 15/20 anni di storia e che nel caso della convergenza deve ancora sfruttare tutte le sue potenzialità appare davvero ingenuo pensare che le soluzioni siano tutte a portata di mano e non debbano, invece, essere sperimentate. Una rappresentazione catastrofistica — che oltretutto è un *dejà-vu* — non ci farà muovere di un metro nella direzione di un coerente assetto economico e regolamentare, mentre invece vi è molto da studiare, esplorare, proporre e verificare. Ed in questa direzione cerca di muoversi il presente contributo.

⁸ V. E. Poddighe, « *Diritti televisivi* » e *teoria dei beni*, II ed., Cedam, Padova 2003, p. 144 ss.