

LA SFIDA EUROPEA SULLE TELECOMUNICAZIONI: AUTORI, REGOLE, OBIETTIVI*

di

GIOVANNA DE MINICO

Professore associato di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università degli Studi di Napoli "Federico II".

SOMMARIO: 1. Luci e ombre della disciplina europea delle telecomunicazioni: il pacchetto Direttive 2002. - 2. Il titolare del potere di regolazione asimmetrica al 2002 (2.1. Il titolare al 2007: l'ipotesi dell'Autorità europea del mercato delle comunicazioni elettroniche. - 2.2. L'ipotesi dell'Organo dei regolatori europei delle telecomunicazioni). - 3. La quantità di regole asimmetriche: semplificazione annunciata o realizzata? - 4. La qualità delle regole asimmetriche al 2002. - 5. Le nuove regole del 2007: la separazione strutturale (5.1. L'accordo tra Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e Telecom Italia. Il precedente dell' 'undertaking British Telecom' e 'Office of Communications'). - 6. La sfida regolatoria per le reti di nuova generazione: concorrenza o monopolio? - 7. Considerazioni conclusive: a ogni decisore la sua regola.

1. Luci e ombre della disciplina europea delle telecomunicazioni: il pacchetto Direttive 2002

Il pacchetto Direttive 2002 in tema di comunicazioni elettroniche¹ intendeva mantenere al minimo la disciplina diretta a sanare i fallimenti del mercato irrimediabili con la *lex mercatoria*. L'esito di tale processo semplificativo era misurabile in termini di snellezza, in ragione delle regole conservate o emesse *ex novo*, di

* In corso di pubblicazione, presso l'editore Jovene, nel volume curato da A. Pace - R. Zaccaria - G. De Minico, Jovene, 2008, che raccoglie i risultati della ricerca Cofin: *L'ordinamento della comunicazione e la riservatezza. Tra diritto europeo e diritto nazionale*.

Desidero ringraziare i colleghi del *Department of Law* della *London School of Economics*, in particolare il Direttore, prof. H. COLLINS, per avermi invitato come *visiting professor*, permettendomi così di utilizzare il loro patrimonio bibliografico e creandomi molte occasioni di incontri con colleghi ed esperti. Infine, la mia gratitudine al collega e amico prof. M. ANDENAS, per l'accoglienza e le belle discussioni.

Il lavoro ha tenuto conto del dato normativo nazionale ed europeo al settembre 2008.

¹ In un mio precedente lavoro [G. DE MINICO, *Le Direttive CE sulle comunicazioni elettroniche dal 2002 alla revisione del 2006. Un punto fermo?*, in P. COSTANZO - G. DE MINICO - R. ZACCARIA (a cura di), *I "tre codici" della società dell'informazione*, Torino, 2006, pp. 170 ss.] è stata esaminata sotto il profilo sistemico la disciplina comunitaria delle comunicazioni elettroniche, sottolineandone luci e ombre.

In questa sede, mi limiterò a ricordarne i soli aspetti criticabili, perché sono stati causa della revisione in corso del pacchetto Direttive, e, dunque ci offrono anche un parametro per valutare l'idoneità del processo emendativo a convertire i difetti in pregi.

efficienza, in ragione dell'assolvimento della funzione correttiva, e di temporaneità, per la capacità delle regole di ritirarsi a mercato completato.

Pertanto, la disciplina comunitaria del 2002 si affermava come un modello inedito di disciplina endogena delle piazze liberalizzate, ausiliaria a quella antitrust e mutuante dalla stessa metodi e principi direttivi; così la 'necessità' diventava il punto di avvio dell'iter normativo, che identificava mercati, deficienze e rimedi in base a un approccio pragmatico, poroso alle specificità territoriali, e disponibile all'evoluzione tecnologica. Infatti, le Direttive 2002 affidavano il compito di selezionare i mercati, l'operatore dominante² e i rimedi³ alle Autorità nazionali di regolazione⁴ in coerenza con i principi del diritto antitrust⁵ e in aderenza alle specificità locali.

Si era davanti a un mutamento radicale di prospettiva, inteso a inaugurare un nuovo corso normativo: più snello e, al tempo stesso, più sofisticato. Più snello nella quantità di regole asimmetriche da immettere sul mercato, decrescenti col crescere del grado di competitività; più sofisticato nella tecnica di formulazione dei precetti che, basandosi sulle complesse analisi di mercato, sul criterio della sostituibilità della domanda e dell'offerta, sul parametro costi/benefici, avrebbe richiesto però tempi lunghi di definizione del *rule-making*; aspetti sconosciuti alle vecchie procedure caratterizzate da una certa rozzezza e da automatismo, ma anche da una maggiore speditezza nella conclusione⁶.

Ma le promesse di flessibilità, di riduzione della massa normativa e di adeguatezza del rimedio al *defeat* da sanare sono rimaste sulla carta, perché la Commissione ha blindato il tessuto normativo a vocazione flessibile, occupando i tre gradi del processo regolatorio asimmetrico (mercati, operatori e rimedi), nonostante la Direttiva quadro sembrasse volerli riservare alla competenza delle ANR, come

² Alle etichette standard di operatore dominante, fotografato *ex lege* in ragione del superamento della soglia critica di fatturato, il pacchetto 2002 avrebbe sostituito un operatore con significativo potere di mercato, individuabile *ex post* dalle ANR in virtù dei medesimi criteri tecnico-economici già elaborati dal binomio Commissione/Corte di Giustizia in tema di posizione dominante. E secondo la lettura che la Corte di Giustizia (Causa n. 322/81, *Michelin/Commission* [1983] ECR 3461, 3503) ha dato all'art. 82 Trattato CE - ora riprodotta fedelmente nell'art. 14 della Direttiva quadro - la posizione dominante è appunto «a position of economic strength enjoyed by undertaking which enables it to hinder the maintenance of effective competition on the relevant market by allowing it to behave to an appreciable extent independently of its competitors and customers and ultimately consumers».

³ Quanto ai rimedi, non erano più applicabili in blocco, ma selezionabili dalle ANR entro un ventaglio di correttivi formulati nelle Direttive al fine di individuarne il più appropriato allo specifico insuccesso da contrastare, proporzionato, giustificato e compatibile con gli incentivi alla sua esecuzione. Così Direttiva del 7 marzo 2002, n. 2002/19/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa «all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime», in part. l'art. 8.

⁴ D'ora in poi indicate con l'acronimo A.N.R.

⁵ Direttiva del 7 marzo 2002, n. 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio 2002/21/CE, che «istituisce un quadro normativo comune per le reti e i servizi di comunicazione elettronica», in part. art. 15, par.1.

⁶ Sul rapporto tra la regolazione asimmetrica prima maniera e quella introdotta dalle Direttive 2002, si vedano: L. J. H. F. GARZANITI, *Telecommunications, Broadcasting and the Internet: EU competition Law and regulation*, Sweet & Maxwell, 2^a ed., 2003, p. 12 ss.; P. NIHOUL - P. RODFORD, *EU electronic communications law*, Oxford, 2004, il punto 3.58, cap. I; I. Walden - J. Angel, *Telecommunications law and regulation*, Oxford, 2005, cap. I.

peraltro la corretta applicazione del principio di sussidiarietà tra il livello comunitario e quello statale avrebbe consigliato⁷.

a) Quanto ai mercati, la loro individuazione, anticipata per grandi linee nell'allegato A) alla Direttiva quadro, ha ricevuto dettagliata articolazione nelle 18 aree merceologiche elencate nella Raccomandazione. Considerato il valore orientativo di quest'ultimo atto, la lista ivi contenuta avrebbe dovuto avere il valore di mero elenco sintomatico dei mercati suscettibili di regolazione *ex ante*, lasciando impregiudicato l'accertamento alle singole Autorità nazionali della corrispondenza in concreto del singolo mercato in esame a una delle categorie astratte incluse nell'elenco.

Nella prassi però le cose sono andate diversamente, perché la Raccomandazione è stata interpretata dalle ANR, nonostante la sua natura di atto di *soft law*, come impositiva di una presunzione assoluta in materia di mercati regolabili, con la conseguenza che si sono avuti scostamenti marginali dalla lista e, comunque, non in riduzione, procurando un risultato opposto alla promessa derogazione.

b) Quanto all'operatore con significativo potere di mercato, la sua individuazione non ha avuto sorte diversa da quella riservata ai mercati, perché il rinvio ai principi del diritto comunitario ha determinato la coincidenza tra il concetto di significativo potere di mercato con quello di operatore in posizione dominante. E siccome quest'ultimo in base al diritto antitrust - qui richiamato come criterio integrativo della fattispecie normativa aperta - si determina in ragione delle specificità del mercato, cioè in base a quei tre criteri prima impiegati per selezionare un mercato rilevante, è accaduto che l'operatore con quote di mercato considerevoli su un segmento di mercato rilevante è stato con un certo automatismo considerato detentore di significativo potere, il che ha portato all'assorbimento del secondo grado nel primo.

In sintesi i due gradi - mercati e operatori - previsti come concettualmente separati e affidati alle competenze di autorità diverse, nei fatti hanno coinciso nell'imputazione a favore del soggetto sovranazionale.

c) Quanto alle misure correttive, il legislatore comunitario del 2002, si era limitato a stendere un elenco aperto di rimedi, emendabili o integrabili all'occorrenza, cioè in sede di decisione regolatoria delle ANR (Dir. Accesso, art. 8), le quali, infatti, avrebbero dovuto scegliere la misura più adeguata e proporzionata alle specificità della disfunzione da correggere entro l'ambito di rimedi predefinito nella Direttiva Accesso. Adeguatezza, proporzionalità e ragionevolezza sarebbero stati i parametri orientativi della scelta selettiva delle Autorità, imposti dal legislatore comunitario per contemperare l'esigenza sovranazionale di uniformità normativa con le istanze di differenziazione dettate dalle peculiarità dei mercati nazionali. Il conseguimento di questo risultato avrebbe richiamato Autorità e Commissione, ciascuna per quanto di propria competenza, al reciproco dovere di leale collaborazione.

Una collaborazione questa, che per le Autorità avrebbe significato sperimentare rimedi diversi da quelli tipizzati, in caso di inadeguatezza di questi ultimi a sanare la disfunzione, grazie alla clausola di apertura disposta dall'art. 8, par. 3 (Dir. Accesso), che esemplifica i rimedi standard, ma, al tempo stesso, rimette alle Autorità la

⁷ A. DE STREEL, *A program for reforms for the European regulation of electronic communications, paper*, 1/08/05, presentato alla ITS Conferenza di Porto nel settembre 2005; ID., *Remedies in the European electronic communications sector*, in D. GERADIN (ed.), *Remedies in Network industries: EC competition law vs. sector-specific regulation*, Intersentia, 2004, p. 37.

possibilità di inventarne nuovi, eventualmente di natura strutturale e non comportamentale come quelli nominati, purché assentiti dalla Commissione.

Mentre questa lealtà avrebbe consigliato alla Commissione un cauto atteggiamento di autolimitazione nel proporre emendamenti correttivi ai progetti di rimedi formulati dalle Autorità. La Commissione, dal canto suo, invece ha “suggerito” nelle lettere di commento modifiche puntuali alle misure asimmetriche, avviando in caso di loro inosservanza la procedura di infrazione, benché in punto di diritto una lettera di commento sia impositiva del solo obbligo di sua attenta valutazione (art. 7, co.5, Dir.Quadro), non già del dovere per il destinatario di conformarvisi⁸. È ovvio che un uso così disinvolto di questo strumento di *soft law* ha scoraggiato la sperimentazione normativa delle ANR, che hanno preferito adeguarsi alle indicazioni formalmente non cogenti delle lettere di commento pur di sottrarsi alla procedura di infrazione.

Il radicale cambiamento che il pacchetto Direttive 2002 sembrava annunciare anche rispetto ai rimedi, cioè il passaggio da un metodo regolatorio astratto e aprioristico ad uno concreto e pragmatico, non era allo stato disponibile per questa sequenza di eventi: Direttiva quadro, Raccomandazione e altri atti di *soft law*, concorrenti tutti a ingessare il tessuto normativo non diversamente da quanto era accaduto in precedenza.

In conclusione, i vizi della disciplina comunitaria del 2002 si sintetizzano in difetti relativi all'autore delle regole, alla quantità e, infine, alla qualità delle stesse.

2. Il titolare del potere di regolazione asimmetrica al 2002

Dal contesto normativo sopra delineato risulta che titolare del potere regolatorio è la Commissione Europea, *dominus* dell'intero percorso normativo dall'ideazione della regola asimmetrica alla sua applicazione al caso specifico nazionale. Un moto a spirale verso l'alto, che relegava le ANR, dopo averle riscattate dal ruolo di emissari dei governi nazionali, a meri esecutori del volere di Brussels a garanzia dell'unità del diritto europeo (delle TLC). La Commissione ad oggi ha perseguito tenacemente questo obiettivo senza risparmiare alcun mezzo, avvalendosi del diritto vincolante (la stessa Direttiva quadro definiva la lista dei mercati suscettibili di regolazione *ex ante*, sottraendoli di fatto all'individuazione alternativa delle ANR), ma all'occorrenza anche della *soft law* (linee guida, raccomandazioni, lettere di intenti). Strumenti, questi ultimi, con i quali la Commissione asciugava i già esigui spazi di discrezionalità delle ANR, violando altresì con una certa disinvoltura il principio comunitario di corrispondenza tra forma dell'atto e suo regime giuridico; con ciò il diritto si rivelava

⁸ Il caso è relativo alla *querelle* tra la Commissione e Ficora (l'Autorità di regolazione finlandese); quest'ultima aveva statuito tariffe solo rispetto al mercato di terminazione di chiamate vocali su reti mobili, escludendole per il corrispondente mercato di rete fissa. La contestazione pertanto atteneva al requisito dell'adeguatezza della misura, perché essa «solved only part of the competition problem identified»: così EUROPEAN COMMISSION, *Communication on Market Reviews under the EU Regulatory Framework*, cit., p. 6. A seguito della lettera di commenti non rispettata da Ficora, la Commissione ha avviato la procedura d'infrazione [G(2004) D/233787], perché «this exclusion of fixed-originated traffic is contrary to the objectives of the New Regulatory Framework, since (i) fixed telephony subscribers are excluded from the benefit of the remedies imposed on mobile Call termination, (II) the measures discriminate between fixed and mobile network operators and (III) the measures fail to remove an obstacle to the provision of fixed-to mobile services in Finland».

debole nel nome, ma *hard* nel contenuto, suggerendo veri e propri obblighi di *compliance* alle A.N.R., che, se disattesi le esponevano all'azione di infrazione⁹.

Ma nonostante la Commissione avesse fatto quanto era in suo potere di fare e anche oltre, non era riuscita ad assicurare un approccio applicativo coerente¹⁰, perché l'unità del diritto presuppone che l'esistenza di regole condivise si completi nella coerenza del momento esecutivo, da sottrarre alle legittime aspettative di differenziazione geografica. In tal modo il percorso normativo si dovrebbe articolare lungo un iter circolare, che inizia laddove termina, implicando la coincidenza soggettiva sostanziale, non anche formale, tra l'autore della regola e il suo interprete.

Il rispetto del principio di sussidiarietà declinato verso il basso imponeva alla Commissione di ideare soluzioni alternative alla titolarità solitaria del potere di veto sui rimedi: cioè all'ordine con cui la Commissione prescriveva a una ANR di ritirare la proposta di rimedio dettandole la misura alternativa. Strada che pur aveva provato a percorrere con la *Call for input*¹¹ del 2005 (e dopo nel 2006), ma poi abbandonata per le forti obiezioni dell'ERG in difesa delle prerogative normative delle ANR¹², sostenute da «relevant knowledge and understanding of their respective markets necessary for the design of appropriate regulatory remedies»¹³.

2.1. *Il titolare del potere regolamentare al 2007: l'ipotesi dell'Autorità europea del mercato delle comunicazioni elettroniche.* Con la proposta di regolamento del novembre 2007¹⁴ la Commissione acquisisce alla sua competenza il riesame delle regole asimmetriche, con una soluzione alternativa alla titolarità del potere di veto in coerenza con l'autonomia decisoria delle ANR.

⁹ Per un confronto tra il modello astratto di *soft law*, conforme con la legalità comunitaria, e l'attuale condizione del diritto debole, incapace di rispettare la corrispondenza tra forma e regime giuridico, volendo G. DE MINICO, *La soft law nostalgie e anticipazioni*, in F. BASSANINI - G. TIBERI (a cura di), *Le nuove Istituzioni Europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Mulino, 2008, pp. 336-342.

¹⁰ COMMISSIONE EUROPEA, *Relazione alla proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio, che istituisce un'Autorità europea del mercato delle comunicazioni elettroniche*, COM(2007) 699 def., del 13/11/2007, nella quale è espressa chiaramente la preoccupazione che la 'scarsa coerenza' nell'applicazione della normativa europea sia stata la causa prima della frammentazione regolamentare del mercato interno e che gli approcci atomistici delle 27 autorità nazionali siano stati percepiti dalle imprese «come ostacoli alla fornitura di servizi transnazionali o paneuropei».

¹¹ COMMISSIONE EUROPEA, *Call for input on the forthcoming review of the EU regulatory framework for electronic communications and services, including review of the Recommendation on relevant markets*, (25/11/05) in: http://europa.eu.int/information_society/policy/ecom/doc/info_centre/p.

¹²Cfr. EUROPEAN REGULATORY GROUP, *Response to EU Commission call for input*, 25/11/05, in http://erg.eu.int/documents/index_en.htm, a p. 4 «However, we are firmly opposed to a European Commission right of veto over National Regulatory Authorities choice of remedies. We believe national regulators are best placed to decide on such issues», rivendicando invece a sé il compito di armonizzare le prassi nazionali differenti «through the continuing work of ERG on its common position on remedies and through the development of ERG's ability more generally to offer guidance on when (and when not) very close alignment of remedies is appropriate».

¹³ ID., *Advice in the context of the Review of the regulatory framework for electronic communications networks and services in response to the letter by Commissioner Viviane Reding of 30 November 2002*, nel sito web dell'ERG (27.2.2007).

¹⁴ Commissione Europea, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che «istituisce un'Autorità europea del mercato delle comunicazioni elettroniche»*, COM (2007) 699 Def., 13.11.2007.

Il percorso è semplice: la Commissione non è più sola quando rilegge la proposta regolatoria delle ANR¹⁵, ma è affiancata da un'Agenzia europea¹⁶, sua consulente tecnica. L'intervento dell'Agenzia lascia invariata la competenza del centro decisionale, che continua a essere la Commissione¹⁷, in quanto il parere affidato all'Agenzia ha natura obbligatoria, e, come tale, potrà essere disatteso dalla Commissione, purché motivi il suo dissenso dall'opinione (favorevole) dell'Agenzia. Ciò giustifica il nostro giudizio posto in apertura: la Commissione 'si inventa' l'Agenzia Europea per aggirare il divieto di sostituirsi alle ANR nella produzione del diritto endogeno, cioè percorre una via lecita per conseguire un risultato giuridicamente discutibile.

Esaminiamo nel dettaglio la missione dell'istituendo soggetto: questi assisterebbe la Commissione sia con l'attività consultiva, sia svolgendo compiti preparatori, informativi e di ricerca, attività, prodromiche alle decisioni dell'Esecutivo comunitario e concorrenti alla completezza istruttoria della volontà del soggetto ausiliato. Questo profilo funzionale dell'Agenzia è coerente con il disegno istituzionale comunitario, contrario ad assegnare alle agenzie europee compiti implicanti valutazioni discrezionali o scelte tra opzioni politiche contrastanti¹⁸. L'ausiliarità, che definisce la posizione dell'Agenzia rispetto alla Commissione,

¹⁵Cfr.: COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di Regolamento*, cit. alla nota recedente, art. 5; poi richiamato nell'art. 7, co. 5, dell'atto della COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio, recante modifica delle Direttive 2002/21/CE che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, 2002/19/CE relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime e 2002/20/CE relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica della proposta di direttiva di modifica del Pacchetto2002*, COM (2007) 697 Def., del 13/11/2007.

¹⁶ V. REDING, *Plenary meeting of the European Regulators Group Athens*, 11 October 2007, in www.information-society.

¹⁷C. LONG, *The European Telecom Market Authority - a necessary reform*, in *Comm. L.*, 13 (2), 2008, pp. 35 ss.; dove l'Autore riconferma il ruolo della Commissione come «the incumbent pan-European regulator».

¹⁸ Vedi Corte di Giustizia, *Meroni v. High Authority*, causa 9/56, 13 giugno 1958, [1957-1958], in *ECR* 133, in part. si leggano le motivazioni illustrate al punto c) «la delega non può col sostituire gli apprezzamenti dell'autorità delegata a quelli dell'autorità delegante, determinare un vero spostamento di responsabilità».

Da ultimo anche la COMMISSIONE EUROPEA, *Progetto di accordo interistituzionale relativo all'inquadramento delle agenzie europee di regolazione*, COM(2005) 59 def., p. 12, nell'enumerare le competenze precluse alle agenzie, indica: "a) l'adozione di misure generali di regolamentazione; b) il potere decisionale in campi nei quali esse debbano fungere da arbitri tra interessi pubblici in conflitto o esercitare discrezionalità politica". In dottrina, tra i tanti, cfr.: K. LENARTS, *Regulating the regulatory process: "Delegation of powers" in the european community*, in *Eur. l. rev.*, 18, 1993, pp. 23 ss.; X. A. YATAGANAS, *Delegation of regulatory authority in the European Union, The Relevance of the American model of independent agencies*, Jean Monnet Working paper 3/2001; G. MAJONE, *Delegation of regulatory powers in a mixed polity*, in *Eur. l. jour.*, 8, 2002, in part. pp. 323 ss.; R. DEHOUSSE, *Delegation of powers in the European Union: the need for a Multi-principals model*, in <http://www.arena.uio.no/events/LondonPapers06/DEHOUSSE.pdf>, 2006; D. GERADIN - R. MUNOZ - N. PETIT (eds.), *Regulation through agencies in the EU*, Edward Elgar, 2005, in particolare si vedano i contributi di E. VOS e di D. GERADIN sul tema della delega di funzioni regolatorie e del connesso problema dello spostamento di responsabilità; D. CURTIN, *Delegation to EU Non - Majoritarian Agencies and Emerging Practices of Public Accountability*, in <http://www.arena.uio.no/events/seminarpapers/2005/CurtinJUNE05.pdf>, 2005; E. CHITI, *Towards a model of independent exercise of community functions?*, in R. CARANTA - M. ANDENAS- D. FAIRGRIEVE (eds.), *Independent Administrative Authorities*, Londra, 2004, in part. pp. 217-222.

ripropone la ben nota relazione intersoggettiva tra delegato e delegante, secondo la quale al primo non è consentito sostituire il proprio apprezzamento discrezionale a quello del secondo, perché se così fosse, saremmo dinanzi, non all'esercizio della funzione sotto lo stretto controllo del delegante, bensì alla cessione della sua titolarità e conseguente "slittamento di responsabilità" politica verso il cessionario, in violazione dell'architettura ordinamentale dei Trattati Europei. "The intent is clear. Policy choices remain for the Commission, implementation is for the agency"¹⁹. Ne sia prova il fatto che neanche l'interpretazione dinamica del principio dell'*institutional balance*, offerta dalla giurisprudenza comunitaria²⁰, è riuscita a dilatare i confini delle sfere di attribuzione definite nei Trattati, limite questo, che impone a ciascuna delle istituzioni l'obbligo di "exercise its power with due regard for the power of other institutions [...]" e comporta che "it should be possible to penalize any breach of that rule which may occur". Ne consegue che anche la lettura evolutiva del dialogo interistituzionale conferma la distinzione tra ciò che è scelta politica e ciò che non lo è, per riferire la prima alla Commissione, in quanto soggetto politicamente responsabile, e la sua implementazione alle Agenzie.

Questa rapporto di pertinenza dell'Agenzia europea all'Esecutivo comunitario giustifica anche la ripetizione quasi ossessiva, nel testo della proposta di regolamento, del verbo "coadiuva" usato per qualificare il destinatario dei compiti della Agenzia: la Commissione, che si avvale della prima non diversamente da quanto farebbe con un suo organo, il che nega in sede funzionale la pur riconosciuta indipendenza genetica dell'Agenzia dalla Commissione.

Qui la nostra Agenzia si allontana dall'archetipo "agenzia europea"²¹, perché non realizza una forma di co-amministrazione verticale, cioè tra due diversi livelli di governo, sopranazionale e statale, quanto piuttosto un'inedita forma di coamministrazione orizzontale, che mette insieme le rispettive ANR, realizzando un *forum* che per contestualità di tempo e di spazio consente l'esercizio simultaneo di funzioni, che, se esercitate autonomamente, comprometterebbero la coerenza dell'approccio normativo. Si tratta di un coordinamento equiordinato, perché l'agenzia non arriva mai a sostituirsi alle autorità nazionali, ma si limita - in linea con la teoria dei poteri graduati laddove sufficienti - a consigliare prassi normative da assumere, a promuovere standard di comportamento comuni piuttosto che a imporli, portando a compimento quel sistema reticolare tra regolatori nazionali, introdotto dalle Direttive 2002, ma ancora privo di un suo centro di orientamento.

Se infine esaminiamo questa soluzione organizzativa rispetto al risultato perseguito dalla Commissione, la coerenza degli approcci applicativi, risulterà che

¹⁹ Il riferimento è a P. CRAIG, *The constitutionalisation of Community administration*, in *Eur. L. rev.*, 28 (6), 2003, p. 849.

²⁰ E. Chiti, *Beyond 'Meroni': the community legitimacy of the provisions establishing the european agencies*, in G. DELLA CANANEA (ed.), *European regulatory agencies*, ISUPE Press, 2004, p. 83, valorizza il ruolo della Corte, promuovendola da guardiano di un'architettura stabile e immutabile a interprete di un "interinstitutional dialogue aimed at maintaining in a dynamic and innovative relationship the various Community authorities".

²¹ Sottolineano questo attributo in dottrina. A. KREHER, *Agencies in the European community - A step towards administrative integration in Europe*, in *Jour. eu. pub. pol.* 1997, 225 ss.; R. DEHOUSSE, *Regulation by network in the European community: the role of European agencies*, in *Jour. eu. pub. pol.*, 1997, pp. 246 ss.; E. CHITI, *The emergence of a community administration: the case of European agencies*, in *Comm. mar. l. rev.*, 37, 2000, pp. 309 ss.

essa supera il banco di prova, perché si lascia alla Commissione la parola ultima sui rimedi; le critiche al modello interessano invece il rapporto Commissione/Stati membri, già orientato a favore della prima con le Direttive 2002, e ora rafforzato con l'assegnazione alla Commissione di un aiutante di campo: l'Agenzia.

2.2. *L'ipotesi dell'Organo dei regolatori europei delle telecomunicazioni.* All'ipotesi "Agenzia", proposta dalla Commissione, il Parlamento Europeo, in prima lettura, ha risposto con una figura diversa per fisionomia e compiti²²: il BERT, l'organo dei regolatori europei delle telecomunicazioni, composto dai designati delle ANR, uno per Stato, con la Commissione presente in veste di osservatore, senza diritto di voto²³. Questa soluzione declassa il soggetto da Agenzia europea - i cui atti, aventi rilevanza giuridica diretta, sono impugnabili in Corte di Giustizia - a organo comunitario, i cui atti, privi di affioramento giuridico diretto, incidono sulla legittimità del provvedimento finale come frammenti endoprocedimentali, e, come tali, perdono l'attributo della sindacabilità giudiziaria. Tutto farebbe dunque pensare che al "dequotamento" organizzativo corrisponda anche una contrazione dei non robusti poteri dell'Agenzia; invece, sul versante delle funzioni, il BERT sopravanza l'Agenzia, e diventa un interlocutore paritario della Commissione.

La fase comunitaria sull'*iter* regolativo nazionale non solo coinvolge due soggetti, Commissione e BERT, ma li vede contraddittori con pari dignità: essi siedono al tavolo delle trattative con gli stessi diritti e poteri, sicché il veto di uno dei due è ostativo alla definizione dell'atto comunitario sulla misura proposta. Più nel dettaglio, se la proposta presenta elementi di dubbia compatibilità comunitaria, occorrerà che il BERT e la Commissione formulino d'intesa²⁴ una decisione di veto. Questa volontà negativa del BERT può essere denominata "parere", ma in punto di diritto è piena condivisione del momento decisionale con la Commissione, la quale infatti non potrà emettere il veto, se non in forza di una valutazione negativa del BERT.

L'ipotesi BERT regge bene dal punto di vista degli equilibri interordinamentali, cioè nel caso si assuma come parametro di giudizio la difesa della sussidiarietà verticale, in quanto il BERT rappresenterà un esempio assolutamente inedito di coregolazione tra diversi livelli di governo, perché sostituisce all'esercizio solitario del potere di riesame della Commissione la simultanea cogestione della funzione normativa tra Commissione e Stati membri, sintetizzati nel BERT. Il che corrisponde, a livello di atti, all'intervento di un provvedimento complesso a potestà uguali, in luogo dell'atto unilaterale di veto. Una vera rivoluzione copernicana, se il punto dal quale eravamo partiti era lo schema del soggetto ausiliario alla Commissione, perché il BERT, a differenza dell'Agenzia, sta stretto nelle vesti di esecutore materiale di un volere altrui, contribuendo a determinare la decisione regolativa non meno di quanto farà la Commissione.

²² PARLAMENTO EUROPEO, *Progetto di relazione sulla proposta di Regolamento*, cit., 2007/0249 (COD), reso il 17/04/2008, in particolare si veda l'emend. 4 alla proposta di regolamento, Cons. 12.

²³ Cfr: ID., *Progetto di relazione sulla proposta di Regolamento*, cit., 2007/0249 (COD), in part. l'emen. 81 alla proposta di regolamento, art. 25, par. 1.

²⁴ ID., *Progetto di relazione sulla proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio*, cit., 2007/0247 (COD), reso il 23.04.2008; in particolare, si veda l'art. 7-bis.

Ancora una riflessione quanto alla compatibilità di questa soluzione organizzatoria con la legalità comunitaria. Il BERT, diversamente dall'Autorità proposta dalla Commissione, non viola la regola dell'*institutional balance*, perché non espropria la Commissione del potere di veto, prerogativa che già il pacchetto Direttive 2002 non affidava alla Commissione: dunque, il BERT non toglie alla Commissione ciò che questa non ha.

A un esame più attento il BERT piuttosto si sostituisce di volta in volta alle singole ANR²⁵, perché in caso di conflitto tra l'ANR, proponente la misura, e il BERT, che si oppone al rimedio, prevarrà il veto di quest'ultimo. Quindi, l'ANR, un tempo autrice dell'intero processo regolativo asimmetrico, è ridotta a mera proponente di una decisione che si compirà in un'altra sede e a un altro livello di governo. Questo svuotamento delle ANR, già iniziato col pacchetto Direttive 2002 e in principio diretto a favore della Commissione, vede ora come destinatario ultimo di questo moto centripeto il BERT, cioè un soggetto parimenti sopranazionale, ma privo di legittimazione politica, con le conseguenze che vedremo a breve. Il BERT porta a compimento, estremizzandolo, il disegno reticolare delle Autorità nazionali: inteso come un sistema di interazioni tra più soggetti pubblici, caratterizzato dalla presenza di un centro unitario di coordinamento. Qui però il BERT interviene sul concetto di rete novando il rapporto di equiordinazione tra le parti e il tutto, in una relazione gerarchica a suo vantaggio, perché non si limita a un coordinamento da *primus inter pares* ma si afferma come il superiore gerarchico dei singoli anelli della rete²⁶, che perdono le loro individualità per rimanere assorbiti nel centro decisionale di ultima istanza.

Nei fatti è probabile che si instauri un dialogo fruttuoso tra BERT e ANR, la cui misura sia stata contestata dalla Commissione, con conseguente emarginazione proprio di quest'ultima. Se ciò dovesse accadere, la Commissione sarà perdente rispetto all'obiettivo di governare il processo regolativo, cioè di assicurarsene la regia unitaria contro le spinte centrifughe statuali, perché il risultato di un approccio applicativo coerente²⁷ potrebbe essere compromesso dall'intesa BERT e ANR²⁸, che

²⁵ Quanto sta accadendo con il BERT, sempre che esso diventi la soluzione definitiva, si sta verificando rispetto a un'altra istituenda Agenzia europea, quella per il mercato interno dell'energia elettrica (COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che istituisce un'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia*, COM(2007) def. 0530, del 19/09/2007), i cui poteri regolatori incrementati, rispetto alla versione iniziale della Commissione, dal Parlamento Europeo, in sede di prima lettura [cfr.: Parlamento Europeo, *Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 18 giugno 2008 sulla proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che istituisce un'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia*, cit., TA-PROV(2008) 0296], determinano un parallelo svuotamento di attribuzioni a danno delle Autorità di regolazione nazionale. Qui l'Agenzia addirittura approva i codici di autoregolazione degli operatori in sostituzione alle ANR o sanziona le condotte illecite degli operatori, prerogative da sempre acquisite al bagaglio dei poteri delle ANR.

²⁶ Nella letteratura straniera (T. A. BÖRZEL, *Policy networks – a new paradigm for European governance?*, European University Institute Working Papers, RSC, 97/19; G. JORDAN - K. SCHUBERT, *A preliminary ordering of policy networks labels*, in *Eu. jur. pol. resear.*, 1992, pp. 7-27) il concetto di sistema reticolare intersoggettivo è incompatibile con l'esistenza di un centro sovraordinato, per questo motivo nel testo si è parlato del BERT come di fattore di estremizzazione della rete.

²⁷ Cfr.: COMMISSIONE EUROPEA, *Relazione di presentazione della Proposta di Regolamento*, cit., COM(2007) 699 def., p. 2.

²⁸ Non si comprende come la Commissione in questo contesto possa operare da arbitro. Per una ricostruzione in questi termini, si veda: il COMMITTEE ON INDUSTRY, RESEARCH AND ENERGY, *Discussion paper, Towards a balanced reform of the telecom regulatory framework: the right rules to achieve information*

aprirebbe ad applicazioni differenziate da Stato a Stato nonostante l'esistenza di un quadro normativo unitario di riferimento.

Un ultimo vizio di questa soluzione è rappresentato dal fatto che la diversificazione delle Autorità decidenti non porta con sé chiarezza nell'imputazione delle rispettive responsabilità politiche: perché, la Commissione opponendosi a una certa misura, si assume le conseguenti responsabilità verso il Parlamento, il BERT verso chi risponderà? Ovviamente manca un giudice politico dinanzi al quale il BERT debba rendere conto del suo operato, pur facendo politica regolatoria di mercato; si pensi che la decisione asimmetrica più importante, la separazione funzionale, vede anche formalmente consacrato il ruolo del BERT come coautore dell'atto finale. In questo concorso di soggetti politici e neutrali si apre una via di fuga dal binomio potere-responsabilità, una sorta di zona franca dalla responsabilità, non contemplata affatto dal Trattato di Lisbona, il quale, invece, si muove nell'opposta direzione tesa a rafforzare il rapporto fiduciario Commissione/Parlamento Europeo. Ma è evidente, a questo punto dell'indagine, che il nostro argomentare si regge su un presupposto: la natura sostanzialmente politica delle regole asimmetriche, che accerteremo da qui a breve.

3. La quantità di regole asimmetriche: semplificazione annunciata o realizzata?

Il pacchetto del 2002 e la sua revisione in corso²⁹ non hanno mantenuto la promessa deregolativa³⁰, perché hanno privilegiato un metodo astratto di selezione dei mercati, suscettibili di regolazione *ex ante*, piuttosto che la loro individuazione in concreto.

society leadership and maximise the value for citizens, 28 marzo 2008: «A dispute resolution system, rather than a veto mechanism, should be in place to engage actively all the parties concerned, the Commission, then individual NRAs, BERT and the stakeholders in searching for constructive solutions regarding the imposition of remedies...». In quanto la figura dell'arbitro, impropriamente affidata alla Commissione, presuppone una costruzione del *rule-making* nei termini di un *negotiated rule-making* secondo il modello americano della *L.101-648 (S.303), november 29 1990, negotiated rulemaking act of 1990*, che prevede l'effettiva equiordinazione delle parti. Ma la singola ANR conta poco in questa dinamica, salvo che - come già detto nel testo - non riesca ad attirare dalla sua parte il BERT: in tal caso il processo co-regolativo si sbilancerà a vantaggio delle ANR, ma anche in questa ipotesi la Commissione non potrà giocare il ruolo di arbitro imparziale.

²⁹ Ricordiamo che il procedimento di revisione è stato anticipato da due calls for input: COMMISSIONE EUROPEA, *Call for input on the forthcoming review of the EU regulatory framework for electronic communications and services, including review of the Recommendation on relevant markets*, (25/11/05) in: http://europa.eu.int/information_society/policy/ecom/doc/info_centre/p.

In termini generali, per uno sguardo d'insieme sulla riforma in corso si veda: C. WATSON, *2007 review of the 2002 European telecommunications directives*, in *Compiu. telec. l. rev.*, 2007, 129, pp.1-24.

³⁰ A. DE STREEL, *The new regulatory paradigm for European electronic communications: on the fallacy of the 'less regulation' rhetoric*, in <http://www.tilburguniversity.nl/telec/seminars/streel.pdf>; da ultimo, P. RICHARDS, *The limitation of market-based regulation of the electronic communications sector*, in *Telec. pol.*, 30, 3-4, 2006, pp. 201 ss.

Con la nuova Raccomandazione³¹ sui mercati rilevanti va dato atto alla Commissione di avere sfolto la lista precedente, riducendo a 7 le piazze - prevalentemente mercati all'ingrosso - oggetto di regolazione correttiva. A nostro avviso, però, non ci sarebbe stato bisogno di una nuova Raccomandazione, se solo la Commissione avesse consentito alle Autorità di selezionare i mercati in ragione dei test economici, e non in forza della loro astratta appartenenza a un elenco aprioristicamente compilato nella Raccomandazione del 2002. L'azione in riduzione della Commissione è dunque criticabile, non nell'esito - perché essa a ragione esclude i mercati al dettaglio, regolabili solo come *extrema ratio* - ma nel metodo: ancora una volta la Commissione disegna i mercati a tavolino, imponendo di fatto alle ANR un elenco ridotto, ma pur sempre una lista preconfezionata, dalla quale difficilmente riusciranno a discostarsi, come l'esperienza ha dimostrato. Si sarebbe potuto ipotizzare, in sostituzione della lista una delimitazione di macroaree geografiche³² da parte della Commissione, perimetro per le successive individuazioni affidate alle ANR. In tal modo non ci sarebbe stata più la necessità di una revisione periodica dei mercati, perché la decisione normativa, nata in basso, si sarebbe mantenuta al minimo indispensabile, come peraltro suggerisce il canone della *better regulation*, che pur nelle intenzioni la Commissione dichiara di voler seguire, lì dove il perseverare nelle valutazioni legali tipiche rischia di creare un diritto già superato dai fatti quando entra in vigore.

4. La qualità delle regole asimmetriche al 2002

A questo punto dell'analisi è opportuno chiederci se le regole correttive abbiano assolto al compito di sanare i fallimenti del mercato.

La risposta, qualunque essa sia, richiede un chiarimento preliminare sul concetto di "regola asimmetrica".

Termine che racchiude esperienze normative eterogenee intese a creare pari opportunità tra operatori disallineati: l'ex monopolista, l'*incumbent*, e i nuovi entranti. La norma nel caso in esame si risolve nel riservare una disciplina differenziata a situazioni soggettive di obiettiva diversità, ricorrendo a obbligazioni unilaterali: pertanto, si impone all'*incumbent* l'obbligo di mettere la propria rete a disposizione del fornitore di servizi privo di infrastruttura, il quale in qualità di creditore ne pretenderà l'utilizzo alle medesime condizioni giuridiche ed economiche praticate dal titolare alle proprie divisioni commerciali.

La regola asimmetrica, applicazione dell'uguaglianza sostanziale all'art. 41 Cost., pretende di 'mimare' un mercato concorrenziale, creando, secondo il noto paradigma

³¹ COMMISSIONE EUROPEA, *Raccomandazione relativa ai mercati rilevanti di prodotti e servizi delle comunicazioni elettroniche che possono essere oggetto di una regolamentazione ex ante ai sensi della Direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica*, del 17/12/08 (2007/879/CE), in G.U.C.E., 28/12/97, L. 344/65.

³² Il Regno Unito ha risposto alla *Call for input* della Commissione indicando proprio la soluzione elastica, da noi ipotizzata, delle macroaree merceologiche, in *UK response to the call for input on the forthcoming review of the recommendation on relevant markets* (1/01/06), in http://europa.eu.int/information_society/policy/: «We believe that the best way of dealing with this» cioè l'identificazione dei mercati rilevanti «is to identify broad strategic areas within which NRAs need to define the appropriate economic markets, rather than promulgate narrower more detailed definitions from which a number of NRAs will inevitably need to depart».

della *fiction iuris*, condizioni analoghe a quelle che un mercato competitivo produrrebbe da sé³³. La finzione avrà successo solo se per l'*incumbent* i clienti, indipendenti e propri, saranno indistintamente uguali.

Possiamo quindi rispondere alla domanda posta in apertura circa l' idoneità della regolazione asimmetrica a sanare le disfunzioni del mercato, distinguendo il profilo di diritto dalle considerazioni sul fatto.

In punto di diritto la risposta è negativa, in quanto non si può pretendere da chi vive una condizione fisiologica di conflitto d'interessi, il rispetto della regola della buona fede nelle contrattazioni a discapito della sua competitività. Sarà pertanto inevitabile che l'*incumbent* riservi agli operatori indipendenti condizioni negoziali peggiori di quelle praticate alle sue divisioni commerciali al fine di emarginarli dalla gara al dettaglio³⁴.

Aver disegnato solo rimedi comportamentali è stata una risposta inadeguata alla disfunzione da correggere, perché non impedisce all'operatore verticalmente integrato di ricorrere abusivamente alle sinergie tra gestione integrata di rete e fornitura di servizi. Per esaminare più nel dettaglio la questione, si consideri la Delibera 152/02 CONS³⁵ - disciplina asimmetrica madre – con cui l'A.G.Com. riproponeva l'obbligo legale a contrarre – mutuato dalla dottrina delle *essential facilities* in tema di abuso di posizione dominante³⁶ - completato dalla regola di non discriminazione; in attuazione del principio della separazione amministrativa la delibera prescriveva all'*incumbent* il duplice obbligo di stipulare il contratto di accesso con gli altri operatori e di praticare loro le medesime condizioni negoziali accordate alle proprie divisioni commerciali. Tale delibera ha avuto il merito di aver anticipato rispetto al quadro normativo di riferimento il principio della parità di trattamento interno/esterno, di cui è applicazione il test economico della doppia sostenibilità, parametro vincolante per l'*incumbent* nella fissazione della tariffa di accesso finalizzata a consentire agli operatori terzi la replica ai propri clienti del prezzo praticato dall'*incumbent* ai suoi.

La delibera è valutabile positivamente nella misura in cui ha concretizzato la non discriminazione tra concorrenti alternativi e operatore integrato, in anticipo rispetto

³³ N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, rist., 2001, p. 37; G. AMATO, *Privatizzazioni, liberalizzazioni e concorrenza nel sistema produttivo italiano*, in TORCHIA L. - BASSANINI F. (a cura di), *Sviluppo o declino. Il ruolo delle istituzioni per la competitività del Paese*, Firenze, 2005, p. 45. Per le letture di base nella letteratura straniera si vedano: P. AREEDA - D. TURNER, *Antitrust law*, vol. 6, Boston, 1978-1980; P. AREEDA, *Antitrust analysis*, Boston, 1974, special. cap. 1; S. BREYER, *Regulation and its reform*, Cambridge, 1982, in part. cap. 8; P. LAROUCHE, *Competition law and regulation in European telecommunications*, Oxford, 2000, a pp. 323-229.

³⁴ AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Relazione sull'attività svolta (anno 2004)*, Roma, 2005, pp. 14-15, formulava rilievi critici all'inadeguatezza dei soli rimedi comportamentali.

³⁵ AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI, *Delibera 152/02/Cons.*, 15 maggio 2002, in <http://www.agcom.it>.

³⁶ OECD, *The essential facilities concept*, Parigi, 1996 p. 93; CAPOBIANCO, *The essential facility doctrine: similarities and differences between the American and the European approach*, in *Eur. l. rev.*, 2001, 26, p. 548.

al decreto legislativo 259/03³⁷; questo pregio è al tempo stesso il suo limite, perché non ha affrontato neanche in termini prospettici il tema dei rimedi strutturali³⁸.

Il rigore scientifico ci impone però di rilevare che la delibera 152 non poteva aprire alla piena separazione strutturale: lo vietava il *framework* regolatorio antecedente al 2002, che per l'appunto indicava le sole misure comportamentali, limite che, venuto meno con il 2002, non era più opponibile ai nuovi rimedi, in quanto l'art. 8 della Direttiva Accesso consentiva alle ANR di superare l'elenco delle misure comportamentali mediante proposte atipiche da sottoporre al vaglio della Commissione, sempre che si fosse privilegiata un'interpretazione esemplificativa dell'art. 8, cioè assumerlo come disposizione di apertura alle regole asimmetriche innominate.

In tal caso, l'Autorità avrebbe dovuto dimostrare l'inefficacia dei rimedi comportamentali a prevenire l'abuso dell'operatore verticalmente integrato, la proporzionalità e l'indispensabilità della misura strutturale proposta. Queste condizioni, benché non espressamente poste nella Direttiva Accesso, riteniamo che debbano valere in ragione del ricordato carattere ausiliario e anticipatorio³⁹ della disciplina asimmetrica rispetto a quella antitrust. Infatti, come la *lex mercatoria* può ricorrere⁴⁰ ai rimedi strutturali per reprimere l'abuso, anche la disciplina asimmetrica potrebbe avvalersene in via preventiva secondo quanto la logica precauzionale consente. La proposta di revisione della Direttiva accesso, di cui si dirà tra poco, indica espressamente questi tre requisiti come condizioni legittimanti la separazione

³⁷ Decreto legislativo di recepimento delle Direttive 2002/19/CE (Direttiva accesso), 2002/20/CE (Direttiva autorizzazioni), 2002/21/CE (Direttiva quadro) e 2002/22/CE (Direttiva servizio universale), recante il «codice delle comunicazioni elettroniche», in *G.U.* n. 214 del 15 settembre 2003.

³⁸ Rilievi critici al progetto di delibera erano stati infatti, formulati dall'Antitrust nel parere del 29 aprile 2002 - come richiamato e riportato per stralci nella citata delibera 152/02 - in cui si indicava all'A.G.Com. la separazione strutturale proprietaria, o societaria, delle attività di gestione dei servizi di rete da quelle di fornitura di servizi finali dell'operatore verticalmente integrato come soluzione definitiva sia ai problemi di asimmetria informativa, cui è esposto il regolatore, che a quelli connessi ai comportamenti abusivi dell'operatore verticalmente integrato.

³⁹ L'espressione si deve a P. BUIGES, *A Competition policy approach*, in P. BUIGES - P. REY (eds.), *The economics of antitrust and regulation in telecommunications*, E. ELGAR, 2004, che qualifica la disciplina asimmetrica come «sort of pre-emptive competition law» in ragione del suo mutuare dal diritto antitrust la tecnica aperta di costruzione della fattispecie normativa. Altri Autori (cfr.: A. DE STREEL, *Remedies in the European electronic communications sector*, in D. GERADIN (ed.), *Remedies in network industries: EC competition law vs. Sector-specific regulation*, cit., p. 39) preferiscono invece parlare di 'hybridisation' del diritto asimmetrico in ragione del suo allinearsi ai concetti elastici del diritto antitrust. Gli Autori non riflettono, invece, su quella che, a nostro avviso, è la principale conseguenza desumibile da questo processo osmotico: il ricorso ai rimedi strutturali propri della *lex mercatoria*.

⁴⁰ I rimedi strutturali sono ora ammessi anche in diritto positivo, art. 7 Regolamento (CE) n. 1/03 del Consiglio, che ha codificato una prassi giurisprudenziale che da tempo li aveva ritenuti compatibili con la fattispecie aperta dell'art. 82 del TCE, i cui provvedimenti ordinatori non hanno un contenuto tipizzato ma determinabile all'occorrenza secondo le necessità del caso e nel rispetto dei principi d'indispensabilità e di proporzionalità. Questo bagaglio di regole pretorie ha sostanzialmente il contenuto prescrittivo della disposizione in esame, che pertanto apre espressamente alle misure deconcentrative «quando non esiste un rimedio comportamentale parimenti efficace o quando un rimedio comportamentale parimenti efficace risulterebbe più oneroso, per l'impresa interessata, del rimedio strutturale».

funzionale; il che conferma la correttezza della tesi analogica, che ha persuaso il legislatore comunitario al punto da indurlo a prescriverli in termini espliciti⁴¹.

Sul piano della prassi rileviamo che anche i fatti, non diversamente dalle considerazioni in punto di diritto, denunciano l'incapacità dei rimedi comportamentali a compensare la dominanza dell'operatore verticalmente integrato. Nell'esperienza italiana, infatti, l'operatore dominante, la Telecom, pur rispettando formalmente la normativa sui rimedi, è stato più volte sanzionato dall'Antitrust per abuso di posizione dominante. Si è trattato di comportamenti negoziali escludenti⁴² con cui la Telecom è ricorsa a sconti fidelizzati o "prezzi all'inglese", diretti ad assicurare clienti inamovibili, cioè privi della possibilità di scegliere un operatore alternativo.

Se, invece, la norma asimmetrica fosse stata davvero efficace, avrebbe avuto un effetto deflativo sulla legge *antitrust*, perché, come disciplina «pre-emptive»⁴³ rispetto alla *lex mercatoria*, avrebbe bloccato la dominanza dell'*incumbent*, prevenendone la sua degenerazione in illeciti anticompetitivi. La crescita inarrestabile degli abusi del dominate prova l'insufficienza dei rimedi comportamentali a correggere le distorsioni

⁴¹ Sulle ulteriori condizioni legittimanti i rimedi strutturali sia consentito il rinvio a G. DE MINICO, *The 2002 EC Directives Telecommunications: regime up to the 2008 ongoing revision. Have the goals been reached?*, in *Eur. bus. l. rev.*, 19, 3, 2008, in part. p. 666. Di medesimo avviso, già: M. CAVE - P. CROWTHER, *Pre-emptive competition policy meets regulatory anti-trust*, 2005, paper, p. 14.

⁴² Cfr. AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Prov. 351/2004*, del 16/11/04, in www.agcm.it. Da ultimo, si veda il caso, in corso di accertamento giudiziario, di presunto abuso di Telecom a danno di FastWeb, consistente in trattamenti negoziali di favore rivolti agli ex-clienti Telecom allo scopo di recuperarli sottraendoli a FastWeb. L'abuso si sarebbe consumato in quanto le divisioni commerciali di Telecom, accedendo illecitamente ai dati degli ex clienti conservati dalla propria divisione di gestione della rete, avrebbero formulato proposte più vantaggiose agli ex clienti rispetto a quelle concluse con il concorrente. Ad oggi la vicenda giudiziaria non si è ancora conclusa e in parallelo è *in itinere* l'accettazione da parte dell'Antitrust della proposta di impegno vincolante della Telecom, sostitutiva del provvedimento repressivo ex art. 82 TCE (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *Prov. A. 375*, 24 ottobre 2007, n. 17884, recante "Sfruttamento di informazioni commerciali privilegiate" nel cui corso è intervenuto il Provv. del 7 febbraio 2008, con cui l'Antitrust ha disposto la pubblicazione della proposta di impegno sottoposta a consultazione pubblica e quindi all'eventuale accettazione da parte dell'Autorità medesima). Il fatto che ancora penda l'accertamento in sede giudiziale non ci consente di esprimere un giudizio definitivo sulla fondatezza dell'accusa rivolta a Telecom, salvo che sulla verosimiglianza di diritto (Così si è già espressa la Corte di Appello di Milano, sez. civ. I, 2 maggio 2006, adita ex art. 33, comma 2, l. 287/90, che ha in via cautelare ex art. 700 c.p.c. ordinato a Telecom la desistenza immediata dalle condotte abusive contestate). Allo stato possiamo però anticipare che, se la contestazione risultasse fondata nel merito, la Telecom avrebbe violato proprio gli obblighi di separazione dei sistemi informativi e di reciproca incomunicabilità posti dalla Delibera Ag.Com. 152/02/CONS (art. 2, comma 2°, lett. d), il che dimostrerebbe due cose. In primo luogo, che questa violazione, in quanto risalente nel tempo, non era stata rilevata e sanzionata tempestivamente dall'Ag.Com., e che il rimedio dell'incomunicabilità informativa, se non è sorretto da serie garanzie strutturali, è del tutto incapace a evitare la commissione dell'abuso per sfruttamento delle sinergie tra rete e servizi. In sintesi, tale condotta sarebbe l'ulteriore prova dell'inadeguatezza dei rimedi comportamentali a prevenire gli illeciti anticompetitivi, quando si pretende di controbilanciare con la regola della buona fede disfunzioni strutturali del mercato.

⁴³ In proposito, cfr.: S. BREYER, *Regulation and its reform*, cit., pp. 158-159; ID., *Antitrust, deregulation and the newly liberated marketplace*, in *Cal. l. rev.*, 75, 1987, p. 1007; da ultimo, A. F. BAVASSO, *Electronic communications: a new paradigm for European regulation*, in *Comm. mar. l. rev.*, 41, 2004, in part. p. 118.

del mercato⁴⁴, cioè le criticità strutturali - essenzialità e non duplicabilità della rete trasmissiva – aggravate da anomalie soggettive - l'identità verticalmente integrata dell'ex monopolista (gestore di rete e fornitore di servizi al cliente finale).

5. Le nuove regole del 2007: la separazione strutturale

In occasione della revisione del pacchetto Direttive⁴⁵ la Commissione ha risposto all'inefficacia dei rimedi comportamentali mediante correttivi strutturali, che, diversamente dai primi, conformativi del comportamento dell'imprenditore nei confronti dei terzi, riguardano la fisionomia interna ed esterna dell'impresa, cioè il suo profilo statico.

I correttivi strutturali si articolano in una vasta gamma di soluzioni organizzative: dalla misura minimale della separazione funzionale⁴⁶ – che distingue la funzione di gestione della rete da quella di fornitura dei servizi, per imputarle a due divisioni, o addirittura a due società, autonome giuridicamente, benché parti della stessa impresa dal punto di vista economico (separazione societaria) – a quella estrema della separazione proprietaria, che isola i compiti di gestione assegnandoli a una società indipendente, anche economicamente, dall'*incumbent* fornitore dei servizi, al fine di garantire parità di trattamento alle domande di accesso alla rete fissa.

L'art. 13-bis della proposta di direttiva predilige la separazione funzionale⁴⁷ e distingue le funzioni aziendali, prima confusamente accorpate, in separate attribuzioni da assegnare ad autonome direzioni operative: specificamente, competerà alla divisione del mercato a monte il potere di gestire la rete e di negoziarne l'accesso ai clienti indipendenti; mentre spetterà alla divisione commerciale del mercato al dettaglio il potere di prestare i servizi di comunicazione intersoggettiva al cliente finale.

La norma si sofferma dettagliatamente sul contenuto del progetto di misura, che deve quantomeno includere tre dati: *a)* la disarticolazione interna organizzativa e funzionale; *b)* gli obblighi della divisione a monte, declinati nella serie delle autonomie di sede, personale, marchio, sistemi operativi e informativi secondo il modello delle “muraglie cinesi”; *c)* le misure interne ed esterne a garanzia della reciproca indipendenza tra le due divisioni: gli incentivi ai *managers* del mercato

⁴⁴ AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Considerazioni e proposte per una regolazione proconcorrenziale dei mercati a sostegno della crescita economica*, Roma, 11 giugno 2008, p. 18, in <http://www.agcm.it>.

⁴⁵ COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di Direttiva, COM (2007) 697 Def.*, cit., in part. l'art. 13 bis “Separazione funzionale”. Ma già la commissaria V. Reding, *Plenary meeting of the European Regulators Group* Athens, 11 October 2007, http://europa.eu.int/information_society/policy/ecomms/doc/info_centre/p., aveva anticipato l'intenzione di assumere spunti dall'accordo inglese.

⁴⁶ P. WATERS, *Operational separation - a new style of regulation?*, in *Comp. telecom. l. rev.*, 2006, pp.1-10.

⁴⁷ Soluzione, che la stessa Commissione non ha reputato immune da critiche, si legga la *Communication on the review of EU Regulatory Framework for electronic communications networks and service, COM(2007) 334 final*, in www.europa.eu.information_society.it, p. 12, dove si denuncia come principale difetto il fatto che «It is not clear that it will lead to more investment, because it denies the infrastructure owner the revenue streams that are available to a vertically integrated operator».

all'ingrosso, calcolabili esclusivamente sulle entrate da traffico *wholesale*, e un *Board* indipendente di controllo sull'osservanza di tali obblighi.

Soffermiamo la nostra attenzione sui presupposti legittimanti il rimedio dell'art. 13-bis, il quale come misura correttiva potrà essere imposto dalla ANR solo previa intesa tra la Commissione e il BERT, stante quanto detto prima sul nuovo coautore. Questa riflessione può essere utile per chiarire la natura tecnica o politica delle regole in esame.

In particolare, le regole sono tecniche, quando la disciplina della materia è dettata dalle scienze esatte, cioè si basa su di un referente di sicura acquisizione, perché fondato sulla casualità meccanicistica: norme incontrovertibili per l'assenza di un margine apprezzabile di scelta tra più soluzioni. Mentre, le regole politiche conformano fatti non secondo un criterio di sicura acquisizione, ma mediando tra i valori contrapposti al fine di individuarne la misura dell'equilibrato temperamento. L'esito si può risolvere in una "questione scientifica controversa"⁴⁸, con la conseguenza che mutato l'autore della regola, muterà probabilmente il parametro valutativo, pervenendosi a una regola opposta alla prima. La politicità di queste regole non è esclusa dall'esistenza di un vincolo di fine, perché il decisore, pur nel rispetto dei valori assegnatigli, si muove liberamente per determinare contenuto e modalità di coesistenza tra beni oggettivi rimessi alle sue cure.

Risolta l'alternativa tra tecnicità o politicità della regolazione asimmetrica, si potrà infine valutare se la loro natura corrisponda o meno all'identità del titolare del potere normativo.

Esaminiamo a quale delle due categorie di regole appartiene la separazione funzionale in ragione dei suoi presupposti: essa può essere disposta solo come *extrema ratio*, cioè quando i rimedi asimmetrici comportamentali si siano rivelati insufficienti a compensare le deficienze strutturali del mercato. Inoltre, la misura deve proporzionale in termini di costi e benefici, indispensabile, cioè essenziale per mancanza allo stato di soluzioni alternative meno onerose. Quindi, l'incidenza del dato tecnico è solo prodromica a una scelta di indubbio peso politico, come l'esperienza pregressa della Commissione ha ampiamente dimostrato in tema di illeciti antitrust in applicazione dell'art.7 Regolamento (CE) n.1/03 del Consiglio⁴⁹.

Osserviamo che alla natura politica della nuova regola asimmetrica corrisponde però un coautore europeo, in parte politico, ma in parte neutrale, considerata la condivisione del momento volitivo tra BERT e Commissione. Questo rilievo può tornare utile per le considerazioni finali.

5.1. *L'accordo Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e Telecom Italia. Il precedente dell'undertaking British Telecom' e 'Office of Communications'*. Un rapido sguardo alla giovane esperienza italiana in tema di rimedio funzionale: una sua anticipazione si sta realizzando proprio in questi giorni in Italia, perché la Telecom ha sottoposto

⁴⁸ L'espressione si deve a L. VIOLINI, *Le questioni scientifiche controverse nel procedimento amministrativo*, Milano, 1986, vedi in part. l'ultimo capitolo.

⁴⁹ Si consulti, per la casistica della Commissione europea, R. NAZZINI, *Concurrent proceedings in competition law*, Oxford, 2004, pp. 409-420.

all'A.G.Com. una proposta di impegno⁵⁰, che, pur non prevedendo né la creazione di due soggetti giuridici distinti, né di due divisioni nel senso sopra chiarito, si avvicina per approssimazione al modello di cui all'art. 13-bis nel riferire le funzioni di gestione della rete e di vendita dei servizi a due distinte divisioni, collocate una a monte e l'altra a valle del mercato di riferimento.

A nostro avviso questa ipotesi di separazione volontaria⁵¹ nulla aggiunge al modello già realizzatosi nel Regno Unito: il riferimento è all'*undertaking* (secondo la terminologia anglosassone) concluso tra l'*Office of Communications* e la *British Telecom* nel settembre 2005⁵². Anzi, il modello italiano sembrerebbe allo stato offrire qualcosa di meno, ma non di diverso rispetto al parametro anglosassone, come pure Telecom tende a far credere. Di meno, perché dalla bozza di separazione, che è circolata tra gli addetti ai lavori, emerge l'assenza di quelle misure - incentivi e *board*⁵³ - a garanzia della reciproca indipendenza tra le due divisioni, senza le quali la proposta è un'operazione di *lifting*.

Ma anche se, per ipotesi, queste garanzie dovessero essere aggiunte, ad esempio, su richiesta dell'A.G.Com., la separazione funzionale non assicurerebbe, pur nella sua espressione ottimale dell'accordo inglese, l'effettiva *equivalence of input*, perché è un piano di ristrutturazione interna che lascia invariata la proprietà della rete, ancora nella disponibilità del capitale di comando di Telecom. Pertanto, la divisione a monte,

⁵⁰ AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI, *Delibera n. 351/08/CONS, Avvio del procedimento relativo alla valutazione della proposta di impegni presentati ai sensi della legge 248/06 dalla società Telecom Italia*, consultabile nel suo sito *web*. La proposta di Telecom, non ancora pubblicata, è per stralci riportata dai quotidiani economici del 20 giugno 2008.

⁵¹ L'attributo si giustifica perché, a dato normativo invariato, la nostra Autorità non ha il potere di imporre coattivamente la separazione funzionale (il tentativo di dotarla di tale potestà, pur avviato nella precedente legislatura, è rimasto però incompiuto), potendo al più negoziare con il regolato la sua proposta di impegno di separazione, ammesso che questi la presenti. In tal caso, comunque Autorità dovrà lavorare su di un testo di seconda mano, cioè in rettifica e in integrazione, non avendo la possibilità di scriverlo dal principio.

⁵² OFFICE OF COMMUNICATIONS, *Final statements on the strategic review of telecommunications, and undertakings in lieu of a reference under the Enterprise act 2002*, 22/09/05, in www.ofcom.gov.uk/. Va ricordato che la soluzione concordata è il risultato di un articolato processo avviato il 28 aprile 2002 con la prima consultazione pubblica lanciata da OFCOM allo scopo di verificare se fosse opportuno procedere a una separazione solo funzionale dell'operatore dominante o imporre la più drastica misura della separazione proprietaria. La seconda consultazione pubblica, del 30 giugno 2005, si aprì con la proposta di BT di un accordo sostitutivo dell'attivazione da parte di OFCOM della procedura repressiva dell'illecito competitivo dinanzi alla *Competition Commission* (ai sensi della sect. 131 *Enterprise Act 2002*). I termini della proposta pattizia furono resi più stringenti per BT in accoglimento delle sollecitazioni provenienti dal mercato e poi riversati nel perfezionamento definitivo del accordo del 22 settembre 2005. Per la precisa articolazione diacronica delle varie fasi si rinvia all'OFFICE OF COMMUNICATIONS, *Notice under section 155(1) of the Enterprise Act 2002*, 30 giugno 2005, in www.ofcom.org.uk/consult/condocs/sec155/sec155/pdf.

In dottrina, tra i molti, cfr.: C. LONG, *Ofcom strategic review of telecommunications: a new form of regulatory contract*, in *Commun. L.*, 10, 1, 2005, pp.4-5.

⁵³ Quanto agli incentivi, non previsti, consisterebbero in un incremento stipendiale dei manager dell'unità del mercato all'ingrosso (Open access), calcolabili esclusivamente sugli introiti delle vendite all'ingrosso al fine di isolare la gestione della rete dai ricavi al dettaglio. Mentre il *board*, già contemplato nella iniziale versione del 19 giugno, non si può considerare un organo di controllo esterno alla Telecom, che ne nomina la maggioranza dei membri, riservandone la minoranza all'A.G.Com. Invero, la funzione di controllo esige la dualità soggettiva tra controllante e controllato, imponendo pertanto quantomeno l'inversione della proporzione dei nominanti tra Autorità e controllato, come il modello inglese indica.

quella che gestirà la rete, avrà autonomia di sede, di personale, di marchio, ma non di bilancio; non spetterà a lei decidere se innovare o meno la vecchia rete fissa, oppure se passare alle reti di nuova generazione. E, in mancanza dell'autonomia di spesa, tutto il resto sarà povera cosa: un simulacro di indipendenza.

Questo rilievo critico è espresso anche nella corposa consultazione pubblica dell'A.G.Com.⁵⁴ - ben 128 pagine sull'insufficienza dei rimedi comportamentali finalizzate a sostenere le ragioni della separazione funzionale - anche se mortificato in due sole righe⁵⁵. Né peraltro la divisione a monte potrebbe legittimamente godere di una tale libertà decisionale, perché, ad assetto societario invariato secondo il nostro diritto commerciale, chi investe in capitale rischio ha diritto a un ritorno anche in termini di potere gestionale: deve poter dirigere la politica aziendale.

Si consideri infine che se la Telecom dovesse chiedere il ritiro della regolazione al dettaglio (l'eliminazione dell'orientamento dei prezzi ai costi e del divieto di offerte aggregate) come corrispettivo dell'impegno, il consumatore sarebbe privo di protezione⁵⁶. Questo giudizio si spiega, ove si consideri che, nel caso in cui la divisione a monte fosse realmente affidata a un soggetto terzo rispetto al mercato al dettaglio, la disarticolazione verticale dell'operatore azzererebbe gli abusi nelle negoziazioni all'ingrosso per effettiva equiordinazione dei clienti, e quindi anche il mercato a valle potrebbe autoregolarsi per mancanza di un fornitore di servizi favorito dal cumulo dei ruoli rispetto agli altri, il che renderebbe inutile la disciplina protettiva del rapporto fornitore/cliente finale. Se, invece, tutto dovesse rimanere sostanzialmente invariato, nonostante l'avvio di ben tre procedure - di consultazione pubblica, di revisione dei mercati e di negoziazione degli impegni vincolanti - avremo speso tempo ed energie senza conseguire neanche le garanzie dell'accordo inglese, il che renderebbe ingiustificato l'esonero del nostro *incumbent* dall'osservanza della regolazione a valle, unica misura a difesa del consumatore.

Ancora qualche riflessione quanto al profilo formale della vicenda in corso. Nel maggio 2007 l'Autorità ha iniziato a ragionare a voce alta sull'ipotesi di separazione funzionale: dapprima con la consultazione pubblica⁵⁷, durata alcuni mesi; poi con

⁵⁴ AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI, *Delibera 208/7/CONS, Avvio di una consultazione pubblica sugli aspetti regolamentari relativi all'assetto della rete di accesso fissa e alle prospettive delle reti di nuova generazione a larga banda*, reperibile nel suo sito Web, a p. 23 "La divisione separata non gode però della stessa autonomia di una società completamente separata e quindi in ultima istanza i piani di investimenti (inclusi quelli dedicati agli operatori alternativi) devono sottostare all'approvazione dei competenti organi societari dell'*incumbent*. Questo difetto di delega può essere corretto da un assetto che preveda la separazione societaria in luogo di quella divisionale"

⁵⁵ Infatti, le principali osservazioni dei concorrenti all'ipotesi di separazione funzionale interessano la decisione sugli investimenti, ancora riservata all'operatore verticalmente integrato. Nel caso in cui il perimetro della separazione dovesse includere anche le reti di nuova generazione, ad esempio la fibra ottica in sostituzione dell'ultimo miglio in rame, l'attenzione si sposterebbe sulle modalità di realizzazione del nuovo *asset*, la cui architettura andrebbe disegnata secondo specifiche tecniche compatibili con le infrastrutture degli operatori indipendenti, i cui investimenti sarebbero in tal modo recuperati; in caso contrario, a questi ultimi sarebbe di fatto precluso l'accesso alla nuova rete. In proposito, si legga la *Sintesi dei contributi dei partecipanti alla Consultazione pubblica del 5 maggio 2007*, indetta dall'A.G.Com. con *Delibera 208/7/CONS*, nel sito web dell'Autorità.

⁵⁶ M. OROFINO, *Profili costituzionali delle comunicazioni elettroniche nell'ordinamento multilivello*, Milano, 2008, p. 430, esprime qualche perplessità sulla procedura in corso, rilevando il difetto che l'iniziativa della parte privata potrebbe comprometterne la tempestiva definizione oltre che lo stesso esito.

⁵⁷ AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI, *Delibera 208/7/CONS.*, cit., consultabile nel suo sito web.

l'avvio della procedura diretta a integrare i rimedi comportamentali con misure “atte a promuovere condizioni di effettiva concorrenza”⁵⁸; infine, con la recente delibera⁵⁹ volta a valutare l' idoneità dell'impegno volontario proposto da Telecom. In sintesi, più di un anno di atti, di incontri a porte chiuse tra il Presidente dell'A.G.Com. e i vertici Telecom, di entificazione di nuove unità operative senza che i cittadini, cioè i beneficiari ultimi di questa operazione, potessero avere visione della proposta di impegno Telecom o almeno della sua bozza. Come giuristi ci dobbiamo chiedere se questo *modus operandi* sia legittimo, perché conforme a quanto richiesto dalla legge sul procedimento amministrativo; oppure non lo sia, perché ne viola il fine ultimo, la visibilità esterna dell'azione autoritativa, obiettivo mediato perché funzionale alla sindacabilità giudiziaria degli atti dei pubblici poteri. Qui il bene finale si perde in una moltiplicazione e in una frammentazione di procedure, ancora oscure ai molti, estromessi dalla conoscenza di un negoziato, che invece li avrebbe dovuti coinvolgere quantomeno nel diritto ad essere tempestivamente informati.

La Commissione, raramente critica verso OFCOM, ha invece guardato con sospetto l'accordo BT/OFCOM⁶⁰, proprio per la ragione dell'opacità procedimentale, e ha assunto come parametro di raffronto il grado di trasparenza della procedura comunitaria di imposizione autoritativa dei rimedi. Si rileva però, a parziale esimente di OFCOM, che le critiche della Commissione sono solo in parte giustificate, perché l'insufficiente visibilità interessa la sola fase delle consultazioni precedenti l'accordo, non anche il negoziato in sé, reso disponibile alla collettività sin dalle sue prime battute, cioè nella versione iniziale di proposta di *undertaking*, che invece la nostra Autorità tiene chiusa nei suoi cassetti. In ogni caso, considerato il fascino che il precedente inglese sta esercitando sul modello nazionale, sarebbe opportuno emularlo non solo nei profili negativi, ma per il positivo che esso esprime: la parziale visibilità e l'incomunicabilità giuridicamente assicurata tra le due divisioni⁶¹.

Infine, un problema di metodo. Se avremo la separazione funzionale, essa sarà volontaria, perché, a quadro normativo invariato, l'AG.Com. non ha il potere di imporla. Pertanto l'unica via percorribile è la proposta di impegno, che se accettata dalla A.G.Com., si perfeziona in un accordo vincolante per la Telecom, *species* del più ampio *genus* dei contratti sostitutivi del provvedimento, oggetto di recente attenzione da parte del legislatore⁶² con l'introduzione dell'impegno volontario in luogo delle sanzioni repressive antitrust. Quindi l'istituto, nato nell'ambito del diritto europeo

⁵⁸ ID., *Delibera 626/07/CONS, Avvio del procedimento relativo alla revisione ed eventuale integrazione delle misure regolamentari atte a promuovere condizioni di effettiva concorrenza nei mercati di accesso alla rete fissa*, nel suo sito web.

⁵⁹ ID., *Delibera n. 351/08/CONS*, cit., nel suo sito web.

⁶⁰ COMMISSIONE EUROPEA, *European electronic communications regulations and markets 2006 (12 th Report)*, COM (2007) 155, a p. 278: “There has also been a continued trend for the fixed incumbent to offer voluntary commitments to the regulator as a means of satisfying regulatory concerns without the need for regulation itself. [...] This approach can on occasion lead to a perception by third parties of a ‘special relationship’ between the fixed incumbent and the regulator which is not subject to the same level of transparency and third-party participation as many be afforded by more formal regulatory action”.

⁶¹ F. ABBONDANTE, *L'ordinamento delle telecomunicazioni in Gran Bretagna fra continuità e discontinuità*, in P. COSTANZO - G. DE MINICO - R. ZACCARIA (a cura di), *I “tre codici” della Società dell'informazione*, Torino, 2006, p. 231, l'Autrice evidenzia efficacemente il buon funzionamento delle ‘muraglie cinesi’ nel testo inglese.

⁶² Decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, art. 14-bis.

della concorrenza (art. 7, co. 3, Reg. 1/03), è stato dal legislatore nazionale esteso anche al diritto asimmetrico, cioè a quelle regole che, a differenza dei provvedimenti antitrust, non sono un concreto provvedimento in occasione di un singolo caso, ma l'astratto disporre nei confronti della generalità dei consociati.

La distanza che separa l'impegno sostitutivo dei provvedimenti repressivi dall'accordo alternativo alle regole asimmetriche dovrebbe comportare una diversa disciplina in ordine al numero delle parti interessate alla negoziazione.

Nel primo caso, le parti dell'accordo sono l'Autorità e l'autore dell'illecito antitrust; nel secondo l'oggetto è il «contratto regolamentare»⁶³, diretto a disciplinare in astratto e in generale relazioni intersoggettive, altrimenti definite da regole unilateralmente imposte. L'espressione è di origine civilistica, il suo sostantivo rimanda alla genesi consensuale 'paritetica' del nuovo diritto dei privati, con ciò negando legittimità alle manifestazioni di volontà normative unilaterali o a partecipazione dimezzata; mentre l'aggettivo sottolinea la sua collocazione su di un piano non distante da quello delle fonti del diritto, con cui condivide l'astratto disporre e l'operatività *erga omnes*, in deroga alla relatività del contratto.

Ebbene, tale accordo dovrebbe coinvolgere tutte le parti sostanziali della relazione asimmetrica: l'*incumbent*, come obbligato all'accesso, ma anche i suoi concorrenti, beneficiari della separazione funzionale da cui dipenderà l'effettività del loro diritto all'*equal access*.

Da quanto detto risulta che il regolamento A.G.Com.⁶⁴, che ha disciplinato la procedura per siglare gli accordi sostitutivi delle regole, è illegittimo nella parte in cui adotta il modello del negozio normativo bilaterale piuttosto che plurilaterale, cioè aperto anche agli operatori indipendenti. Non è ovviamente cosa da poco dire che questi ultimi entrano nella procedura come legittimi contraenti - per cui anche il veto di uno solo sarebbe ostativo al perfezionamento dell'accordo - oppure come meri partecipanti, con la pretesa a che le loro richieste siano debitamente ascoltate, ma non necessariamente accettate.

Il sollecitato passaggio dall'impegno bilaterale a quello plurilaterale, eventualmente operante secondo il modello statunitense del *negotiated rule-making*⁶⁵, avrebbe il vantaggio di sottrarre l'Autorità al rischio della cattura da parte del regolato forte, perché anche i regolati deboli parteciperebbero alle trattative con gli stessi diritti e poteri dei primi. Il conseguito equilibrio procedimentale gioverebbe all'equità sostanziale della decisione di impegno, altrimenti esposta al pericolo di un'involuzione egoistica, perché la plurilateralità dell'atto consentirebbe all'Autorità di contrastare le pretese di trattamento benevolo avanzate dall'*incumbent* con le opposte rivendicazioni degli altri operatori. Ciò consentirebbe all'Autorità di esercitare la sua mediazione, indispensabile per coagulare il consenso su un testo di

⁶³ Della sterminata letteratura civilistica in argomento ricordiamo chi ha trattato il «diritto dei privati» (l'espressione è di Cesarini Sforza) dall'ottica pubblicistica del passaggio dalla categoria del negozio giuridico a quella della fonte del diritto, al riguardo, cfr.: G. GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, Padova, 1994, pp. 57 ss., anche per un'esposizione critica delle teorie civilistiche in argomento.

⁶⁴ AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI, *Delibera n. 131/08/CONS. Modifiche al regolamento in materia di impegni di cui alla delibera n. 645/06/CONS*, emanata in attuazione dell'art. 14-bis del d.l. 223/06.

⁶⁵ Per una disamina dei pregi e dei difetti della procedura negoziata, sia consentito il rinvio a: G. DE MINICO, *Regole. Comando e consenso*, Torino, 2005, in part. il cap. III.

gradimento comune, in quanto capace di combinare la pretesa dell'operatore a orientare la propria ristrutturazione aziendale con quella all'*equal access* dei concorrenti.

Lasciate da parte le critiche al merito e alla forma della separazione volontaria, esaminiamo il rimedio più radicale: la separazione proprietaria con affidamento a terzi della gestione della rete.

Varie le soluzioni in proposito⁶⁶.

Nel caso in cui la rete venisse espropriata all'*incumbent*⁶⁷ per essere assegnata a un soggetto terzo rispetto al mercato a valle, si garantirebbe il governo neutrale della rete. Infatti, deconcentrati i ruoli, per il nuovo gestore le richieste di accesso sarebbero tutte finalmente uguali, egli non avrebbe motivo di favorirne una a discapito di un'altra perché il suo guadagno dipenderebbe esclusivamente dalle entrate connesse alla gestione ottimale della rete. Tale circostanza non solo renderebbe effettiva la *par condicio* nell'accesso, ma attirerebbe capitali finanziari verso gli investimenti nelle nuove reti. In questa nuova prospettiva la regolazione asimmetrica si dovrebbe confrontare con il diverso problema di come assicurare l'effettiva indipendenza del gestore, cioè la sua equidistanza dalle richieste dei vari fornitori per sottrarlo alla cattura da parte dell'ex monopolista.

Nel caso in cui, invece, la rete fosse affidata a una società consortile, formata tra tutti i fornitori dei servizi, l'attenzione del legislatore si dovrebbe soffermare sui criteri di valutazione dei conferimenti di ciascuno e sui conseguenti poteri amministrativi in ordine al governo dell'istituendo consorzio, al fine di evitare che l'ex monopolista riproponga la sua posizione di dominanza nella forma della prevalenza azionaria⁶⁸.

Né *a priori* si potrebbe scartare il modello del gestore pubblico, soluzione forse impopolare in una fase politica di aperta privatizzazione, ma non per questo da accantonare, se dovesse risultare il rimedio che più di ogni altro assicura lo sviluppo neutrale della rete e il suo accesso a tutti gli operatori in condizioni di parità.

Nelle ipotesi indicate la regolazione asimmetrica muterebbe l'oggetto: dalla fisionomia del gestore di rete, pubblico o privato, alle modalità valutative dei conferimenti. L'evidente politicità di questa soluzione dimostra che l'incidenza tecnica è marginale, riguardando la sola acquisizione dei dati, su cui si innesta la logica normativa e il delicato bilanciamento tra valori configgenti.

⁶⁶ M. Cave, *Six degrees of separation: operational separation as a remedy in European telecommunications regulation*, in *Communications & strategies*, 2006, pp. 88 ss.; OECD, *Report on Structural Separation*, in *Journal of Competition Law and Policy*, vol. 8, no. 2, 2006, pp. 1-62; M. J. BAUER, *Dynamic effect of network neutrality*, in *International Journal of Communication*, 1, 2007, pp. 531-547.

⁶⁷ Detta soluzione impone la verifica della sua praticabilità giuridica alla luce dei rispettivi ordinamenti costituzionali degli Stati membri; ad esempio, nel nostro l'art. 43 Cost. rappresenta il suo insuperabile parametro di riferimento. Per tale ragione questo rimedio non è contemplato tra le misure imponibili d'imperio nella proposta di revisione, attualmente in corso, della Direttiva accesso.

⁶⁸ Si dovrebbero ipotizzare misure a garanzia dei diritti delle minoranze, quali i diritti di voto in assemblea e di nomina degli amministratori, svincolati dalla quota di partecipazione al capitale in modo da controbilanciare la posizione dell'ex monopolista, comunque socio maggioritario. Insomma, ne verrebbe fuori una società di capitali atipica, orientata dalla regola dell'equilibrio tra il voto *pro capite* e quello *pro quota* per assicurare il governo equidistante della rete.

6. La sfida regolatoria per le reti di nuova generazione: concorrenza o monopolio?

La politicità della decisione regolatoria è destinata crescere rispetto alla disciplina delle reti di prossima generazione⁶⁹, quelle che impiegano nuove modalità trasmissive, quali, ad esempio, la fibra ottica, per replicare la rete fissa in rame quantomeno nel tratto dell'ultimo miglio.

La vecchia rete di accesso, ormai satura, si rivelerà a breve incapiente e inadeguata per ragioni tecniche a veicolare servizi integrati, capaci nella medesima unità di tempo di aggregare dati, audio e video per rendere una prestazione ibrida, di contenuti e di comunicazioni intersoggettive. Il problema è tecnico per quanto riguarda la scelta della modalità trasmissiva alternativa, fibra ottica o cavi, ma non si esaurisce in un accertamento secondo un parametro di sicura acquisizione, perché rimanda, presuppone valutazioni di interessi contrapposti. E solo a bilanciamento compiuto, si potrà scegliere la soluzione tecnica più adeguata all'esito della precedente comparazione.

Qui la regola asimmetrica ha un obiettivo complesso: promuovere la concorrenza e sostenere investimenti nelle reti di nuova generazione, evitando che le due finalità si elidano a vicenda⁷⁰.

Non è un caso che in un recente documento di studio dell'OFCOM⁷¹, di grande interesse, si indichino tre opzioni regolatorie in funzione dei due obiettivi⁷². Il fatto che già l'OFCOM ne abbia individuate tre, esclude l'indiscutibilità dell'esito regolatorio, il quale non ha pretese di obbiettività, non diversamente dalle altre "decisioni normative ad alto tasso di politicità" – attributo che da tempo noi riconosciamo alla normazione pseudo secondaria delle autorità indipendenti. Qui l'elemento di novità è dato da una politicità crescente con l'evoluzione delle regole asimmetriche dal modello statico del 2002 a quello dinamico del 2007, che affida loro il compito di coniugare valori confliggenti.

⁶⁹ D'ora in poi le *Next Generation Networks* saranno indicate con l'acronimo NGN. Per uniformità di linguaggio si riporta la definizione europea – ricorrente nei documenti della Commissione - di NGN: "A packet-based network able to provide telecommunication services and able to make use of multiple broadband, QoS-enabled technologies, and in which service-related functions are independent from underlying transport-related technologies. It enables unfettered access for users to networks and to competing service providers and/or service of their choice. It supports generalized mobility which will allow consistent and ubiquitous provision of services to users".

Quanto all'impatto delle NGN sul processo di globalizzazione, in particolare sulla loro ricaduta sui modelli di regolazione, si veda: G. CHRISTOU - S. SIMPSON, *The New Electronic Marketplace: European Governance Strategies in a Globalising Economy*, ..., 2007., passim.

⁷⁰ T. PROSSER, *The limits of competition law. Markets and public services*, Oxford, 2005, pp. 237-246, l'Autore in questo lavoro di articolata analisi sul tema della regolazione asimmetrica, riconosce alla stessa il compito, non solo di rimediare ai fallimenti del mercato, ma anche di incontrare le legittime aspettative dei cittadini europei all'effettività dei diritti sociali, arrivando pertanto a sostenere, soprattutto nei settori delle comunicazioni, la sua vigenza anche a mercato riequilibrato.

⁷¹ OFCOM, *Regulatory challenges posed by next generation access networks. Public discussion document, 23 november 2006*, in <http://www.ofcom.org.uk/>; ID., *Next generation new build. Promoting higher speed broad band I new build housing developments, 16 th April 2008*, p. 5, nel suo sito web, in cui si ipotizza la possibilità di dotare le nuove case dell'accesso alla banda larga approfittando della costruzione delle infrastrutture civili per le abitazioni.

⁷² S. J. MARCUS. – D. ELIXMANN, *Regulatory Approaches to NGNs: An International Comparison*, in [www.si.unimich.edu/prc/papers/2007/800/Regulatory Approach to NGNs](http://www.si.unimich.edu/prc/papers/2007/800/Regulatory%20Approach%20to%20NGNs), pp. 1-32.

Spiegheremo brevemente i termini di questo attrito tra beni. Da un lato, la regola asimmetrica dovrà promuovere la concorrenza; per cui, se l'*incumbent* decidesse di investire nelle nuove reti, queste non saranno nella sua esclusiva disponibilità, dovendo essere accessibili anche agli altri operatori dietro pagamento di un prezzo. Se la regola asimmetrica obbedisse unicamente al primo obiettivo, il corrispettivo di questo accesso sarebbe determinato in ragione dei soli costi effettivi degli investimenti, non anche del relativo rischio.

Dall'altro lato, la regola simmetrica deve promuovere gli investimenti nelle NGN, e qui va considerato che la propensione all'investimento non è un obbligo per l'imprenditore in un area di libero mercato, quindi la sua domanda va sostenuta e incentivata, altrimenti è destinata a cadere⁷³.

Lo spazio di intervento della regola si apre tra il diritto degli altri operatori di pagare un accesso giusto, cioè alleggerito dai costi degli investimenti inefficienti, e il diritto di chi investe a una remunerazione per il rischio d'impresa, cioè a un ritorno economico in ragione del capitale impiegato. Alla luce di questi due obiettivi esaminiamo le tre opzioni regolatorie avanzate nel documento di OFCOM.

a) La prima, la c.d. 'vacanza regolatoria'⁷⁴, introdotta nell'ordinamento tedesco⁷⁵, comporta che l'*incumbent* sia esonerato dall'osservanza della regolazione *ex ante* per un certo periodo di tempo, in quanto l'alleggerimento normativo è il corrispettivo per gli investimenti nelle NGN: cioè, chi investe deve poter contare sulla libera determinazione dei prezzi, non avendo certezza in ordine alla domanda di nuovi servizi, data la novità della prestazione offerta all'utente.

Terminato il periodo di vacanza, la regolazione asimmetrica riprenderà la sua ordinaria vigenza, in quanto si presuppone che il tempo della sospensione sia perfettamente coincidente con il periodo necessario per ammortizzare gli investimenti.

Ma lasciando da parte le considerazioni economiche, sulle quali la relativa dottrina non è univoca, soffermiamoci sulle finalità di questa ipotesi regolatoria. Essa risponde esclusivamente alla preoccupazione dell'*incumbent* di assicurarsi un ritorno per il capitale rischio investito, ma non incontra la legittima aspettativa degli altri operatori di avvalersi della nuova rete, in quanto sul nuovo terreno di gioco saranno ammessi solo i possessori delle nuove reti, «This because there may be no wholesale products for other operators to purchase»⁷⁶. Quindi, la vacanza regolatoria non incrementerebbe la competizione, perché dà vita a un mercato a numero chiuso, cioè

⁷³ Di recente, cfr.: F. KIRSCH - C. VON HIRSCHHAUSE, *Regulation of NGN: structural separation, access regulation, or no regulation at all?*, in *Communications § Strategies*, 2008, 69, pp. 64 ss.

⁷⁴ In proposito, cfr.: J. GANS - S. KING, *Access Holidays for Network Infrastructure Investment*, in *Agenda*, 10 (2), 2003, pp. 163-178;

⁷⁵ In breve, la nuova legge tedesca sulle TLC esonerava per un tempo limitato l'ex monopolista nazionale dall'osservanza della regolazione asimmetrica, limitatamente al mercato dell'accesso veloce ad Internet (secondo tecnologia VDSL), giustificando la vacanza regolatoria in quanto unico incentivo all'operatore per gli investimenti nelle nuove tecnologie. Per le ragioni esposte nel testo la Commissione ha contestato questa posizione e ha avviato l'azione di infrazione contro la Germania (IP/07/05), che, invece, avendo mantenuto l'interpretazione della sua legge, è stata da ultimo deferita alla Corte di Giustizia. In proposito, cfr.: K. MATZIG, *The proposed regulatory reforms of the electronic communications sector in the EU and Germany - a cause of conflicts between the European Commission and the German Government?*, in *Communications. I*, 2006, pp.1'-10.

⁷⁶ OFCOM, *Regulatory challenges posed by next generation access networks. Public discussion document*, cit., a p. 22.

a un non mercato, dove l'*incumbent* è libero di trasferire la propria dominanza senza temere per la sua contendibilità con i concorrenti: esclusi a priori dalla gara, non a causa di una riserva di attività a favore dell'*incumbent*, ma per l'assenza dell'accesso garantito, condizione di effettività del loro diritto di iniziativa.

Questa soluzione, benché si risolva nell'eliminazione di una norma, equivarrebbe all'introduzione di una disposizione asimmetrica *in malam partem*, perché accentuerebbe la distanza tra l'ex monopolista e i nuovi entranti, regalando al primo l'eccezionale privilegio di monopolizzare anche il nuovo mercato. Piuttosto si dovrebbe pensare a discipline asimmetriche benevole, cioè orientate a favore di chi è indietro nella gara, al fine di riallinearlo con chi è partito prima; a regole differenziate, che, da un lato, raffreddino la corsa dell'*incumbent*; dall'altro, accelerino quella degli altri operatori.

b) Parimenti non regge neanche l'altra ipotesi regolatoria, quella opposta alla vacanza, diretta a riprodurre con un certo automatismo la regolazione *ex ante* pensata per un obiettivo unico, la promozione della concorrenza sulla medesima rete. Invero, essa risulterebbe inadeguata rispetto a finalità composite: incrementare il grado di competitività e promuovere gli investimenti nelle NGN, perché sbilanciata dal lato degli altri operatori, che potranno accedere alle nuove reti pagando un prezzo basso, in quanto calcolato sui soli costi e non anche sul rischio negli investimenti. Se venisse accolto questo modello regolatorio, nessun *incumbent* investirebbe nelle NGN, perché correrebbe un rischio non remunerato. L'inevitabile fuga dagli investimenti comporterebbe una stasi nella politica della concorrenza, bloccata sulla competizione tra servizi prestati da più operatori della medesima rete, impedendone la sua evoluzione verso un modello di una "facilities based competition"⁷⁷, e ciò perché non ci sarebbero nuove reti da mettere in gara tra loro.

La difficoltà dinanzi alla quale si troveranno le autorità di regolazione nazionale consisterà nell'individuare la misura di compromesso⁷⁸, la massima realizzazione possibile tra i due obiettivi, cosa assolutamente non facile.

c) Questo studio inglese ci indica però una possibile via di uscita dall'*impasse*: una regolazione *ex ante*, che da un lato assicuri l'*equal access* agli altri operatori, e dall'altro, non forzi la promozione della competizione a discapito degli investimenti, in quanto si propone un nuovo parametro di calcolo del prezzo dell'accesso, il quale, non tenga conto dei soli costi effettivi, ma anche del rischio per gli investimenti efficienti. Questo inedito parametro di calcolo incontra la domanda dell'*incumbent* di ripartire il rischio degli investimenti anche tra gli altri operatori, a condizione che gli investimenti giovino alla collettività, e tali sono quelli efficienti.

⁷⁷ Sul tema chiare le riflessioni di: J. Kittl - M. Lundborg - E. O. Ruhle, *Infrastructure-Based Versus Service-Based Competition In Telecommunications*, in *Communications & Strategies*, 64, 4th quarter, 2006, p. 66-88; V. KOCSIS - P. W. J DE BIJL., *Network neutrality and the nature of competition between network operators*, in <http://www.springer.com>, pp. 1-28; J. M. BOWER, *Regulation and State Ownership: conflicts and complementarities in EU telecommunications*, in *Annals of Public and Cooperative Economics*, 2005, pp. 151-177.

⁷⁸ M. Cave, *Encouraging infrastructure competition via ladder of investment in Telecommunication*, in *Telecom. pol.*, 2006, 30, pp. 223-237, soffermandosi sull'individuazione delle misure più appropriate rimesse alle NRAs atte a incoraggiare gli operatori a progredire nella scala degli investimenti. Ma anche: H. GRUBER, *European sector regulation and investment incentives for broadband communication networks* in papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=976887, 2007, pp. 1-32; G. GUTHRIE, *Regulating Infrastructure: The Impact on Risk and Investment*, in *Journal of Economic Literature*, 44, 2006, pp. 925-972.

A questo punto conviene assumere il documento inglese come punto di partenza e andare oltre per ipotizzare - come già detto per la gestione della vecchia rete fissa di accesso - un modello consortile tra tutti gli operatori per il governo delle NGN. In tal modo si eviterebbero sprechi e duplicazioni negli investimenti, perché i conferimenti di ciascuno operatore si coordinerebbero con quelli del consorte, e i problemi di *equal access* sofferti dalla vecchia rete non si riproporrebbero sulla nuova, una volta sostituito al governo monocratico dell'*incumbent* una cogestione democratica aperta a qualsivoglia operatore di rete. E ci permettiamo di sottoporre il medesimo modello all'attenzione della nostra AG.Com., che potrebbe controproporre all'iniziativa Telecom di separazione funzionale, per ora limitata alla vecchia rete, l'allargamento del perimetro della separazione unitamente a una forma di separazione, più drastica della riorganizzazione aziendale proposta dalla Telecom, ma certo più efficace nell'equivalenza dell'accesso e nelle prospettive competitive future.

7. Considerazioni conclusive: a ogni decisore la sua regola

Da quanto detto è emersa una cosa, l'indubbia tecnicità della materia non azzerava la specificità politica della questione: come realizzare la nuova piattaforma, la sua architettura, le modalità di dialogo tecnico con la rete fissa dell'*incumbent*, e infine, l'individuazione del suo finanziatore.

Tutte valutazioni politiche dipendono da una scelta preliminare: la nuova rete sarà di fatto ad uso esclusivo dell'*incumbent* pronto a trasferirvi la sua dominanza, oppure vorrà essere un'occasione per affermare e riequilibrare rispettivamente le forze nuove e quelle pregiudicate nel precedente scenario. A seconda che si opti per l'una o per l'altra, diverse saranno le risposte alle domande prima poste.

Così come dipenderà da questa scelta preliminare la decisione su chi finanzierà la rete. Se questi dovesse essere un privato, presumibilmente l'*incumbent*, sarebbe inevitabile l'orientamento egoistico della nuova tecnologia; mentre una soluzione di condivisione del finanziamento tra operatori privati, piccoli e grandi, con il sostegno pubblico, diventa la premessa indispensabile per una successiva condivisione e impostazione equilibrata delle soluzioni regolatorie, quali, ad esempio, il disegno dell'architettura della nuova rete in modo da renderla compatibile con le specifiche tecniche degli *asset* degli altri operatori.

Siamo consapevoli del fatto che in un contesto di liberalizzazioni estreme la chiamata in causa dello Stato possa risultare anacronistica, anche solo per sopportare in parte un finanziamento straordinario o per dettare le regole del nuovo gioco. Non si sta però proponendo una riedizione della mano invisibile, perché lo Stato non gestirebbe in prima persona il processo produttivo, lascerebbe che a farlo sia l'imprenditore privato, ma interverrebbe per compensare gli squilibri geografico-territoriali o le asimmetrie economiche tra vecchi e nuovi operatori in nome di una gara *fair*, in quanto una competizione è onesta solo se tutti hanno le medesime possibilità di vincerla.

Pertanto, un intervento pubblico di disegno, e a sostegno delle nuove infrastrutture, non solo non è più rinviabile, ma non è neanche delegabile ai privati o alle A.I. sovranazionali, non essendo una questione di condominio, né una valutazione tecnica. Esso invece sottende una chiara strategia di politica industriale:

L'alternativa in gioco è la concorrenza tra i servizi o tra le reti. Se si scegliesse la competizione tra i servizi, si moltiplicherebbero numericamente gli attori del mercato, ma le loro offerte rimarrebbero sostanzialmente equivalenti per il consumatore stante l'unicità della rete. Con la competizione tra le piattaforme, invece, cioè la sfida lanciata dalle NGN, si diversificherebbero i terreni di gioco consentendo l'accesso equo e diffuso su più piani al maggior numero possibile di fornitori. Infine, va considerato che in questo contesto la concorrenza rileva come bene mediato, perché la rete - trasportando indifferentemente comunicazioni intersoggettive e contenuti audiovisivi - incide sulla formazione del consenso dei cittadini. Quindi, si tratta di una concorrenza funzionale alle libertà fondamentali: moltiplicare gli offerenti significa moltiplicare il diritto di ciascuno ad essere informato. Alla luce di quanto detto, il finanziamento di queste nuove possibilità di comunicazione e il disegno regolatorio futuro non possono rimanere una questione rimessa alla negoziazione degli imprenditori: perché è questione di diritti, in una parola di democrazia⁷⁹.

Appare allora incoerente con quanto osservato fino ad ora che in Europa la decisione sulle asimmetrie si disperda in una pluralità di soggetti, non tutti riconducibili al circuito politico/rappresentativo, lì dove - chiarita la necessità di tenere fermo il binomio potere politico/responsabilità - andrebbe abbandonato il governo diarchico Commissione/BERT per una semplificazione a favore del decisore politico comunitario. In tal caso se le regole non dovessero funzionare, almeno sapremo a chi rivolgerci, e forse ci sarà qualcuno chiamato a risponderne politicamente.

⁷⁹ A.C., n. 1386, Leg. XVI, Disegno di legge di conversione del decreto legge 25 giugno 2008, recante «Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria», cfr. l'art. 10, ora convertito con mod. dalla L. n. 133, del 6/8/08, in *G.U.*, n. 195 del 21/8/08. In particolare, la disposizione indica le infrastrutture nelle reti di telecomunicazione tra i progetti di investimenti ammessi ai finanziamenti agevolati, ma non detta né prescrizioni specifiche sulla tipologia dei progetti, né orienta il disegno delle nuove reti in direzione pro-competitiva. Tale delega in bianco all'impresa privata va dunque nella direzione opposta a quella da noi suggerita. Sembra invece correggere il tiro il successivo l'A.C. n. 1441, Leg. XVI, Disegno di legge recante «Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria» (presentato il 2 luglio 2008), sempre che esso conservi nel corso dei lavori parlamentari l'iniziale impianto. Esso si basa su un modello di finanziamento misto (*public private partnership*) e sul condizionamento del danaro pubblico all'idoneità del progetto a contribuire «allo sviluppo di un sistema aperto di reti». Se l'impostazione è condivisibile, rimangono invece incerte le sue modalità attuative: sia quelle relative al modello di finanziamento pubblico-privato - ad esempio, non è detto se e in che misura saranno coinvolti gli operatori diversi da quello dominante -, sia quelle attinenti alla capacità della nuova rete a promuovere una competizione diffusa e *fair*. Da come il Governo scioglierà la riserva su questi due punti dipenderà il salto qualitativo da una *services based competition* a una concorrenza *facilities based*. Allo stato quindi, non è possibile esprimere un giudizio compiuto sulla strategia di politica industriale del Governo, le cui scelte sono per gli sviluppi rinviate poco opportunamente ai decreti legislativi.

