



SAGGI

L'ecosistema delle apps ed il ruolo della regolamentazione

di Antonio Perrucci¹

ABSTRACT

This article stems from the impressive growth of software applications (apps), which is particularly evident in the development of mobile apps. Starting with a summary overview of the key characteristics of the so-called “apps ecosystem”, the first part describes its economic dimension, main trends and market development. The second part aims at identifying possible impacts on electronic communications markets. Lastly, it extends analysis to a specific component of the mobile apps ecosystem, that of “platforms”, and to the related emerging policy issues, such as competition, consumer protection and innovation-friendly regulation of market. The evidence presented - both in the international and national regulatory contexts - allows some preliminary conclusions to be drawn regarding: the need for methodological developments in the electronic communications market analysis; and the role of telecom regulators in respect to institutional fragmentation. The apps ecosystem serves indeed as a prism to analyze the complex relationship between regulatory functions and policy making in innovative emerging ICT industries.

SOMMARIO: Premessa. – 1. Le caratteristiche del business delle applicazioni. – 2. La dimensione del business delle apps. – 3. I riflessi per i mercati di comunicazioni elettroniche. – 4. Le problematiche concorrenziali e la tutela del consumatore nel contesto internazionale ed europeo. – 4.1. Gli interventi delle autorità di regolazione settoriale: analisi generale. – 4.2. La tutela della concorrenza. – 4.3. La (eventuale) disciplina degli OTT. – 4.4. Gli interventi nei confronti degli operatori di TLC. – 4.5. La tutela del consumatore. – 5. L'esperienza dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni. – 6. Considerazioni conclusive.

Premessa

Questo contributo prende le mosse dalla forte espansione delle applicazioni software, (apps), osservabile soprattutto in relazione al loro sviluppo per i dispositivi mobili. Tratteggiate sinteticamente le principali caratteristiche di questo business, si forniscono alcuni elementi circa la sua dimensione economica, per evidenziarne le promettenti prospettive. Quindi, viene valutato quale sia il possibile impatto delle apps sui mercati dei servizi di comunicazioni elettroniche. Successivamente, si estende l'analisi anche alle altre componenti del cosiddetto “ecosistema delle apps”, in particolare le piattaforme soft-

¹ Le opinioni espresse sono a titolo personale e non coinvolgono in alcun modo l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, presso cui l'Autore riveste la carica di Vice Segretario generale. Un sentito ringraziamento per la preziosa e assidua collaborazione va alla dottoressa Maria Luce Mariniello.

ware, per valutare – da ultimo – in che modo la regolamentazione delle comunicazioni elettroniche entri in relazione con le dinamiche di sviluppo di questo ecosistema².

1. Le caratteristiche del business delle applicazioni

Sono diversi gli studi che evidenziano la crescita impetuosa delle cosiddette applicazioni (apps), termine con cui l’Ocse intende “*a standardised piece of software that runs on a computing platform*”³.

L’analisi della letteratura più recente e delle indagini di mercato conduce ad individuare una alquanto consolidata tassonomia delle diverse tipologie di servizi che sono genericamente denominate apps. Con riguardo all’utenza *consumer*, tra le principali tipologie si segnalano le apps per il *gaming*, l’*education*, l’intrattenimento, i viaggi e le informazioni turistiche, la musica ed il video, i *social*. In relazione all’utenza business, le molteplici apps finora sviluppate interessano i processi produttivi, la distribuzione, la gestione della forza lavoro.

Il contesto più appropriato per analizzare le caratteristiche di questo business e, quindi, il possibile ruolo della regolamentazione, appare quello del cosiddetto “ecosistema delle apps”, con il ricorso ad un termine – ecosistema – alquanto abusato nel campo dell’ICT (*Information and Communications Technology*).

L’Ocse, nello studio citato, osserva che l’ecosistema delle apps è popolato, oltre che dai consumatori, da diverse tipologie di imprese: gli sviluppatori delle apps, le piattaforme software⁴ cui i clienti accedono per acquisire le apps, i produttori di apparati (*device*), gli operatori di telecomunicazione (TLC), che

2 Con riferimento al fenomeno oggetto di questo contributo, espressioni come “mobile app ecosystem” o “Google apps ecosystem” sono frequentemente utilizzate in letteratura. Un’analisi molto accurata del concetto di ecosistema applicato al mondo delle comunicazioni elettroniche è quella elaborata da M. FRANSMAN, *The New ICT Ecosystem*, Cambridge University Press, 2010. Fransman, riprendendo la definizione che Darwin fornisce del termine ecosistema (popolazione di organismi, o specie, che interagiscono in un ambiente naturale), valuta l’applicabilità di questa metafora al campo delle scienze economico-sociali ed in particolare alle industrie dell’Information and Communications Technologies. Altri contributi interessanti sono quelli di S. JANSEN-M.A. CUSUMANO-S. BRINKKEMPER (a cura di) *Software Ecosystems: Analyzing and Managing Business Networks in the Software Industry*, 2013, e M. IANSITI-R. LEVIEN, *Strategy as Ecology*, *Harvard Business Review*, 2004.

3 OECD, *The App Economy*, Oecd Digital Economy Papers, 2013, <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/5k3ttftlv95k.pdf?expires=1415119726&id=id&accname=guest&checksum=A7AC4BCBC32EB4D0FB8D8ED15970301E> Flurry Analytics, *Mobile Use Grows 115% in 2013, Propelled by Messaging Apps*, (2014), <http://blog.flurry.com/bid/103601/Mobile-Use-Grows-115-in-2013-Propelled-by-Messaging-Apps>; S. Austin, *The Surprising Numbers Behind Apps*, *Wall Street Journal Digits Blog* (2013), <http://blogs.wsj.com/digits/2013/03/11/the-surprising-numbers-behind-apps/>, Deloitte, *Technology, Media & Telecommunications Predictions*, (2012) www.deloitte.com/assets/DcomAustralia/Local%20Assets/Documents/Industries/TMT/Deloitte_TMT_Predictions_2012.pdf; Berg Insight, VAS Research Series, *The Mobile Application market* (2012) www.berginsight.com/ReportPDF/ProductSheet/bi-app1-ps.pdf.

4 Una interessante review della letteratura sulle piattaforme mobili è contenuta in P. KARRBERG-J. LIEBENAU, *New Business Models in the Digital Economy. Mobile service platforms and the apps economy*, www.nemode.ac.uk. Un riferimento fondamentale per l’analisi economica delle piattaforme è A. GAWER (a cura di), *Platforms, Markets and Innovation*, Edward Elgar, 2009.

forniscono connettività, controllando, al contempo, diversi *asset* strategici dell'ecosistema⁵.

All'interno dell'ecosistema, la configurazione del "mercato" delle apps non è stabile, definitiva, in ragione dei mutamenti nelle attitudini degli utilizzatori, peraltro sempre più numerosi e diversi, nonché – e soprattutto – a motivo di modelli di business non ancora consolidati. La questione dei modelli di business è particolarmente rilevante, allorché si consideri la prevalenza di offerte remunerate dalla pubblicità, nella logica dei mercati a due versanti, rispetto a più tradizionali formule a pagamento, mentre si va affermando la modalità c.d. *freemium*, con una componente base gratuita ed ulteriori prestazioni a pagamento.

Nel caso di una industria nascente, con modelli di business e comportamenti dei consumatori in via di definizione, le valutazioni circa le dimensioni di mercato presentano ovviamente ampi margini di discrezionalità e, quindi, relativa affidabilità. Sono, tuttavia, disponibili alcuni elementi quantitativi che possono fornire un'idea circa la dimensione del fenomeno apps.

2. La dimensione del business delle apps

I dati più affidabili riguardano la numerosità delle apps in circolazione. Secondo l'Ocse, tra il 2008 e l'inizio del 2013, si è passati dalle 60 mila apps disponibili (su piattaforme di Apple e Google) ad 1,6 milioni (sulle prime 5 piattaforme⁶. Dati più recenti⁷, arrivano a stimare in 2,5 milioni il numero di apps disponibili a livello mondiale, che costituisce il riferimento geografico naturale per questa tipologia di servizi.

In termini di numero di apps per *device* (*smartphone*, in particolare), sempre per l'Ocse, si va dal massimo del Giappone (41) al minimo del Belgio (20), per restare nel novero dei paesi industrializzati. Ovviamente, le cifre sono più contenute allorché si considerino le apps effettivamente usate dall'utente.

Esistono anche stime del valore del business delle apps, o meglio del reddito prodotto da queste applicazioni. Si tratta di valutazioni anche molto discordanti, a ragione delle notevoli differenze nelle metodologie di classificazione dei diversi segmenti in cui si articola questa industria.

A livello mondiale, il Gartner Group ha stimato in circa 26 miliardi di dollari (poco più di 20 miliardi di euro) il fatturato delle apps nel 2013. Con riferimento alla dimensione europea, Vision Mobile ha valutato un giro di affari di oltre 10 miliardi di euro, sempre nel 2013. Altre fonti, sempre per l'Europa, hanno calcolato un valore di 17,5 miliardi di euro nel 2013, peraltro destinato a triplicare

5 In questo senso, un recente rapporto del Politecnico di Milano, illustra il ruolo degli operatori di telecomunicazioni con riferimento a diversi *asset* strategici: (i) le reti; (ii) i punti vendita sul territorio che costituiscono un canale di interfaccia anche per la distribuzione di prodotti e servizi software; (iii) il sistema di pagamento (*billing*) delle apps, utilizzato sovente per la fatturazione diretta all'utente di servizi mobili mediante la formula dei servizi a sovrapprezzo; (iv) la *customer base*; (v) le sim, che costituiscono un fattore abilitante per diverse applicazioni; (vi) i dati sugli utenti. V. Politecnico di Milano, *Osservatorio Mobile & App Economy. Verso il 2% del PIL* (aprile 2014), p. 58 http://www.osservatori.net/dati-e-pubblicazioni/dettaglio/journal_content/56_INSTAN CE_VP56/10402/1461289, p. 58.

6 Android, Blackberry OS, IOS, Symbian, Windows Phone.

7 Politecnico di Milano, cit., p. 60.

nel giro di un triennio⁸. Tuttavia, va considerato che solo 1/3 di questo ammontare è riconducibile alla vendita delle apps, alla raccolta pubblicitaria o alla vendita di servizi tramite apps, cioè ai segmenti che compongono l'industria delle apps. I restanti 2/3 sono infatti riferibili alle remunerazioni degli sviluppatori di apps: *en passant*, si può quindi osservare come lo sviluppo delle apps assuma un rilievo significativo per il contributo che offre alla creazione di occupazione⁹.

Infine, per quanto riguarda l'Italia, il Politecnico di Milano ha recentemente quantificato in circa 700 milioni il fatturato delle apps per il mercato business (sviluppo di apps rivolte a consumatori ed alla propria forza lavoro), cui vanno aggiunti altri 300 milioni che rappresentano la spesa dei consumatori (download di apps a pagamento, acquisto di contenuti aggiuntivi in-app, soprattutto) e 100 milioni per la pubblicità sulle apps, per un totale – ragguardevole – di 1,1 miliardi di euro nel 2013.

La crescita impetuosa del numero e del fatturato delle apps è strettamente correlata alla affermazione crescente di *smartphone* e *tablet*, congiuntamente ad altri due trend molto chiari: la maggiore affidabilità della connessione mobile a banda larga; i progressi nella capacità di memorizzazione degli apparati e del *cloud computing*. Il fenomeno che ne deriva, ossia il sempre più intenso accesso ad Internet da apparati mobili, è evidente da oltre cinque anni a questa parte. Sono disponibili stime che segnalano l'avvenuto sorpasso, a livello mondiale, degli utenti che accedono ad Internet da apparati mobili rispetto a quelli che si collegano da apparati fissi (*desktop*)¹⁰.

Al di là delle promettenti prospettive di crescita, l'avvento delle apps produce effetti importanti anche in termini di sviluppo di nuove professionalità e posti di lavoro, come già accennato, nonché per gli incentivi all'efficienza delle imprese produttrici, sia per la pervasività con cui interviene nei processi produttivi aziendali, sia per il miglioramento delle politiche di gestione della clientela¹¹.

3. I riflessi per i mercati di comunicazioni elettroniche

Come anticipato, il fatturato delle apps proviene solo in parte dalla loro vendita, attraverso gli app store; altre fonti di ricavo sono rappresentate dalla vendita di contenuti aggiuntivi durante una sessione (*in-apps purchase*), nonché dalla vendita di spazi pubblicitari sulle apps¹².

8 M. MULLIGAN-D. CARD, *Sizing the EU app economy*, febbraio 2014, p. 4 ss. URL: <http://eurapp.eu/2014/07/07/eurapp-final-report-published-eu-bookshop-0>.

9 Alcuni studiosi hanno sostenuto che "the App Economy should be seen as a much-delayed continuation of the personal computer revolution and the New Economy, from personal computers to internet to mobile", cfr. M. MANDEL-J. SCHERER, *The Geography of the App Economy*, CTIA-The wireless association, settembre 2012 <http://www.technet.org/wp-content/uploads/2012/02/TechNet-App-Economy-Jobs-Study.pdf>.

10 AGCOM, *Relazione annuale 2014*, p. 26; N. VAN GORP, *Telecommunications in run up to 2020*, Communications & Strategies Idate, No. 93, 2014. Da ultimo, si veda anche "Ericsson Mobility Report" (2014) <http://www.ericsson.com/mobility-report>.

11 Agli impatti delle apps sul mondo delle imprese, sia in relazione ai processi produttivi che per quanto riguarda le relazioni con la clientela, è dedicata una importante sezione del citato studio del Politecnico di Milano.

12 Per una interessante classificazione e quantificazione delle diverse tipologie di ricavi

Ciò che qui interessa capire è se queste diverse fonti di ricavo siano riconducibili – direttamente od indirettamente – ad alcuni dei mercati sottoposti alla disciplina dell'autorità di regolazione dei mercati delle comunicazioni elettroniche: in Italia, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM).

A questo riguardo, preliminarmente, si deve evidenziare che gli operatori di TLC ed i consumatori sono gli attori – tra quelli dell'ecosistema delle apps – naturalmente interessati dagli interventi dell'autorità di regolazione settoriale. Tuttavia, come dimostra l'esperienza recente, anche talune categorie di sviluppatori di apps cominciano ad interloquire con i regolatori dei mercati delle comunicazioni elettroniche¹³.

Gli interessi in gioco sono molteplici e le finalità dell'intervento del Regolatore sono diverse: nella dinamica dei rapporti tra operatori di telecomunicazioni e sviluppatori di apps, si pongono problematiche di promozione della concorrenza e di incentivo all'innovazione; sul versante del mercato dei servizi *retail*, vengono a rilievo diversi profili di tutela del consumatore.

Ciò premesso, le tendenze che si stanno manifestando sembrano concentrarsi sull'effetto di sostituzione che alcune apps esercitano rispetto a tradizionali servizi di TLC, essenzialmente sms/mms e servizi vocali, spostando così importanti fonti di ricavo al di fuori del perimetro dei mercati di TLC. Per quanto riguarda la pubblicità sulle apps – al momento piuttosto contenuta – l'effetto di sostituzione si traduce invece in una mera redistribuzione dei ricavi tra i diversi canali di raccolta della pubblicità¹⁴.

Nel caso degli sms/mms, i servizi di messaggistica istantanea offerti dalle apps e sostanzialmente gratuiti¹⁵ stanno erodendo progressivamente i ricavi degli operatori TLC. È così che, a livello mondiale, i servizi di messaggistica offerti da WhatsApp (appena acquisita da Facebook), WeChat, Line, ed altri, hanno determinato, per la prima volta nel 2013, un ridimensionamento del numero di sms inviati (– 4%), con la previsione di progressivo calo anche dei relativi ricavi. In Italia, la riduzione intervenuta nell'ultimo anno è decisamente più intensa: – 20% in termini di volume.

Più in generale, studi recenti quantificano in decine di miliardi l'anno la riduzione dei ricavi degli operatori di TLC imputabile ai servizi sviluppati dagli OTT: si tratterebbe di 30 miliardi di dollari dovuti ai servizi VoIP offerti dagli OTT ed a 23 miliardi di dollari con riguardo ai servizi di messaggistica degli OTT¹⁶.

possibili nell'industria delle apps, si rinvia a T.F. BRESNAHAN-J.P. DAVIS-P-L. YIN, *Economic Value Creation in Mobile Applications*, Stanford University Graduate School of Business, Research paper no. 14-08, URL <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2403601>.

13 Una rassegna di casi è presentata nei paragrafi che seguono, si v. in part. *infra*. par. 4.1.

14 In Italia, in particolare, la pubblicità on line, tra cui anche quella raccolta tramite apps, viene ormai rilevata dall'AGCOM in occasione della annuale quantificazione del valore del Sistema Integrato delle Comunicazioni. Di conseguenza, non vi è riduzione del perimetro complessivo del mercato pubblicitario, conseguente ai possibili effetti di sostituzione tra il canale rappresentato dalle apps e gli altri canali di raccolta della pubblicità.

15 In genere, dopo un primo periodo in cui il servizio è offerto gratuitamente, viene richiesto successivamente il pagamento di una piccola somma (attorno ad un euro) per le versioni aggiornate del software.

16 La fonte dei dati è uno studio dalla società di consulenza Ovum, 2012 i cui esiti sono riportati da un articolo dell'*Economist* <http://www.economist.com/node/21560298>.

4. Le problematiche concorrenziali e la tutela del consumatore nel contesto internazionale ed europeo

L'industria delle apps è indubbiamente caratterizzata dalla presenza di operatori con significativo potere di mercato nei diversi segmenti che la compongono. Questo è un tratto comune a molti comparti dell'*information technology*, soprattutto dell'industria del software, oltre che di alcuni mercati delle TLC e dell'audiovisivo. Tuttavia, a differenza di quanto si registra nei mercati sottoposti a regolazione *ex ante* – quali appunto quelli delle TLC e della televisione – i mercati del software vedono mutare con una certa frequenza le gerarchie e, più in generale, non sembrano caratterizzati da situazioni conclamate di fallimento di mercato, tali da giustificare una regolamentazione *ex ante*. In questi mercati, la tutela della concorrenza e del consumatore compete alle autorità antitrust, mentre gli interventi del regolatore di settore sono stati circoscritti, sino ad oggi, all'esercizio di funzioni contenziose quali la risoluzione di controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche ed imprese esterne al mercato di competenza, allorché beneficiano di servizi di interconnessione e accesso.

La "fluidità" delle quote di mercato, si registra anche nel caso delle piattaforme software: la leadership di Symbian e Blackberry è stata scalzata nel giro di pochi anni dalla crescita delle piattaforme iOS (Apple) ed Android, a loro volta sfidate dall'ingresso di nuovi soggetti (Ubuntu, Firefox OS).

Proprio con riguardo al mercato delle piattaforme software è stato osservato che il ricorso ai tradizionali indici di concentrazione non risulta appropriato, in quanto condurrebbe a risultati non significativi¹⁷. Più precisamente, non sarebbe corretto far derivare da valori elevati degli indici di concentrazione valutazioni circa l'esistenza di un mercato caratterizzato – permanentemente – dalla dominanza di un particolare soggetto, dal momento che si tratta di un mercato dove mutano rapidamente le quote di mercato dei diversi soggetti e le stesse imprese leader. In altri termini, non vi sono indicatori che attestano un fallimento del mercato, come l'esistenza di elevate barriere all'entrata, di natura tecnica, economica o regolamentare.

Diverso è il caso dei mercati delle apps, per cui – invece – è prematuro formulare valutazioni circa l'assetto naturale di mercato, almeno finché il settore presenti le caratteristiche tipiche di una *infant industry*¹⁸.

Il fatto che non siano dimostrati fallimenti di mercato (ovviamente) per i mercati emergenti (come quelli delle apps), né per mercati maggiormente consolidati (piattaforme software), non significa che non si pongano problematiche di ordine concorrenziale o esigenze di tutela del consumatore. In altri termini, se l'applicazione di regole generali *ex ante* non appare – al momento – giustificata, resta comunque da verificare l'efficacia dell'applicazione della disciplina antitrust per l'eventuale imposizione di obblighi individuali.

Ad esempio, una questione dibattuta è se garantire l'accesso alle piattaforme software, allorché queste siano chiuse, come accade per iOS di Apple. In altri termini, si pone la questione se esista un diritto per uno sviluppatore di apps – oppure per un software *open source* come Bitcoin – di avere accesso

17 Si rimanda allo studio Ocse citato, pp. 28-29.

18 Una caratteristica peculiare del business delle apps è la possibilità di variazioni molto significative delle quote di mercato in conseguenza dall'affermazione di una *killer app*, cfr. BRE-SNAHAN-YIN-DAVIS, "Commercialization by Mobile Developers: Making Money from Free Apps ... but not Porting to iPhone", working paper, 2012.

alla piattaforma iOS, anche in presenza di piattaforme che possono considerarsi alternative. Nel dibattito, prevale l'orientamento a non considerare la piattaforma in esame come una *essential facility*, ossia si assume che vi sia una competizione tra piattaforme: di conseguenza, non risulterebbe giustificata l'imposizione dell'obbligo di garantire l'accesso¹⁹. Tra le ulteriori motivazioni addotte da coloro che ritengono inopportuno un intervento antitrust nei confronti dei sistemi chiusi, vi è poi la considerazione che, se indubbiamente limitano l'offerta per la clientela finale, queste piattaforme appaiono svolgere una funzione positiva per quanto riguarda la garanzia dei livelli di qualità e di sicurezza delle apps²⁰.

In ogni caso, al di là del dibattito teorico, si deve registrare che la casistica in merito ad istruttorie antitrust aventi ad oggetto piattaforme software per le apps risulta alquanto scarna. Tra i casi di maggior rilievo, si può menzionare il noto procedimento della Commissione europea nei confronti di Google che, pur concentrandosi prevalentemente sulla piattaforma del motore di ricerca, ha investito altresì il funzionamento dell'*appstore* di Android²¹. Di recente, vi è stata una proposta di impegni da parte di Google, che ha riguardato anche l'applicazione per il mobile offerta nell'ambito del *Google General SearchBox* (Caso Google, AT.39740). Nel procedimento in parola, gli aspetti relativi al mercato delle apps, tuttavia, risultano alquanto marginali²². Più rilevanti potrebbero essere gli sviluppi della segnalazione presentata con un dossier alla Commissione europea da parte di Fairsearch, un'associazione rappresentativa di operatori del calibro di Nokia e Microsoft, per contestare le presunte discriminazioni del sistema operativo Android nei confronti di talune applicazioni sviluppate dalle imprese associate a Fairsearch²³.

4.1. Gli interventi delle autorità di regolazione settoriale: analisi generale

Sul versante delle autorità indipendenti con funzioni di regolazione dei mer-

19 Per una ricognizione aggiornata del dibattito scientifico in merito all'opportunità di utilizzare per le nuove piattaforme dell'ecosistema di Internet la dottrina delle *essential facility* ed altri concetti *antitrust* tipicamente applicati nel settore delle telecomunicazioni e nelle industrie "tradizionali" del software (v. caso Microsoft), si possono citare, *ex multis*, Yoo, CHRISTOPHER S.-SPULBER-F. DANIEL, "Antitrust, the Internet, and the Economics of Networks" (2013). Faculty Scholarship. Paper 568 (http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/568).

20 Il tema si è posto, ad esempio, in relazione alla diminuita qualità dei contenuti dell'Apple Store: la pressione concorrenziale esercitata da Google e Android, con la necessità di accrescere il numero di apps, avrebbe indotto Apple ad essere meno accurata nel monitoraggio sugli sviluppatori di applicazioni.

21 Per un commento comprensivo di dati aggiornati e relative analisi, si veda il recente contributo di B. EDELMAN, *Leveraging Market Power Through Tying And Bundling: Does Google Behave Anti-Competitively?* (May 12, 2014), Harvard Business Law Working Papers, http://www.hbs.edu/faculty/Publication%20Files/14-112_20fdec6b-d2ad-4141-a579-4b0feeda89ba.pdf, p. 55.

22 I procedimenti *antitrust* nei confronti del motore di ricerca Google hanno in realtà investito entrambe le sponde dell'Atlantico, con la presentazione di impegni sia di fronte alla Federal Trade Commission (FTC) statunitense sia di fronte alla Commissione. Si veda M. Lao, *Neutral search as a basis for antitrust action?*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, 2013 e V. VISCO COMANDINI, *Google e i mercati dei servizi di ricerca su Internet*, in *Mercato concorrenza regole*, 2013.

23 Notizia riferita dal New York Times http://www.nytimes.com/2013/04/09/technology/09iht-google09.html?pagewanted=all&_r=0.

cati, si registra un vivace dibattito sullo sviluppo delle piattaforme software e sul fenomeno delle apps, rispetto al quale il ruolo dell'intervento *ex ante* non è stato ancora completamente chiarito. Parallelamente, le autorità di garanzia mostrano un certo dinamismo nella tutela di specifici interessi.

Sul piano generale, sembra prevalere un orientamento che – con riguardo alle imprese che operano su mercati contigui ma distinti rispetto a quelli di TLC, ed alle relazioni tra loro intercorrenti²⁴ – le competenze siano prioritariamente di istituzioni diverse dal regolatore (l'Autorità antitrust, il Legislatore, il giudice ordinario), in quanto si tratta di mercati sottratti alla regolamentazione *ex ante* dei mercati delle comunicazioni elettroniche.

Lo spazio per un intervento del regolatore sembra allora doversi restringere alle relazioni tra operatori di TLC ed altre imprese dell'ecosistema, nonché sulle possibili modalità di tutela dell'utenza di servizi, offerti mediante apps, allorché vengano forniti in *bundle* con altri servizi di TLC.

Fatta questa premessa, anche sulla base dell'esperienza fin qui maturata, è possibile distinguere diverse tipologie di intervento del regolatore, a seconda del tipo di misura/obiettivo (tutela della concorrenza, regolamentazione, tutela del consumatore) e dei soggetti interessati dall'intervento (operatori TLC, OTT).

4.2. La tutela della concorrenza

Uno dei primi casi esaminati riguarda l'intervento della statunitense Federal Communications Commission (FCC) che, nel 2009, ha avviato nei confronti di Apple ed AT&T una istruttoria riguardante l'applicazione Google Voice. La questione riguardava il possibile blocco dell'applicazione VoIP offerta da Google sui dispositivi iPhone e l'esclusione dalla piattaforma Apple Store di alcune apps funzionalmente collegate a Google Voice, ancorché offerte da altre imprese²⁵. In una richiesta di informazioni, il regolatore statunitense aveva paventato il rischio dell'accertamento di possibili pratiche concordate tra Apple e AT&T, volte a discriminare le apps di imprese concorrenti e con caratteristiche tecniche e prestazionali del tutto analoghe a quelle messe a disposizione degli utenti attraverso la Apple Store di iTunes²⁶. Il procedimento si è peraltro concluso con il venir meno dell'oggetto di indagine, dal momento che Apple ha spontaneamente accettato la richiesta di Google di includere la propria applicazione VoIP ed i software collegati tra le applicazioni disponibili nello *store* di Apple.

Più recentemente, il tema della *app economy* è peraltro entrato prepotentemente nel dibattito statunitense sulle regole in materia di garanzia dell'accesso a Internet aperta e neutrale, la *net neutrality*, animato dalla consultazione indetta dalla FCC nel maggio 2014, all'indomani della sentenza che, per la seconda volta in pochi anni, ha ritenuto illegittimo il divieto di limitazioni tecniche imposte dagli operatori di reti a banda larga nell'accesso a

24 Talora, alcune imprese sono presenti in più segmenti della catena del valore. Ad esempio, alcuni produttori di *device* sono anche operatori di piattaforme software, mediante un proprio sistema operativo.

25 J. WORTHAM, "Even Google is Blocked With Apps for iPhone," in *New York Times*, July 28, 2009.

26 Richiesta di informazioni del 31 luglio 2009, conseguente all'avvio del procedimento DA 09-1736, pubblicata dalla FCC http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DA-09-1736A1.pdf.

contenuti, applicazioni e servizi online nei confronti dei propri utenti²⁷. Al momento, l'unica forma di intervento regolamentare ammessa dai giudici statunitensi a tutela degli sviluppatori di *apps* nei confronti dei fornitori di accesso alla banda larga è la trasparenza sulle condizioni tecniche e commerciali di offerta dei servizi ai propri utenti che possano comportare discriminazioni nel trattamento dei flussi di traffico IP. Come è noto, a seguito della scelta dello scorso decennio di deregolamentare il mercato dell'accesso alla banda larga, sono stati accomunati in un'unica categoria i *broadband provider* che controllano le reti di accesso ad internet e le imprese della catena del valore che operano nei punti terminali della rete – c.d. “*edge providers*” od OTT. È opinione diffusa che la deregolamentazione del mercato dell'accesso a banda larga abbia – nei fatti – favorito il consolidamento di posizioni dominanti in questi mercati. Peraltro, se questa configurazione del mercato è stata ritenuta dai *policy makers* funzionale ad un più rapido sviluppo degli investimenti nelle reti di nuova generazione, d'altro canto, deve constatarsi come per questa via si siano ridotte le possibilità dei consumatori di cambiare fornitore e, pertanto, siano divenuti insufficienti i soli obblighi di trasparenza, quale garanzia del mantenimento di una rete aperta e neutrale rispetto alle imprese che forniscono *apps* e contenuti²⁸.

La specificità delle questioni giuridiche e regolamentari nel contesto statunitense non impedisce di identificare i problemi di ordine economico e di mercato comuni alle due sponde dell'Atlantico e che attengono, in ultima istanza, all'esigenza di un adattamento delle teorie di *market regulation* sinora utilizzate nel settore delle telecomunicazioni. È significativo, al riguardo, osservare che la riproposizione, da parte della FCC, degli obblighi di non discriminazione del traffico internet generato dagli *edge providers* non ha messo in discussione l'alleggerimento della regolamentazione in capo ai *broadband provider*, pur ritenendo essenziale preservare i principi architettonici della rete (in particolare la parità di trattamento dei pacchetti) che hanno reso possibile il repentino sviluppo del business delle *apps* che, solo negli Stati Uniti, hanno prodotto 752.000 nuovi posti di lavoro, a far data dall'avvento dell'I-Phone nel 2007. Piuttosto, la FCC sembra preoccupata di garantire che il processo di consolidamento del mercato non incentivi gli operatori verticalmente integrati – che controllano risorse essenziali – ad attuare strategie di discriminazione del traffico IP a discapito delle imprese operanti nei mercati a valle e dei nuovi soggetti interessati ad entrare nel mercato²⁹.

4.3. La (eventuale) disciplina degli OTT

Sul fronte europeo, l'asimmetria regolamentare tra operatori di telecomunicazioni e “imprese OTT” rappresenta indubbiamente un tema centrale dei regolatori nel disegnare la futura disciplina dell'ecosistema di Internet. Il dibattito

²⁷ Si vedano le sentenze *Comcast Corp. v. FCC*, 600 F.3d 642 (D.C. Cir. 2010) e *Verizon v. FCC*, 11-1355, (D.C. Cir. 2014) che hanno dichiarato illegittimo l'intervento regolamentare della FCC. La sentenza *Verizon*, in particolare, si fonda, essenzialmente, sull'insussistenza del potere impositivo di obblighi ex ante nei confronti di imprese esterne all'ambito di applicazione soggettivo del Titolo II del Telecommunication Act.

²⁸ In questo senso, lo studio comparatistico di WIK Consulting, *Network Neutrality: challenges and responses in the EU and the US*, 2011, p. 47.

²⁹ Federal Communications Commission (FCC 14-61), *Protecting and Promoting the Open Internet*, May 15, 2014, pp. 16-19.

più sviluppato ed intenso riguarda infatti l'eventualità di applicare agli operatori OTT la regolamentazione vigente per le imprese di TLC o, comunque, di pervenire ad un *level playing field* regolamentare tra tutti gli operatori attivi sul mercato. Di fondo, la questione che si pone è se il regolatore dei mercati delle comunicazioni elettroniche possa estendere la propria competenza anche ai servizi di *information technology* o, più semplicemente, al mercato del software. Le posizioni in campo sono molto nette ed, in gran parte, scontate: da tempo gli operatori di TLC, ma anche dell'audiovisivo, chiedono che gli OTT siano sottoposti alle medesime regole che – nei rispettivi settori – vigono per le imprese ivi operanti. In particolare, nel campo delle TLC, si chiede una revisione del quadro regolamentare che intanto riduca gli obblighi regolamentari in capo agli operatori di TLC e, quindi, definisca un insieme minimo di regole valide per tutti gli attori della catena del valore che competono sugli stessi mercati³⁰.

Naturalmente, gli OTT manifestano tutta la loro contrarietà ad essere assoggettati a qualsiasi forma di regolamentazione. L'argomento prevalente su questo fronte si riconnette al dibattito sulla *net neutrality* e riguarda i potenziali effetti negativi sull'innovazione – e lo sviluppo di nuovi mercati – di una regolamentazione di reti e servizi a banda larga che favorisca una redistribuzione dei ricavi tra Telco e OTT, consentendo ai primi di imporre restrizioni nell'accesso alla rete in virtù di discriminazioni rispondenti alla logica degli accordi "*pay for priority*"³¹.

Più articolato il panorama delle posizioni espresse dalle istituzioni, dove prevale l'orientamento ad escludere, per il momento, forme di disciplina *ex ante* per gli OTT, ma non mancano punti di vista diversi, come quelli dell'International Telecommunications Union (ITU)³² e del Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA)³³, favorevoli ad individuare spazi per un intervento regolamentare da parte delle autorità settoriali. Tra le autorità di regolamentazione delle TLC, va poi menzionata la posizione espressa dal regolatore francese (ARCEP), che ha proposto l'equiparazione di Skype agli operatori di comunicazioni elettroniche, con riferimento agli obblighi

30 Tra gli altri, si vedano A-M. ALLOUET ed altri, *Achieving a Level Playing Field between the Players of the Internet Value Chain, Communications & Strategies*, n. 93, 2014.

31 J.J. JOSÉ GANUZA-M.F. VIECENS, *Exclusive contents and next generation networks*, in *ICT and Innovation* a cura di C. CAMBINI-M.R. WARD-T. KRETSCHMER, *Information Economics and Policy* 25 (2013) 154-170.

32 Nell'ambito del rapporto "*Regulation and consumer protection in a converging environment*" (2013), l'ITU ha formulato alcune osservazioni interessanti. Nel tratteggiare gli scenari tecnologici e di mercato che caratterizzano l'evoluzione del settore delle comunicazioni, anche con riferimento alle apps, l'ITU ha richiamato il ruolo delle autorità nazionali di regolamentazione (ANR) ai fini dell'adozione di misure flessibili, rispondenti all'obiettivo di *future-proof regulation*, così da garantire una regolamentazione "necessariamente convergente".

33 In linea con l'approccio regolamentare suggerito dall'ITU, l'ultimo rapporto del CSA propone di rivedere l'impianto normativo dei servizi audiovisivi digitali, al fine di includere i fornitori di apps che offrono accesso ai contenuti nell'ambito di applicazione di regole comuni al settore dei media, tenendo conto al contempo dell'esigenza di garantire adeguata flessibilità al quadro regolamentare per "accompagnare le trasformazioni del settore" senza frenare l'innovazione. In particolare, il CSA chiede l'estensione dei propri poteri alle piattaforme di video streaming (YouTube, Dailymotion o Netflix) musicali (Spotify, Deezer) ed agli *app store* (iTunes, AppStore, Google Play) e propone convenzioni con le *web company* che offrono contenuti audiovisivi online per il finanziamento della cultura, prevedendo anche un potere di arbitrato in caso di controversie. In cambio, le *web company* "potranno beneficiare di alcuni vantaggi" come "l'accesso alle offerte dei *provider*" (Orange, Free, Bouygues).

connessi alla fornitura di un servizio telefonico al pubblico³⁴.

Nell'ambito della possibile disciplina degli OTT, un'attenzione particolare spetta al tema, già richiamato, della regolamentazione delle piattaforme software. In tal senso, va segnalata l'interrogazione parlamentare del febbraio 2013, con cui è stato chiesto alla Commissione Europea di: i) chiarire se le politiche commerciali degli *apps store* violassero le norme a tutela della concorrenza; ii) se la Commissione avesse intenzione di regolamentare i sistemi di distribuzione delle apps e/o i sistemi operativi per *smartphone*. In quella circostanza, il Commissario alla concorrenza (Almunia) ha risposto che non appariva necessario introdurre una regolamentazione del business delle apps, mentre ovviamente rimaneva possibile l'applicazione del diritto della concorrenza, ancorché soggetto ad un esame caso per caso delle condizioni giuridiche ed economiche esistenti.

4.4. Gli interventi nei confronti degli operatori di TLC

Se, dalla eventuale disciplina degli OTT, si sposta l'attenzione sul versante degli obblighi in capo agli operatori di TLC, le principali questioni riguardano: i) le pratiche di *traffic management* e, più in generale la *net neutrality*, per quanto riguarda i profili di tutela della concorrenza; ii) gli interventi nell'ambito della risoluzione delle controversie tra operatori che coinvolgono anche piattaforme software o fornitori di apps.

La possibile disciplina delle pratiche di gestione del traffico IP, messe in atto dagli operatori di telecomunicazione a discapito degli altri operatori, è stata affrontata anche dalla Commissione europea. Al riguardo, il BEREC, ossia l'organismo europeo formato dalle 28 autorità di regolazione del settore, nell'ambito di un'indagine empirica³⁵, ha mostrato come, in Europa, siano diversi gli operatori TLC che bloccano l'accesso ad applicazioni mobili (Skype, Viber in particolare) e degradano o rallentano il traffico in maniera selettiva od "agnostica"³⁶. Nel complesso, queste pratiche producono effetti per una quota ragguardevole della clientela (attorno al 20%).

Attualmente, la Commissione europea tende a scoraggiare fortemente le pratiche di *traffic management*, per il loro impatto anti-concorrenziale nei mercati a valle della fornitura di servizi, tra cui le apps.

Anche in materia di *net neutrality*, la Commissione europea ha da tempo esaminato i profili di un possibile intervento regolamentare, mutando, nel corso del tempo, il proprio orientamento: attualmente, la proposta di Regolamento "Telecom Single Market", nella versione da ultimo approvata dal Parlamento Europeo, stabilisce un divieto generalizzato di restrizioni nell'accesso alle apps. Dal canto suo, nell'ambito del gruppo di lavoro sulla *net neutrality*, il

34 Secondo l'ARCEP, Skype fornirebbe un servizio telefonico al pubblico e, pertanto, dovrebbe essere assoggettata al rispetto di determinati obblighi, tra cui la disponibilità di chiamate d'emergenza e la messa in opera di mezzi per consentire le intercettazioni richieste dal magistrato. Per tali ragioni, il Regolatore francese aveva richiesto – a più riprese – che Skype si notificasse come operatore di comunicazioni elettroniche, senza tuttavia che Skype aderisse all'invito. Di conseguenza, per i profili penali di competenza, ARCEP ha informato il Procuratore della Repubblica circa la possibilità che Skype sia venuta meno agli obblighi cui sarebbe tenuta in quanto operatore di comunicazioni elettroniche attivo in Francia.

35 BEREC, *A view of traffic management and other practices resulting in restrictions to the open Internet in Europe*, 2012.

36 Cioè limitando l'accesso a una sola app oppure a tutte le apps che forniscono servizi equivalenti con analoghe caratteristiche tecniche e prestazionali.

BEREC ha esaminato anche la questione del controllo esercitato dagli operatori della rete di accesso sul traffico generato dalle applicazioni, attraverso una rappresentazione dell'architettura di Internet su due livelli (*network* ed *application layer*)³⁷. Ed è allo studio del BEREC la definizione di una metodologia per la rilevazione delle degradazioni selettive del traffico, aventi il fine di discriminare l'accesso a specifiche applicazioni; questa metodologia dovrebbe integrare i sistemi di monitoraggio della qualità dei servizi a disposizione delle autorità nazionali³⁸.

Come si è anticipato, per le autorità di regolazione settoriale vi è la possibilità di intervenire nelle relazioni tra piattaforme software o fornitori di apps ed operatori di TLC, nell'ambito della risoluzione delle controversie tra gli operatori. In queste circostanze, possono essere definiti principi che finiscono con avere valore al di là dello specifico caso trattato: in altri termini, si realizza la c.d. *regulation by litigation*. Con riferimento ai rapporti tra operatori di TLC (mobili) e sviluppatori di apps, questa opportunità ha trovato pratica applicazione nel caso dell'autorità italiana, come si dirà più avanti.

4.5. La tutela del consumatore

Sul versante della tutela del consumatore, bisogna preliminarmente considerare quale sia la rilevanza delle situazioni di *lock-in* in cui incorre l'utente, con conseguente innalzamento degli *switching cost* che deve affrontare per cambiare fornitore. Questo fenomeno – non nuovo nelle industrie *high tech* – sembra alquanto evidente anche nell'ecosistema delle apps. La situazione di *lock-in* si manifesta già al momento dell'acquisto del *device*, solitamente alquanto costoso (*tablet* o *smartphone* che sia), con accessori generalmente di tipo proprietario, e si accentua nei casi in cui si utilizzi una piattaforma chiusa: in tal caso, le apps o i contenuti digitali acquistati non possono essere portati su una piattaforma alternativa. Ad un primo esame, sembra, quindi, di poter sostenere che nell'industria delle apps la presenza di elevati *switching cost* sia una caratteristica diffusa.

In questo contesto, la tutela del consumatore passa primariamente per le garanzie in materia di trasparenza circa le condizioni contrattuali ed i prezzi, e ciò anche con specifico riferimento alle apps. In particolare, sono già diversi i casi di segnalazioni di pratiche commerciali scorrette che hanno riguardato il mondo delle apps, soprattutto con riguardo agli acquisti in-app, ossia alle proposte di acquisto di servizi, accessori, od altro, durante la sessione di una app gratuita³⁹.

I mutamenti innescati nella modalità di fruizione dei servizi digitali offerti attraverso le apps, soprattutto nel settore della telefonia mobile, comportano – inoltre – l'esigenza di apprestare strumenti di tutela in relazione al trattamento dei dati personali degli utenti, alla sicurezza dei sistemi di *mobile payment* e delle piattaforme che utilizzano i sistemi di *billing* degli operatori mobili per le

37 BoR (12) 131, BEREC *Guidelines for quality of service in the scope of net neutrality*.

38 BoR (14) 24, BEREC *Monitoring quality of Internet access services in the context of net neutrality, Draft report*.

39 In particolare, sulla questione degli acquisti in-app, Apple è stata già richiamata sia dalla FTC che dalla Commissione europea, mentre Google è stata sentita di recente dalla Commissione nell'ambito del procedimento relativo alla presentazione di impegni precedentemente citato (v. *supra*).

transazioni⁴⁰. Al riguardo, va menzionata la recente iniziativa del Global Privacy Enforcement Network, dove sono rappresentati i garanti della *privacy* dei 28 paesi membri dell'Unione Europea, che intende verificare – mediante una indagine a tappeto sulle apps disponibili su *tablet* e *smartphone* – il grado di trasparenza sull'uso delle informazioni degli utenti, le autorizzazioni loro richieste per scaricare applicazioni ed il rispetto della normativa sulla protezione dei dati personali.

Per quanto riguarda, poi, il problema della riduzione degli *switching cost*, la via è certamente quella di favorire l'interoperabilità delle piattaforme, promuovendo standard comuni, evitando al contempo gli eventuali effetti negativi sulla propensione ad innovare, riconducibili ad eventuali lungaggini legate alle procedure per la definizione degli standard. L'interoperabilità delle piattaforme consentirebbe la portabilità dei contenuti digitali e delle apps a pagamento, favorendone la diffusione, e quindi le economie di scala nella produzione. In questo modo, peraltro, si modificherebbe l'equilibrio tra titolari delle piattaforme e produttori di contenuti, a vantaggio di questi ultimi. Questa misura a tutela del consumatore potrebbe essere efficacemente introdotta per via legislativa o, alternativamente, per via regolamentare, previo rafforzamento dei poteri di intervento dell'autorità di settore.

Riepilogando, in materia di tutela del consumatore nell'ecosistema delle apps, i profili che emergono dalla letteratura e dalla concreta esperienza appaiono in larga parte comuni a quelli che connotano i servizi di comunicazione elettronica e dell'audiovisivo. Si tratta di garanzie in materia di: i) trasparenza nella fornitura del servizio; ii) condizioni di accesso; iii) livello di qualità del servizio; iv) sicurezza delle comunicazioni e del trattamento dei dati personali; v) pratiche commerciali scorrette; vi) tutela della *privacy* e così via⁴¹. Come si vede, alcuni di questi aspetti sono di stretta competenza dell'autorità di regolazione settoriale, mentre altri riguardano temi "orizzontali" generalmente presidiati da apposite autorità amministrative indipendenti, (ad esempio in Italia, il Garante per la protezione dei dati personali, in materia di *privacy*; l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, con riguardo alle pratiche commerciali scorrette). Per altri temi, il Legislatore appare l'Istituzione competente ad intervenire.

Coerentemente con questa linea di ragionamento, i primi interventi regolamentari sui mercati delle apps sono stati adottati nel contesto di distinti ambiti di competenza. Così, il Garante per la *privacy* ha comunicato l'avvio di un'indagine su alcune apps per il settore medico scaricabili su *smartphone* e *tablet*, con la finalità di verificare il grado di trasparenza sull'uso delle informazioni degli utenti italiani, le autorizzazioni richieste loro per scaricare le applicazioni ed il rispetto della normativa italiana sulla protezione ed il trattamento dei dati personali, avendo riguardo al principio del consenso libero ed informato dell'utente. L'indagine è diretta all'elaborazione di un report nell'ambito dell'iniziativa "Privacy Sweep 2014", promossa dal già menzionato Global Privacy Enforcement Network, sulla base di indicatori condivisi, che consentano

40 In linea con questo approccio, lo scorso anno l'ITU ha richiamato il ruolo dei regolatori nazionali in uno studio dedicato all'impatto regolamentare della convergenza sui consumatori, concludendo che "one of the key challenges for regulators is to establish a culture of security that promotes trust in ICT applications, one in which there is effective enforcement of privacy and consumer protection." http://www.itu.int/ITU-D/finance/Studies/consumer_protection.pdf.

41 Tra gli altri, si rinvia a D. MAC SITHIGH, *App Law Within: rights and regulation in the smartphone age*, Edinburgh University School of Law research, paper 2012/22.

di verificare caratteristiche e funzionalità delle apps e la loro conformità alle discipline nazionali. Sul piano operativo, l'indagine a tappeto presuppone un'analisi del mercato italiano delle apps per le prestazioni mediche in mobilità, al fine di selezionare le cinquanta "più importanti", in termini di diffusione tra gli utenti, disponibili sulle varie piattaforme (Android, iOS, Windows, etc.). Gli eventuali profili di violazione della *privacy* rilevati saranno valutati dal Garante ai fini di possibili interventi prescrittivi o sanzionatori ma, nel complesso, si tende soprattutto all'esercizio di una funzione di *moral suasion* nei confronti degli attori del mercato.

Quasi contestualmente, l'Autorità garante per la concorrenza e il mercato ha avviato un procedimento di accertamento di eventuali pratiche commerciali scorrette che investe la trasparenza dei sistemi di pagamento *in-app* nel mercato delle applicazioni per il *mobile gaming* e la correttezza delle informazioni fornite agli utenti, in particolare i minori. L'istruttoria avviata, infatti, riguarda la presentazione di informazioni potenzialmente ingannevoli ai consumatori di un videogioco per bambini, presentate sia nell'ambito della relazione commerciale diretta tra lo sviluppatore del software, Gameloft, e l'utente di smartphone, sia attraverso gli *store* (Google Play, Amazon App-Shop per Android e iTunes per iOS) che mettono a disposizione degli utenti apposite piattaforme di *m-payment* (Google Payment, Amazon ed iTunes) per facilitare gli acquisti attraverso il collegamento all'*account* della piattaforma (Google account, Amazon account) o a sistemi di identificazione (ID Apple) che non richiedono la reiterazione di *password* per il consenso all'acquisto.

5. L'esperienza dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni

Le considerazioni che precedono circa la regolamentazione e la tutela del consumatore nell'ecosistema delle apps valgono ovviamente anche per il mercato italiano delle comunicazioni elettroniche. In tal senso, è utile ripercorrere brevemente l'esperienza dell'AGCOM, con riferimento a temi che hanno qualche connessione con l'ecosistema delle apps, distinguendo, anche in questo caso, tra misure di promozione della concorrenza ed interventi a tutela del consumatore.

Sul versante dei rapporti tra gli operatori, l'AGCOM ha assunto alcune iniziative in materia di *net neutrality*, con specifico riferimento a pratiche di *traffic management* che conducono al blocco di applicazioni fornite da concorrenti. Tra il 2010 ed il 2011, l'AGCOM ha condotto un'indagine conoscitiva specificamente dedicata alle "Garanzie dei consumatori e tutela della concorrenza con riferimento ai servizi VoIP e *peer-to-peer* su rete mobile", nonché una consultazione pubblica che investiva un più ampio spettro di questioni, attinenti all'impatto che le tecniche di gestione del traffico IP possono avere sulla concorrenza e sulla libertà di informazione (c.d. "*net freedom*"), anche nei mercati delle reti fisse.

In particolare, nell'ambito della prima indagine, il dibattito tra operatori mobili e OTT ha sottolineato – tra le altre cose – la questione della qualificazione giuridica del servizio VoIP offerto con l'applicazione mobile Viber, che, utilizzando un sistema di *community*, risultava al di fuori del perimetro regolamentare tracciato dalla disciplina in vigore⁴².

42 Si veda la delibera n. 11/06/CIR, Disposizioni regolamentari per la fornitura di servizi

L'analisi della dinamica competitiva tra gli operatori di TLC e gli OTT – che forniscono applicazioni in concorrenza con i servizi di TLC – è stata riproposta, in termini più ampi, nell'ambito del procedimento che ha rivisto la disciplina dei servizi VoIP⁴³. Per un verso, gli operatori TLC lamentavano uno svantaggio competitivo rispetto alle applicazioni VoIP più popolari, come Viber e Skype, per effetto di una “asimmetria regolamentare” che consentirebbe a queste apps di offrire servizi di comunicazioni elettroniche, senza dover sostenere i costi associati al regime dell'autorizzazione generale. D'altro canto, le applicazioni VoIP di *community* sono escluse dal quadro degli obblighi di interconnessione ed interoperabilità, in quanto i fornitori di queste apps non risultano qualificabili come operatori “infrastrutturati” o “nomadici”, con la conseguenza che – attualmente – gli operatori di TLC possono applicare misure di blocco nei confronti delle applicazioni in parola, fatte salve le garanzie di trasparenza fissate dal quadro regolamentare⁴⁴.

Più di recente, l'AGCOM ha esaminato il quadro dei rapporti tra gli operatori mobili e gli sviluppatori di applicazioni per il *mobile ticketing* nell'ambito dell'esercizio della propria funzione di risoluzione delle controversie tra operatori. Il *mobile ticketing* è un servizio digitale offerto attraverso applicazioni che consentono alle società di trasporto di vendere biglietti elettronici agli utenti di operatori mobili mediante servizi sms/mms a sovrapprezzo. Una di queste applicazioni è stata sviluppata da un operatore (A-Tono) che utilizza la numerazione in decade 4⁴⁵.

In materia di tutela del consumatore, l'AGCOM non ha svolto una specifica attività nel campo delle apps, sebbene questioni relative “all'impatto della convergenza sui consumatori”⁴⁶ siano emerse anche nel contesto italiano, soprattutto con riferimento alle segnalazioni di pratiche commerciali scorrette⁴⁷. La casistica più rilevante riguarda i procedimenti sanzionatori avviati con riferimento a servizi *premium* offerti in alcuni casi dagli operatori mobili in forza di accordi commerciali con sviluppatori di apps; in altri casi, i servizi a sovrapprezzo erano attivati dall'utente in virtù di un rapporto commerciale diretto con lo sviluppatore di applicazioni, tenuto al rispetto delle regole stabilite per i fornitori di servizi a valore aggiunto (VAS) dal Codice di condotta CASP 3.0

VoIP ed integrazione del Piano nazionale di Numerazione.

43 Delibera n. 128/11/CIR, Disposizioni regolamentari in merito all'interconnessione IP ed interoperabilità per la fornitura di servizi VoIP.

44 Sono salvaguardate, in ogni caso, le garanzie per i fornitori di queste apps fissate dal quadro normativo in materia di trasparenza sulle limitazioni tecniche e degradazioni della qualità del servizio che comportino restrizioni nell'accesso a talune applicazioni. Cfr. Artt. 20 (1), 21 (1) e (2) e 22 (3) della Direttiva Servizio Universale.

45 Le controversie sono state tutte conciliate. In questo contesto, è emerso come il *mobile ticketing* si stia sviluppando mediante un modello di business fondato sulla triangolazione dei rapporti tra: (i) operatore di rete mobile che funge da *access provider*; (ii) sviluppatori di apps operanti come “partner tecnologici” secondo il modello della piattaforma multi-versante e che, in alcuni casi, sono anche operatori di TLC; (iii) società municipalizzate e pubblica amministrazione, che l'Autorità qualifica come “*content e service providers*” (CSP).

46 Rapporto ITU, *Regulation and consumer protection in a converging environment*, 2013, p. 18 <http://www.itu.int/en/ITU-D/Regulatory-Market/Documents/Regulation%20and%20consumer%20protection.pdf>.

47 In realtà, vi è stato un caso anche nel settore della disciplina dei sondaggi in periodo elettorale, con riferimento al servizio di PoliticAPP sviluppata dalla società d'analisi triestina SWG, per il quale si è posto un problema di applicabilità del divieto di “diffusione di sondaggi elettorali sui mezzi di comunicazione di massa” durante il periodo c.d. di *blackout* elettorale per una applicazione mobile scaricabile a pagamento sugli store di Apple e Google.

(gennaio 2013). Pur segnalando che il Codice è un esempio di autoregolamentazione, promosso⁴⁸ e valutato positivamente dall'Autorità con delibera n. 43/13/CIR, si tratta di un riferimento concreto che mostra come l'AGCOM abbia inteso utilizzare strumenti alternativi al tradizionale intervento regolamentare per includere anche fornitori di apps integrate con servizi di telecomunicazioni nel perimetro della tutela dei consumatori nel settore delle comunicazioni elettroniche.

Questo veloce *excursus* deve infine dare conto del recente intervento legislativo che ha attribuito all'AGCM la competenza sulle pratiche commerciali scorrette anche nel comparto delle comunicazioni elettroniche, riducendo quindi significativamente lo spazio d'intervento dell'AGCOM.

L'esercizio di funzioni sanzionatorie in materia di pratiche commerciali scorrette nei mercati dei servizi di comunicazioni elettroniche è stato, infatti, oggetto di un dibattuto conflitto di competenza tra le due autorità, risolto nel 2012 dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che si era pronunciata sull'*actio finium regundorum*, a favore dell'AGCOM in virtù della specialità delle norme del Codice delle comunicazioni elettroniche che formano una disciplina esauritiva, dotata degli adeguati presidi sanzionatori⁴⁹. L'orientamento così formato, in ossequio al principio di specialità, è stato tuttavia sovvertito con l'adozione del d.lgs. n. 21/2014 recante la disciplina di recepimento della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori che ha attribuito una competenza esclusiva all'AGCM nell'accertamento di pratiche commerciali scorrette, anche se queste integrano una violazione delle norme settoriali nei settori regolati da altre autorità, fermo restando l'obbligo di richiederne il parere all'AGCOM e la possibilità di adottare protocolli di intesa per il coordinamento amministrativo. Senza entrare nel merito dei problemi applicativi che la formulazione della disposizione adottata potrebbe comportare in punto di diritto⁵⁰, occorre tuttavia segnalare che, sul piano della *policy* regolatoria, la scelta del Legislatore italiano si pone in controtendenza con gli indirizzi, precedentemente menzionati, delle istituzioni internazionali ed europee che invitano a un ampliamento e rafforzamento dei compiti di tutela del consumatore affidati ai regolatori settoriali⁵¹. In un contesto di crescente sostituibilità ed integrazione tra servizi di tele-

48 Nel senso che l'art. 22 dell'Allegato A alla delibera n. 52/12/CIR, recante "Ulteriori numerazioni per servizi a sovrapprezzo: numerazioni per servizi SMS/MMS e trasmissione dati" aveva riconosciuto effetti giuridici all'adozione e sottoscrizione del Codice di autoregolamentazione da parte di fornitori di servizi a sovrapprezzo (compresi i fornitori di apps) ai fini del legittimo utilizzo delle risorse numeriche.

49 Consiglio di Stato Adunanza Plenaria – 11 maggio 2012 – nn. 11, 12, 13, 15 e 16 (Riforma: T.a.r. Lazio – Roma, Sezione I, n. 14857/2010, T.a.r. Lazio – Roma, Sezione I, n. 19892/2010; T.a.r. Lazio – Roma, Sezione I, n. 19893/2010; T.a.r. Lazio – Roma, Sezione I, n. 14856/2010, T.a.r. Lazio – Roma, Sezione I, n. 04931/2010).

50 Su cui si rinvia alla letteratura giuridica sull'argomento e, tra i diversi commenti, a quello di G. NAVA, *Il conflitto tra istituzioni sulla competenza nella tutela dei consumatori nei mercati regolati: una proposta risolutiva?*, in <http://www.dimt.it/2014/01/14/il-conflitto-tra-istituzioni-sulla-competenza-nella-tutela-dei-consumatori-nei-mercati-regolati-una-proposta-risolutiva>.

51 Si veda in particolare ITU, *Regulation and consumer protection in a converging environment*, 2013 cit. Sul fronte europeo, si segnala la posizione espressa dalla Commissione nella procedura di infrazione n. 2013/2169, in cui si contestava allo stato italiano la non chiara ripartizione delle competenze tra le diverse autorità amministrative indipendenti. A tale situazione ha posto rimedio l'adozione del nuovo comma 1-bis dell'art. 27 del Codice del consumo. In realtà, parte della dottrina ha sollevato dubbi in merito alla compatibilità della soluzione prospettata con il diritto europeo ed, in particolare, con il ruolo affidato alle autorità di regolazione dei mercati di servizi pubblici, in particolare quello delle comunicazioni elettroniche. In tal senso, V. CARFI, *Pratiche commerciali: il comma 1 bis dell'art. 27 del Codice del consumo*, in *Rivista della Rego-*

comunicazioni tradizionali e servizi digitali innovativi offerti mediante apps, l'asimmetria delle regole può esporre il consumatore a nuovi rischi. Nell'attuale fase di rapide e continue innovazioni tecnologiche e di mercato, tuttavia, l'opportunità di una regolamentazione pienamente convergente si deve misurare non soltanto con i tempi del procedimento legislativo ma anche con la necessità di garantire un contesto normativo che non ostacoli l'investimento nei mercati emergenti delle apps. Pertanto, in questa fase, l'esercizio di funzioni di vigilanza e contenziose da parte dell'autorità di regolazione del mercato potrebbe presentare il vantaggio di limitare l'intervento a misure correttive laddove emergano effettivamente esigenze di tutela in relazione al caso concreto, evitando al contempo di anticipare o condizionare le scelte del mercato.

6. Considerazioni conclusive

Questo contributo ha voluto in primo luogo segnalare il rapido sviluppo del fenomeno delle apps ed il ruolo importante che hanno assunto per la fornitura di servizi nell'ecosistema di Internet, sia in termini di crescita del fatturato che di impatto sulla vita dei cittadini e delle imprese. Quindi, ne sono stati esaminati i riflessi sui "tradizionali" mercati delle comunicazioni elettroniche e dell'audiovisivo, con particolare attenzione agli aspetti concorrenziali e di tutela del consumatore. In tal senso, l'analisi è stata svolta partendo dal contesto internazionale, per poi confrontare l'esperienza europea e quella statunitense, fino a mettere a fuoco l'esperienza italiana, dove si registrano i primi interventi delle diverse autorità amministrative coinvolte.

In sede di conclusione, si propone una riflessione di portata più ampia sul rapporto tra innovazione e regolazione dei mercati. Lo studio del business delle apps può essere, in altri termini, un prisma attraverso il quale formulare indicazioni per una strategia di *policy* relativa all'ecosistema digitale nel suo complesso, diretta a conciliare il sostegno ad una industria in forte crescita con la promozione della concorrenza e la tutela del consumatore.

Un primo aspetto – metodologico – riguarda la constatazione di come il fenomeno della *apps economy* confermi la necessità di un approccio di natura sistemica, rispetto alla tradizionale analisi a livello di (specifico) mercato fino ad ora prevalsa. Il che vale sicuramente per la regolamentazione, ma – altrettanto – per la strategia di *policy* del governo centrale. Con riferimento al versante della regolamentazione dei mercati, ci si avvicina – infatti – all'ultima fase del ciclo di vita iniziato da oltre un decennio, allorché la Commissione europea definì il quadro regolamentare per le comunicazioni elettroniche. Ciò è dovuto ad alcune fondamentali ragioni. Innanzitutto, diminuisce progressivamente il numero di mercati che la Commissione ritiene suscettibili di regolamentazione *ex ante*: dalla iniziale lista di 18 mercati, si è passati a 7 nel 2007 e – da ottobre 2014 – si è scesi a 4⁵². È un processo naturale, atteso, che te-

lazione dei Mercati, 2014, I, p. 201 ed il contributo di S. LA PERGOLA, *Competenza esclusiva in materia di pratiche commerciali scorrette*, in AA.VV., *I nuovi diritti dei consumatori*, Giappichelli, 2014, p. 392, dove l'autore segnala che la direttiva europea aveva espressamente previsto la coabitazione tra autorità di regolazione e autorità della concorrenza.

⁵² *Raccomandazione della Commissione del 9 ottobre 2014 relativa ai mercati rilevanti di prodotti e servizi del settore delle comunicazioni elettroniche che possono essere oggetto di una regolamentazione ex ante ai sensi della direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del*

stimonia l'efficacia della regolamentazione, ossia la sua capacità di promuovere concorrenza nei mercati delle comunicazioni elettroniche. Inoltre, il processo di convergenza tra TLC, audiovisivo ed IT (*Information Technologies*) ha prodotto cambiamenti di mercato strutturali, rendendo più labili, fino talora ad annullarli, i confini tra mercati distinti sotto il profilo merceologico ed appartenenti ad industrie con vincoli regolamentari diversi, come pure ha promosso una ulteriore spinta all'internazionalizzazione di questi mercati. Infine, gli obiettivi di promozione della concorrenza e di tutela del consumatore cui è preordinata la regolamentazione settoriale, sovente devono essere posti in bilanciamento con altri valori e interessi di carattere "trasversale" ed altrettanto importanti: la tutela della *privacy*, la promozione dell'innovazione tecnologica, la tutela del diritto d'autore. Da quanto precede, discende che la regolamentazione "classica", basata sulle analisi di mercato mutate dall'esperienza antitrust, rivestirà in prospettiva un ruolo minore rispetto a nuove funzioni regolatorie (la cosiddetta "regolazione 2.0"), che impegneranno le autorità di regolazione delle comunicazioni elettroniche, chiamate ad intervenire su materie intersettoriali che, in alcuni casi, rappresentano il terreno di possibili conflitti tra interessi, norme e competenze. I temi dell'*apps economy* e del raggiungimento di un *level playing field* regolamentare, cui si accenna di seguito, costituiscono esempi di materie complesse che richiedono un approccio sistemico.

La seconda indicazione, di carattere metodologico ed istituzionale, riguarda il tema – più volte richiamato – della definizione di un *level playing field* regolamentare per tutti i protagonisti in campo: non solo gli operatori di TLC e dell'audiovisivo, ma anche i cosiddetti OTT. Si tratta di un tema che – per definizione – richiede un approccio di sistema, dal momento che coinvolge più industrie, diverse discipline e, di conseguenza, diverse autorità amministrative. Come si ricordava, il dibattito sembra invece privilegiare proposte di mera estensione agli OTT degli obblighi attualmente in capo a operatori di TLC o ai fornitori di servizi di media audiovisivi, con il rischio di una *over regulation* che disincentivi gli investimenti. Oppure, in direzione opposta, si registrano posizioni a favore di una regolamentazione minima – valida per tutti i grandi operatori – che, nei fatti, potrebbe però andare a detrimento di utenti, consumatori ed operatori di minori dimensioni, ossia dei soggetti più deboli sul mercato. A questo riguardo, sarà molto importante che la Commissione europea assuma una posizione chiara, che non si limiti peraltro al mercato delle TLC⁵³. Peraltro, al momento, l'unico "luogo" in cui viene affrontata la questione è la recente Raccomandazione sui mercati rilevanti, pubblicata nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea lo scorso ottobre, dove la Commissione si limita a sostenere che – in prospettiva – sia possibile valutare i servizi forniti dagli OTT come sostituti dei servizi offerti dalle imprese di comunicazioni elettroniche. In altri termini, bisognerà attendere la concreta declinazione che le Autorità di regolazione daranno di questa previsione per valutare se, ed in quale misura, vi sia un impatto in termini regolamentari.

L'analisi della *apps economy* – come evidenziato in precedenza – segnala, invece, un'altra criticità, ossia la pluralità di amministrazioni indipendenti che,

Consiglio che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (Testo rilevante ai fini del SEE) (2014/710/UE).

⁵³ La questione del *level playing field* è oggetto di discussione anche nell'ambito della revisione della Direttiva sui Servizi Media ed Audiovisivi: ovviamente, in questo caso, sono gli operatori televisivi a porre l'esigenza di una simmetria tra gli obblighi in capo ai *broadcaster* e quelli – a loro dire inesistenti – che gravano sugli OTT.

a diverso titolo, se ne stanno occupando. L'indicazione che ne deriva è quindi di tipo istituzionale. Dal veloce *excursus* svolto nel capitolo precedente, si sono registrati interventi di autorità della concorrenza, di garanti della *privacy*, di autorità di regolamentazione dei mercati. Premesso che questi interventi appaiono legittimi e giustificati, rimane la necessità di un doppio coordinamento: a livello nazionale, tra le diverse autorità amministrative indipendenti, così da evitare possibili duplicazioni o comunque elementi di contraddizione che influiscano negativamente sulla certezza delle regole e, di conseguenza, sull'investimento in innovazione; a livello sovra-nazionale, tra le autorità statali competenti per le stesse materie⁵⁴. A quest'ultimo riguardo, va nuovamente citata l'esperienza virtuosa dei garanti della *privacy* dell'Unione europea.

Infine, l'ultima indicazione rimanda al ruolo delle politiche economiche del governo centrale ed alla loro relazione con le prerogative delle (diverse) autorità amministrative che, per profili distinti, sono competenti in materia. La questione richiama, principalmente, il rapporto con gli indirizzi di politica industriale ed, in minor misura, con le politiche fiscali. Nel primo caso, molti paesi hanno definito – o stanno impostando – strategie a sostegno dell'economia digitale, non sempre affidando un ruolo esplicito e/o incisivo alle autorità di regolazione, che pure hanno competenze dettate dal quadro regolamentare comunitario. Al tempo stesso, con interventi sporadici, alcuni paesi utilizzano la leva fiscale per stabilire – di fatto – il *level playing field* tra tutti gli operatori attivi nell'ecosistema Internet, determinando in tal modo disparità di condizioni a livello comunitario. Sarebbe importante – invece – che queste iniziative assumessero una dimensione europea e, comunque, tenessero conto delle prerogative delle autorità nazionali competenti nei singoli settori di intervento. Non si tratta solo di perorare il – dovuto – rispetto del ruolo delle autorità di regolazione, ma anche di evitare che interventi non coordinati, almeno a livello europeo, e disparati sotto il profilo degli obiettivi, finiscano con il compromettere lo sviluppo di un'industria (un ecosistema) tra le poche, in questa lunga congiuntura economica negativa, da cui stanno provenendo – e sono attesi anche per il prossimo futuro – impulsi positivi per la crescita economica ed occupazionale.

⁵⁴ Si deve, infatti, considerare che, nella stragrande maggioranza dei casi, si tratta di apps che hanno una diffusione internazionale, senza barriere linguistiche che ne possano limitare la circolazione: su tutti, valga il caso delle apps per il *gaming*.