

---

GIUSEPPE ROSSI

---

## CYBER-ANTITRUST. INTERNET E TUTELA DELLA CONCORRENZA

---

**SOMMARIO:** 1. *Quid novi?* Lo sviluppo di Internet impone dei cambiamenti negli strumenti di tutela della concorrenza? — 2. Fortune e misfatti della *net economy*: anche un *deficit* di concorrenza tra le cause delle attuali vicissitudini dei mercati di Internet? — 3. Il controllo *antitrust* dei mercati delle infrastrutture di rete. — 4. Reti, portali, « contenuti »: l'integrazione verticale nei mercati di Internet. — 5. Croce e delizia: la « convergenza digitale » tra telecomunicazioni e media.

---

### 1. *QUID NOVI?* LO SVILUPPO DI INTERNET IMPONE DEI CAMBIAMENTI NEGLI STRUMENTI DI TUTELA DELLA CONCORRENZA?

---

Ormai quasi nessuno sostiene che Internet vanifichi di per sé la necessità del diritto, o ne paralizzi le forze; molti riflettono su come il diritto debba modificarsi per poter svolgere le proprie consuete funzioni, anche rispetto al nuovo fenomeno.

Riguardo allo spicchio di diritto che è la tutela della concorrenza, non privo di connotati suoi propri, a partire da una relazione con l'analisi economia sin dall'origine più stretta rispetto a quella che oggi interessa ormai quasi ogni branca degli ordinamenti, ci si possono porre le stesse domande: Internet rende superfluo il diritto *antitrust*, e/o ne vanifica le capacità?

In seconda battuta: lo sviluppo delle attività economiche in vario modo legate ad Internet rende necessari dei cambiamenti nel diritto *antitrust*, sul piano dei concetti, delle regole, delle procedure e delle modalità applicative?

Per il mito della *new economy*, quanto meno nelle sue versioni più intransigenti, l'*antitrust* è vecchiume da solaio: Internet è un ambiente strutturalmente privo di ostacoli alla concorrenza, perché chiunque può svolgervi attività economica senza incontrare ostacoli di sorta, né per causa di abusi del potere d'impresa altrui,

---

\* Lo scritto è destinato agli *Studi in onore di Adriano Vanzetti*.

né per conseguenza di barriere normative o amministrative. Internet è di per sé refrattario all'abuso di potere del singolo (non meno che degli Stati), poiché esso è una comunità, che accoglie come valore fondamentale la libertà dell'individuo, e respinge, con la forza del mercato e della riprovazione della comunità, tutto ciò che possa comprimerla<sup>1</sup>.

Come ogni mito, anche questo, affascinante, è frutto di semplificazioni: prima di tutto, esso non si avvede del fatto che Internet presuppone, per la sua stessa esistenza, l'utilizzo di infrastrutture scarse e costosissime, oggetto per decenni in vari ordinamenti di monopoli legali, come le reti di comunicazioni.

D'altro canto, il mito della *new economy* presuppone l'avvenuta « commercializzazione » di Internet, ovvero la sua trasformazione da puro mezzo di comunicazione interpersonale a strumento per lo svolgimento di attività economiche, ma non si avvede dei cambiamenti che tale fenomeno ha impresso alla rete, specialmente per effetto dell'allargamento dell'insieme di coloro che, a scopi differenti, la utilizzano. Internet non è più la rete dei « pionieri » cyber-nauti che, su un piano di parità e per scopi prevalentemente scientifici e culturali, esploravano le possibilità delle connessioni telematiche aperte, basate su protocolli comuni.

Dando vita a molti e rilevanti mercati « di massa », Internet, che non è di per sé un mercato, ma uno strumento tecnologico, un mezzo che può essere impiegato per molti e disparati scopi, ha assunto le caratteristiche proprie di tutti gli altri strumenti attraverso cui si svolgono i mercati di massa contemporanei, a partire dalle differenze tra gli attori che li utilizzano, in termini di ruolo e di potere, nel senso di capacità di condizionare gli sviluppi futuri del mercato, e di trarre utilità dal mercato stesso<sup>2</sup>: sui mercati di Internet sono presenti grandi imprese con potere di monopolio o quasi monopolio, che non si comportano diversamente dai monopolisti della *old economy* (spesso non si tratta, anzi, che di ex-monopolisti delle telecomunicazioni, che hanno esteso i loro domini ai nuovi mercati), concorrenti di dimensioni minori, nuovi entranti, concorrenti potenziali, consumatori.

I « nuovi » monopolisti di Internet non sono diversi dai « vecchi » monopolisti: anch'essi praticano sovrapprofitti, frenano lo sviluppo del mercato perché affetti da disincentivi ad investire,

---

<sup>1</sup> Con specifico riferimento all'applicazione del diritto *antitrust* ai mercati *high-tech*, ed alla spontanea volatilità di collusioni cartellistiche ed abusi di potere di mercato in tali contesti, cfr. D.J. TEECE, M. COLEMAN, *The Meaning of Monopoly: Antitrust Analysis in High-Technology Industries*, in *Antitrust Bull.*, 1998, 801 e ss.

<sup>2</sup> Cfr. l'analisi di B. URRUTIA, *Internet and Its Effects on Competition*, relazione al Workshop tenutosi presso l'Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Barcellona, 10 luglio 2000, disponibile sul sito Web della DG Comp della Commissione CE.

escludono i concorrenti dal mercato o ne ostacolano l'ingresso; i « consumatori di Internet » (semplici acquirenti di accesso ad Internet, e compratori di beni materiali o immateriali, o di servizi, attraverso Internet), sono gli stessi consumatori che esprimono la domanda sui mercati della *old economy*, con le stesse necessità di tutela avverso gli impoverimenti che derivano dall'assopimento della concorrenza, o meglio con necessità aggiuntive di tutela, poste dalle molte e non consuete trappole che il Web tende oggi al navigatore inesperto.

La « disintermediazione », ovvero la scomparsa di molte imprese intermediarie, che costituisce una delle principali caratteristiche dei mercati *on-line*, può costituire fonte di economie, ma anche di pericoli, considerato che essa può ridurre la quantità complessiva di informazioni e di servizi offerti alla domanda: a riprova, si noti che, nonostante Internet venga sovente indicato come una fonte di estrema trasparenza di mercato, con tutti gli aspetti benefici e nocivi per la concorrenza che ciò comporta, numerose disposizioni normative in tema di contrattazione *on-line* si preoccupano proprio di evitare che la scelta del mezzo telematico non riduca l'ammontare di informazioni a disposizione del consumatore, sulla propria controparte, sul bene o servizio offerto, sui prezzi, e così via.

Tutto ciò impone la conclusione, in effetti banale, della persistente necessità della tutela della concorrenza nei mercati di Internet.

Va sottolineato, anzi, che rispetto ad altri settori del diritto chiamati a fornire regole applicabili ad attività *on line*, l'*antitrust* si avvantaggia del suo solido e sempre più stretto rapporto con l'analisi economica: l'apparato concettuale del diritto *antitrust* è mutuato dall'economia, e anche quando la norma conia nuove categorie, esse si riempiono di contenuto attraverso il contributo dell'analisi economica, che le riconduce, con più o meno difficoltà ed in un arco di tempo più o meno lungo, a paradigmi già noti (pensiamo, ad esempio, alla categoria della « posizione dominante », al suo rapporto con la pur multiforme nozione economica di « potere di mercato », ed allo spazio sempre più ampio che a quest'ultima è attribuito nell'analisi *antitrust* anche comunitaria).

Paragonate ai concetti giuridici, le categorie economiche mostrano una flessibilità maggiore, specie ove ci si accosti ai primi con gli strumenti dell'analisi dogmatica<sup>3</sup>: la natura metaforica di

<sup>3</sup> Cons. Stato, 23 aprile 2002, n. 2199, AXA Assicurazioni e a. c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ha ritenuto che le nozioni caratteristiche del diritto *antitrust*, alcune delle quali aventi una diretta base nella teoria econo-

mica, costituiscano « concetti giuridici indeterminati », che necessitano di una « contestualizzazione » ad opera dell'Autorità *antitrust*, anche alla luce della scienza economica, rispetto alla quale il sindacato del giudice amministrativo andrà limitato

molti dei termini che animano il gergo di Internet pone problemi di coerenza rispetto ad alcuni concetti giuridici solo in apparenza ad essi corrispondenti, ma non rispetto alle categorie economiche. Si può dubitare dell'effettività dell'analogia tra la firma autografa e la firma elettronica, ma difficilmente nozioni come « monopolio », « oligopolio », « potere di mercato », e così via possono perdere la loro validità, con il mutare delle caratteristiche dell'oggetto di analisi<sup>4</sup>.

L'apparato concettuale di base dell'*antitrust* resta valido, rispetto ai mercati di Internet: ciò non esclude, tuttavia, che qualche adattamento possa risultare necessario.

Balza agli occhi, a questo proposito, la tendenza delle autorità di concorrenza, su ambedue le sponde dell'Atlantico, a rivendicare continuità con il passato, sottolineando l'identità tra i problemi di tutela della concorrenza posti dai mercati di Internet e quelli già noti alla prassi *antitrust*, e insieme la piena idoneità dei consueti strumenti di *enforcement* ad approntare soddisfacenti rimedi<sup>5</sup>. Posizioni politicamente « forti », ma che lasciano non del tutto soddisfatti, ove si constati che se Internet, come rilevato, ha dato vita a mercati che sarebbe illusorio pensare immuni dai possibili mali di tutti i mercati, rispetto a cui l'*antitrust* rappresenta una possibile cura, d'altro canto essi non sono privi di specificità, che richiedono i relativi adattamenti, sul piano degli strumenti di analisi e, specialmente, delle modalità di *enforcement* della disciplina antimonopolistica.

La a-territorialità di Internet, contrapposta al persistente carattere nazionale, o comunque territoriale, degli ordinamenti giuridici, pone nuove questioni anche al diritto *antitrust*. La tutela della concorrenza nei mercati di Internet è un fattore di accelerazione del dibattito sulla progressiva internazionalizzazione del diritto *antitrust*, vivace in Europa come negli Stati Uniti, ma ancora lontano da esiti definitivi, sia per quanto riguarda i momenti

---

al solo controllo della ragionevolezza e coerenza tecnica della decisione. La pronuncia non approfondisce le ragioni di una simile qualificazione, ma crea uno iato tra valutazioni giuridiche e « tecnico-economiche » del tutto estraneo alle più recenti tendenze della riflessione in materia *antitrust*.

<sup>4</sup> Sulla diversità tra i linguaggi di Internet e del diritto, e sulle conseguenze che essa comporta circa l'applicazione ad Internet di regole e categorie concettuali preesistenti, sia permesso il rinvio a G. ROSSI, *Il Cyberlaw tra metafore e regole*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 751 e ss. In generale sul rapporto tra fenomeni di Internet e categorie civilistiche, P. STANZIONE, *Commercio elet-*

*tronico, contratto e altre categorie civilistiche*, in questa *Rivista*, 2001, 651 e ss.; M. BESSONE, *Economy e commercio elettronico. Quale diritto per i tempi di Internet*, *ibi*, 2002, 43 e ss.

<sup>5</sup> Cfr. J.I. KLEIN, *Rethinking Antitrust Policies for the New Economy*, paper presentato allo Haas/Berkeley New Economy Forum, University of Berkeley, 9 maggio 2000, in <http://usdoj.gov/atr/public/speeches/4707.htm>; M. MONTI, *Telecommunications between Regulation and Competition*, intervento alla Universitat Menendez Pelayo, Barcellona, 28 settembre 2000, il cui testo è disponibile sul sito Web della DG Comp della Commissione CE.

istruttori e decisori, sia per quanto riguarda il punto nevralgico dell'*enforcement*, assai delicato ogni qual volta si tratti di rendere effettive norme destinate ad applicarsi ad attività svolte in rete.

Internet condivide con gli altri prodotti dell'informatica la rapidità evolutiva, e la continua tendenza alla trasformazione: come è noto, la capacità delle macchine da calcolo cresce in modo estremamente rapido, e ciò comporta continue modificazioni dei loro possibili usi, da parte di un insieme di utenti sempre più vasto<sup>6</sup>. La rapidità nell'evoluzione tecnologica imprime ai mercati di Internet tempi di mutazione più rapidi rispetto a quelli di altri mercati più tradizionali: e di ciò l'*antitrust* deve tenere conto, sia sotto il profilo dell'analisi sostanziale, sia per quanto riguarda i profili procedimentali e rimediali.

D'altro canto, contrariamente a quanto suggerisce l'epica della *new economy*, l'evoluzione tecnologica di Internet non è spontanea, ma condizionata da precise scelte economiche e politiche: il potere di assumere tali scelte appartiene ad alcuni attori di mercato, non meno che agli ordinamenti nazionali e sovra-nazionali. L'esercizio del potere di mercato che fa capo ad alcune imprese che utilizzano Internet, e quello del potere politico, d'altro canto, non possono essere considerati scissi tra di loro, posta l'elevata sensibilità politica propria di Internet.

L'evoluzione di Internet può essere condizionata negativamente dalle decisioni di mercato di alcune potenti imprese (questo era l'assunto di fondo del Department of Justice, a nostro avviso corretto, nel caso *Microsoft*<sup>7</sup>), ed essa deve essere considerata oggetto di tutela ad opera dell'*antitrust*: occorre evitare, in altri termini, che chi ha potere di mercato lo utilizzi per rallentare o impedire lo

<sup>6</sup> V. l'ampio quadro tracciato da A. VITERBO, A. CODIGNOLA, *L'informazione e l'informatica nella società della conoscenza*, in questa *Rivista*, 2002, 23 e ss.

<sup>7</sup> La letteratura sul caso è assai ampia. Per accurate descrizioni della vicenda giudiziaria, si fa rinvio a M. BISHOP, *Microsoft sotto processo*, in *Mercato concorrenza regole*, 1999, 79 e ss.; A. PORTOLANO, *Il caso Microsoft e la concorrenza nelle network industries*, in questa *Rivista*, 1999, 697 e ss.; P.L. SABBATINI, *La concorrenza come bene pubblico: il caso Microsoft*, Bari, 2000, *passim*; Id., *Gli insegnamenti del caso Microsoft*, in *Mercato concorrenza regole*, 2001, 327, ove ulteriori citazioni. Il caso riguarda alcuni mercati del *software*, ed in particolare i mercati dei sistemi operativi per pc e dei programmi per la « navigazione » sul World Wide Web, i c.d. *browser*. In particolare, attraverso l'offerta del proprio *browser* Explorer in abbinamento

commerciale e tecnico con il sistema operativo Windows, Microsoft mirava, secondo l'accusa e la decisione di primo grado, ad espandere al mercato dei *browser* la propria dominanza sul mercato dei sistemi operativi, emarginando il *browser* concorrente Netscape Navigator. La sentenza favorevole al Department of Justice è stata sul punto ribaltata in appello: cfr. *U.S. v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001). Nei confronti di Microsoft è stata emessa il 30 agosto 2001 una comunicazione di addebiti dalla Commissione CE, per sospetta violazione dell'art. 82 del Trattato, derivante dall'asserito diniego di fornire ai concorrenti informazioni rilevanti al fine di consentire l'interoperatività del proprio *software* e del sistema operativo Windows (cfr. il comunicato stampa IP/01/1232, nonché *La politica di concorrenza nell'Unione Europea. XXXI Relazione sulla politica di concorrenza*, 2001, 51 e ss.).

sviluppo della rete, e delle tecnologie ad essa correlate, che potrebbero portare all'erosione naturale, e rapida, di quel potere di mercato.

Le tematiche connesse alla definizione degli *standard* tecnologici, ed alla distinzione tra effetti di rete benefici per gli utilizzatori, da una parte, ed analoghi effetti in grado di dare luogo ad esternalità negative ai danni di concorrenti (tramite la creazione di barriere all'accesso) e consumatori (tramite fenomeni di *lock-in*), dall'altra, sono aspetti rilevanti di questo più generale problema.

Una delle risposte consolidate sino ad oggi fornite dagli ordinamenti *antitrust*, su cui molta enfasi è stata posta, vale a dire la garanzia dell'accesso dei concorrenti ad alcuni *asset* strategici di titolarità delle imprese dotate di potere di mercato, appare soddisfacente solo in parte, come si vedrà in prosieguo.

Internet è materia « politicamente sensibile »: esso riporta l'attenzione sul nervo sempre scoperto delle relazioni tra *antitrust*, politica economica, politica industriale, che l'asetticità dell'analisi economica riesce talvolta a velare, ma non certo a far scomparire. Internet è particolarmente esposta all'influenza delle decisioni politiche, categoria a cui sovente possono ricondursi i provvedimenti *antitrust*, su ambedue le sponde dell'Atlantico (il caso *Microsoft*, ancora una volta, è una dimostrazione significativa). Si pone, quanto meno, un problema di trasparenza: la ragion politica alla base di decisioni cruciali per il futuro di Internet si vela talvolta di tecnicismi apparenti. Crediamo che la *choice for candor* non sia frequentissima, in *antitrust*<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Un dibattito particolarmente acceso circa i rapporti tra teoria economica, analisi giuridica e considerazioni politiche in materia *antitrust*, con particolare riferimento ad alcuni clamorosi « dissensi » tra autorità europee e statunitensi in materia di operazioni di concentrazione tra imprese multinazionali, ha caratterizzato il seminario *Towards an International Antitrust Law: Comparing US and EU Approaches*, tenutosi a Roma il 10 dicembre 2001. Significativi gli interventi di G. PRIEST e F. ROMANI ora pubblicati in *Mercato concorrenza regole*, 2002, 151, sotto il titolo *L'antitrust negli Stati Uniti ed in Europa. Analisi e psicoanalisi di una divergenza*. Il compianto prof. Romani, con l'arguzia e la pacatezza proprie del suo stile, sosteneva che le valutazioni politiche percettibili sotto la superficie di decisioni comunitarie quali *Boeing / Mc Donnell Douglas*, o *General Electric / Honeywell* sono il frutto di una commistione antica tra industria e politica, di cui furono emblema i monopoli

pubblici, familiare e temuta dagli europei: « ne deriva che la diffidenza verso le grandi imprese sia maggiore in Europa che negli Stati Uniti e che da questa diffidenza derivi la preoccupazione europea (talvolta paranoica) verso l'impresa in posizione dominante ». Un problema, in ultima analisi, di fiducia nel mercato, sulla quale non possono che incidere diversi percorsi storici (è questa la conclusione raggiunta anche da C. OSTI, R. PARDOLESI, *Falsi amici: le concentrazioni in Europa e negli Stati Uniti*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 153 e ss., 165 e ss., con specifico riferimento al problema del ruolo dell'*efficiency test* nella valutazione delle concentrazioni). Priest, aggiungendo la commistione tra diritto della concorrenza e politica industriale (a nostro avviso ineliminabile e fisiologica) come un male prettamente europeo, vede nel più radicato ricorso alla teoria economica (che si nutre del molteplice non meno dell'analisi giuridica), e nella maggiore influenza del mondo accademico sulle *antitrust enforce-*

La rapidità evolutiva di Internet, e la sua esposizione alle conseguenze di decisioni dalla natura politica, vanno correlate alle diversità che tuttora interessano le differenti parti del globo, quanto alla materiale possibilità per gli utenti, professionali e non, di accedere alle innovazioni della tecnologia: Internet è sì una rete mondiale, ma « a più velocità », a seconda del grado di sviluppo economico e tecnologico delle comunità che la utilizzano (la forbice esiste ovviamente tra i Paesi occidentali e quelli che ci si ostina a definire con eufemismo « in via di sviluppo », ma anche tra Europa e Stati Uniti, ed ha ampiezza non meno rilevante). Dal punto di vista economico, ciò fa sì che i mercati rilevanti connessi a Internet siano geograficamente differenziati.

L'a-territorialità di Internet, e gli sforzi di internazionalizzazione dell'*antitrust* che essa impone, vanno coniugati con le differenze persistenti, e destinate ad aggravarsi, nello spazio e nel tempo tra vari mercati: Internet impone all'*antitrust* al tempo stesso uno sforzo di internazionalizzazione (mondializzazione, potrebbe dirsi<sup>9</sup>), e di « localizzazione », per non rischiare di assumere quale punto di partenza dell'analisi una realtà illusoria, o valida soltanto per aree del globo del tutto limitate.

Inoltre, i mercati di Internet riacutizzano una questione da sempre spinosa, quella della delimitazione del mercato rilevante del prodotto: la distribuzione *on-line*, secondo la Commissione CE, non muta la natura del prodotto distribuito (in particolare, il prodotto o servizio acquistato *on-line* resta del tutto sostituibile con quello acquistato *off-line*), ma può dare vita ad uno specifico segmento del relativo mercato.

Si tratta di una conclusione che ha il pregio della semplicità, ma non tiene conto della tendenza del commercio elettronico ad offrire, più che semplici prodotti, dei prodotti-servizi, allestiti con l'obiettivo di valorizzare al massimo quella « interattività » che è una delle caratteristiche principali della rete. Si pensi, ad esem-

*ment agencies*, di cui spesso vengono chiamati a far parte professori universitari restii ad allontanarsi da radicate convinzioni accademiche per seguire transeunti impulsi politici, gli anticorpi del sistema statunitense contro simili rischi. Ci lusinga la tesi che i professori universitari siano più resistenti di altri ai condizionamenti politici: l'autore che la sostiene proclama la scientificità dei propri strumenti di analisi (ed accantona la distinzione tra declamazioni « asettiche » e regole operazionali « politiche »), ma non apporta, purtroppo, prove determinanti a sostegno di essa.

<sup>9</sup> La necessità di approntare regole e strumenti applicativi uniformi, o almeno omogenei, che consentano alle autorità

*antitrust* di misurarsi con fenomeni economici di portata mondiale, quali le operazioni di concentrazione tra imprese multinazionali, è uno dei temi più dibattuti del diritto *antitrust* contemporaneo. Per un quadro dello stato del dibattito, e dei tentativi in essere, v. M. MONTI, *La dimensione internazionale della politica di concorrenza europea*, in *Mercato concorrenza regole*, 2001, 423 e ss.; F. AMATO, *International Antitrust: What Future?*, in *World Competition*, 2001, 451; M.L. PROSPERI MANGILI, *Merger Review in a Global Market from the EU - US Perspective: International Co-operation and Harmonization*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2001, 163 e ss.

pio, al settore bancario, o a quello assicurativo: ci pare si possa dubitare della sostituibilità, ad esempio, di un servizio di pagamento *on-line*, utilizzabile ventiquattr'ore su ventiquattro, da qualsiasi luogo, con uno tradizionale, che comporta la necessità di recarsi presso la filiale ove chi effettua il pagamento è titolare di conto corrente, e richiede l'intermediazione del funzionario di banca.

L'intero processo ormai noto come « convergenza digitale » è il risultato di un riavvicinamento tra mercati tradizionalmente distinti, come quelli dei media, ed in generale della comunicazione *point-to-mass*, e quelli delle telecomunicazioni, o della comunicazione *point-to-point*, o *point-to-multipoint*. Oggi, si potrebbe dubitare della sostituibilità, ad esempio, del servizio postale con il ricorso alla posta elettronica: i relativi mercati, tuttavia, mostrano assetti e vicende del tutto diversi. Nondimeno, occorre acquisire la consapevolezza del fatto che monopoli antichi e nuovi potrebbero rivelarsi ben meno stabili di quanto possa apparire, per via di bruschi ampliamenti del mercato.

L'impressione che, in effetti, qualcosa di nuovo ci sia non sembra dunque ingiustificata.

## 2. FORTUNE E MISFATTI DELLA *NET ECONOMY*: ANCHE UN *DEFICIT* DI CONCORRENZA TRA LE CAUSE DELLE ATTUALI VICISSITUDINI DEI MERCATI LEGATI AD INTERNET?

Un'analisi che tema il pericolo dell'astrattezza non può che tenere conto delle vicende passate ed attuali della *net economy*: una parabola di grandezza e decadenza, dall'illusione della prosperità per tutti ai disinganni di oggi, soprattutto per i risparmiatori, che avevano fiduciosamente investito in azioni ed altri prodotti finanziari emessi dalle società *high tech* legate alla rete.

La « bolla speculativa », immagine sempre più spesso impiegata per rappresentare le passate dilatazioni, e le odierne contrazioni, dei « nuovi mercati » (chi abbia vittoriosamente speculato, peraltro, ad oggi non è ancora dato comprendere), si sta dissolvendo, e con essa scompaiono i fasti non soltanto di molte compagnie *dot com* nate all'insegna dell'avventurismo finanziario, ma anche dei « giganti » cresciuti per effetto della *merger wave* che, nell'ultimo decennio del novecento, e può dirsi fino a ieri, ha attraversato numerosi mercati di Internet.

WorldCom, padrona del mercato delle infrastrutture di rete transcontinentali, ha subito un vero tracollo, accompagnato dai noti scandali finanziari; Vivendi - Universal è in crisi; notizie giornalistiche riferiscono di difficoltà non trascurabili di America On Line - Time Warner; è ventilata l'uscita dal settore *on-line* del colosso editoriale tedesco Bertelsmann, le grandi compagnie telefoniche europee *ex monopoliste* legali, titolari di posizioni significative

in molti rispettivi mercati nazionali dei servizi di Internet *access provider*, e mercati connessi, Deutsche Telekom e France Télécom in testa, non sono esenti da qualche malessere. Quanto all'Italia, il progetto industriale di integrazione tra telecomunicazioni, Internet e televisione alla base dell'espansione attuata dal gruppo Telecom (attraverso le acquisizioni di Seat e delle emittenti già del gruppo Cecchi Gori) non ha avuto lo sperato (dai suoi autori) effetto dirompente.

La crisi della *net economy* ha come tema dominante quello dei rapporti tra mercati finanziari ed economia reale, e coinvolge le stesse modalità di funzionamento dei primi: ruolo degli investitori istituzionali e degli intermediari nell'orientamento della domanda espressa dai risparmiatori, in primo luogo. Tuttavia, non ci sembra fuori luogo chiedersi se, rispetto ad essa, l'*antitrust* abbia svolto un qualche ruolo: in altri termini, se gli esiti inefficienti, l'impovertimento cui hanno condotto molti mercati di Internet, inclusi quelli più redditizi delle infrastrutture di rete, non sia il frutto di un *deficit* di competizione economica, dell'instaurazione o della conservazione di monopoli precoci quanto inefficienti, che l'*antitrust* non ha saputo impedire.

La tendenza al gigantismo precoce di molte imprese attive su tali mercati, come quelle citate, non accompagnata dalla solidità delle relative basi finanziarie ed industriali, che, nonostante i gloriosi auspici iniziali, anziché creare benessere e progresso tecnico ha generato impoverimento per molti, è un segnale inequivocabile ed inquietante. Non si tratta, crediamo ovvio, di mettere per l'ennesima volta sotto accusa la mega-impresa multinazionale, o di denunciare, ancora, il « mito del colossale », magari alla ricerca di una chimera, come la concorrenza atomistica dei « piccoli », ma di domandarsi se le varie autorità *antitrust* non abbiano imprudentemente avallato, o condizionato a rimedi troppo blandi, operazioni espansive che mettevano eccessivamente a rischio una concorrenza ancora fragile, su mercati ad uno stadio ancora embrionale.

Miti della *new economy*, considerazioni talvolta inesprese di ordine politico, timore che il sottodimensionamento e l'« artigianalità » di molte imprese attive su Internet portassero ad una carenza di investimenti, necessari per il futuro della rete, obiettive incertezze circa gli sviluppi di mercati segnati da indiscutibili elementi di novità, hanno condotto a decisioni che, *ex post*, potrebbero apparire troppo benevole nei confronti dei padroni della *net economy*. Molte difficoltà sono state incontrate dalle autorità *antitrust*: l'attuale stato delle cose, tuttavia, rende inevitabile una riflessione critica.

Riflessione che conduce quanto meno a sfiorare il tema più generale del ruolo istituzionale delle autorità di concorrenza, nei loro (controversi) rapporti con gli organi preposti alla regolazione dei mercati, il cui operato, rispetto a molte delle attività legate ad

Internet, ha un'importanza non certo trascurabile. L'ipotesi del *deficit* di regolazione (o dell'inefficienza di molte regolazioni) è correlata a quella del *deficit* di competizione economica: la compressione della concorrenza può derivare da carenze negli interventi *antitrust*, ma anche da stasi del regolatore, che non coglie la persistente necessità di garanzie rispetto a mercati spesso già oggetto, nel passato recente, di monopoli legali, da troppo poco tempo aperti alla concorrenza perché questa possa resistere alle tendenze espansive degli *incumbent*.

I temi toccati dalle decisioni *antitrust* relative a mercati collegati ad Internet sono numerosi, ed ancor più numerose sono le questioni poste dalle regolazioni, nazionali e sovranazionali<sup>10</sup>; alla luce dell'attuale situazione, riteniamo tuttavia che la storia del Cyber-antitrust che specialmente meriti di essere raccontata sia fatta soprattutto di operazioni di concentrazione tra imprese « globali ».

### 3. IL CONTROLLO ANTITRUST DEI MERCATI DELLE INFRASTRUTTURE DI RETE.

Internet presuppone l'utilizzo delle reti di telecomunicazioni: la sua capacità di veicolare quantità sempre maggiori e tipologie sempre più diversificate di informazioni è direttamente connessa al grado di sviluppo raggiunto dalle infrastrutture di comunicazione, terrestri e satellitari. La rete telefonica rappresenta il veicolo base attraverso cui Internet può raggiungere l'utenza; la fibra ottica, le tecnologie « a banda larga » ed i sistemi di collegamento « senza filo » costituiscono le direttrici di sviluppo.

Le reti di telecomunicazioni sono oggetto di mercati caratterizzati, da sempre, da elevate barriere strutturali all'accesso, e da

<sup>10</sup> Tra le altre, sta impegnando di frequente le autorità *antitrust* la valutazione delle c.d. « piattaforme » per il commercio elettronico *business-to-business* (B2B), vale a dire sistemi di scambio *on-line* allestiti in comune da imprese concorrenti. La Commissione CE e la Federal Trade Commission convergono, ad esempio in occasione dei provvedimenti relativi al caso *Covisint* (« piattaforma » per l'approvvigionamento *on-line* di componenti automobilistici costituita da sei tra i principali costruttori mondiali di autoveicoli, tra cui Ford, Daimler Chrysler e General Motors), nel riconoscere i notevoli effetti pro-competitivi di tali « piattaforme » (riduzione dei costi di negoziazione e razionalizzazione della produzione), e nell'identificare i maggiori pericoli nella possibile agevolazione della collusione, anche attraverso scambi di informazioni,

nonché nell'adozione di comportamenti discriminatori concordati ai danni dei terzi. Per un quadro delle decisioni comunitarie, possono vedersi *La politica di concorrenza nell'Unione Europea, XXX Relazione sulla politica di concorrenza*, 2000, 50 e ss.; J. LÜCKING, *B2B E-Marketplaces and EC Competition Law: where Do We Stand?*, in *Comp. Policy Newsletter*, 2001, n. 3, 14 e ss.; E. CLERC, J. CLARK, *Commission Clears the Creation of Three B2B E-Marketplaces: Covisint, Eutelia and Endorsia*, *ibid.*, 2002, n. 1, 53; per gli Stati Uniti, J.L. GRAY, *Antitrust and New Technologies: a View from the United States*, relazione al Convegno *Antitrust between EC Law and National Laws*, tenutosi a Treviso, il 16-17 maggio 2002, i cui atti sono in corso di pubblicazione.

un'influenza delle economie di scala che li ha fatti collocare per lungo tempo nel novero dei monopoli naturali.

Gli anni novanta sono stati, negli Stati Uniti ed in Europa, un decennio di liberalizzazione dei mercati delle telecomunicazioni; i metodi prescelti, e le situazioni di partenza, sono stati soltanto in parte analoghi.

I mercati delle telecomunicazioni statunitensi avevano risentito degli effetti del clamoroso intervento *antitrust* rappresentato dall'ordine di *divestiture* della AT&T, emesso nel 1982; la rottura del monopolio AT&T, accompagnata dall'ordine, a carico delle Regional Bell Operating Companies, di assicurare accesso agli operatori interurbani concorrenti, ha aperto il ricco mercato delle comunicazioni *long distance*, nel quale si sono sviluppate imprese come MCI e Sprint (la prima poi entrata nel vortice WorldCom, la seconda oggetto di un non riuscito tentativo di acquisizione ad opera della stessa WorldCom, ostacolato dalle autorità *antitrust* sia negli Stati Uniti, sia nella CE: sulla vicenda ci si soffermerà *infra*).

Inoltre, negli Stati Uniti esisteva un florido mercato di servizi (anche) televisivi via cavo, forniti da gestori di rete obbligati a svolgere funzioni di *common carrier* a favore dei concorrenti<sup>11</sup>; tutto ciò, insieme ad un forte sostegno politico, soprattutto ad opera dell'amministrazione Clinton, tradottosi nel programma delle « autostrade informatiche », incentrato sulle tecnologie a banda larga<sup>12</sup>.

Su questo scenario interviene il celebre Telecommunications Act 1996, risposta liberalizzatrice<sup>13</sup> alle opportunità offerte dalla « convergenza digitale » tra telecomunicazioni e televisione<sup>14</sup>. Il Telecommunications Act è stato una mossa politica chiave dell'amministrazione Clinton; ciò che specialmente qui interessa rimarcare è che esso si inseriva su una situazione in cui i mercati coinvolti (semplificando, telecomunicazioni e televisione) avevano già

<sup>11</sup> V. il quadro offerto da G. GHIDINI, F. BASSAN, *TV cavo e regolazione asimmetrica: riflessioni a partire dall'esperienza nordamericana*, in *AIDA*, 1995, 45 e ss.

<sup>12</sup> Cfr. R. PARDOLESI, *Antitrust e multimedialità*, in *AIDA*, 1995, 93 e ss., 100.

<sup>13</sup> Ma v. quanto osserva A.M. BERNINI, *Profili della comunicazione nel diritto comparato*, Padova, 2001, circa la compresenza, nello *statute*, di disposizioni liberalizzatrici e aspirazioni regolatorie, soprattutto per quanto riguarda il contenuto dei messaggi veicolati attraverso le reti (la vicenda del Telecommunications Decency Act, incorso in nota pronuncia di incostitu-

zionalità ad opera della Corte Suprema, è emblematica).

<sup>14</sup> La letteratura sul Telecommunications Act è vasta. *Ex multis* possono vedersi M.I. MEYERSON, *Ideas to the Marketplace: A Guide to the 1996 Telecommunications Act*, <http://www.law.indiana.edu/meyerson.html>, 1997; K. WALLMAN, *A Birthday Party: The Terrible or Terrific Twos? 1996 Federal Telecommunications Act*, in *Fed. Comm. L. J.*, 1999, 229. Tra gli autori italiani F. BASSAN, *La concorrenza nelle telecomunicazioni: riflessioni a margine della recente riforma statunitense*, in *Dir. comm. int.*, 1996, 477 e ss.

attraversato pluri-decennali stagioni di regolazione a garanzia della concorrenza, ed interventi *antitrust* dirompenti.

Negli Stati membri della CE, al contrario, la stagione liberalizzatrice degli anni novanta sopravviene dopo decenni di monopoli pubblici nelle telecomunicazioni. Lo strumento scelto, non a caso, è quello della direttiva, fonte comunitaria che ha per destinatari primi gli Stati membri: il ricorso alla direttiva è coerente con la finalità di rimuovere barriere alla concorrenza la cui fonte è specialmente normativa.

Le direttive comunitarie, e le discipline nazionali, coniugando liberalizzazione e regolazione, ricorrono sovente alle norme asimmetriche, di radicata tradizione statunitense; dal punto di vista dello stretto diritto *antitrust* spicca la dilatazione della teoria delle *essential facilities*, con il correlativo riconoscimento del diritto del *new comer* all'accesso — a condizioni eque, trasparenti e non discriminatorie — alle infrastrutture essenziali dell'*incumbent*, perno di una serie di provvedimenti che sanzionano abusi di posizione dominante commessi dall'*ex-monopolista*, aventi ad oggetto tentativi di vanificazione degli esiti della liberalizzazione.

L'accesso, che negli Stati Uniti è da sempre uno degli elementi caratterizzanti l'applicazione del diritto *antitrust* al settore delle comunicazioni e dei media (anche per quanto riguarda la condivisione tra più imprese degli stessi contenuti della comunicazione: v. *infra*<sup>15</sup>), diviene anche in Europa la panacea contro gli accumuli di potere d'impresa nei mercati delle reti, forte dell'idea che costringendo l'impresa dominante nei mercati delle infrastrutture di rete a fare da *common carrier* per i propri concorrenti la stessa impresa dominante diverrà, da fonte di potenziali ostacoli per la concorrenza, e per il progresso tecnico in particolare, motore dell'intero mercato o, quanto meno, se ne conterranno le aspirazioni egemoniche, visto che la regola dell'accesso la obbligherà sempre a condividere con i concorrenti il proprio principale punto di forza, vale a dire la rete<sup>16</sup>.

In questo scenario, il processo concentrativo già in atto nei mercati delle infrastrutture di rete raggiunge il suo punto culminante, che coincide con l'apice dell'ascesa di WorldCom: l'acquisizione di MCI (secondo concorrente sul mercato delle reti *backbone* di

<sup>15</sup> Per rendersene conto, basti scorrere l'approfondita rassegna offerta da B. HAWK, L. SOOHOO, *Media and the United States Antitrust Laws*, in AV.VV., *Antitrust between EC Law and National Law*, Bruxelles-Milano, 2000, 63 e ss.

<sup>16</sup> Quella in commento costituisce soltanto una delle applicazioni, nel diritto *an-*

*titrust* comunitario, della dottrina di origine statunitense delle *essential facilities*. La letteratura in materia è molto ampia. Un'utile rassegna è offerta da M. SIRAGUSA, M. BETTA, *La dottrina delle essential facilities nel diritto comunitario ed italiano della concorrenza*, in *Contratto e Impresa / Europa*, 1999, 260 e ss., ove ulteriori citazioni.

Internet, ovvero le infrastrutture di rete attraverso cui le varie reti locali possono entrare in connessione), e la tentata acquisizione di Sprint (terzo concorrente).

In ambedue i casi, le posizioni espresse dagli organi *antitrust* in Europa e negli Stati Uniti convergono, anche grazie a vari strumenti di collaborazione: le vicende di WorldCom, per quanto riguarda i rapporti tra Europa e Stati Uniti circa il controllo delle concentrazioni « globali » tra imprese, parrebbero alimentare l'ottimismo che trapela anche dal recente libro verde comunitario sulla revisione del regolamento concentrazioni<sup>17</sup>, solo in parte raffreddato dai contrasti sorti tra le autorità europee e statunitensi a seguito della vicenda General Electric/Honeywell.

L'acquisizione di MCI viene autorizzata, dietro varie e simili condizioni, su ambedue le sponde dell'Atlantico; quella di Sprint, viceversa, incontra l'opposizione sia della Commissione CE, sia della Antitrust Division del Department of Justice.

La decisione comunitaria *WorldCom/MCI*<sup>18</sup> coglie con chiarezza il problema delle diseguglianze dimensionali tra i *providers* di accesso ad Internet: sul mercato delle reti dorsali si è creata una situazione di tipo oligopolistico, che rende obsoleto il principale strumento contrattuale che consentiva il funzionamento mondiale della rete, vale a dire gli accordi (gratuiti) di *peering*, attraverso cui i titolari delle reti dorsali acconsentivano a veicolare il traffico reciproco. I principali *providers* non hanno interesse a concludere accordi di *peering* con operatori di dimensioni minori, poiché questi non generano un volume di traffico sufficiente, né possiedono reti di importanza tale da giustificare la gratuità dell'accesso.

Quest'ultimo, d'altro canto, è indispensabile per consentire ai *provider* minori, inclusi i titolari di reti locali, di offrire all'utenza una connettività Internet globale (facendo transitare il proprio traffico sulle reti dei *providers* di massimo livello), ovvero per realizzare la condizione indispensabile per rimanere sul mercato. I grandi *providers* di massimo livello, quindi, possono controllare il mercato, ed espellerne i rivali minori, fissando le condizioni economiche per l'accesso alla propria rete, ovvero impedendo ai concorrenti di offrire all'utenza una connettività Internet sufficientemente estesa.

Acquistando il controllo di MCI, WorldCom accumula un potere di mercato tale da mettere a rischio in maniera grave la concorrenza residua sul mercato della connettività Internet di massimo

<sup>17</sup> Per una sintesi ed un commento al quale si può vedere E. GENTILE, A. TAJANA, *Il dibattito comunitario sul Libro Verde della Commissione sulla revisione del regolamento concentrazioni*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2002.

<sup>18</sup> Commissione CE, 8 luglio 1998, *WorldCom/MCI*, n. 99/287/CE, in *G.U.C.E.*, L 116, del 4 maggio 1999, 1. Per un commento critico v. C. VAJDA, A. GAHNSTRÖM, *E.C. Competition Law and the Internet*, in *ECLR*, 2000, 94 e ss., 101.

livello; si noti che in gioco vi è la stessa « globalità » di Internet, vale a dire la possibilità per i *providers*, e quindi per gli utenti, di raggiungere attraverso Internet elaboratori collocati in ogni punto del globo.

La soluzione identificata dalle Autorità *antitrust* consiste nella dismissione di tutte le attività Internet di MCI (ma non, si noti, della rete MCI, ciò che avrebbe verosimilmente reso l'operazione priva di interesse per le parti), a favore di un nuovo concorrente, al quale sarebbe stato consentito di operare attraverso l'infrastruttura di rete di MCI, conservando gli accordi di *peering*, incluso, per almeno cinque anni (periodo di tempo non certo lunghissimo), quello con WorldCom. L'accesso alla rete MCI sarebbe stato garantito attraverso l'affitto delle linee, ed idonei diritti di accesso, a condizioni predefinite, per il tempo necessario a consentire il trasferimento del traffico su una nuova rete, di titolarità del nuovo entrante.

Nella primavera del 2000, quando WorldCom tenta l'acquisizione di Sprint, la situazione complessiva del mercato della connettività Internet « di primo livello » non è affatto cambiata; proprio questo ci pare l'aspetto di maggiore interesse sia della decisione comunitaria di divieto dell'operazione<sup>19</sup>, sia del *complaint* rivolto avverso l'operazione stessa dalla Antitrust Division del Department of Justice<sup>20</sup>.

La Commissione ha respinto la tesi, sostenuta dalle parti, secondo cui nell'arco di due anni i mercati interessati, e specialmente il mercato della connettività Internet di più alto livello, si sarebbero evoluti in modo da escludere ogni dominanza di WorldCom. Soprattutto, secondo la Commissione, la liberalizzazione dei mercati europei delle telecomunicazioni non ha fatto venir meno la dipendenza tecnologica dei fornitori europei di connettività Internet dai titolari (statunitensi) delle reti dorsali: l'acquisizione di Sprint avrebbe reso verosimilmente irreversibile la dipendenza da WorldCom delle imprese che intendessero offrire connettività Internet globale, e, indirettamente, degli utenti.

Il *complaint* del Department of Justice sottolinea come l'universalità sia una caratteristica fondamentale della connettività Internet: grazie agli effetti di rete, il valore della connessione aumenta, per ciascun utente, quanto più alto è il numero di utenti connessi. In un ambiente competitivo, la necessità di garantire agli utenti i benefici derivanti dalle esternalità di rete rappresenta un incentivo per ciascuna impresa a garantire l'interconnessione con le altre reti, normalmente attraverso accordi di *peering*. La necessità

---

<sup>19</sup> Caso M.1741, *MCI WorldCom / Sprint*. ulteriore documentazione relativa al caso, al sito Web <http://usdoj.gov/atr/cases/f5000/5051/htm>

<sup>20</sup> Il cui testo è disponibile, insieme ad

dell'interconnessione è un incentivo al progresso tecnico, poiché, in mancanza di distorsioni della concorrenza, nessuna impresa può permettersi di « rimanere indietro » rispetto ai rivali, a rischio di uscire dal « circuito » dell'interconnessione.

Qualora una singola impresa controlli una porzione assai elevata dell'utenza Internet (anche indirettamente, perché l'accesso alla sua rete è indispensabile ai fini dell'accesso al mercato per molti *provider* di secondo livello), « *network externalities may cause a reversal of its previous incentives to achieve efficient interconnection arrangements with its rival networks* »<sup>21</sup>; gli utilizzatori si rivolgeranno all'impresa dominante poiché questa è l'unica in grado di garantire una connettività sufficientemente estesa da generare soddisfacenti effetti di rete a favore degli utilizzatori, con effetto « a valanga ».

A questo modo, l'interesse dell'impresa dominante all'interconnessione con i rivali scema, così come l'incentivo all'innovazione tecnologica, considerato che il concorrente anche in possesso di soluzioni tecnologiche più evolute non incontrerà comunque i favori degli utilizzatori, poiché non potrà comunque garantire l'estensione globale della connettività offerta, che postula l'accesso alla rete dell'impresa dominante. L'impresa dominante frenerà così l'evoluzione tecnologica.

<sup>21</sup> Il concetto di « esternalità di rete » è stato coniato da M.J. KATZ, C. SHAPIRO, *Network Externalities, Competition and Compatibility*, in *American Economic Rev.*, 1985, 424 e ss., ed ha dato luogo ad un vivace dibattito, anche a seguito della fortuna incontrata presso il Department of Justice, che su di esso ha tra l'altro costruito, con scarsa fortuna, passaggi fondamentali della propria posizione nel caso *Microsoft*. Un'attenta analisi critica di tale concetto è stata proposta da R. PARDOLESI, A. RENDA, *How Safe is the King's Throne? Network Externalities on Trial*, relazione al Convegno su *Post Chicago Developments in Antitrust Analysis: United States and Europe*, tenutosi a Taormina-Messina il 26-28 ottobre 2000. Secondo gli Autori, che identificano nelle reti virtuali multidirezionali (come Internet) il luogo ove le esternalità di rete possono realisticamente prodursi, tali esternalità non sarebbero di per sé in grado di generare pericolose cristallizzazioni della concorrenza; ciò accadrebbe soltanto nel caso in cui essi si combinino con « learning effects », ovvero ove gli utenti debbano affrontare *sunk costs* per acquisire conoscenze necessarie all'uso di un prodotto, come accade, ad esempio, nel caso di numerosi prodotti di *software*. In questo caso, « users may find

themselves so locked into a dominant technology that it becomes irrational to switch to a better product » (non dissimile è la posizione di A. PORTOLANO, *Il caso Microsoft*, cit., spec. 714 e ss., che sottolinea la pericolosità della sostituzione dell'autorità amministrativa al consumatore nella scelta dello standard migliore; semplificando, la « libertà limitata » lasciata al consumatore *locked-in* è pur sempre preferibile rispetto all'assenza di libertà che consegue alla scelta sia pure indiretta dello standard ad opera del decisore istituzionale). Rispetto al modello elaborato da Pardolesi e Renda, va rilevato che, nel caso dei mercati delle reti dorsali di Internet, e della connettività Internet « di primo livello », gli effetti di rete si ripercuotono non soltanto sulle strategie della domanda, ma anche su quelle dell'offerta. L'impresa dominante non ha interesse al *peering* con le altre imprese perché questo non gli è necessario al fine di garantire all'utenza soddisfacenti effetti di rete; d'altro canto, il *peering* è condizione indispensabile, almeno nel medio periodo, affinché un'impresa rivale, anche tecnicamente più evoluta, possa competere efficacemente. In questo modo, l'effetto di *tipping* del mercato tende a diventare stabile, così come la « cattura » degli utilizzatori

L'esperienza della *divestiture* parziale di MCI ha mostrato alle Autorità *antitrust* che l'obbligo di garantire ai terzi l'accesso alla rete dell'impresa dominante, nel caso di acquisizione di Sprint da parte di WorldCom, non sarebbe stato un rimedio sufficiente.

Dal *complaint* del Department of Justice apprendiamo che la cessione delle attività Internet di MCI alla società Cable & Wireless Plc (C&W) ha dato luogo ad immediato contenzioso giudiziario circa l'adempimento, da parte di WorldCom, degli impegni derivanti dall'accordo di *divestiture*, inclusi, verosimilmente, quelli relativi all'accesso ed al *peering*. Tale contenzioso è stato chiuso per via transattiva, con un accordo che prevede, a fronte di cospicui pagamenti da parte di WorldCom, l'obbligo di C&W di astenersi da qualsiasi futura dichiarazione pubblica « *that it was impossible to successfully divest an integrated Internet business without weakening the new entity's competitive strenght and thereby harm competition in the market* ».

A prescindere dal silenzio imposto a C&W, la vicenda di WorldCom mostra che esistono ragioni non secondarie per ridiscutere il mito dell'accesso come panacea contro i mali della dominanza nei mercati delle infrastrutture di rete; la teoria dell'accesso è valida laddove si sia in presenza di un autentico monopolio naturale, a causa delle insormontabili economie di scala necessarie per la gestione della rete. Se la rete non può che essere una ed una soltanto, a pena di spreco di risorse, essa avrà un solo titolare; per impedire che questi sia monopolista anche nei mercati a valle, che comportano l'uso della rete, lo si costringerà a consentire ai terzi di servirsi della propria rete, a condizioni trasparenti, eque e non discriminatorie, dando vita ad un modello di *intranet-work competition*.

Nel caso di Internet, e delle telecomunicazioni in generale, non sembra giustificata alcuna rinuncia *a priori* alla concorrenza fra reti (*internetwork competition*), che equivarrebbe ad una rinuncia programmatica, invero mai compiuta dalle Autorità *antitrust*, a sfruttare le opportunità concorrenziali offerte da tecnologie « leggere » come la fibra ottica, o la digitalizzazione del segnale televisivo.

Soprattutto, occorre ricordare che, nel caso del controllo delle concentrazioni, le autorità *antitrust* sono chiamate ad una valutazione prognostica degli effetti peggiorativi dell'operazione su una competizione economica già esistente, operazione ben diversa rispetto a quella caratteristica delle autorità di regolazione, il cui compito è quello di creare le condizioni migliori affinché la concorrenza possa svilupparsi là dove non c'era.

Valutando la politica espansiva di WorldCom, le autorità *antitrust* erano chiamate a confrontare una situazione reale di sostanziale monopolio sulla rete (nel caso di realizzazione della concentrazione) con una ipotetica ed improbabile di concorrenza fra reti, ma a valutare se la compressione di una già esistente concorrenza fra reti attraverso operazioni di concentrazione potesse essere

controbilanciata dal rimedio rappresentato dall'accesso coattivo dei terzi alla rete dell'impresa dominante.

L'applicazione della teoria dell'accesso offerta in WorldCom/MCI non ha tenuto conto di alcune perplessità evidenti. Ad esempio, per quale ragione gli utilizzatori dovranno rivolgersi ai terzi (C&W), anziché al titolare della rete (WorldCom), il quale è normalmente in possesso della base clienti più ampia (perché *incumbent*), ed espone gli utilizzatori stessi a ben minori rischi rispetto ai suoi concorrenti, per quanto riguarda l'universalità della connessione, o, in generale la possibilità di trarre benefici dagli effetti di rete (ciò che può consentirgli anche la pratica di prezzi più elevati)? L'atteggiamento non certo collaborativo tenuto da WorldCom verso C&W si è risolto verosimilmente in un disincentivo a carico degli utilizzatori interessati ai servizi di quest'ultima<sup>22</sup>.

Inoltre, l'accesso non rappresenta un rimedio al disincentivo al progresso tecnico che deriva dalla monopolizzazione dei mercati delle infrastrutture di rete<sup>23</sup>: al contrario, l'obbligo di condividere la rete con i propri concorrenti rappresenta un freno agli investimenti dell'*incumbent*, visto che da un lato l'impresa dominante non ha certo interesse ad avvantaggiare i rivali fornendo loro una infrastruttura migliore, e dall'altro la necessità di praticare condizioni d'accesso alla portata dei concorrenti comprime la possibilità per il titolare dell'infrastruttura di trarre profitti dai propri investimenti<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> Significativo il noto caso italiano *Telecom / Telsystem*: il rifiuto, da parte dell'allora monopolista della rete telefonica, di concedere accesso ad un terzo attivo su un mercato a valle, pur ritenuto illecito in sede amministrativa e giudiziaria, ha condotto al fallimento del terzo. Nonostante questi abbia ottenuto un significativo risarcimento, la concorrenza nel mercato è stata comunque lesa, così come gli altri valori protetti dall'*antitrust*, incluso il benessere dei consumatori.

<sup>23</sup> R. PARDOLESI, A. RENDA, *How Safe is the Kings's Throne*, cit., con specifico riferimento ai mercati del *software*, ed al tentativo, operato ad esempio nel caso *Microsoft*, di costringere l'impresa dominante a rendere accessibili ai terzi i codici sorgente dei propri programmi, osservano che: «imposing an open standard ... would result in overt inefficiencies. Firms would no longer compete vigorously in the pre-standard stage of the game (al momento di aggiudicarsi le preferenze degli utilizzatori come standard dominante, N.d.R.), since a low expected payoff from an even successful innovation could bring down the initial commitment to innovate».

<sup>24</sup> Il problema del prezzo d'accesso alla infrastruttura essenziale è uno dei più complessi nella teoria dell'accesso. Centrale è la necessità di evitare che l'*incumbent* titolare dell'infrastruttura di rete impedisca l'accesso tramite la pratica di prezzi eccessivamente elevati; al tempo stesso, occorre eliminare il rischio di condurre i prezzi al di sotto della soglia di remuneratività. Sul tema del prezzo di accesso alle infrastrutture essenziali si incentra il dibattito tra W.J. BAUMOL, *A ciascuno il tuo: concorrenza e servizio universale*, in *Mercato concorrenza regole*, 1999, 65 e ss. e R. PARDOLESI, *Commento a Baumol, ovvero: la virtù delle ciambelle*, ibi, 277, cui replica W.J. BAUMOL, *Replica a Pardolesi: la spazzola e i bottoni*, ibi, 287; considerazioni di sintesi in L. PROSPERETTI, *Commento a Baumol e Pardolesi*, ibi, 289 e ss. Baumol tenta di elaborare un sistema di calcolo dei prezzi di accesso all'infrastruttura essenziale che garantisca la parità di trattamento tra concorrenti nei mercati a valle, pur in presenza della volontà dell'autorità di regolazione di consentire la pratica di sussidi incrociati da parte del titolare della rete. Pardolesi replica,

A maggior ragione, il titolare della rete non avrà incentivo a sperimentare nuove tecnologie ove sia costretto ad « aprirle » immediatamente ai rivali: egli troverà più conveniente mantenere la tecnologia in uso, anche perché, in tendenza, privo di stimoli concorrenziali<sup>25</sup>.

L'accesso coattivo alla rete altrui, in altri termini, non è a nostro avviso un succedaneo della concorrenza tra reti<sup>26</sup>. Esso è un inevitabile *second best* nei casi in cui esista un ineliminabile monopolio naturale<sup>27</sup>; negli altri casi, esso può costituire, al limite, una soluzione-ponte, efficace se rimane in vigore per il tempo necessario a consentire ai rivali dell'impresa dominante di dotarsi di una propria rete in grado di competere con quella dell'*incumbent*,

tra l'altro, che il modello proposto non garantisce l'eliminazione di sovrapprezzi monopolistici da parte dell'*incumbent*: il rischio (quasi certezza) del persistere di sovrapprezzi monopolistici è uno degli elementi da considerare nel valutare l'opportunità di mantenere la concorrenza tra reti, scartando il rimedio ad effetti monopolistici di operazioni di concentrazione tra titolari di infrastrutture di reti rappresentato dall'accesso coattivo dei terzi.

<sup>25</sup> L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha subordinato l'autorizzazione all'operazione di acquisizione delle emittenti del gruppo Cecchi Gori ad opera del gruppo Telecom all'impegno della stessa Telecom a « sperimentare o commercializzare servizi televisivi interattivi solo a condizione che la stessa capacità di banda trasmissiva utilizzata sia effettivamente messa a disposizione dei concorrenti da parte di Telecom o altri operatori » (dec. 23 gennaio 2001, *Seat Pagine Gialle/Cecchi Gori Communications*, in *Bollettino*, 3/2001). Scopo della misura è evitare che l'ex-monopolista possa godere del *first mover advantage* rispetto ai concorrenti, con il correlativo pericolo di *leverage* della posizione dominante già esistente verso il mercato contiguo a quelli già dominati; in effetti, esiste il rischio che, in difetto di idonei stimoli concorrenziali, il monopolista decida di non offrire affatto il nuovo servizio, sfruttando comunque la propria dominanza sugli attuali mercati. Nell'economia della decisione dell'Autorità italiana, tuttavia, tale rischio dovrebbe essere in parte limitato dalle ulteriori misure dirette a facilitare la creazione di reti a banda larga alternative rispetto a quella di Telecom.

<sup>26</sup> In senso conforme cfr. l'ampia analisi di F. GHEZZI, *La valutazione delle concentrazioni verticali nei « mercati della convergenza » tra i settori delle telecomu-*

*nizzazioni e dell'emittenza televisiva*, in *Riv. soc.*, 2001, 563 e ss., secondo cui: « ... per lo sviluppo di medio periodo della concorrenza nei nuovi mercati Internet la strada preferibile è rappresentata dalla costruzione di nuove reti in fibra ottica da parte degli operatori. Solo questa soluzione consente infatti a ciascuna impresa di fornire, secondo le modalità tecniche ritenute più efficienti o opportune, i nuovi servizi interattivi e multimediali che richiedono un'ampia banda trasmissiva ». Con specifico riferimento alla situazione italiana, la necessità della promozione di una « effettiva concorrenza nel mercato delle infrastrutture », anche mediante la costituzione di reti alternative a quella dell'*incumbent* è rilevata da G. CALABRÒ, *Convergenza nel settore delle comunicazioni*, relazione al Convegno *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, tenutosi a Treviso, il 16-17 maggio 2002, i cui atti sono in corso di pubblicazione.

<sup>27</sup> V. ancora R. PARDOLESI, A. RENDA, *How Safe is the King's Throne*, cit.: « intranetwork competition should be targeted only when an essential facility, a bottleneck infrastructure chokes the development of an acceptable degree of competition »; residua il problema, non certo secondario, alla luce della abnorme dilatazione, con preoccupanti sconfinamenti nel settore della proprietà intellettuale, mostrata da ultimo dalla teoria delle *essential facilities* in casi come *Intel*, o, in Europa, *IMS Health*, di individuare quando si sia effettivamente in presenza di una *essential facility*. Un tentativo interessante è offerto da D. DURANTE, G.G. MOGLIA, A. NICITA, *La nozione di Essential Facility tra regolamentazione e antitrust. La costruzione di un test*, in *Mercato concorrenza regole*, 2001, 257 e ss., seguito da M. POLO, *Un commento*, *ibidem*, 293 e ss.

e nella misura in cui ciò sia economicamente e tecnicamente possibile<sup>28</sup>.

In altri termini, l'accesso coattivo alla rete dell'impresa dominante può essere un rimedio sufficiente avverso compressioni della concorrenza nei mercati delle infrastrutture di rete soltanto nei casi in cui sia possibile già a breve termine il ripristino della concorrenza attraverso l'allestimento di nuove reti, o il potenziamento di reti esistenti, ad opera di terzi (come è accaduto, ad esempio, nel caso del mercato italiano della telefonia cellulare GSM).

Se questa era l'aspirazione, nel caso *WorldCom/MCI*, i successivi provvedimenti in *WorldCom/Sprint* dimostrano che essa è rimasta irrealizzata: forse per sottovalutazioni delle barriere all'accesso nei mercati delle infrastrutture di rete, o per sopravvalutazioni delle capacità taumaturgiche dell'accesso, o della mitologica capacità di Internet di preservare ed auto-rigenerare la propria natura aperta, libera e globale, invece così abbisognevole di protezione dagli ordinamenti.

Come si accennava in apertura, l'analisi *antitrust* non può trascurare la natura di Internet: Internet è una rete di reti, che nasce e si sviluppa attraverso la pluralità degli attori, al livello più alto dei *provider* titolari di reti dorsali, così come a quello diffuso dei singoli utenti, accompagnata dalla volontà di comunicare, tramite strumenti tecnologici utilizzati ed accettati da tutti.

La pluralità delle reti è una condizione importante affinché questo processo possa continuare. L'evoluzione tecnologica consente una migliore comunicazione, e poiché scopo primo della rete, secondo la sua filosofia originaria, è comunicare sempre meglio, e sempre più a livello globale, chiunque aspiri a far crescere Internet deve perseguire l'evoluzione tecnologica. La rinuncia a comunicare anche solo con una minima parte dell'utenza, motivata da ragioni di maggior profitto, è quanto di più lontano dall'originaria filosofia di Internet si possa immaginare, ma è la conseguenza

<sup>28</sup> Nella già citata decisione 23 gennaio 2001, *Seat Pagine Gialle/Cecchi Gori Communications*, l'Autorità *antitrust* italiana ha imposto a Telecom di consentire «agli operatori di telecomunicazioni che ne faranno richiesta — a condizioni non discriminatorie e a un prezzo orientato ai costi — l'accesso, ai fini della posa di cavi in fibra ottica per la fornitura di servizi interattivi e multimediali, a tutte le infrastrutture civili ... di cui Telecom abbia titolo ad avvalersi...». Imponendo all'*incumbent* di consentire ai terzi l'accesso, mediante propri cavi, ai «cavidotti» di

cui l'*incumbent* disponeva in via esclusiva, l'Autorità ha ridotto l'incidenza sul mercato di una delle principali barriere alla creazione di nuove reti, ovvero la necessità di imponenti lavori di scavo e posa di condutture di passaggio dei cavi. Peraltro, l'attuazione della misura in discorso non è stata scevra da inconvenienti e ritardi. Nel caso in esame, la *essential facilities doctrine* è stata utilizzata per facilitare la creazione di nuove reti, e non la concorrenza *intra-network*, con gli inconvenienti che essa comporta (v. ancora F. GHEZZI, *La valutazione*, cit.).

prima del comportamento dell'impresa che domina il mercato delle infrastrutture dorsali di rete.

In chiave *antitrust*, la concorrenza tra reti è il miglior rimedio per evitare che il potere di mercato di una sola, o di poche imprese faccia tramontare la volontà di comunicare, dietro la determinazione, più o meno coronata da successo, a trarre profitti di monopolio<sup>29</sup>).

L'attuale crisi finanziaria di WorldCom è la dimostrazione finale di quanto il monopolio, o quasi-monopolio, sia pericoloso per la futura evoluzione delle reti di comunicazione, e di Internet: prima all'apparenza invincibile, quindi vacillante sui suoi piedi d'argilla, WorldCom ha nelle proprie mani il destino di buona parte delle infrastrutture necessarie per lo sviluppo futuro di Internet.

Il timore che molte opportunità siano state perse, e che altre potranno essere perse nel futuro prossimo, non sembra ingiustificato.

#### 4. RETI, PORTALI, « CONTENUTI »: L'INTEGRAZIONE VERTICALE NEI MERCATI DI INTERNET.

L'integrazione verticale è una caratteristica dei mercati di Internet sin dalle origini. Tra i primi a farvi ricorso sono state, come è ovvio, le imprese dominanti nei mercati che si trovano all'origine del passaggio di Internet dalla fase pionieristica a quella della piena diffusione, vale a dire gli *ex-monopolisti* europei delle telecomunicazioni.

<sup>29</sup> La promozione della *internetwork competition* obbliga a porsi il problema della compatibilità tra standard rivali, ovvero, per quanto qui interessa, dell'interconnessione tra le reti (cfr. per tutti N. ECONOMIDES, L. WHITE, *Networks and Compatibility: Implications for Antitrust*, in *Eur. Econ. Rev.*, 1996, 651 e ss.). Internet presuppone l'interconnessione; pertanto, ove un modello di concorrenza *internetwork* compromettesse quest'ultima, esso si rivelerebbe inefficiente per lo sviluppo di Internet. In effetti, la situazione dei mercati interessati prima dell'ascesa espansionistica di WorldCom dimostra che una pluralità di reti in contesto concorrenziale può condurre alla piena interconnessione: è la stessa concorrenza, unita alla necessità di garantire agli utilizzatori i benefici degli effetti di rete, a fornire un incentivo alle imprese a garantire l'interconnessione, nella specie attraverso il *peering*.

Il problema degli effetti della concorrenza *internetwork* sulla compatibilità dei prodotti si è posto nel caso *Microsoft*, rispetto all'ipotesi di una separazione in più soggetti della società titolare del sistema operativo Windows che sarebbe sorta dalla divisione di Microsoft in società titolare del sistema operativo e società titolare dei programmi applicativi. Sulla questione si sofferma W.S. COMANOR, *The Problem of Remedy in Monopolization Cases: the Microsoft Case as an Example*, relazione al Convegno su *Post Chicago Developments in Antitrust Analysis*, cit. Secondo l'Autore, la presenza di una pluralità di produttori del medesimo sistema operativo non conduce automaticamente al rischio dell'incompatibilità, proprio a causa dell'incentivo a garantire la compatibilità che viene alle imprese dall'esigenza di consentire agli utilizzatori di beneficiare degli effetti di rete che dalla compatibilità derivano.

In vari Stati membri della CE, le compagnie telefoniche hanno immediatamente costituito propaggini dedicate ad Internet, con il compito di conquistare *ab origine* il mercato dei servizi di *access provider* a livello di utenza locale (via rete commutata), e, successivamente, di allestire variopinti « portali », naturali punti di riferimento per l'utente titubante che, avvalendosi di un *provider* titolare di marchi notissimi, e affetto da una comprensibile *path dependency*, accede naturalmente alla rete attraverso il « portale » su cui ritrova quegli stessi marchi.

Questa, in sintesi, è la storia dei portali Internet che dominano i mercati nazionali come TIN.it (poi « fuso » con Virgilio), di Telecom Italia, o t-online (il portale di Deutsche Telekom); una storia che, si noti, parte con i tentativi dei monopolisti telefonici, talvolta bloccati dall'*antitrust*<sup>30</sup>, di resistere alla liberalizzazione comunitaria « blindando » con barriere all'accesso artificiose i mercati a valle rispetto alla rete telefonica via via liberalizzati a mezzo direttive, ed ha condotto, quale risultato attuale, a solide dominanze sui mercati dei servizi di Internet *access provider* a livello locale, dei « portali » Internet e della pubblicità *on-line*, oltre che di vari altri servizi relativi alla rete (ad esempio: servizi di *e-commerce enabling* diretti alle imprese, annuari ed elenchi telefonici *on-line*, e così via). Dominanze che, come accennato *supra*, non evitano ai loro titolari di affrontare oggi spiacevoli vicissitudini, e che rappresentano un continuo pericolo per la concorrenza, anche rispetto alle nuove opportunità offerte dalla tecnologia ADSL e dalle reti in fibra ottica<sup>31</sup>.

Le autorità *antitrust* si sono occupate di integrazione verticale nei mercati di Internet nei casi in cui questa ha avuto luogo per mezzo di operazioni di concentrazione; simili casi, va notato, mostrano il fenomeno in stadi ben ulteriori rispetto a quello sintetizzato, che sono conseguenza della brusca « commercializzazione » di Internet, negli anni più recenti.

*America On Line/Time Warner* e *Vivendi/Canal+/Seagram*, ambedue dell'ottobre 2000, sono i casi più significativi. Nei relativi provvedimenti di autorizzazione condizionata emessi dalla Commissione Europea, il tema dominante è rappresentato dall'integra-

<sup>30</sup> L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato è stata particolarmente attiva nell'arginare i tentativi dell'ex-monopolista italiano di espandere il proprio potere a mercati liberalizzati. Per quanto qui interessa, si v. in particolare il provvedimento 13 novembre 1997, n. 5489, *Telecom Italia/Intesa*, in *Bollettino*, n. 46/97, 19 e ss., e, più di recente, 2 maggio 2001, *Infostrada/Telecom Italia - Tecnologia ADSL*, *ibi*, 15/2001.

<sup>31</sup> Si pensi, ad esempio, alla comunicazione degli addebiti per violazione dell'art. 82, Trattato emessa dalla Commissione CE a carico della controllata di France Télécom Wanadoo Interactive, accusata di tattiche predatorie nel mercato dei servizi Internet ad alta velocità tramite linea ADSL nel settore dell'utenza residenziale (v. il comunicato stampa IP/01/1899, del 21 dicembre 2001).

zione verticale tra fornitori di servizi di accesso a Internet, titolari di portali e fornitori di « contenuti », ed in particolar modo titolari dei diritti di utilizzazione economica di brani musicali « trasmissibili » a mezzo Internet.

La decisione *AOL/Time Warner*<sup>32</sup> presuppone due postulati fondamentali:

a) la disponibilità esclusiva, in capo al titolare di un portale Internet dominante sul mercato, di un'ampia *library* di brani musicali (quale quella garantita ad AOL dall'acquisizione di Time Warner, e dai legami con l'editore tedesco Bertelsmann), può generare effetti di preclusione dell'accesso al mercato in capo ai titolari dei portali concorrenti, privi di un « contenuto » indispensabile quale la musica di maggiore popolarità<sup>33</sup>; tali effetti di *foreclosure* si aggravano qualora l'impresa adotti standard proprietari di diffusione in rete dei « propri » brani musicali, poiché le società discografiche concorrenti sceglierebbero naturalmente lo stesso standard, allo scopo di rendere i propri prodotti disponibili attraverso il portale dominante (l'effetto ultimo sarebbe quello di creare un unico *standard* di diffusione della musica in rete, a detrimento dei produttori di *software* di lettura non compatibili, e dei portali concorrenti di quello che impiega tale *standard*)<sup>34</sup>;

b) nella competizione tra *access provider*, la disponibilità di contenuti attraenti (ed in special modo di contenuti musicali) è una variabile chiave, in quanto l'utente tende a rimanere all'interno del portale del proprio *provider*, o comunque nei siti direttamente accessibili da questo, ad esempio tramite *link* (c.d. *walled garden doctrine*)<sup>35</sup>: ciò consentirà all'impresa dominante AOL di imporre ai fornitori di contenuti terzi i prezzi di accesso ai propri portali, e genererà un effetto a catena per cui i fornitori di contenuti tenderanno naturalmente a privilegiare il portale dominante, a detrimento dei concorrenti, i quali incontreranno difficoltà nell'accedere ai contenuti più attraenti, con il risultato ultimo di raf-

<sup>32</sup> Commissione CE, 11 ottobre 2000, *AOL / Time Warner*, n. 2001/718/CE, in *G.U.C.E.*, L 268, del 9 ottobre 2001, 28.

<sup>33</sup> Cfr. il n. 47 della decisione: « un'entità che controlla un catalogo musicale di tali dimensioni potrebbe esercitare un potere di mercato sostanziale, rifiutando di concedere i propri diritti ... oppure imponendo prezzi elevati o discriminatori, o altre condizioni commerciali non eque ... ».

<sup>34</sup> Secondo la decisione, esisteva il concreto pericolo che AOL/Time Warner « formattasse » i propri brani musicali in modo da renderli leggibili soltanto attraverso il *software* WinAmp, di sua proprietà; la mole della *library* musicale della stes-

sa impresa avrebbe di fatto reso tale *software* l'unico in grado di eseguire tutta la musica presente su Internet, a causa della tendenza delle altre case discografiche a « formattare » i propri file in modo da renderli compatibili con tale *software*, proprio per poter accedere all'audience di AOL, con i conseguenti effetti di *foreclosure* ai danni dei portali e dei produttori di *software* concorrenti (cfr. punti 52-64).

<sup>35</sup> Cfr. i punti 70-73 della decisione: « ... gli utilizzatori tendono ad identificare AOL con Internet e non vanno alla ricerca dei siti concorrenti »; « ... gli utilizzatori AOL sono mantenuti all'interno della rete AOL, anche se hanno l'impressione di navigare su Internet senza restrizioni ».

forzare la dominanza nel mercato dei servizi di Internet *access provider*<sup>36</sup>.

Di conseguenza, le condizioni dietro cui la Commissione autorizza l'operazione si incentrano sulla garanzia della libertà d'accesso ai contenuti musicali: AOL si impegna a non adottare alcuna misura diretta a rendere la musica di Bertelsmann disponibile in linea esclusivamente tramite il proprio portale, ovvero a non «formattare» tale musica in modo da renderla leggibile soltanto attraverso un *software* di sua proprietà (Bertelsmann, da parte sua, dovrà essere libero di «promuovere» servizi di Internet *provider* forniti da terzi).

La decisione *Vivendi/Canal+/Seagram*<sup>37</sup> accoglie un'impostazione analoga: la disponibilità esclusiva dei brani musicali Universal (Seagram) può conferire al portale Vizzavi<sup>38</sup> un vantaggio non replicabile dai portali concorrenti, con i conseguenti effetti di *foreclosure* ai danni degli stessi concorrenti, aggravati dagli effetti di trascinamento (la decisione si esprime tuttavia in termini di *network effects*<sup>39</sup>), che l'operazione potrebbe generare nei confronti degli altri titolari di contenuti musicali, indotti dalla necessità di accedere all'*audience* di Vizzavi a fornire i propri contenuti allo stesso in esclusiva<sup>40</sup> (analogamente, la disponibilità dei film *premium* Universal può rafforzare la posizione dominante di Canal+ in vari mercati nazionali dei servizi di pay-TV)<sup>41</sup>. I rimedi, anche in questo caso, vengono identificati nell'accesso: le parti si impegnano per cinque anni a consentire ai terzi l'accesso ai contenuti musicali Universal, su basi eque e non discriminatorie.

Negli Stati Uniti, l'operazione AOL/Time Warner ha dato luogo ad un'ampia attività da parte della Federal Trade Commission<sup>42</sup>, nel contesto della quale hanno rivestito importanza preponderante gli effetti orizzontali dell'operazione, il problema dell'accesso dei terzi alle reti via cavo delle parti, e, soprattutto, la necessità di evitare che l'impresa derivante dalla concentrazione godesse di un significativo *first mover advantage* nel mercato dei

<sup>36</sup> Cfr. n. 81 e ss. della decisione.

<sup>37</sup> Commissione CE, 13 ottobre 2000, *Vivendi / Canal+ / Seagram*, in G.U.C.E., C 311, del 31 ottobre 2000, 3.

<sup>38</sup> Oggetto di una *joint-venture* tra Vivendi, Canal+ e l'operatore di telefonia mobile Vodafone: cfr. la decisione Commissione CE, COMP/JV.48, del 20 luglio 2000, *Vodafone/Vivendi/Canal+*, nel contesto della quale le parti avevano assunto alcuni impegni relativi all'accesso ad opera di portali terzi all'utenza Vivendi e Vodafone, ritenuti dalla decisione in commento non sufficienti ad evitare gli effetti di *foreclosure* ai danni dei portali concorrenti de-

rivanti dalla disponibilità esclusiva della musica Universal in capo ai titolari di Vizzavi.

<sup>39</sup> Cfr. il n. 31 della decisione.

<sup>40</sup> Cfr. il n. 35 della decisione: «As Universal is vertically integrated with Vizzavi, competitors are likely to lose access to Universal's music catalogues, and there is a risk that the remaining majors music providers will be connected on exclusive or preferential basis to the merged entity».

<sup>41</sup> Cfr. il n. 50 della decisione.

<sup>42</sup> Docket C-3989. Ampia documentazione è disponibile al sito Web <http://www.ftc.gov>.

servizi di accesso a Internet a banda larga tramite reti via cavo, anche rispetto ai terzi fornitori di tali servizi attraverso le reti delle parti<sup>43</sup>.

Circa i « contenuti », preoccupazione principale della FTC non è tanto rendere accessibili ai terzi i « contenuti » Universal, ma evitare interferenze delle parti circa la libertà dei terzi di trasmettere propri contenuti, utilizzando le reti delle parti<sup>44</sup>. La preoccupazione per gli effetti di *foreclosure* derivanti dall'integrazione verticale tra reti cablate e diritti esclusivi sui « contenuti » viene manifestata soltanto nel *concurring statement* di un commissario<sup>45</sup>.

In Europa, l'impostazione delle decisioni citate si consolida, come si evince dai provvedimenti della Commissione e del Bundeskartellamt nei casi *T-Online*<sup>46</sup>: la Commissione si è occupata di una *joint-venture*, poi modificata in modo da rendere ad essa inapplicabile il regolamento concentrazioni, tra la controllata di Deutsche Telekom T-Online, titolare del maggiore portale Internet tedesco, e uno dei maggiori operatori turistici tedeschi. La Commissione teme gli effetti di *foreclosure* di eventuali esclusive a favore di T-Online sulla commercializzazione via Internet delle offerte turistiche del partner: e per questo si oppone alla *joint-venture*, disponendo l'apertura di un'istruttoria sull'operazione.

IL BKartA si è pronunciato su un'ulteriore *joint-venture* tra T-Online e il titolare della testata giornalistica Bild, imponendo alle parti l'eliminazione di ogni esclusiva sui relativi « contenuti » informativi e di intrattenimento, oltre all'eliminazione di ogni incentivo (promozioni, facilitazioni di pagamento) ad avvalersi di T-Online quale *provider* per accedere ai contenuti *on-line* di Bild, in applicazione della *walled garden doctrine*.

In Italia, la questione delle esclusive sui « contenuti », e in particolare sui diritti di sfruttamento a mezzo Internet dei film *premium* prodotti dal gruppo Cecchi Gori, ha avuto un ruolo centrale nella valutazione dell'operazione di acquisizione di due emittenti televisive in chiaro già dello stesso gruppo Cecchi Gori, ad opera del gruppo Telecom. Accogliendo le preoccupazioni manifestate da

<sup>43</sup> Cfr. in particolare il punto II.A.1 della Decision and Order emessa dalla FTC il 17 aprile 2001: « respondents shall not make available to any subscriber any affiliated cable broadband ISP service until such time as non-affiliated cable broadband ISP service provided by Earthlink (un *Internet service provider* concorrente, N.d.r.) ... is available to subscribers... ».

<sup>44</sup> Cfr. il punto III.A. della Decision and Order cit.

<sup>45</sup> Cfr. il *Concurring statement* of Commissioner Mozelle M. Thompson, ove si legge: « ... I am concerned that

the Commission's open access relief might not preclude the possibility of harm from the merged entity's control of AOL and Time Warner content along with the Time Warner cable system. The settlement nonetheless marks an important first step for future open competition on cable for Internet service providers and content providers... ».

<sup>46</sup> V. quanto riferiscono H.P. NEHL, K. PARPLIES, *Internet Joint Ventures and the Quest for Exclusive Content: The T-Online Cases*, in *Comp. Policy Newsletter*, 2002, n. 2, 57 e ss.

più parti circa il pericolo di *foreclosure* dei concorrenti dal nascente mercato dei servizi televisivi interattivi<sup>47</sup>, l'Autorità ha imposto alle parti il divieto, per un periodo di tre anni, di qualsiasi esclusiva « *nei contratti che saranno conclusi dal gruppo Telecom con il gruppo Cecchi Gori per l'acquisto di contenuti da diffondere sulla rete Internet* », oltre che di « *garantire l'effettiva disponibilità degli stessi contenuti agli operatori concorrenti che ne facciano richiesta* ».

L'attenzione europea verso i pericoli delle esclusive sui contenuti, tra cui specialmente i prodotti usa e getta della musica *pop* internazionale ed i film « di cassetta », non è completamente condivisa dagli organi *antitrust* degli Stati Uniti, ma ha alla sua base un'impostazione concettuale tutta nord-americana, quella fondata sulla nozione di *network externalities*, e più in generale sull'idea che, specie sulla rete, *nothing succeeds like success*.

Coniugata con le tendenze espansive della *essential facilities doctrine* nel campo della proprietà industriale ed intellettuale, tale impostazione genera l'idea che esistano beni immateriali equivalenti a *must-stock products*: l'assenza di tali prodotti dall'« assortimento » di un portale Internet genera una barriera all'ingresso al mercato (tanto più elevate quanto più solide sono le esclusive garantite al titolare del bene immateriale)<sup>48</sup>, eliminabile tramite il consueto rimedio dell'accesso coattivo.

Il timore per gli effetti di *foreclosure* derivanti dall'integrazione verticale tra titolari di mezzi di trasmissione e titolari di « contenuti » si è alimentato dell'esperienza del mercato delle pay-tv, dove i diritti di trasmissione televisiva degli eventi sportivi, e calcistici in particolare, sono presto divenuti un elemento essenziale per attirare abbonati, con la conseguente corsa al rialzo dei prezzi, ed i vari tentativi di « blindatura » del mercato ad opera del *first comer*, attraverso esclusive di lunga durata, o addirittura attraverso l'acquisizione del controllo di società di calcio. Ci riferiamo, ad esempio, al lungo contenzioso tra Telepiù, Stream e va-

<sup>47</sup> Cfr. l'ampia e dettagliata analisi di F. GHEZZI, *La valutazione*, cit.

<sup>48</sup> Tali esclusive diverranno ancor più « blindate » ove alla titolarità dei diritti di proprietà intellettuale sui « contenuti » si affianchino ulteriori analoghi diritti sui mezzi tecnici che consentono la fruizione in rete degli stessi contenuti ad opera degli utenti. Da ciò nasce la vera e propria « ossessione » della Commissione per il pericolo che l'impresa dominante verticalmente integrata nei mercati delle infrastrutture di trasmissione, dei « contenuti » e del *software* riesca ad imporre uno standard tecnologico dominante, escludendo dal mer-

cato i concorrenti che non possono accedere a tale standard: oltre al caso *Aol/Time Warner*, è significativa in questo senso la decisione del caso *Microsoft/Liberty Media/Telewest*, con cui la Commissione si è opposta all'acquisizione dell'emittente britannica via cavo Telewest da parte di Microsoft, in considerazione del timore che l'adozione, nei *set top boxes* (apparecchi necessari per la ricezione del segnale digitale) utilizzati da Telewest, di un *software* proprietario di Microsoft avrebbe potuto condurre al rischio che tale *software* avrebbe dominato il mercato dei *set top boxes*, precludendo l'accesso ai concorrenti.

rie società di calcio italiane, circa la durata delle esclusive nei contratti relativi ai diritti televisivi, ed al fallito tentativo di acquisizione del controllo del Manchester United ad opera dell'emittente BSkyB, avversato dalla Monopolies and Mergers Commission (oggi Competition Commission) britannica<sup>49</sup>.

La stessa esperienza della pay-tv mostra, tuttavia, quanto possa essere esiziale la concorrenza tra mezzi di diffusione che combattono senza quartiere per acquisire contenuti ritenuti strategici, soprattutto ove il mercato dei contenuti sia piuttosto concentrato, come è il caso dei diritti sugli avvenimenti calcistici, ed esista un mercato contiguo, quale quello della televisione analogica *free-access*, che offre abbondanza di « contenuti » alternativi a costi nettamente più bassi per lo spettatore (il canone di abbonamento alla tv pubblica, e la « sopportazione » delle trasmissioni pubblicitarie, peraltro praticate anche dalle pay-tv)<sup>50</sup>.

Internet tuttavia è un mezzo di comunicazione le cui particolarità non rendono del tutto soddisfacente l'analisi svolta dai provvedimenti *antitrust* europei citati.

Intanto, non convince il riferimento onnipresente agli effetti di rete: sopra abbiamo visto come tali effetti possano entrare in gioco laddove si tratti di garantire l'interconnessione tra infrastrutture di trasmissione (le « dorsali » di Internet). Riteniamo, viceversa, che non esistano esternalità di rete sulla musica, o sulla visione (in televisione) di un film, o di un incontro di calcio. Un brano musicale non è più emozionante quanti più sono coloro che lo ascoltano, né una partita di calcio più avvincente quanto più alto è il

<sup>49</sup> Per ampie analisi delle vicende cui si accenna nel testo, può vedersi A. PEZZOLI, *Il calcio visto dal divano*, in *Mercato concorrenza regole*, 2000, 539 e ss., ove ulteriori riferimenti; sulla vicenda inglese S. BISHOP, A. COSCELLI, *Calcio e televisione: un binomio complesso*, *ibidem*, 515. In particolare sulla controversia Stream/Telepiù, E. Poddighe, *L'abuso di posizione dominante nel mercato dei diritti televisivi su avvenimenti sportivi*, in questa *Rivista*, 2001, 190 e ss., a commento di App. Roma, 15 gennaio 2001, ord., *Stream s.p.a. c. Telepiù s.p.a. e a.*, *ibidem*, 173 e ss.

<sup>50</sup> Per inciso, il tentativo di destrutturazione del potere di mercato della Lega Nazionale Professionisti (Lega Calcio), compiuto dall'Autorità *antitrust* italiana, che ha ritenuto illegittimo ai sensi dell'art. 2, l. 287/90, il sistema di negoziazione centralizzata dei diritti di trasmissione in pay-tv, imponendo la negoziazione tra singoli club ed emittenti (cfr. dec. n. 7340, del 1 luglio 1999, *Vendita diritti televisivi*, in *Bollettino*, 26/99), ha semplicemente

spostato tale potere di mercato dalla Lega ad alcuni club di maggiore rilievo, a detrimento anche degli equilibri mutualistici interni al « sistema calcio », a causa della spaccatura tra club più importanti e « minori », privi o quasi di potere negoziale nei confronti delle pay-tv. In effetti, che l'elemento mutualistico interno ai sistemi sportivi non possa essere tralasciato nell'analisi *antitrust* lo dimostra l'esperienza statunitense dello Sports Broadcasting Act 1961, che ha concesso alle leghe sportive la possibilità del *pooling* nelle negoziazioni relative ai diritti di trasmissione televisiva degli eventi da esse organizzati, in deroga alla sec. 1 dello Sherman Act (la legge fu emanata successivamente alla decisione *U.S. v. National Football League*, 196 F. Supp. 445 (E.D. Pa. 1961), che aveva ritenuto illecito il *pooling*, in quanto suscettibile di eliminare la concorrenza tra i singoli club). Sulla vicenda cfr. da ultimo S.F. ROSS, S. SZYMANSKI, *Open Competition in League Sports*, in *Wisc. L. Rev.*, 2002, 625.

numero di persone che la seguono in tv<sup>51</sup>. Semmai, esistono effetti di imitazione, che derivano dalla tendenza di molti consumatori, nota in economia, ma anche al senso comune, a seguire i gusti della massa, per conseguenza dei quali certi « contenuti » possono *transitoriamente* risultare più attraenti per il pubblico rispetto ad altri, oppure risultare indispensabili per un mezzo di diffusione, quale la televisione analogica via etere a livello nazionale, la cui attività si basi su economie di scala, in quanto comporta elevati costi fissi, ed è perciò costretto a rivolgersi ad una platea di spettatori quanto più possibile omogenea ed indifferenziata.

Alcuni mercati, in altre parole, sono influenzati dalla « moda », o dai gusti di un pubblico che si vuole rendere il più possibile indifferenziato. La « moda », tuttavia, non crea barriere all'accesso, proprio perché essa viene continuamente eclissata da nuove mode: produrre « contenuti di moda », in altri termini, richiede soprattutto la creatività, che, fortunatamente, non è una risorsa a rischio di esaurimento.

Ritenere che certi « contenuti » equivalgano a *must-stock products* significa semplicemente disincentivare il concorrente che di tali contenuti non dispone ad investire nei nuovi prodotti della creatività, così appiattendolo il mercato, e livellando tristemente verso il basso le proposte musicali, cinematografiche, sportive, dirette al « grande pubblico », anche a mezzo di quella rete Internet, che, quando nacque, fu salutata come il mezzo finalmente idoneo a consentire al pensiero ed alla creatività di manifestarsi senza barriere.

In effetti, Internet, rispetto ad una pay-tv, consente di diffondere « contenuti » di qualità, sperimentali, o comunque diversi dai prodotti della « mega-industria » dell'intrattenimento, a costi del tutto affrontabili quasi da chiunque: né, di conseguenza, esso rende necessarie particolari economie di scala. Internet, in altri termini, consente di guardare al pubblico non più come « massa » indistinta, ma come insieme di tanti gruppi di persone, dagli interessi eterogenei, ciascuno dei quali può rappresentare una *audience* appagante per chi cerchi un pubblico a cui sottoporre i frutti del suo ingegno.

Possibili obiezioni fondate su esperienze come quella di Napster non colgono a nostro avviso nel segno: è senza dubbio vero che su Napster<sup>52</sup> circolavano brani musicali « estratti » da popolari prodotti delle multinazionali discografiche, più che opere nuove, diffuse su Internet come veicolo alternativo rispetto alla tradizionale

<sup>51</sup> Ovviamente, per chi sta davanti alla televisione (senza dubbio, è più emozionante assistere ad una partita in uno stadio gremito, che non in uno semivuoto).

<sup>52</sup> Sul caso *Napster*, e più in generale

sui rapporti tra circolazione di opere dell'ingegno su Internet e categoria logica dei « beni immateriali », cfr., volendo, G. Rossi, *Il Cyberlaw*, cit., ove ulteriori citazioni.

distribuzione discografica. Altrettanto vero è, tuttavia, che Napster non è che la « punta dell'iceberg » della distribuzione musicale via Internet: esso ha rappresentato il prototipo del sito di condivisione di *files* musicali messi a disposizione dagli utenti mediante connessioni del tipo *peer-to-peer* e l'uso di una stessa tecnologia di compressione, modello che a tutt'oggi, con diverse varianti, prospera in numerosi siti, con buona pace della repressione giudiziaria sollecitata dalle case discografiche (ciò che dimostra che il problema del rapporto tra Internet e diritto d'autore è tutt'altro che risolto, nonostante i recenti interventi normativi di ispirazione comunitaria). Piuttosto, ciò che tende a risultare perdente è il tentativo di fornire servizi di condivisione di *files* musicali a pagamento, come dimostra la fallimentare esperienza dell'ultima fase di Napster.

Accanto ai siti « figli di Napster », esiste una notevole mole di musica resa disponibile in rete direttamente dagli autori, o da editori che scelgono modalità di diffusione diverse rispetto al bombardamento pubblicitario ed alla standardizzazione degli stili (per non dire dell'imbarbarimento) patrocinato dalle *majors*. Internet, a questo modo, amplia il mercato, rendendo disponibili « contenuti » del tutto nuovi ed alternativi rispetto a quelli che la Commissione considera pervicacemente *essential facilities*.

Peraltro, il ragionamento che si critica non funziona neppure nell'altro senso, quello della paventata creazione di barriere all'accesso alla rete Internet ad opera dei titolari dei contenuti, derivante dalla necessità di accedere ai grandi « portali » per portare il « grande pubblico » a conoscenza dei propri « contenuti », e quindi di piegarsi ai relativi *standard* tecnologici.

Senza dubbio, i grandi produttori di « contenuti » hanno i mezzi ed il potere negoziale per accedere in via diretta ad Internet nella maniera più idonea a raggiungere una vasta platea, senza bisogno di intermediari che impongano loro *standard* tecnologici (a meno che l'inconfessato timore della Commissione sia quello delle tendenze collusive che possono attraversare mercati oligopolistici, quali quelli delle *majors* cinematografiche e/o musicali, e degli organizzatori di grandi eventi sportivi, tema più volte affrontato in sede di applicazione dell'art. 81 del Trattato e delle corrispondenti disposizioni nazionali).

Piuttosto, una vera barriera all'accesso potrebbe essere rappresentata, a carico dei produttori dei « contenuti » più innovativi, dall'impossibilità di disporre della « potenza di fuoco » pubblicitaria propria delle *majors*, che condiziona in modo forte il gusto degli utenti: tuttavia, Internet nasce e si sviluppa proprio per aumentare la quantità di informazioni disponibili per chiunque, ed abbassare il loro costo. Internet non può essere considerato soltanto una fotocopia dei media tradizionali, ovvero una cassa di amplificazione per stimoli pubblicitari diffusi *off-line*. La rete è in grado di generare informazioni nuove, e diffonderle su scala planetaria a costo minimo, purché coloro che se ne servono siano sufficientemente curiosi.

Veniamo dunque agli utenti. La Commissione, in *Aol/Time Warner*, ci consegna la figura un po' sconcertante del neofita che si aggira per lo stagno del portale Aol e dei siti collegati, convinto che si tratti invece del mare di Internet: per rimediare a questo, immagina di far entrare nello stagno tutto ciò che si potrebbe incontrare nel mare, e si affanna a fare in modo da rendere possibile un risultato che, a chi abbia un minimo di confidenza con la rete, sembra un'aberrazione.

In realtà, gli utenti non sono « imprigionati » nei *walled gardens* dei portali più variopinti, se non dalla *path dependency* nei confronti del fornitore di accesso titolare di marchi rinomati e, soprattutto, da scarsa familiarità con Internet, contro cui i rimedi non ci sembra possano trovarsi sul piano *antitrust*, ma in ben altri ambiti, quali quello scolastico, della comunicazione pubblica, degli incentivi all'accesso alle tecnologie informatiche negli ambiti geografici più vasti e da parte di tutti gli strati sociali, e così via.

In conclusione, l'*antitrust*, a nostro avviso, non deve certo mirare a far sì che Internet divenga un veicolo di « contenuti » uguali per tutti, o di contenuti diversi, tutti accessibili attraverso gli stessi portali (e quindi inevitabilmente soggetti all'omologazione già a breve termine), grazie a *standard* tecnologici non proprietari; ciò comporterebbe, come risultato, la presenza di imprese non competitive proprio perché si limitano ad offrire via Internet le stesse immagini, suoni, informazioni di cui già lo spettatore è sommerso dagli altri media.

All'esatto contrario, l'intervento antitrust deve far sì che Internet non perda, grazie alla creazione e/o all'abuso di potere di mercato, la sua capacità di creare e diffondere nuove informazioni, a costi sempre più bassi, e a platee sempre più ampie di persone, munite, al contrario di quanto accade per molti altri media, a partire dalla radiotelevisione analogica su frequenze terrestri, di un'autentica libertà di scelta in ragione delle proprie sensibilità, e dei propri interessi<sup>53</sup>.

<sup>53</sup> Alcune situazioni, in effetti, meritano un discorso a parte. Si tratta dei casi in cui l'effetto restrittivo della concorrenza sorge dall'integrazione verticale tra soggetti dominanti in mercati contigui *off-line* ed *on-line*. In questa categoria potrebbe rientrare il caso *t-online - tour operator*, e sicuramente vi rientra il caso *Telecom / SEAT-TIN.it*, deciso dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, che ha autorizzato l'acquisizione, da parte di Telecom (titolare tra l'altro del portale TIN.it), dell'impresa dominante in vari mercati dell'annuaristica telefonica *off-line* ed *on-line*, oltre che della relativa raccolta pubblicitaria (cfr. decisione n. 8545, del

27 luglio 2000, in *Bollettino*, 31-32/2000). Tra gli impegni imposti dall'Autorità, si segnala l'obbligo di cessione gratuita del *data base* degli abbonati al servizio telefonico da parte di Telecom ai soggetti interessati ad accedere al mercato dell'annuaristica; la *essential facilities* doctrine viene ancora una volta utilizzata per « aprire » mercati *on-line*, trascurando tuttavia il fatto che nessun concorrente può raggiungere il grado di integrazione verticale *on-line / off-line* proprio delle parti. Nessun concorrente, in altri termini, dispone dei portali di SEAT e Telecom (Virgilio e TIN.it, poi « fusi » tra loro), delle strutture di raccolta pubblicitaria di SEAT, e della base clienti

## 5. CROCE E DELIZIA: LA « CONVERGENZA DIGITALE » TRA TELECOMUNICAZIONI E MEDIA.

Infine, la formula magica della « convergenza »: il termine, assai diffuso, e nella cui definizione si sono cimentati vari soggetti, tra cui legislatori ed istituzioni anche sovranazionali<sup>54</sup>, indica all'incirca il ravvicinamento, reso possibile in primo luogo dalla tecnologia digitale, tra ambiti tecnologici, e quindi anche imprenditoriali<sup>55</sup>, e normativi<sup>56</sup>, tradizionalmente distinti, quali quelli delle telecomunicazioni (comunicazioni *point-to-point*), e dei *mass media* (comunicazione *point-to-mass*), soprattutto radiotelevisivi.

La radiotelevisione, dal punto di vista *antitrust*, costituisce da sempre un terreno delicato, soprattutto perché, rispetto ad essa, la disciplina antimonopolistica è stata chiamata ad adempiere ad una funzione che non le è propria, vale a dire la garanzia del pluralismo delle voci e delle opinioni; nascono così discipline che hanno l'etichetta della norma *antitrust*, ma la sostanza delle regolazioni, ispirate all'idea che pluralismo e potere di mercato siano tra loro direttamente proporzionali. Chi ha potere di mercato, in altri termini, è tendenzialmente anti-pluralista (eccezion fatta per l'emittenza pubblica); in ogni caso, ulteriori discipline relative ai

delle parti. Ciò conferisce alle imprese dominanti *off-line* un *first mover advantage* nei mercati *on-line* difficilmente superabile dai concorrenti. Sulla vicenda, v. anche TAR Lazio, 26 settembre 2001, n. 7797, *Pagine Italia s.p.a. c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Giur. it.*, 2002, 625 e ss., con nota di R. CARANTA, *Una lacuna nel sistema della tutela giurisdizionale dei singoli: provvedimenti dell'Antitrust e (carenza) di legittimazione ad agire di fronte al giudice amministrativo del concorrente*, che, *obiter*, trattandosi di pronuncia d'inammissibilità del ricorso, conferma la legittimità degli impegni imposti alle parti, e la loro idoneità a porre rimedio ai problemi di ordine concorrenziale posti dalla concentrazione.

<sup>54</sup> V. ad esempio la definizione offerta dalla Commissione Europea nel Libro verde sulla convergenza tra i settori delle telecomunicazioni, dell'audiovisivo e delle tecnologie dell'informazione e sulle sue implicazioni normative, del dicembre 1997, secondo cui la « convergenza tecnologica » è « la capacità di differenti piattaforme di rete di gestire servizi di tipo fondamentalmente simile, ovvero l'unificazione di apparecchiature di largo consumo quali telefono, televisione e personal computer ».

<sup>55</sup> Come rileva A. GENTILI, *Multime-*

*dialità e concorrenza*, in questa *Rivista*, 1996, 809 e ss., 810, la « convergenza imprenditoriale », ovvero l'ingresso di imprese dei media nelle telecomunicazioni, e viceversa, ha seguito immediatamente gli albori della convergenza tecnologica. In effetti, come si accennerà nel testo, le Autorità *antitrust* hanno avuto occasione di occuparsi dei mercati della « convergenza » soprattutto in occasione di operazioni di concentrazione.

<sup>56</sup> La l. 249/97 costituisce un esempio di disciplina (parzialmente) integrata di telecomunicazioni e sistema televisivo, sulla scia del Telecommunication Act 1996 (si ricordi tuttavia quanto rilevato nel testo circa le profonde differenze tra i contesti di riferimento). Per commenti, cfr. V. ZENOVICH, *Il sistema integrato delle telecomunicazioni: spunti sistematici e critici sulla l. 31 luglio 1997*, n. 249, in questa *Rivista*, 1997, 735 e ss., ed i commenti raccolti in E. BOCCHINI, N. LIPARI, S. STAMMATI, *Sistema radiotelevisivo e Autorità per le telecomunicazioni*, Padova, 2000; F. BONELLI, S. CASSESE (cur.), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Milano, 1999. Sulla stessa scia si colloca il d.d.l. di iniziativa governativa recante la nuova « legge di sistema » della radiotelevisione pendente dinanzi al Parlamento.

contenuti delle trasmissioni, pensiamo ad esempio alla c.d. *par condicio* tra le forze politiche, faranno sì che sia garantita una soglia minima di pluralismo « interno ».

D'altro canto, i vincoli tecnologici hanno conferito ai mercati televisivi europei, tradizionalmente imperniati sulle trasmissioni via etere, talvolta a causa di poco lungimiranti decisioni normative che hanno esteso i monopoli pubblici ai sistemi via cavo, con il risultato di azzerarne lo sviluppo, una connotazione oligopolistica.

I mercati radiotelevisivi si presentano dunque, con larga approssimazione, come oligopoli regolamentati.

Dalla « convergenza » ci si attende, semplicemente, la rottura di questi oligopoli: lo strumento, per quanto riguarda il formante legislativo, è ancora una volta la regolazione, e specialmente una regolazione fitta di misure asimmetriche a carico degli *incumbent* — emittenti televisive, di cui ci offrono esempi apprezzabili la l. 66/2001, sulla televisione digitale terrestre, che recepisce indicazioni fornite dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, ed il relativo regolamento già emanato dalla stessa Autorità. Le emittenti televisive diverranno « operatori di rete televisiva digitale » via etere terrestre, non più soggette a concessione, ma ad un titolo abilitativo più « leggero », che fungeranno da *common carriers* per una pluralità di « fornitori di contenuti ». Il modello prefigurato è multi-rete, perché ciascuna emittente televisiva, anche sfornita di titolo concessorio al momento dell'entrata in vigore della legge, può compiere sperimentazioni della nuova tecnologia, in modo da allestire progressivamente proprie reti digitali.

A questo modo, il sistema televisivo digitale via etere dovrebbe divenire una piattaforma destinata a « convergere » rispetto alle reti di telecomunicazioni, ed a tutto ciò che su di esse oggi viaggia, compreso Internet. I « contenuti » tradizionalmente televisivi, a loro volta, potranno essere veicolati tramite Internet a costi sempre più bassi e con modalità sempre più agevoli, via via che le tecnologie di compressione dei relativi *files* evolveranno.

Televisione e reti di telecomunicazioni, in altri termini, saranno destinati a competere (tecnologicamente) « ad armi pari », per fornire risposta ad un vasto insieme di bisogni, dalle comunicazioni interpersonali, all'informazione ed all'intrattenimento: una delizia, per chi, come le autorità *antitrust*, abbia quale scopo la tutela della concorrenza, ma anche per chi abbia a cuore il pluralismo, considerato che l'abbassamento dei costi di accesso ai mezzi di trasmissione, a favore dei fornitori di « contenuti », non potrà che aumentare il pluralismo delle voci<sup>57</sup>.

<sup>57</sup> Sull'effettività delle prospettive di maggiore apertura pluralistica del sistema televisivo, grazie alla tecnologia digitale

terrestre, nel contesto normativo della l. 66/2001 è stata di fatto chiamata a pronunciarsi la Corte Costituzionale, nel giudizio

Tuttavia, la « convergenza » è ricca di aspetti problematici non meno che di promesse: oggi, essa appare come una « corsa all'oro », segnata da incertezze profonde, ove impera il principio *first come, first served*, poiché fondamentale è la disponibilità di vantaggi iniziali, quali importanti mezzi finanziari, tecnologici e commerciali. A competere, soprattutto, sono gli *incumbents* di mercati ancora a forte connotazione ex-monopolistica od oligopolistica, come radiotelevisione e telecomunicazioni.

La regolazione e l'*antitrust*, rispetto alla « convergenza tecnologica », sono chiamati ad un compito impervio: far sì che dalla corsa tra *incumbents* avvezzi a lunghe tradizioni di monopolio-oligopolio nei rispettivi mercati d'origine derivi, come risultato finale, un mercato unico aperto e concorrenziale.

Peraltro, se sul risultato finale tutti concordano, le opinioni quanto ai mezzi più idonei per raggiungerlo divergono: la nota vicenda dell'acquisizione delle emittenti del gruppo Cecchi Gori, ad opera del gruppo Telecom, offre una testimonianza eloquente di contrasto tra autorità *antitrust* ed autorità di settore<sup>58</sup>, oltre che di controversie interpretative circa la persistente applicabilità, in un mutato contesto normativo, tecnologico ed economico, di una disposizione asimmetrica come l'art. 4, comma 8, l. 249/97, che vietava alla allora « concessionaria pubblica » del servizio telefonico, società Telecom Italia, l'ingresso nel mercato televisivo via etere *free-access* su scala nazionale<sup>59</sup>.

di costituzionalità dell'art. 3, commi 6 e 7, l. 249/97, che consentiva la sopravvivenza transitoria delle reti televisive « eccedenti » il limite del 20% del totale delle concessioni assentibili ad un solo soggetto, posto dall'art. 2, comma 6 della stessa legge.

<sup>58</sup> Sulla vicenda si sono pronunciati il TAR Lazio ed il Consiglio di Stato, annullando la decisione di diniego dell'autorizzazione all'operazione emessa dall'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (TAR Lazio, 12 marzo 2001, n. 1852, *Seat Pagine Gialle s.p.a. e a. c. Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*; Cons. Stato, 26 giugno 2001, n. 3463, stesse parti, ambedue in questa *Rivista*, 2002, 57 e ss., con nota di B. MALAISI, *La convergenza tra televisione e telecomunicazioni nel caso SEAT-TMC*). Sulla decisione di autorizzazione condizionata emessa dall'Autorità *antitrust*, ricordata *supra* nel testo, si è pronunciato TAR Lazio, 7 settembre 2001, n. 7286, *Rete A s.r.l. c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Giur. it.*, 2002, 652 e ss., con nota di R. CARRANTA, *Una lacuna*, cit. Pur ravvisando l'innammissibilità del ricorso proposto da un concorrente delle parti dell'operazione di concentrazione, con argomenti fatti oggetto

di giusta critica ad opera dell'annotatore, la sentenza si pronuncia comunque sulle censure relative ai rimedi imposti alle parti, ricordati *supra* nel testo, con argomenti che, in ossequio all'orientamento restrittivo accolto dal Consiglio di Stato circa la giurisdizione del giudice amministrativo in materia *antitrust*, si limitano a ripercorrere quanto già osservato dall'Autorità.

<sup>59</sup> Come è noto, il Consiglio di Stato, con la citata pronuncia 3463/2001, ha concluso nel senso dell'inapplicabilità di tale norma, siccome non conforme a Costituzione, ove interpretata nel senso per cui l'accesso al mercato televisivo via etere « in chiaro » sarebbe stato precluso a Telecom a tempo indeterminato, a prescindere dalla persistenza o meno di un potere di monopolio in capo alla stessa. C. OSTI, *Telecom - TMC, o de la démocratie en Italie*, in *Mercato concorrenza regole*, 2001, 519, proponendo varie possibili letture, indica la sentenza come modello di decisione assunta da un giudice maturo, e consapevole del ruolo sociale e politico che l'*antitrust* (e la regolazione) spesso gli affidano, quale « controllore » delle autorità di concorrenza e/o di regolazione. A nostro avviso, la sentenza non lascia soddisfatti, soprattutto

L'esito finale della controversia è a tutti noto, né in questa sede possiamo dilungarci su di essa. Presto, peraltro, potremo valutare che grado di sviluppo la convergenza tra telecomunicazioni e radiotelevisione avrà raggiunto nel nostro Paese, in comparazione rispetto a realtà limitrofe quali quelli di altri Paesi europei, e se la strada percorsa sia stata quella giusta. Per ora, le voci allarmate circa il persistente ritardo che ci affligge nella diffusione di Internet, i disarmanti risultati della pay-tv anche digitale (via satellite), e le costanti tensioni che affliggono il sistema radiotelevisivo inducono al pessimismo<sup>60</sup>: ma, al tempo stesso, il legislatore e la regolazione secondaria hanno mostrato una risolutezza non usuale nel fornire una disciplina dalla netta impronta pro-concorrenziale al futuro sistema televisivo digitale terrestre, e la *new economy* potrebbe uscire maturata dalla sua crisi adolescenziale.

Perciò, non rinunciamo a credere che buone notizie possano essere alla porta.

nella misura in cui pone alla base della propria valutazione, facilitata dalla politica di *self-restraint* che il Consiglio di Stato adotta circa il sindacato sulle decisioni dell'Autorità *antitrust*, un ragionamento del tutto astratto, che non tiene conto dell'ovvia considerazione per cui la norma asimmetrica contrasta con il principio di eguaglianza, e/o con il principio di libera iniziativa economica, soltanto nella misura in cui sia venuta meno la possibilità, in capo al soggetto colpito dalla stessa norma asimmetrica, di restringere significativamente la concorrenza sul mercato, reintroducendo in via di fatto le barriere all'accesso che la norma liberalizzatrice ha inteso eliminare; ove così non sia, la norma asimmetrica protegge gli stessi valori di eguaglianza e libertà del mercato che il Consiglio di Stato ha ritenuto infranti. Nel caso del gruppo Telecom, riteniamo di ciò si possa quanto meno dubitare. Il problema, piuttosto, è valutare chi debba essere chiamato ad assumere la decisione circa l'opportunità o meno della persistente vigenza della norma asimmetrica. Da varie parti, non esclusa la legislazione comunitaria — pensiamo alla più recente generazione delle direttive in materia di telecomunicazioni — si precisa che gli strumenti per verificare la persistenza o meno della necessità della regolazione, nei settori interessati dalla « convergenza », sono quelli del diritto della concorrenza (come rileva ad esempio G. CALABRÒ, *Convergenza nel settore delle comunicazioni*, cit.). Il legislatore della l. 249/97 aveva chiamato al compito di individuare il termine finale di applicazione dell'art. 4, comma 8, stessa legge il legislatore di grado secondario, ovvero un sogget-

to che, a differenza delle autorità amministrative indipendenti, e del Consiglio di Stato quale supremo giudice amministrativo, è *politicalmente responsabile* delle proprie scelte. Riaffiora quindi il mai risolto problema dell'inserimento delle autorità amministrative indipendenti nel circuito istituzionale dei *checks and balances*, rispetto a cui il controllo (sempre più di legittimità formale) esercitato dal giudice amministrativo non sembra offrire una risposta rassicurante (per un'ampia critica, si può vedere per tutti, per quanto riguarda la giurisdizione in materia *antitrust*, G. GHIDINI, V. FALCE, *Giurisdizione antitrust: l'anomalia italiana*, in *Mercato concorrenza regole*, 1999, 317; sull'ambito del controllo giurisdizionale sugli atti delle autorità di regolazione, e delle autorità « ibride » quale l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, sono di notevole interesse i contributi di F. DENOZZA, *Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti delle autorità indipendenti « regolatrici »*, in *Mercato concorrenza regole*, 2000, 469 e ss.; A. MACCHIATI, *Poca deferenza e molta discrezione (ma dei giudici). A proposito degli argomenti di Francesco Denozza sulle autorità indipendenti*, ibi, 2001, 363 e ss.).

<sup>60</sup> Da ultimo, v. C. Cost., 20 novembre 2002, n. 466, in questa *Rivista*, 2003, 95 e ss. che ha rilevato l'incostituzionalità dell'art. 3, commi 6 e 7, l. 249/97, nella parte in cui non prevede un termine certo per il passaggio ai mezzi di trasmissione diversi dall'etere terrestre per le c.d. « reti eccedenti », ovvero le reti controllate da un unico soggetto che superi il tetto anticoncentrativo di cui all'art. 2, stessa legge.