



Il ruolo delle Regioni e dei Co.Re.Com. nello sviluppo della Banda Larga

a cura di

Paola M. Manacorda e Giovanna De Minico

ROMA LUGLIO 2011

Hanno partecipato al Gruppo di studio coordinato da Paola M. Manacorda e Giovanna De Minico: Eugenio Ambrosi, Marana Avvisati, Franco Bassanini, Miranda Brugi, Antonello Busetto, Marina Caporale, Maria Pia Caruso, Dario D'Aleo, Lina Falvella, Marzia Gandiglio, Francesco Palombelli, Giovanni Piccirilli, Caterina Torcia.

All'elaborazione del paper hanno contribuito: Marana Avvisati, Miranda Brugi, Maria Pia Caruso, Giovanna De Minico, Lina Falvella, Paola M. Manacorda, Giovanni Piccirilli.

Le opinioni espresse dagli Autori non coinvolgono in alcun modo le Istituzioni e le Amministrazioni di appartenenza degli stessi.

INDICE

PARTE PRIMA – Quadro evolutivo dell’ordinamento delle comunicazioni con particolare riferimento alla banda larga e alle NGNs, *di Giovanna De Minico, Maria Pia Caruso e Lina Falvella*

- I. Co.Re.Com.: profili soggettivi e funzionali, *di Maria Pia Caruso e Lina Falvella*
- II. Banda larga e NGNs: cambiano le funzioni dei Co.Re.Com., *di Giovanna De Minico*

PARTE SECONDA – Modelli strategici di intervento locale sul *digital divide* e sulle NGNs, *di Paola M. Manacorda*

PARTE TERZA – Elementi di valutazione in parallelo con esperienze straniere, *di Giovanna De Minico, Marana Avvisati e Giovanni Piccirilli*

- I. Comunità autonome e Autorità indipendenti. Il caso spagnolo, *di Marana Avvisati*
- II. Ordinamento delle comunicazioni e *governance* delle reti in Germania, *di Giovanni Piccirilli*
- III. Modello italiano, tedesco e spagnolo. Aspetti comuni, differenze e loro trasferibilità, *di Marana Avvisati e Giovanni Piccirilli*

PARTE QUARTA – Ruolo dei Co.Re.Com. in relazione alle NGNs, *di Giovanna De Minico*

CONCLUSIONI – Proposte per un ruolo dei Co.Re.Com.: ipotesi allo studio e loro fattibilità, *di Paola M. Manacorda e Giovanna De Minico*

INDICE PARTICOLAREGGIATO

PARTE PRIMA

QUADRO EVOLUTIVO DELL'ORDINAMENTO DELLE COMUNICAZIONI CON PARTICOLARE RIFERIMENTO ALLA BANDA LARGA E ALLE NGNS

Capitolo I

I Co.Re.Com.: profili soggettivi e funzionali

1. Inquadramento dei Co.Re.Com. nell'ordinamento e loro responsabilità

I Comitati regionali per le comunicazioni sono organi misti, caratterizzati da una doppia natura: essi hanno struttura e funzionamento propri degli organi regionali, ma agiscono anche in qualità di organi funzionali dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni. Ad essi sono attribuiti sia compiti di consulenza delle Regioni in materia di comunicazione, sia competenze delegate dall'Autorità. I due rapporti che intrattengono, rispettivamente con le Regioni e con l'Autorità, strutturale e funzionale, conferiscono loro il privilegio di vantare competenze idonee a soddisfare le esigenze di un organo politico rappresentativo delle esigenze e degli interessi della comunità locale, ma anche competenze tecniche, proprie delle Autorità, caratterizzate dalla più rigorosa imparzialità e indipendenza di azione.

La costituzione dei Comitati è rimessa alle Assemblee legislative delle Regioni, che ne eleggono i componenti e il Presidente, secondo gli indirizzi

Questa parte è stata curata da Giovanna De Minico

Questo capitolo è di Maria Pia Caruso e Lina Falvella. In particolare i paragrafi 1, 2 e 3 sono stati scritti da Maria Pia Caruso, mentre i paragrafi 4 e 5 da Lina Falvella.

generali relativi ai Comitati regionali per le comunicazioni individuati nella delibera n. 52/99 dell’Autorità, nonché conformemente ai principi individuati dall’Intesa tra la Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome del 30 ottobre 2008, siglata con l'obiettivo di rendere la *governance* stessa dei Co.Re.Com. più rispondente alla peculiarità delle funzioni da essi esercitate¹.

La natura dei Comitati regionali per le comunicazioni, ontologicamente organi delle Regioni, ma funzionalmente legati all’Autorità, favorisce lo svolgimento delle attività delegate dall’Autorità, consentendo il felice connubio tra la conoscenza del territorio da cui emanano e lo svolgimento

¹ Cfr. Intesa del 30 ottobre 2008 che sottopone all'attenzione del legislatore regionale le seguenti opzioni: 1) il numero dei componenti sia previsto nella misura da 3 a 5; 2) il Presidente del Co.Re.Com. sia eletto dall'Assemblea regionale su indicazione del Presidente della Giunta d'intesa con il Presidente dell'Assemblea; per le procedure di nomina degli altri componenti dei Comitati si osservano le disposizioni previste dagli statuti regionali sulle procedure di nomina, con garanzia del ruolo delle minoranze; 3) non sia prevista la figura del Vice Presidente; in caso di impedimento del Presidente le funzioni saranno esercitate dal Consigliere più anziano; 4) i componenti dei Comitati regionali per le comunicazioni siano scelti fra persone dotate di alta e riconosciuta professionalità e competenza nel settore; durino in carica 5 anni e non possano essere confermati. A pena di decadenza essi non possono esercitare, direttamente o indirettamente, alcuna attività professionale o di consulenza, essere amministratori o dipendenti di soggetti pubblici o privati né ricoprire altri uffici pubblici di qualsiasi natura, ivi compresi gli incarichi elettivi o di rappresentanza nei partiti politici né avere interessi diretti o indiretti nelle imprese operanti nel settore di competenza dei medesimi Comitati regionali per le comunicazioni. I dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono collocati fuori ruolo per l'intera durata dell'incarico. Per almeno quattro anni dalla cessazione dell'incarico i componenti dei Co.Re.Com non possono intrattenere, direttamente o indirettamente, rapporti di collaborazione, di consulenza o di impiego con le imprese operanti nel settore di competenza; 5) al Presidente ed ai Componenti del Comitato sia attribuita una indennità di funzione non superiore al 50% della indennità di carica attribuita ai Consiglieri regionali; la legge regionale disciplinerà i rimborsi spese ed il trattamento di missione dei componenti il Comitato; 6) le convenzioni con l'Agcom per l'attribuzione delle deleghe e la definizione dei relativi finanziamenti siano sottoscritte dal Presidente della Giunta regionale, previa verifica con il Presidente dell’Assemblea legislativa per le parti relative alle competenze dell’Assemblea stessa; 7) il Co.Re.Com. abbia come organo di riferimento, per quanto attiene alla struttura organizzativa ed alla dotazione finanziaria, l'Assemblea legislativa regionale; 8) la struttura di supporto sia dotata di effettiva autonomia operativa e funzionale e faccia riferimento agli indirizzi ed al Programma di attività del Comitato.

di funzioni tecniche e imparziali. Infatti, la dipendenza funzionale dall'Autorità nazionale, nell'espletamento delle funzioni delegate di garanzia e controllo, in un'ottica volta alla realizzazione di un vero e proprio decentramento amministrativo, consente di salvaguardare l'omogenea applicazione su tutto il territorio di prassi interpretative, senza penalizzare la naturale differenziazione culturale che caratterizza ogni contesto geografico.

La legge n. 249 del 1997, istitutiva dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, prescrive che la funzione legislativa della Regione in materia di istituzione dei Comitati sia esercitata nell'ambito degli indirizzi e dei criteri fissati dall'Autorità d'intesa con la Conferenza permanente Stato-Regioni e individua nella delega lo strumento giuridico, applicativo, utilizzato per procedere al decentramento delle competenze dell'Autorità ai Co.Re.Com., rimettendo la puntuale enumerazione delle funzioni delegabili, ad un apposito regolamento da adottarsi d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano².

I Co.Re.Com. dunque, sono mediatori tra il mercato territoriale, che vigilano e favoriscono, anche attraverso la tutela dell'utenza locale e il sistema nazionale delle comunicazioni. Il loro ruolo necessita la neutralità³ propria delle Autorità indipendenti, al fine di valorizzare il decentramento delle funzioni che il legislatore previgente del 1997 volle indicare per amministrare il sistema delle comunicazioni convergente.

Il fenomeno dei poteri neutrali è ascrivibile alla tematica più generale della c.d. pluralizzazione, qualitativa e quantitativa, delle amministrazioni pubbliche, che si manifesta da tempo negli ordinamenti contemporanei e che ha messo in discussione il modello centralizzato della dottrina

² Cfr. Delibere dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 52/99, *Individuazione degli indirizzi generali relativi ai Comitati per le garanzie nelle comunicazioni*, e 53/99, *Approvazione del regolamento relativo alla definizione delle materie dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni delegabili ai Comitati per le garanzie nelle comunicazioni*.

³ Cfr. M. Manetti, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1994, pp 43 e 105 e ss..

continentale. Volendo riportare nell’ambito di tale tematica le attività svolte dai Co.Re.Com., si possono individuare tre tipologie di «neutralizzazione», consistenti nell’autoamministrazione, ancora limitata all’adozione di regolamenti interni per il funzionamento della struttura di supporto ma non estesa, in tutte le Regioni, all’autonomia finanziaria, le funzioni paragiurisdizionali, sicuramente rappresentate dall’esercizio della funzione di conciliazione e definizione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazione, e le funzioni tecniche, cui si può riportare l’attività delegata tutta, ma anche le funzioni proprie di consulenza agli organi regionali quali quelle svolte dai Co.Re.Com. in occasione del passaggio al digitale terrestre.

Il rapporto funzionale con l’Autorità dovrebbe comportare l’assimilazione dei Comitati alle Autorità amministrative con riferimento alla loro indipendenza sia dal sistema politico che dal mercato regolato. La notevole tecnicità delle funzioni attribuite ai Co.Re.Com. dalla legge o delegate dall’Autorità richiede, sia per gli uffici che per gli organi di vertice, un’alta specializzazione e una multidisciplinarietà integrata giuridica, economica e scientifica, indispensabili per regolare e vigilare su materie «sensibili». Tra queste si annovera la vigilanza sul rispetto dell’applicazione delle norme della *par condicio*, che l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni espleta a livello nazionale e i Co.Re.Com. sono chiamati ad esercitare *ex lege*⁴ a livello locale.

Per le Autorità di regolazione come per quelle di garanzia, è necessario assicurare il c.d. *level playing field*, ovvero realizzare un’equilibrata mediazione tra interessi contrapposti, come avviene nell’ambito della tutela dei consumatori e degli utenti nei confronti delle imprese di comunicazione elettronica, attenuando le disparità tra i soggetti deboli e forti e garantendo il contraddittorio. Infine, ma non ultimo, il maggior presidio dell’indipendenza viene dagli ordinamenti sovranazionali, dall’Unione europea e anche dalle discipline internazionali. Le direttive europee in materia di comunicazioni elettroniche, recepite a livello nazionale,

⁴ Ai sensi della legge n. 28/2000, nonché dai vari Regolamenti deliberati dall’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni in occasioni delle diverse tornate elettorali.

pervadono le azioni regolamentari, di vigilanza e garanzia che l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni pone in essere, sia come principi ispiratori, sia come modalità attuative, al fine di realizzare un quadro europeo comune⁵. Tali modalità attuative si ripercuotono anche sui Co.Re.Com., attraverso lo svolgimento delle materie delegate.

L'esperienza maturata dai Co.Re.Com. dalla loro costituzione, li qualifica sempre più come «garanti del sistema della comunicazione regionale», e in prospettiva veri e propri «snodi di interlocuzione istituzionale», ma proprio in ragione dell'impegno di assumere le connotazioni proprie delle Autorità indipendenti senza perdere la preziosa caratteristica di istituzione locale, sarebbe opportuno ridisegnare il loro sistema di nomina in coerenza con l'obiettivo di assicurarne l'indipendenza genetica dal decisore politico locale⁶.

La loro natura locale rappresenta un potenziale sviluppo dell'articolazione ordinamentale della Regione, la quale nel potenziare i Comitati, attraverso il rafforzamento delle strutture di supporto e il conferimento di ulteriori competenze, può attivamente influenzare lo sviluppo del settore ed esercitare un controllo diretto sull'evoluzione regolamentare.

Non si trascurino, al proposito, le ipotetiche competenze che potrebbero essere attribuite a tali organi nell'ambito dello sviluppo della banda larga piuttosto che il ruolo consultivo che hanno avuto nell'ambito del passaggio al digitale terrestre e che potrebbero avere qualora venissero investiti del potere autorizzatorio all'esercizio di attività radiotelevisiva piuttosto che del controllo sul corretto esercizio di attività connesse al sistema delle comunicazioni.

Alla luce dell'inquadramento dato, delle caratteristiche organizzative e funzionali, i Co.re.com. costituiscono, oggi, l'esercizio minimo da parte delle Regioni della competenza nel settore delle comunicazioni; essi rappresentano l'altra via rispetto al decentramento il quale, oltre ad impegnare risorse economiche non disponibili nell'attuale congiuntura,

⁵ Cfr. Astrid, *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, a cura di M. D'Alberti e A. Pajno, Bologna, il Mulino, 2010, pp. 11 e ss.

⁶ Sul punto, si rinvia alle ipotesi formulate nelle conclusioni del presente lavoro.

porterebbe a disomogeneità e disarmonie inadatte alla convergenza dei mezzi di comunicazione che è avanzata inesorabilmente sino a imporre l'esigenza di un sistema integrato di regolamentazione, vigilanza e controllo.

2. Il percorso delle deleghe: tra decentramento e sussidiarietà

Nell'ambito della riforma del Titolo V della Costituzione, avvenuta con legge costituzionale del 18 ottobre 2001, n. 3, è stato potenziato il ruolo delle autonomie locali, attribuendo alla legislazione concorrente Stato-Regioni ulteriori materie, e conferendo un nuovo assetto ordinamentale ai delicati equilibri che caratterizzano il rapporto tra lo Stato centrale e gli enti deputati alla gestione del territorio e della popolazione.

Tra le materie ora oggetto di competenza legislativa concorrente delle Regioni si annovera l'ordinamento della comunicazione.

Il legislatore assume con il termine «comunicazione» un complesso sistema integrato, comprensivo di editoria, audiovisivo, e servizi di comunicazione elettronica; in tale sistema convergono mercati, tecnologie, professioni, culture che impongono un approccio normativo innovativo che deve essere praticato anche in ambito regionale. Ciononostante, la mancanza di un disegno istituzionale organico e uniforme sul territorio nazionale penalizza i Co.Re.Com., quali organismi regionali deputati ad essere naturali interlocutori istituzionali nel settore.

Il processo di decentramento delle competenze nel settore delle comunicazioni, trova le sue radici risalenti nel tempo. Infatti, già nel 1975, con legge del 4 aprile, n.103, il legislatore aveva ritenuto di riconoscere un ruolo strategico a livello locale al settore delle comunicazioni, sebbene limitatamente all'audiovisivo, istituendo i Comitati regionali per i servizi radiotelevisivi (Co.Re.Rat.). Essi erano organi di consulenza della Regione in materia radiotelevisiva e assolvevano il principale compito di formulare indicazioni sui programmi radiotelevisivi destinati alla diffusione regionale. La loro attività si articolava attraverso la formulazione di

proposte da presentare al consiglio di amministrazione della società concessionaria, in merito a programmazioni regionali che potevano essere trasmesse in reti nazionali, e attraverso la regolazione dell'accesso alle trasmissioni regionali, secondo le norme della Commissione parlamentare.

Con la legge n. 249 del 31 luglio 1997, il legislatore ha ritenuto di ampliare la sfera di competenza degli organismi regionali, istituendo, con l'Autorità, i Co.Re.Com. quali organismi potenzialmente deputati a svolgere tutte le funzioni di garanzia e controllo sul territorio, funzionalmente riconducibili all'Autorità nazionale, in un ottica ancora di decentramento, quale non poteva che essere quella del legislatore del 1997.

Con la riforma del Titolo V della Costituzione attuata dal legislatore nel 2001 si colloca l'ordinamento della comunicazione nell'elenco delle materie sulle quali le Regioni sono chiamate ad esercitare la potestà legislativa concorrente (art. 117 Cost. co. 3). Mentre tale riforma avrebbe dovuto conferire nuovo vigore ai Comitati, rafforzando la loro funzione di consulenza nei confronti delle Regioni, e accrescerne il valore strategico ai fini dell'attuazione della devoluzione, i Co.Re.Com. hanno riassunto e sono incorsi nelle difficoltà e criticità dei diversi livelli di governo, quello nazionale e quello regionale.

I Comitati sono, infatti, alla ricerca di un'identità, in quanto le Regioni hanno trascurato, più o meno consapevolmente, di intervenire in tale settore anche in ragione del timido approccio dei Comitati quali organi regionali di consulenza.

In relazione al percorso istituzionale tuttora in corso, le Regioni non hanno provveduto a definire le modalità di esercizio della funzione concorrente che è stata riconosciuta loro nel 2001 in materia di ordinamento della comunicazione. Le uniche iniziative legislative sono state intrapresa dalle Regioni Piemonte⁷ e Lombardia⁸; quest'ultima, in particolare, ha un ambito di applicazione ampio e tecnologicamente integrato nell'ambito del settore

⁷ Disegno di legge n. 402, *Disciplina e sostegno delle attività di comunicazione e informazione locale*, presentato il 6 febbraio 2007 dalla Giunta della Regione Piemonte.

⁸ Proposta di progetto di legge della Giunta Regione Lombardia, n. 5828 del 21 novembre 2007 "Disciplina del sistema regionale delle comunicazioni.

della comunicazione. Solo la Provincia autonoma di Trento si pone all'avanguardia in materia comunicazione, avendo individuato competenze esecutive in capo alla Giunta in materia di autorizzazione ai fornitori di contenuti e avviato importanti iniziative di sviluppo della rete in fibra ottica⁹.

Con particolare riferimento al segmento delle comunicazioni elettroniche, è difficile individuare con esattezza le linee d'intervento riservate allo Stato e alle Regioni, a causa della complessità, anche tecnologica, delle questioni e della necessaria unicità nazionale del sistema. La stessa Corte Costituzionale ha interpretato in chiave riduttiva la portata della riforma sulle competenze regionali in tale settore, invocando le esigenze unitarie sottese e valorizzando la dimensione collaborativa e cooperativa, piuttosto che di subordinazione e separazione.

Una seconda criticità emersa in diverse Regioni è connessa alla collocazione del Co.Re.Com. nell'ambito della Giunta piuttosto che del Consiglio regionale. Il Co.Re.Com. Veneto, caso isolato, è incardinato presso la Giunta e non nell'ambito del Consiglio regionale; tuttavia, in prospettiva, sarebbe importante, anche ai fini della necessaria indipendenza, la collocazione dell'organismo presso l'Assemblea legislativa. Questo aspetto assume anche rilevanza ai fini dei trasferimenti delle risorse finanziarie per l'organizzazione e il funzionamento dei Comitati.

Nei primi anni di esercizio dell'attività delegata, si è constatato che ove il Co.Re.Com. viene percepito come organismo di garanzia, indipendente, ma sostenuto dall'Amministrazione locale, l'organismo lavora serenamente e ha reali possibilità di sviluppare al meglio le funzioni proprie e delegate. La soluzione legata alla collocazione dei Co.Re.Com. nell'ambito delle strutture che riportano alle Assemblee legislative è certamente preferibile,

⁹ Notizia di agenzia Adnkronos del 20 aprile 2011: «Il Trentino del futuro passa anche attraverso la certezza di dare alle imprese e ai cittadini le migliori opportunità di sviluppo e di crescita sociale ed economica. La dorsale di fibra ottica di 800 chilometri attualmente in via di realizzazione e l'intesa con Telecom Italia per un'infrastruttura NGN che andrà a servire 150 mila abitazioni sono le prime risposte ad una domanda crescente di connettività e di nuovi servizi».

in quanto in tale ambito sono rappresentate anche le minoranze. Non bisogna trascurare che i Co.Re.Com. sono gli unici strumenti dei Consigli regionali che erogano servizi direttamente ai cittadini, quali la conciliazione, la definizione di controversie e la tenuta del registro degli operatori della comunicazione, e per tale motivo occorrerebbe una visione innovativa ed integrata sul territorio, nella prospettiva di rispettare e valorizzare culture diverse. Spesso la possibilità di erogare un servizio alla cittadinanza è qualcosa di totalmente nuovo ed estraneo alla missione istituzionale dell'Assemblea legislativa, mentre rientra nelle attività proprie della Giunta che eroga servizi pubblici, sia direttamente, sia attraverso società controllate.

In tale contesto istituzionale, si inserisce il rapporto tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e i Co.Re.Com., ma anche le Assemblee legislative e le Regioni. Ad oggi, la maggior parte dell'attività svolta da molti Comitati è costituita dalle attività delegate dell'Autorità percepita quale «unico referente», anche a discapito del rapporto con le Regioni di riferimento. In buona sostanza, quel decentramento dell'ordinamento della comunicazione non si è realizzato per iniziativa dei Consigli regionali, ma si sta realizzando per delega da parte di una Autorità indipendente, di regolazione, di controllo e di garanzia di settore. L'Autorità, è bene sottolinearlo, contribuisce finanziariamente, ha investito e investe, assistendo e finanziando l'esercizio delle funzioni delegate¹⁰, cercando di assicurare uniformità e omogeneità sul territorio nello svolgimento dei compiti assegnati e, proprio per questo, vengono sempre fornite linee guida, casistiche, manuali operativi e assistenza in modo da scongiurare disparità di trattamento a livello locale. Al fine di garantire l'assoluta trasparenza, i parametri adottati per determinare il riparto dei contributi sono oggettivi: popolazione, superficie, numero delle emittenze radiotelevisive locali. A questi è stato aggiunto, alla luce delle esperienze delle prime deleghe, l'ulteriore elemento del numero di istanze di conciliazione e dei provvedimenti d'urgenza. Dunque, l'Autorità monitora

¹⁰ Cfr. Tabella di riparto della somma di circa 2,7 milioni di euro, allegata all'Accordo quadro del 2008.

e coordina, attraverso un dialogo costante sul territorio, lo svolgimento delle funzioni delegate, e verifica periodicamente l'attuazione secondo le modalità operative individuate congiuntamente.

In tale contesto istituzionale, i Co.Re.Com. vivono una doppia dipendenza, che è da rafforzare, affinché sia la più virtuosa possibile, proprio valorizzando la peculiarità soggettiva dell'organismo sul territorio. Questo processo di valorizzazione dei Co.Re.Com. passa attraverso la garanzia di una propria autonomia, dell'indipendenza dei componenti e delle persone che operano nelle strutture di supporto dei Comitati stessi.

3. La fisionomia funzionale e l'Accordo quadro del 2003

Alla fine degli anni '90 in un contesto evoluto, rispetto a quello nell'ambito del quale erano stati istituiti i Co.Re.Rat., sia nel settore audiovisivo, che si presenta diversificato e aperto alla concorrenza, sia nel settore delle telecomunicazioni ormai pronto alla liberalizzazione, gli organi di consulenza regionali devono essere adeguati alla nuova impronta «visionaria» che adotta lo slogan della convergenza nelle comunicazioni. La legge del 31 luglio 1997, n. 249, istituisce l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, prima, e unica, autorità convergente, e, all'art. 1, comma 13, «riconoscendo le esigenze di decentramento sul territorio» le attribuisce, contestualmente, degli organi funzionali «al fine di assicurare le necessarie funzioni di governo, di garanzia e di controllo in tema di comunicazione» negli attuali Comitati regionali per le comunicazioni.

Si evidenzia, altresì, che in Italia (ma anche in Europa, ad eccezione del caso dei Länder tedeschi e di quello della Spagna) nessuna altra Autorità analoga nel panorama istituzionale ha un modello di organizzazione e funzionamento amministrativo così articolato sul territorio.

L'impianto della citata legge n. 249, nell'attribuire la competenza centralizzata in capo all'Autorità nazionale di garanzia nel settore delle comunicazioni, inteso nell'accezione più ampia di audiovisivo, telecomunicazioni ed editoria, concepisce i Comitati come organi

funzionali, deputati a svolgere compiti delegati sul territorio in aggiunta alle competenze loro proprie «ereditate» dai preesistenti Co.Re.Rat., operando una profonda innovazione rispetto alla legge 6 agosto 1990, n. 223 (c.d. Legge Mammì), nella quale essi erano meri organi ausiliari, cui il regolamento di attuazione affidava funzioni di carattere propositivo, consultivo e di verifica.

Il regolamento per la definizione delle funzioni delegabili venne adottato con la delibera dell'Agcom n. 53/99, in base alla quale i Co.Re.Com. esercitano le funzioni delegate dall'Autorità «mediante la stipula di apposite convenzioni, nelle quali saranno specificate le singole funzioni delegate nonché le risorse assegnate per provvedere al loro esercizio». Le materie da delegare vennero classificate per funzioni: consultive, di gestione, di vigilanza e controllo, e istruttorie. L'Autorità riservava a se stessa, comunque, il ruolo di indirizzo e coordinamento in ordine all'esercizio dei poteri delegati, nonché la possibilità di esercitare, in via sostitutiva, le stesse funzioni delegate ai Co.Re.Com. in caso di inerzia, inadempimento o ritardo degli stessi.

Nel 2002, con l'approvazione delle leggi istitutive dei Co.Re.Com. in quindici Regioni e l'effettiva costituzione dei Comitati in undici Regioni, venne concretamente avviato il processo di delega, attraverso l'istituzione di un tavolo politico e di un tavolo tecnico congiunto tra Autorità, Giunte e Consigli regionali e coordinamento dei Co.Re.Com.. I lavori portarono all'approvazione, in data 23 giugno 2003, di un Accordo quadro tra l'Autorità, la Conferenza dei Presidenti delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti dell'Assemblea, dei Consigli regionali e delle Province autonome volto a configurare il contenuto delle singole convenzioni da stipularsi tra l'Autorità e i Co.Re.Com..

In quella sede, vennero individuate le funzioni immediatamente delegabili e quelle che, stanti le difficoltà organizzative ed economiche che l'esercizio delle stesse avrebbe comportato, fosse opportuno permanessero nella piena titolarità dell'Autorità.

Solo successivamente, alla luce dell'esperienza acquisita dai Comitati regionali nei cinque anni di esercizio del c.d. primo pacchetto di deleghe, i

Co.Re.Com., con la sottoscrizione il 4 dicembre 2008 del nuovo Accordo quadro, hanno avuto la possibilità di ampliare l'attività delegata attraverso l'attribuzione di quelle ulteriori funzioni, inizialmente ritenute eccessivamente onerose. L'Accordo quadro del 2008 definisce la nuova e attuale cornice giuridica, con la quale i Co.Re.Com. sono stati investiti di nuovi e significativi poteri, con l'obiettivo di accrescere le garanzie e l'esercizio dei diritti degli operatori e degli utenti a livello locale, avvicinando al cittadino i centri decisionali e la possibilità di accedere direttamente ad una serie di servizi.

La c.d. legge Maccanico (legge n. 249/1997) prevede che sia l'Autorità, a seguito delle leggi regionali istitutive, ad attivare i Co.Re.Com., per mezzo dei quali si è sviluppato il «modello Co.Re.Com.» che ha in qualche modo anticipato, operando solo sul piano amministrativo, scelte successivamente fatte proprie dal legislatore nazionale. Si tratta di un modello di regolazione dei rapporti tra i diversi livelli di governo che si sta ancora consolidando e che certamente ha bisogno di essere completato organicamente su tutto il territorio nazionale. Tale modello rappresenta, tuttavia, la vera chiave di volta di un sistema che fa salva l'autonomia regionale insieme alla coerenza complessiva del sistema di regolazione di settore. In attuazione delle convenzioni sottoscritte, i Co.Re.Com. applicano i regolamenti dell'Autorità, nel rispetto di linee guida e indirizzi univoci. L'Accordo quadro del 2003, novato da quello 2008, è strumento giuridico convenzionale, con connotati sia di carattere pubblicistico che privatistico: laddove non vengano sottoscritte le convenzioni per il conferimento delle funzioni delegate, non viene svolta alcuna attività delegata, la competenza resta in capo all'Autorità, che la esercita a livello nazionale, priva di quella sensibilità locale che solo un organismo territoriale può conferire al contesto di riferimento.

4. Analisi quantitativa e qualitativa delle deleghe

L'intesa raggiunta con l'Accordo quadro del 2008 ha previsto il decentramento di funzioni sul territorio relativamente alle seguenti materie:

a) vigilanza in materia di tutela dei minori, con riferimento al settore radiotelevisivo locale; non può trascurarsi di premettere che lo scenario italiano è caratterizzato dalla presenza di un numero considerevole di operatori radiotelevisivi locali che ne rappresentano l'anomalia, ma anche il pregio denominato pluralismo esterno. In tale contesto, a fronte dell'impossibilità per l'Autorità nazionale di realizzare la vigilanza strutturata sul territorio, l'esigenza di tutelare l'utenza a livello locale, come rappresentata dai minori, ha costituito la prima leva ideologica per realizzare un sistema decentrato nel settore radiotelevisivo. Proprio in virtù di tale sistema rappresentato dalla tutela dei minori, la Regione Lombardia¹¹ ha ritenuto, nell'istituire il Comitato regionale per comunicazioni, di attribuire all'organo, tra le altre funzioni proprie, quella di formulare "*proposte in materia di tutela dei minori nel settore radio-televisivo*". Sebbene l'attività di vigilanza fosse già svolta in maniera efficiente dal Comitato TV e minori, dalle varie associazioni esistenti sul territorio e, a livello istituzionale, dagli ispettorati del Ministero, allora delle comunicazioni, che pure in alcune aree svolgevano attenta e proficua attività di controllo, la delega consente di attribuire completezza e organicità alla competenza dell'Autorità, attraverso i suoi organi funzionali sul territorio.

b) vigilanza sul rispetto delle norme in materia di pubblicazione e diffusione dei sondaggi sui mezzi di comunicazione di massa in ambito locale; questa funzione non ha mai impegnato le strutture dei Co.Re.Com. in attività onerose essendo stata interpretata nel tempo come un'attività essenzialmente svolta su segnalazione, e dunque si è rivelata sostanzialmente inconsistente. Pur tuttavia, già nella circolare per l'esercizio delle funzioni delegate in materia di tutela dei minori e sondaggi diffusi sui mezzi di comunicazione diffusa dall'Autorità nel 2003 veniva riportato: «l'indicazione che si fornisce ai Co.Re.Com. è quella di individuare, nell'ambito dei periodici aventi redazione principale nell'ambito territoriale di competenza, un paniere di periodici a diffusione

¹¹ Legge regionale della Lombardia del 21 ottobre 2003, n. 20.

settimanale ed a contenuto prevalentemente informativo da sottoporre a controllo a campione». E' opportuno segnalare che l'attività delegata consiste in una funzione complessa, che si traduce nell'esame e valutazione del caso, interazione con l'operatore cui il Co.Re.Com. è tenuto ad avviare il procedimento finalizzato all'emanazione dell'ordine di pubblicazione e/o integrazione e/o rettifica dei dati relativi al sondaggio, salvo poi, in caso di inottemperanza trasmettere gli atti all'Autorità per l'adozione del provvedimento sanzionatorio. Successivamente all'emanazione del nuovo regolamento¹² in materia, avvenuto nel dicembre 2010, è stato diffuso un documento di indirizzo che rinnova l'invito ai Comitati a esercitare il controllo, a campione, d'ufficio, sul territorio.

c) istruzione e applicazione delle procedure previste dall'articolo 10 della legge n. 223/90 in materia di esercizio del diritto di rettifica, con riferimento al settore radiotelevisivo locale; diversamente dalle altre funzioni, attivabili d'ufficio, il diritto di rettifica può essere fatto valere solo dall'interessato e, pertanto, l'attività delegata dipende esclusivamente dalle segnalazioni che pervengono agli uffici.

d) esperimento in tema di tentativo di conciliazione obbligatorio nell'ambito delle controversie tra organismi di comunicazione elettronica e utenti. L'attività conciliativa rappresenta l'eccellenza del sistema decentrato, sia in termini di efficacia del decentramento sia in termini di riscontro della soddisfazione dell'utenza rispetto all'attività amministrativa. E' infatti di immediata percezione il valore aggiunto dato dall'avvicinare geograficamente il conciliatore all'utente reclamante così come il poter vantare l'effettiva capacità di risoluzione dei problemi legati ai rapporti contrattuali con gli operatori di comunicazione in tempi rapidi e gratuitamente¹³. I Co.Re.Com. affiancano in tale attività le Camere di commercio e le commissioni paritetiche superandone i limiti organizzativi

¹² Delibera n. 256/10/CSP del 9 dicembre 2010.

¹³ Nel 2010, a livello aggregato nazionale, sono state presentate ai Co.Re.Com. (eccetto Sicilia e Sardegna) circa 49.000 istanze di conciliazione, con il 70% di soluzione positiva, e oltre 6.300 istanze di adozione di provvedimento d'urgenza, per un valore medio per conciliazione di 300 euro, pari, nel complesso, a circa 10 milioni di euro a vantaggio degli utenti.

e offrendo gratuitamente una competente alternativa alle lungaggini giudiziarie. L'effetto deflattivo sull'attività giudiziaria trova riscontro e plauso a livello nazionale tanto da indurre il legislatore¹⁴ ad esportare il rito obbligatorio della composizione extragiudiziale ad altre tipologie di liti quali quelle afferenti la materia delle successioni, dei contratti bancari, delle locazioni, delle liti condominiali e di quelle legate alle Rc auto.

e) la definizione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazione elettronica; trattasi dello svolgimento della funzione dell'arbitrato. L'Autorità, unitamente alla competenza a disporre la regolamentazione è competente a risolvere le controversie in qualità di arbitro, con un ruolo differente da quello del giudice che è terzo. La delega a esercitare tale funzione ai Co.Re.Com. implica la neutralità ma: «essere neutrali come l'ordinamento richiede davanti agli interessi particolari nel suo caso non equivale a essere in posizione d'indifferenza per il diverso grado in cui ciascuno di questi interessi condiziona la realizzazione degli obiettivi fondamentali della regolazione»¹⁵.

f) la tenuta del Registro degli operatori di comunicazione; il Registro rappresenta uno strumento informativo «funzionale»¹⁶, finalizzato alla comprensione di sistemi in evoluzione. Tale funzione implica la considerazione di diversi livelli interessanti, dal mercato nazionale a quello locale, e richiede punti di osservazione efficienti e decentrati per riscontrare il livello di ampiezza e di apertura dei mercati;

g) la vigilanza sul rispetto degli obblighi di programmazione e delle disposizioni in materia di esercizio dell'attività radiotelevisiva locale, mediante il monitoraggio delle trasmissioni dell'emittenza locale; ha

¹⁴ Decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28. Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69 in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali.

¹⁵ G. della Cananea, *La definizione delle controversie*, relazione al convegno organizzato dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni Camera dei Deputati Roma, 19 marzo 2009.

¹⁶ G. Corasaniti, *Il Registro degli operatori della comunicazione tra problematiche definitorie e deleghe ai Comitati regionali per le comunicazioni*, relazione al convegno organizzato dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni Camera dei Deputati Roma, 19 marzo 2009.

conferito organicità e sistematicità alla precedente delega in materia di tutela dei minori e del pluralismo politico-istituzionale e socio-culturale, relativamente alle quali è sempre alta l'attenzione, in tutte le Regioni, in quanto misuratori della qualità della programmazione effettuata a livello territoriale.

Le materie di cui ai punti precedenti sono delegate ai Comitati mediante specifiche convenzioni bilaterali. Inoltre, l'Autorità ha emanato delle linee guida per l'esercizio delle funzioni delegate ai Co.Re.Com. che garantiscono l'armonizzazione del sistema, ferma restando la funzione di coordinamento e di indirizzo in capo all'Autorità, e facilitano l'applicazione uniforme delle funzioni stesse su tutto il territorio nazionale. I Comitati, anche in adempimento della convenzione sottoscritta bilateralmente con l'Autorità, presentano una relazione annuale sull'attività svolta entro il 31 marzo di ogni anno. La relazione annuale rappresenta un momento di valutazione del sistema decentrato sia in termini quantitativi che qualitativi, consentendo di analizzare le tendenze locali e la loro coerenza a livello nazionale, fornendo spunti di riflessione utili e necessari all'adeguamento della regolazione delle materie delegate, ma anche del funzionamento del sistema di decentramento.

5. Il nuovo profilo funzionale: le deleghe dell'Accordo quadro del 2008

E' sicuramente in una direzione coerente all'evoluzione normativa rappresentata che si è mossa l'Autorità con l'impulso dato all'evoluzione dell'Accordo quadro del 2008, tra l'Autorità e la Conferenza dei Presidenti delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti dell'Assemblea, dei Consigli regionali e delle Province autonome, ampliando i poteri dei Co.Re.Com. sul territorio e potenziandone le funzioni: in aggiunta alle funzioni già delegate relative allo svolgimento del tentativo obbligatorio di conciliazione, della vigilanza in materia di tutela dei minori e del controllo sulla pubblicazione dei sondaggi, nonché sui

procedimenti di rettifica a istanza di parte, già significative della volontà di avvicinare l'amministrazione al cittadino, vengono trasferite a livello locale le competenze in materia di definizione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche e utenti, la vigilanza sul rispetto degli obblighi di programmazione e delle disposizioni in materia di esercizio dell'attività radiotelevisiva locale, mediante il monitoraggio delle trasmissioni dell'emittenza locale e la tenuta del Registro degli operatori di comunicazione (Roc) a livello regionale.

Per gli utenti di comunicazioni elettroniche, anche grazie alle recenti modifiche apportate al regolamento relativo alle procedure di definizione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche, è possibile rivolgersi al Co.Re.Com. della propria Regione, non solo per la prima fase di conciliazione obbligatoria, ma anche, in caso di esito negativo, per chiedere una decisione della controversia, senza dover ricorrere all'Autorità. Questa delega determina per il Co.Re.Com., in quanto titolare della decisione finale della controversia in caso di mancato accordo in sede conciliativa, una maggiore rilevanza del proprio ruolo nei confronti degli operatori, non più di mera mediazione, ma anche di «giudice» della controversia, implicando una diversa disposizione dell'operatore, indotto ad attribuire al tentativo obbligatorio di conciliazione il valore di prima fase di un unico percorso che si conclude con la definizione ad opera della medesima struttura del Comitato.

Infatti, se in passato gli operatori di comunicazioni elettroniche tendevano a non valorizzare adeguatamente la fase della conciliazione, in quanto considerata mera tappa obbligata verso una successiva fase di definizione, presso l'Autorità o presso gli organi giudiziali, l'attribuzione del potere di definizione delle controversie, consente ai Co.Re.Com. di dare una tutela più completa ai diritti degli utenti, senza l'obbligo per questi ultimi di sostenere alcun costo, senza dover ricorrere all'Autorità, e senza dover affrontare i costi aggiuntivi del ricorso all'autorità giudiziaria per far valere i propri diritti.

Per le emittenti locali, oltre allo svolgimento dell'attività sanzionatoria su segnalazione, i Comitati attivano dei programmi di monitoraggio volti a

verificare il rispetto degli obblighi dei concessionari e della normativa in materia di audiovisivo, attraverso anche l'analisi dei contenuti, e svolgono le funzioni istruttorie sulle eventuali violazioni, perseguendo l'obiettivo di standardizzare il processo dalla fase del monitoraggio a quella del provvedimento finale attraverso l'applicazione di linee guida e direttive comuni.

Infine, tutti gli operatori, aventi sede nel territorio regionale, beneficiano della gestione trasparente del Registro degli operatori di comunicazione a livello locale da parte del Comitato regionale per le comunicazioni delegato; quest'ultimo gode di uno strumento prezioso per la conoscenza del proprio territorio nell'assolvimento delle funzioni consultive, anche nei confronti delle istituzioni regionali, oltre che per gli adempimenti relativi alla graduatoria per concessione alle emittenti locali dei benefici previsti dall'art. 45, comma 3, della legge n. 448 del 1998.

Con l'ampliamento qualitativo e quantitativo delle deleghe, si integra il processo di decentramento già avviato e volto ad attribuire ai Co.Re.Com. un ruolo significativo di riferimento per tutto il sistema delle comunicazioni a livello locale e di tutela delle garanzie sul territorio.

La delega di ulteriori competenze ai Co.Re.Com. testimonia la crescente rilevanza e autorevolezza del loro ruolo. In particolare, si assiste alla costituzione di un sistema di garanzie decentrato, non soggetto alle rigidità schematiche dei tradizionali modelli gerarchici. I Co.Re.Com., grazie alla loro caratteristica di organi indipendenti e rappresentativi del pluralismo regionale, hanno saputo svolgere e svolgono adeguatamente i compiti delegati, assurgendo a valido presidio per i cittadini sul territorio e fornendo soluzioni efficaci alle problematiche connesse ai più recenti sviluppi della tecnologia. In particolare, in ordine al passaggio al digitale terrestre, a fronte di comprovate esigenze di una presenza sempre più incisiva nel sistema delle autonomie regionali, i Comitati regionali hanno cercato di risolvere le criticità connesse all'avvio di questo processo.

Riguardo alla questione della copertura del segnale digitale, i Co.Re.Com. hanno avuto un'importante compito di ricognizione per verificare la raggiungibilità del segnale in tutto il territorio regionale, uno dei maggiori

problemi emersi nelle Regioni in cui il processo di transizione al digitale si è già concluso. L'attività dei Comitati regionali si è rivelata determinante anche con riferimento alle campagne informative rivolte agli utenti e al monitoraggio sull'andamento della transizione. Le disfunzioni emerse nell'ambito del passaggio al digitale terrestre hanno evidenziato un elemento qualificante che, in questo processo di crescita tecnologica, può e deve essere svolto dalle Regioni e dai loro organi.

In questa sede, appare opportuno segnalare che, tra le funzioni delegabili in forza dell'Accordo quadro del 2008, si annovera quella in materia di «diritti di interconnessione e di accesso alle infrastrutture locali di telecomunicazioni, relativamente all'attività di vigilanza», nonché quella in materia di «conformità alle prescrizioni di legge dei servizi e dei prodotti forniti da operatori destinatari di titoli abilitativi in ambito locale, relativamente all'attività di vigilanza». Tale previsione, sebbene non sia mai stata tradotta in delega effettiva di funzioni, anticipa la possibile evoluzione del ruolo dei Comitati a livello locale, suggerendo un loro possibile impegno nella vigilanza sullo sviluppo delle infrastrutture future, oltre che una attività consultiva nei confronti del regolatore e delle istituzioni nazionali e locali. Infatti, l'esperienza acquisita e acquisenda dai Co.Re.Com. sul territorio, e la conoscenza del contesto specifico locale, rappresentano una risorsa preziosa di cui il sistema delle comunicazioni non può e non deve privarsi al fine di elaborare e realizzare una politica credibile di sviluppo infrastrutturale sul territorio nazionale.

I Co.Re.Com., sostenuti dalle istituzioni locali, possono favorire lo sviluppo del settore delle comunicazioni, rendendosi parte attiva dello sviluppo di una nuova cultura dei mezzi di comunicazione: più concorrenziale, pluralista, ma anche attenta ai bisogni degli utenti e in particolare delle fasce deboli. In questa ottica, i Co.Re.Com. rappresentano un punto fermo di raccordo tra l'Europa e le realtà locali e possono utilmente promuovere sinergie con gli operatori e i centri di ricerca, incluse le università sul territorio, al fine di lanciare progetti di sviluppo della comunicazione e prevenire il *digital divide* nelle zone più arretrate, realizzando così un sano principio di sussidiarietà attraverso il

coinvolgimento delle istituzioni più prossime alla collettività.

Capitolo II

Banda larga e NGNs: come cambiano le funzioni dei Co.Re.Com.

1. Sguardo di sintesi sulla regolazione asimmetrica in materia di telecomunicazioni

Questa ricerca intende indagare, in primo luogo, su quali siano gli autori della regolazione asimmetrica, quali gli obiettivi che si prefigge, e quali i suoi rapporti con la disciplina *antitrust*. Si tratta di una riflessione di carattere preliminare, ma necessaria, in ragione del fatto che successivamente l'analisi verificherà se l'obbligo asimmetrico precedentemente definito sia applicabile soltanto ai tradizionali mercati di telecomunicazione, oppure se esso dovrà essere esteso ai mercati delle reti di accesso di nuova generazione e, in caso di risposta positiva, a quali condizioni. Successivamente, la ricerca analizzerà il ruolo dei Comitati regionali per le Comunicazioni (d'ora in poi, indicati con l'acronimo Co.Re.Com.) rispetto all'individuazione e all'applicazione delle suddette regole alla banda larga e al processo di transizione verso le reti di nuova generazione.

Veniamo al primo punto, ossia agli autori e agli obiettivi della disciplina asimmetrica. Gli artefici della regolazione asimmetrica sono le Autorità indipendenti, soggetti chiamati a rendere una prestazione di garanzia consistente nell'evitare il rischio che le regole sulle libertà, quali il diritto alla informazione, la libera iniziativa economica, la tutela degli utenti deboli siano dettate dal decisore politico¹⁷.

Questo capitolo è di Giovanna De Minico.

¹⁷ Per un approfondimento su natura e funzioni delle Autorità indipendenti, volendo, cfr. G. De Minico, *Osservazioni sulla disciplina delle c.d. Autorità amministrative indipendenti*, audizione resa il 26/1/2011 alla I Commissione della Camera dei Deputati durante l'indagine conoscitiva sulle Autorità amministrative indipendenti, disposta nel corso della XVI legislatura. Il testo dell'audizione è reperibile in http://www.camera.it/461?stenog=/_dati/leg16/lavori/stencomm/01/indag/indipendenti/

Ad esempio, nel segmento delle telecomunicazioni gli interventi eteronomi a carattere sovranazionale che hanno progressivamente liberalizzato il mercato¹⁸ hanno esortato le Autorità nazionali di regolamentazione ad adottare una regolazione destinata a modulare le condotte degli attori di mercato in ragione di un obiettivo specifico. Qui il fine della regola asimmetrica è quello di equiordinare le diverse posizioni di partenza dei soggetti cui è indirizzata, ponendo sullo stesso piano l'operatore storico verticalmente integrato presente all'ingrosso come gestore di rete, nonché al dettaglio, come fornitore di servizi e i nuovi competitori. Sicché, il primo sarà costretto a negoziare coi secondi l'accesso alle infrastrutture di rete alle stesse condizioni riservate alle proprie divisioni commerciali, garantendo l'*equal access* in nome dell'equilibrio concorrenziale¹⁹.

In tal guisa, il diritto comunitario persegue l'obiettivo di mimare un mercato competitivo, lì dove competizione ancora non vi è, ricorrendo a una disciplina differenziata che produca condizioni analoghe a quelle che un regime concorrenziale produrrebbe da sé: l'asimmetria sta nel trattare in termini diseguali le iniziali situazioni di obiettiva diversità in cui versano gli operatori del mercato, al fine di equipararle. La disciplina asimmetrica, quindi, si traduce in un dovere comportamentale posto a carico dell'*incumbent*, consistente nella obbligazione unilaterale alla prestazione del suo consenso, cui corrisponde la pretesa degli Olo (*Other Licensed*

011/0126&pagina=s010. Sempre sul tema, della stessa Autrice, cfr. *Indipendenza delle Autorità o Indipendenza dei Regolamenti? Lettura in parallelo all'esperienza comunitaria*, in corso di pubblicazione negli Scritti in onore di Valerio Onida.

¹⁸ Cfr. pacchetto Direttive del 2002 e le modifiche da ultimo intervenute con le Direttive 2009/136/CE e 2009/140 CE, su cui v. *infra*, paragrafo successivo. Per quanto riguarda le reti NGNS, si rinvia alla Raccomandazione del settembre 2010, *infra* par. 3. 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, pp. 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.

¹⁹ OECD, *The essential facilities concept*, Parigi, 1996 p. 93; A. Capobianco, *The essential facility doctrine: similarities and differences between the American and the European approach*, in *European Law Review*, 2001, 26, p. 548.

Operators) alla conclusione del contratto per l'utilizzo della infrastruttura preesistente alle stesse condizioni riservate alle divisioni interne del primo. Il principio di uguaglianza sostanziale applicato alle libertà economiche ha quindi azzerato lo spazio dell'autonomia negoziale dell'operatore notificato nel binomio obbligo legale a contrarre/dovere di non discriminazione: l'imprenditore infatti non decide più se condividere o meno i suoi impianti con il concorrente, né le condizioni del suo consenso, ma si attiene a quanto impostogli dalla norma asimmetrica²⁰.

La Direttiva quadro 2002/21/CE, disciplina asimmetrica madre, introduce l'esistenza di un rapporto inversamente proporzionale tra regolazione economica e disciplina della concorrenza. In altri termini, le regole correttive delle iniziali disparità economiche tra gli operatori, in principio necessarie per supplire alle deficienze di un mercato non effettivamente competitivo, *medio tempore* tendono ad alleggerirsi e, in ultimo, ad azzerarsi, allorquando il mercato diventi compiutamente concorrenziale. Raggiunta questa fase, le regole asimmetriche risulteranno superflue, se non addirittura dannose: la eteronormazione in funzione «ortopedica» delle carenze dell'economia avrà pertanto assolto al suo compito. La legge della domanda e dell'offerta sarà in grado di operare da sola, sicché non avrà più bisogno di aiuto²¹. Ne consegue che l'ausiliarietà della disciplina asimmetrica si traduce in un rapporto inversamente proporzionale rispetto al grado di concorrenza effettivamente raggiunto: quanto più il mercato si avvicina all'equilibrio competitivo, tanto meno vi sarà la necessità di mantenere l'efficacia delle regole asimmetriche.

²⁰ Cfr.: G. De Minico, *From the 2002 EC Directives on telecommunications to their 2006 revision. Are they at a standstill?* in *European Business Law Review*, 3, 2008. Cfr., inoltre: 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.

²¹ Cfr.: G. De Minico, *Decreto di recepimento del pacchetto direttive CE in materia di comunicazioni elettroniche: conformità o difformità dal diritto comunitario?*, in *Politica del Diritto*, n. 3, 2003, *passim*.

La regola asimmetrica, quindi, anticipa la soglia di punibilità della condotta, ancorando il suo intervento alla mera formazione di una posizione dominante nel mercato: questa costituisce un male in sé, suscettibile di generare in futuro un possibile abuso dell'operatore. In altri termini, non si scommette sulla buona fede dell'imprenditore, ma si parte dalla opposta presunzione: si teme l'involuzione corporativa del potere personale dell'*incumbent* e si argina sul nascere tale deriva egoistica attraverso l'applicazione della misura. Sicché, la regola asimmetrica verrà applicata *ex ante*, in prevenzione di un evento futuro e incerto, quello del possibile abuso da parte dell'operatore, ancorché questo nei fatti non verrà concretamente realizzato.

Chiarita la finalità (condurre il mercato alla competizione sostenibile), le modalità (introduzione di obblighi unilaterali in capo all'operatore in posizione dominante) la natura temporanea (destinata all'esaurimento a equilibrio raggiunto) e anticipatoria (*ex ante*) della disciplina asimmetrica, verifichiamo le differenze rispetto alla comune disciplina *antitrust*.

La disciplina *antitrust* non intende stimolare l'equilibrio del mercato, piuttosto mira a ripristinare lo *status quo ante* qualora l'operatore adotti una condotta anticompetitiva che leda l'equilibrio già in passato raggiunto; sicché, la misura *antitrust* interviene in qualità di sanzione applicabile in via residuale, una volta accertata l'incapacità della misura asimmetrica a raggiungere l'equilibrio, ed *ex post*, cioè una volta commesso l'illecito (concentrazione, intese, abuso di posizione dominante), al fine di difendere e ripristinare la situazione di concorrenza pregressa²².

²² Il ricordato carattere «ausiliario e anticipatorio» della disciplina asimmetrica rispetto a quella *antitrust* è espressione riconducibile 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*.

2. Il ruolo dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni: le analisi di mercato, i rimedi, le sanzioni

Individuata provenienza e missione della regolazione asimmetrica, verifichiamo quale sia il procedimento all’esito del quale essa viene applicata. La riflessione appare necessaria poiché, successivamente, occorrerà verificare se l’esercizio della funzione regolatoria potrà essere rimesso al Co.Re.Com. e, in caso di risposta positiva, secondo quali modalità e condizioni.

L’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni è, nel diritto dell’Unione, il soggetto deputato all’esercizio della funzione di regolazione nel segmento delle telecomunicazioni. Verifichiamo, allora, come viene realizzato a livello europeo il disegno regolatorio nel pacchetto Direttive del 2002, e poi confrontiamolo con la riforma avvenuta nel 2009.

Nel 2002 la disciplina asimmetrica per sua natura porosa rispetto ai reali andamenti del mercato viene applicata a valle del processo di analisi dei mercati svolto a monte dalle Autorità nazionali di regolamentazione (Anr)²³. In proposito, nonostante la Direttiva quadro del 2002 concentrasse nelle mani delle Anr le competenze regolatorie in coerenza col principio di sussidiarietà verticale tra livello comunitario e statale la Commissione nella Raccomandazione del 2003²⁴ asciugava le competenze delle stesse in

²³ In Italia, l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ha individuato la disciplina asimmetrica madre con la Delibera 152/02/CONS: questa ha imposto all’operatore dominante l’obbligo di stipulare il contratto di accesso con gli Olo alle medesime condizioni riservate alle proprie divisioni commerciali, e ha conseguentemente fissato la tariffa di accesso al fine ultimo di consentire che gli operatori terzi potessero replicare ai propri clienti il prezzo praticato dall’*incumbent* ai suoi.

²⁴ Cfr. la Raccomandazione della Commissione 11/02/03 *relativa ai mercati rilevanti di prodotti e servizi del settore delle comunicazioni elettroniche suscettibili di una regolazione ex ante ai sensi della Direttiva 2002/21/CE* che individua 18 mercati rilevanti di prodotti e servizi come suscettibili di regolamentazione all’esito di un test basato sui principi del diritto *antitrust*, quale l’esistenza di barriere all’accesso forti e non transitorie, l’assenza prospettica di competizione effettiva e l’insufficienza della sola legge *antitrust* a sanare le disfunzioni di mercato. La Raccomandazione indica alle Anr l’applicazione del *triple test* come parametro cogente (cfr. *Cons.* 9), quindi ne

ordine alla individuazione dei mercati rilevanti dei servizi e dei prodotti di telecomunicazioni (art. 15). Quindi, l'approccio pragmatico che mirava a disegnare i mercati in ragione della necessità di valutare gli stessi nel loro divenire storico, strumentale alla individuazione di regole modulabili nei contenuti e temporanee nella vigenza, veniva controbilanciato dal fatto che la Commissione delimitava in maniera significativa l'intervento delle Anr, subordinandolo alla sua decisione politica. Si realizzava in tal modo "un moto a spirale verso l'alto", che relegava le Anr a meri esecutori di Bruxelles, in ragione della necessità di garantire l'unità del diritto europeo delle telecomunicazioni.

Parallelamente, con la riforma del 2002 la determinazione del significativo potere di mercato veniva sostanzialmente rimessa alla Commissione: la nozione un tempo strutturata come a operatività *ex lege*, perché basata sul mero calcolo quantitativo del fatturato veniva anch'essa attratta nel suo spazio decisionale, (artt.14, par. 2, e 15, par. 2), poiché la Commissione assumeva come elementi sintomatici di esso quegli stessi indici elaborati dalla giurisprudenza comunitaria in materia di diritto della concorrenza²⁵.

Nell'eventualità, peraltro remota, che una Anr avesse identificato un mercato rilevante diverso da quelli contenuti nella raccomandazione citata, o individuato indici sintomatici del potere di mercato alternativi a quelli sintetizzati nelle ricordate linee direttrici, spettava comunque alla Commissione (art. 7, par. 4, lett. b) risolvere il contrasto in ordine alla misura regolativa alternativa ipotizzata dall'Anr medesima.

risulta sminuita la discrezionalità tecnica delle stesse in favore di parametri imposti dall'alto. Sicché la Raccomandazione, atto per sua natura di *soft law*, è stata ritenuta dalle stesse Anr impositiva di una presunzione *iuris et de iure* in materia di mercati regolabili. La Raccomandazione è stata sostituita dalla Raccomandazione 17/12/2007 relativa ai mercati rilevanti di prodotti e servizi del settore delle comunicazioni elettroniche che possono essere oggetto di una regolamentazione *ex ante* ai sensi della direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, che ha ridotto il numero dei mercati rilevanti a sette.

²⁵ In proposito, cfr. le *Linee direttrici della Commissione per l'analisi del mercato e la valutazione del significativo potere di mercato ai sensi del nuovo quadro normativo comunitario per le reti e i servizi di comunicazione elettronica*, adottate dalla Commissione il 9 luglio 2002.

I rimedi applicabili all'esito delle analisi dei mercati rilevanti venivano selezionati dalle Anr entro un ventaglio di correttivi formulati dalle Direttive. Ancorché le Anr avessero la facoltà di individuare rimedi alternativi a quelli tipici elencati dalla Commissione, la procedura di *infringement* da quest'ultima avviata nel caso in cui uno Stato non avesse obbedito alle indicazioni contenute nelle lettere di commento nei fatti ha scoraggiato la possibilità per le prime di introdurre soluzioni alternative rispetto a quelle indicate dalla Commissione.

La Direttiva quadro del 2002, dunque, denunciava la preoccupazione del legislatore comunitario di assicurare l'omogenea applicazione della disciplina sovranazionale; ma, per conseguire questo risultato, non si limitava alla mera imposizione di obiettivi comuni ai legislatori nazionali, bensì stimolava l'applicazione uniforme del diritto comunitario in sede di esercizio della funzione amministrativa (*consid.* 16, poi attuato con l'art. 19, par. 1). A tal fine, la Commissione indirizzava alle Anr raccomandazioni relative alle misure di esecuzione della Direttiva, che andavano "tenute in massimo conto". Il modello sembrava strutturarsi secondo meccanismi propri del «diritto mite», ma in realtà si era in presenza di strumenti solo apparentemente *soft*, perché indirettamente sorretti da forza cogente²⁶.

Nel caso in cui le raccomandazioni risultassero poi insufficienti a omogeneizzare la fase implementativa (cfr. *consid.* 36), la Direttiva prevedeva la creazione del gruppo dei regolatori europei (Erg) sempre al fine di «incoraggiare [...] la coerente applicazione [...] delle disposizioni di cui alla presente direttiva [...] soprattutto in quei settori in cui la

²⁶ 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».

Sul valore indirettamente cogente della *soft law*, v. 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*, Bologna, 2008, p. 299 e sgg.

legislazione nazionale che dà attuazione al diritto comunitario concede alle autorità nazionali di regolamentazione un considerevole potere discrezionale nell'applicazione delle relative norme».

Con la riforma del 2009²⁷, le Anr non si coordinano più tra di loro soltanto orizzontalmente e, verticalmente, nei confronti della Commissione, ma anche con il *Body of European Regulators for Electronic Communications* (Berec), organismo autonomo formato dai rappresentanti delle varie Autorità nazionali²⁸ avente il compito di esprimere pareri e posizioni comuni sulle questioni regolatorie che richiedano un approccio armonizzato, al fine di orientare l'attività delle Anr verso soluzioni uniformi.

Quest'ultimo è chiamato a intervenire anche nella procedura *ex art. 7* della Direttiva Quadro 2002, secondo la quale tutti gli atti della Commissione e delle Anr debbono essere comunicati anche al Berec. Pertanto, la nuova norma prevede un diverso coordinamento fra Anr, Commissione e Berec a seconda che gli atti delle Autorità abbiano a oggetto: a) la mera qualificazione dei mercati e degli operatori con significativa posizione di

²⁷ Direttiva 2009/136/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009 recante modifica della direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica, della direttiva 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche e del regolamento (CE) n. 2006/2004 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa a tutela dei consumatori; nonché Direttiva 2009/140/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009 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. Il *Telecom Package* è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea n. 1 337 del 18 dicembre 2009. Per un'analisi della riforma del pacchetto Direttive comunitarie, sia consentito il rinvio a G. De Minico, *La sfida europea sulle telecomunicazioni: autori, regole, obiettivi*, in A. Pace - R. Zaccaria - G. De Minico (a cura di), *Mezzi di comunicazione riservatezza*, Napoli, 2008, p. 153; inoltre, cfr.: G. Morbidelli - F. Donati (a cura di), *La nuova disciplina delle comunicazioni elettroniche*, Torino, 2009, *passim*; M. Orofino, *Il Telecom Package: luci ed ombre di una riforma molto travagliata*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 2, 2010, p. 513.

²⁸ Istituito con Regolamento 2009/1121/CE.

mercato; oppure b) l'imposizione, la modifica o la revoca dei rimedi imposti all'operatore che detiene tale posizione sul mercato.

Nel primo caso il braccio di ferro si risolve in favore della Commissione, che potrà richiedere alla Anr di ritirare il progetto di delibera (ancorché potrà discostarsi dal parere del Berec, da tenere in massima considerazione, solo dietro adeguata motivazione) qualora ritenga che il progetto di misura crei una barriera al mercato unico o dubiti seriamente della sua compatibilità con il diritto comunitario. Nel secondo caso, la Commissione perde il potere di intervenire con carattere vincolante nel procedimento di adozione della delibera qualora la sua posizione sia diversa da quella del Berec, poiché l'Anr formalmente conserva l'ultima parola sull'adozione dell'obbligo asimmetrico. In capo alla Commissione residuerà soltanto lo strumento dell'*infringement*, applicabile nella fase patologica, cioè *ex post*, ovvero a diritto comunitario violato. Tuttavia anche in questo caso, alla stregua di quanto già era avvenuto con il pacchetto Direttive del 2002, un atto di *soft law*, quale la Raccomandazione in esame della Commissione, sarà difficilmente disattendibile dall'Anr destinataria, che in tal caso dovrà giustificare dettagliatamente le ragioni del suo discostarsi, in quanto l'atto sembrerebbe sorretto da una forza cogente almeno indiretta.

3. Quadro evolutivo delle regole europee sulle NGNs: la Raccomandazione della Commissione europea

Occorre partire da alcune riflessioni di carattere generale.

Le reti di nuova generazione destinate a sostituire con la fibra ottica la vecchia rete fissa in rame ormai satura (da ora in poi indicate con l'acronimo anglosassone di NGNs) consentiranno il trasporto di servizi di comunicazione integrati, che viaggeranno ad altissima velocità grazie alla banda ultra larga. Queste reti, per altro, sono estranee alla tematica del servizio universale²⁹, perché il realizzarle o meno dipende non

²⁹ Non è possibile in questa sede approfondire la tematica connessa alla questione del Servizio Universale. Per una ricostruzione teorica sulla inclusione della banda larga nel paniere delle prestazioni obbligatorie in ragione della missione sociale cui essa adempie,

dall'adempimento di un obbligo per l'impresa, bensì da una sua libera scelta d'investimento.

In altri termini, la tecnica affidata a se stessa e al libero andamento del mercato potrebbe avere un inevitabile esito egoistico, salvo che il decisore politico la orienti verso il *common good*. Il benessere diffuso qui significa almeno due cose: equiordinare all'ex monopolista i nuovi entranti nel diritto di accesso alle nuove reti NGN, per evitare che il primo vi trascini la dominanza detenuta sulle vecchie piattaforme diffusive; parificare a chi è più fortunato per nascita, condizioni sociali, ubicazione geografica, chi lo è meno, ammettendolo a partecipare alla vita politica grazie alle inedite occasioni di dialogo, d'informazione, di fruizione dei servizi digitalizzati, offerti dalla navigazione veloce in rete. È compito del decisore politico, sovranazionale e statale, assicurare un progresso coerente con l'uguaglianza sostanziale, come l'ordine costituzionale interno sembra suggerire ove si assuma l'articolo 3, co. 2. Cost. come clausola di apertura promozionale, l'effettività delle libertà fondamentali, del diritto di iniziativa economica (art. 41 Cost.) e del dovere di imparzialità dell'amministrazione (art. 97 Cost.)³⁰.

Ciò premesso, occorre chiedersi se la nuova rete sia sottoponibile alla stessa regolazione prevista per quest'ultima, a una regolazione diversa o, semmai, a nessuna regola³¹.

cfr. G. De Minico, *Tecnica e diritti sociali nella regulation della banda larga*, in ID. (a cura di), *Dalla tecnologia ai diritti*, Napoli, 2010, p. 3 e sgg. V. anche: W. Sauter, *Services of general economic interest and universal service in EU law*, in *European Law Review*, 2008, 33(2), pp 167-193; D.F. Spulber, C.S. Yoo, *Rethinking Broadband Internet Access*, in http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1177378.

Per una analisi comparata, cfr. D.R. Reiss, *Agency Accountability Strategies After Liberalization: Universal Service in the United Kingdom, France, and Sweden*, in «Law & Policy», Vol. 31, No. 1, January 2009, pp.111-141;

³⁰ Per queste riflessioni, sia consentito il rinvio a G. De Minico, *I nuovi diritti e le reti. Verso nuove disuguaglianze? Relazione al Forum Comunicazioni "Agenda digitale italiana"*, Roma, 18 Gennaio 2011, reperibile in http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0251_deminico.pdf.

³¹ Sul punto, volendo, cfr.: G. De Minico, *Tecnica e diritti sociali nella regulation della banda larga*, in ID. (a cura di), *Dalla tecnologia ai diritti*, op. ult. cit., p. 27 e sgg., che illustra le tre opzioni regolatorie proposte dall'Autorità inglese Ofcom tese a conciliare gli opposti valori del sostegno agli investimenti incerti e la promozione della

La risposta è nel mezzo. Il regolatore europeo e nazionale in mancanza di obbligatorietà *ex lege* della fornitura del servizio dovrà studiare una regolazione in grado di incentivare gli investimenti degli operatori privati nelle nuove reti e, al tempo stesso, di prevenire la fisiologica attitudine dell'*incumbent* della vecchia rete a spostare la sua dominanza sui nuovi scenari tecnologici. Nel segmento delle reti di nuova generazione, quindi, l'Autorità per le garanzie delle comunicazioni sarà chiamata a coniugare valori contrastanti, precisamente incentivare gli investimenti e al contempo garantire la promozione della concorrenza, secondo una regolazione insensibile alla volontà della maggioranza politica.

Tale *regulation*, pertanto, come ogni norma asimmetrica, dovrà essere proporzionata al *defeat* da correggere³², e applicata a un caso notevolmente complesso, poiché dovranno essere conseguiti obiettivi di difficile coesistenza: la promozione della concorrenza e il sostegno agli investimenti, per sua natura rischioso. Ne conseguirà che il decisore dovrà bilanciare valori contrapposti e risolverli in una misura di equilibrio tra l'apertura delle reti NGN agli altri operatori e il sostegno a chi rischia danaro proprio in un'impresa dagli esiti incerti. Questa regolazione presenta dunque un tasso di politicità ben più elevato di quello che assisteva la disciplina asimmetrica sulle vecchie reti; quest'ultima, come visto, doveva rispondere a un'unica preoccupazione, quella di promuovere la concorrenza sulla rete dell'*incumbent* imponendo proporzionati obblighi

concorrenza tramite l'accesso alla nuova rete. Le proposte sono: la soluzione della vacanza regolatoria, per cui l'*incumbent* sarebbe esonerato dall'osservanza degli obblighi regolamentari per un certo periodo di tempo in ragione del rischio dell'investimento; la tesi della riproduzione automatica degli obblighi regolamentari presenti sulla vecchia rete in rame, che non stimolerebbe gli investimenti perché non vi sarebbe alcuna remunerazione del rischio; l'ipotesi della regolazione *ex ante* volta ad assicurare l'*equal access* fra gli Olo dietro il pagamento di un prezzo di accesso orientato al costo effettivo e al rischio degli investimenti efficienti. In quest'ultimo caso, il rischio è da considerarsi efficiente quando giova alla collettività, perché allo stesso tempo promuove l'efficienza, la competizione sostenibile e massimizza i benefici del consumatore. Cfr. F. Kirsch C. Von Hirschhaue, *Regulation of NGN: structural separation, access regulation, or no regulation at all?*, in *Communications & Strategies*, 2008, 69, pp. 64 ss.

³² G. De Minico, *Tecnica e diritti sociali nella regulation della banda larga*, in ID. (a cura di), *Dalla tecnologia ai diritti*, op. ult. cit., p. 26.

di accesso, non anche stimolare gli investimenti per realizzarla, data la sua preesistenza³³. Lo spazio di intervento della regola si apre pertanto tra il diritto degli altri operatori di pagare un accesso giusto, cioè alleggerito dai costi degli investimenti inefficienti, e quello di chi investe alla remunerazione per il rischio d'impresa³⁴, cioè a un ritorno economico adeguato al capitale impiegato.

Una volta verificata che la regolazione asimmetrica dovrà essere applicata anche ai nuovi mercati scartata l'ipotesi della vacanza regolatoria, nella consapevolezza che, a differenza del vecchio modello, nelle nuove reti l'Anr dovrà stimolare la creazione di una struttura che non esiste ancora o non esiste del tutto verifichiamo quale sia la posizione della Commissione in ordine alla regolamentazione delle reti di nuova generazione.

Sul punto la Commissione è intervenuta con una Raccomandazione che ha ricevuto la sua stesura definitiva nel settembre del 2010³⁵.

³³ Approfondiamo l'assunto. Da un lato, la regola asimmetrica dovrà promuovere la concorrenza; per cui, se l'*incumbent* deciderà di investire nelle nuove reti, queste non saranno in suo uso esclusivo, ma dovranno essere accessibili anche agli altri operatori dietro pagamento di un prezzo, perché rappresentano uno strumento indispensabile per fornire il servizio al cliente finale. Considerate queste premesse, qualora 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, e quindi avremo una misura sbilanciata a favore degli altri operatori, con la conseguenza che nessuno di questi sarebbe disposto a investire nelle nuove reti. D'altro canto, 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 anche sostenuta e incentivata, altrimenti cade.

³⁴ Il rischio dell'investimento riguarda il lato della domanda, poiché l'imprenditore non conosce in anticipo quale sarà la propensione del consumatore a pagare per i nuovi servizi; il rischio riguarda anche l'offerta, poiché l'investimento sulla rete fissa potrebbe risultare rapidamente obsoleto, in considerazione del fatto che parte considerevole del traffico potrebbe migrare sulla rete mobile. Infine, il rischio potrebbe riguardare anche alla dimensione dei costi, generando incertezza sul rendimento atteso degli investimenti in NGN, sia il loro tempi di recupero. Cfr.: L. Prosperetti, *Essential facilities in via di costruzione? Una riflessione sulle politiche pubbliche nei confronti delle Next Generation Networks*, relazione tenuta in occasione della presentazione della Relazione annuale 2011 dell'Organo di vigilanza sulla parità di accesso, Roma, 11 marzo 2011, in corso di pubblicazione in *L'industria*, n. 1, 2011.

³⁵ Cfr. *Commission Recommendation of 20 September 2010 on regulated access to Next Generation Access Networks (NGA)* C(2010) 6223, in GU L, 25 settembre 2010.

Nella bozza precedente, risalente al giugno del 2009, la Commissione aveva ritenuto che un accordo di co-investimento tra l'*incumbent* e gli altri operatori finalizzato alla realizzazione di una rete NGN in multi fibra fosse di per sé idoneo a esonerare il primo dall'obbligo dei prezzi orientati. Nel dettaglio, si richiedevano le seguenti condizioni: un accordo di condivisione dei costi e dei rischi connessi all'investimento nelle nuove reti; reti future in multi fibra, come tali idonee a consentire a ciascun operatore di intrattenere rapporti di servizio autonomi con i propri clienti; equidinazione dei coinvestitori all'*incumbent* nell'accesso alla nuova rete; apertura della rete a terzi operatori estranei all'accordo. La contestualità di tutte le prescritte condizioni giuridiche e tecniche avrebbe reso illegittima la misura correttiva dell'obbligo dell'orientamento ai prezzi.

Ma il punto era proprio questo: le suindicate condizioni erano da sole sufficienti a convertire una concorrenza assente in una competizione efficiente? Piuttosto, la risposta sarebbe dovuta dipendere dalla concreta valutazione di altri fattori, quali una ridotta quota di mercato dell'*incumbent*, l'assenza di barriere all'ingrosso, la sua non integrazione verticale, l'effettiva competizione sul mercato a valle sintomi, questi, di una ripresa della dinamica competitiva. In sintesi, se nella seconda stesura del *draft* la Commissione intese dire che le tre condizioni erano esimenti automatiche dall'obbligo asimmetrico per l'*incumbent*, si è trattato di un'affermazione non conciliabile con la legalità comunitaria. Infatti, tutto il pacchetto Direttive del 2002 aveva già affermato il metodo regolatorio basato su un approccio pragmatico, guidato dai criteri del diritto *antitrust*, cioè distante dalle presunzioni assolute e alle valutazioni legali tipiche, che qui invece ritornavano.

Nella terza stesura del *draft*, quindi, l'alleggerimento del vincolo normativo non è più l'effetto automatico dell'accordo di co-investimento nelle NGNs, bensì l'eventuale conseguenza di una puntuale analisi di mercato, che potrebbe condurre a rimuovere ogni obbligo asimmetrico, sempre che risultasse indebolita la dominanza dell'*incumbent* e, quindi, incrementata la

competizione sul mercato a valle. L'ambito di applicazione della Raccomandazione riguarda pertanto le misure correttive da imporre agli operatori che, sulla base di una concreta analisi del mercato, detengano un significativo potere di mercato.

In particolare, qualora una duplicazione delle infrastrutture fosse economicamente inefficiente o materialmente impossibile, gli Stati membri possono imporre alle imprese che gestiscono una rete di comunicazione elettronica obblighi di condivisione delle infrastrutture atti a evitare strozzature nelle infrastrutture di ingegneria civile e nei segmenti terminali. In merito alla variazione geografica dei rimedi regolamentari, è opportuno che le Anr esaminino le differenze tra le condizioni concorrenziali nelle diverse zone geografiche al fine di verificare se la definizione di mercati geografici subnazionali o l'imposizione di misure correttive differenziate siano giustificate. Inoltre, la Raccomandazione descrive i rimedi che le Anr possono disporre al fine di assicurare un livello di concorrenza economicamente efficiente nei mercati dell'accesso all'ingrosso alle infrastrutture fisiche di rete (mercato 4 della raccomandazione 2007/879/CE) e dell'accesso a banda larga all'ingrosso (mercato 5 della raccomandazione 2007/879/CE)³⁶.

L'attuale versione del documento presenta però alcuni profili critici nella parte che riguarda la posizione dei coinvestitori diversi dal dominante e dei terzi. I primi non possono considerarsi equiordinati all'operatore verticalmente integrato per il semplice fatto di essere divenuti suoi soci, perché la parificazione dipenderà da come sono disegnati i rapporti all'interno del neo organismo gestorio. In altri termini, la cogestione potrebbe rendere superfluo *l'equivalence of acces* solo se tutti gli operatori avranno pari poteri nel gestire la rete a prescindere dal capitale investito; diversamente, l'accordo non costituirà una protezione, anzi potrebbe pregiudicarli ulteriormente nel momento in cui li priva della tutela esterna

³⁶ Le famiglie di tecniche atte a consentire a un operatore che intenda accedere al mercato di servire i propri clienti, in ragione dell'utilizzo della rete di accesso di proprietà di un operatore preesistente, sono quelle corrispondenti ai mercati n. 4 e n.5, cioè, rispettivamente *l'unbundling* (accesso alle componenti passive operanti a livello fisico) e il *bitstream* (accesso alle componenti attive non operanti a livello fisico).

offerta dagli obblighi asimmetrici. Stesso discorso vale per i soggetti terzi, nei cui confronti l'accordo ipotizzato non prevede alcuna clausola di ingresso postumo nell'organismo gestorio.

Si rileva, infine, che la Raccomandazione usa un linguaggio molto prescrittivo, piuttosto che limitarsi a suggerire un approccio, una metodologia regolatoria, lasciando le specificità e il dettaglio alle singole Autorità nazionali (le Anr). La Raccomandazione, nell'intento di promuovere l'applicazione uniforme da parte delle Anr delle misure correttive in ambito di NGA (*Next Generation Access*) definisce un approccio comune cui le Anr dovrebbero conformarsi nell'individuare le misure correttive più appropriate da imporre all'operatore avente significativo potere di mercato. Quindi, la Commissione richiama a sé competenze che anche il nuovo pacchetto le ha sottratto: la scelta dei rimedi, ormai definitivamente affidati alle Anr, previo contraddittorio con la Commissione. Qui la Commissione attraverso un atto nella forma *soft*, ma sostanzialmente *hard* tenta di riappropriarsi dell'intero flusso regolatorio a garanzia dell'uniformità della regolazione asimmetrica, e, in ultima istanza, a difesa del mercato unico, altrimenti compromesso da discipline dove severe e dove deboli. Quindi, la Commissione ricorre alla raccomandazione per armonizzare il pluralismo regolatorio ancora prima che il rischio di una lesione dei valori comunitari accada, poiché vede nella sola diversità il pericolo all'unità del mercato.

4. Le regole nazionali: il nuovo regolamento dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni

Evidenziate le opzioni regolatorie proposte in ambito comunitario, verifichiamo lo scenario interno, cornice normativa entro la quale si muoveranno gli attori del mercato³⁷.

³⁷ Il condizionale è d'obbligo poiché, al momento in cui si scrive, non si conosce l'esito dell'accordo fra Ministero e operatori relativo alla società della Rete, e dall'altro canto le proposte dell'Autorità sono oggetto di consultazione pubblica in *itinere*.

Qui i soggetti chiamati a definire le regole del gioco sono: rispettivamente per il decisore politico, il Ministero, e per quello neutrale, l'Autorità nazionale di regolamentazione.

Andranno pertanto analizzate le ipotesi di disciplina avanzate da quest'ultima: una proposta che, come vedremo, si lega a filo doppio con quella promossa dal cosiddetto tavolo Romani, almeno nel riproporre la condivisione delle infrastrutture.

La Delibera 1/11/CONS, rubricata *Consultazione pubblica in materia di regolamentazione dei servizi di accesso alle reti di nuova generazione*³⁸, ha avviato una consultazione pubblica ai sensi dell'art. 11 del Codice delle comunicazioni elettroniche, al fine consentire alle parti interessate di presentare le proprie osservazioni sugli orientamenti dell'Autorità. La delibera non contiene una vera e propria proposta regolamentare, bensì lineamenti di future *policy* regolatorie, rivedibili alla luce delle osservazioni raccolte nel corso della consultazione.

Divideremo il discorso in alcuni punti fondamentali: 1) gli obiettivi dell'Autorità; 2) il *set* di *remedies* graduabili nel tempo; 3) il *set* di rimedi graduabili nello spazio; 4) il calcolo del prezzo di accesso, comprensivo del *risk premium*.

Quanto al primo punto, occorre sottolineare che l'Autorità, alla luce dei più recenti orientamenti espressi dall'Unione già richiamati nelle pagine precedenti, è chiamata a intervenire in uno scenario indefinito, in cui emerge la necessità di regolamentare una infrastruttura ancora *in fieri*. L'intervento a carattere regolamentare, a tal proposito, dovrebbe effettuare una mediazione tra una regolamentazione eccessivamente «leggera», che potrebbe rischiare di replicare nel nuovo mercato le condizioni di monopolio sulle reti in rame, e una regolamentazione asimmetrica «tradizionale», basata cioè sulla meccanica trasposizione alla rete in fibra ottica degli obblighi già presenti per la rete pregressa. Tale considerazione giustifica l'adozione di un approccio regolamentare a carattere graduato, cioè rivedibile nel tempo e nello spazio: per sua natura flessibile, poiché

³⁸ Pubblicata in Gazzetta Ufficiale, n. 17 del 22/01/2011.

«poroso» rispetto ai reali andamenti del mercato. Sicché, le regole asimmetriche dovranno rispondere ai principi di proporzionalità e ragionevolezza, così come imposti in sede comunitaria; dovranno essere strumentali allo sviluppo dell'equilibrio competitivo del mercato; quindi, in ultima istanza, inversamente proporzionali al grado di concorrenza effettivamente raggiunto.

La proposta dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni è quella di garantire in via immediata lo sviluppo di offerte di servizi in fibra ottica in un contesto concorrenziale e di favorire, nel lungo periodo, una competizione anche sulle infrastrutture. L'Autorità, sulla scia dei rilievi mossi dalla Raccomandazione del 2010, in primo luogo promuove l'esistenza di accordi conclusi a monte fra l'*incumbent* e gli altri operatori, atti a condividere gli investimenti e a diversificare il rischio di installazione delle reti in fibra ottica per collegare abitazioni ed edifici, al fine di promuovere *ex ante* la concorrenza nelle infrastrutture. Inoltre, nelle circostanze in cui l'*incumbent* ritenga che non vi siano le condizioni per un investimento profittevole, l'operatore notificato dovrebbe formulare comunque un'offerta di coinvestimento rivolta agli Olo, così da incentivare lo sviluppo delle reti di nuova generazione in aree altrimenti escluse dall'investimento privato.

Le caratteristiche e le procedure di questa offerta di coinvestimento saranno specificate nell'ambito di un apposito procedimento. D'altronde, la soluzione della condivisione delle infrastrutture fa sorgere numerose questioni di carattere regolamentare, dato che si tratta di una opzione diversa rispetto alla costruzione solitaria dell'infrastruttura, oggetto di consueta attenzione da parte dell'Autorità.

Nel caso in cui non sia possibile sviluppare forme di condivisione da parte di più operatori nella realizzazione di nuove componenti delle reti NGA (ad esempio, perché gli operatori alternativi non intendono effettuare nuovi investimenti sulle infrastrutture in fibra e quindi non intendono aderire alla proposta) l'Autorità prevede una sequenza di interventi atti a incentivare nell'immediato la competizione sui servizi, e nel lungo periodo gli investimenti nelle infrastrutture, stimolando le imprese a risalire lungo la

c.d. scala degli investimenti (*ladder of investment*)³⁹. In tal caso, l'autorità pare propendere per soluzioni atte a calibrare il quadro regolatorio, che dunque non sarà più delineato *ex ante*, ma soggetto al previo *market test* delle effettive condizioni concorrenziali. In particolare:

- l'operatore con significativo potere di mercato (Smp) dovrà garantire l'offerta di accesso *bitstream* alle proprie infrastrutture di ingegneria civile, in tutto il territorio nazionale, nel rispetto del principio di non discriminazione, al fine di consentire la replicabilità del servizio da parte degli operatori alternativi;
- successivamente, e precisamente dal 2013, alla luce dell'effettivo sviluppo del mercato delle NGA e tenuto conto dell'evoluzione delle tecnologie, limitatamente alle situazioni in cui non vi sia competizione delle infrastrutture cioè, laddove sarà presente la sola rete in fibra

³⁹ Cfr. S. Mannoni, *Regolare la rete di accesso: dal rame alla fibra*, in G. Morbidelli - F. Donati, *La nuova disciplina delle comunicazioni elettroniche*, cit. pp. 80 ss., che una volta evidenziate le differenze tra *unbundling* e *bitstream*, evidenzia come «...l'imposizione dei rimedi deve obbedire a una logica che scoraggi i fenomeni di parassitismo da parte dei concorrenti, o *free riding*, pena la stagnazione degli investimenti sia da parte dell'*incumbent* che non avrebbe alcun incentivo ad assicurare la manutenzione e l'aggiornamento della rete, sia dello stesso operatore alternativo, che si attesterebbero su una mera rivendita di prodotti standardizzati senza propensione all'innovazione e al rischio».

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.

Questa logica è sintetizzata dal paradigma della scala degli investimenti, il quale impone al regolatore di esigere dagli operatori alternativi lo sforzo di salire la scala dell'infrastrutturazione, senza adagiarsi sulle soluzioni più comode». In proposito, lo studio J. Bouckaert et Al., *Access regulation, competition and broadband penetration: an empirical study*, in *Telecommunications Policy*, n. 34, 2010, p. 661-671, dimostra che la concorrenza intra-piattaforma basata sui servizi (cioè la rivendita del servizio *retail minus*, o il *bitstream*), nonché l'Ull, nel lungo periodo potrebbero influenzare negativamente gli incentivi delle imprese a investire nello sviluppo della rete, perché gli Olo si avvantaggerebbero delle infrastrutture preesistenti senza essere stimolati a costruirne di nuove.

dell'*incumbent* – si prevede anche l'obbligo di fornitura dell'*unbundling* (Ull) da parte dell'operatore Smp;

- allorché l'offerta di Ull della fibra sia stata effettivamente fornita agli operatori, nelle aree dove esiste soltanto la rete NGAN (*Next Generation Access Network*) dell'operatore Smp si prevede che l'obbligo di *bitstream* venga meno, in base all'adozione di una *sunset clause*. Questa non sarà a operatività immediata: nel momento in cui una centrale locale verrà aperta alla fornitura di servizi Ull, difatti, l'operatore notificato dovrà comunque garantire la fornitura del servizio *bitstream* per un congruo periodo di tempo agli operatori che abbiano già attivato il servizio. Cessato il periodo di regola, 12-24 mesi l'obbligo di *bitstream* nelle aree coperte da *unbundling* verrà meno.

Ricapitolando, quindi, qualora non sia possibile la realizzazione di infrastrutture condivise, l'operatore Smp sarà obbligato a cedere le proprie infrastrutture in modalità *bitstream*, che consente l'attivazione immediata del servizio da parte dell'operatore alternativo; dal 2013, qualora nell'area interessata l'unica infrastruttura presente appartenga all'operatore Smp, questi sarà obbligato ad attivare anche l'offerta Ull. Nei anni successivi, l'offerta obbligata dei due servizi coesisterà, fino a quando l'obbligo del *bitstream*, in ragione del grado di sviluppo competitivo, verrà meno.

In conclusione, l'Autorità ritiene opportuna la modulazione dei rimedi da applicarsi ai servizi di nuova generazione sulla base delle differenti condizioni concorrenziali correntemente o prospetticamente riscontrabili nel breve-medio periodo.

Con riferimento al principio della differenziazione dei *remedies*, l'Autorità ancora una volta si rapporta alla Raccomandazione NGA (cfr. punto 9, ad esempio), secondo la quale le Autorità di regolamentazione nazionali dovrebbero verificare se sia opportuno segmentare su base geografica i mercati dell'accesso fisico e della banda larga all'ingrosso, in virtù di differenze «stabili e sostanziali» delle condizioni concorrenziali.

Al riguardo, la Commissione, nel *Commission staff working document* che accompagna la Raccomandazione NGA chiarisce che il quadro regolamentare riconosce il principio di differenziazione dei rimedi ferma

restando l'unicità del mercato nazionale quanto a contesto merceologico e geografico; afferma, in altri termini, che l'imposizione indistinta di tutti i rimedi atti a favorire l'accesso non appare necessaria in ogni situazione, ovunque ed in ogni momento; prevede, quindi, la possibilità di applicare regole differenziate in ragione del contesto competitivo e delle sub-zone geografiche che interessano il mercato unico di livello nazionale. Sicché, il *Commission staff working document* chiarisce che l'insieme dei rimedi deve riflettere le condizioni di concorrenza verificabili sul campo, così come determinate dalla dimensione dei concorrenti o dall'intensità della concorrenza infrastrutturale. Il documento chiarisce che le Anr, piuttosto che imporre indistintamente tutti i *remedies* a loro disposizione, devono calibrarli attentamente sulla base della loro appropriatezza, ossia della loro capacità di risolvere i problemi concorrenziali identificati, e che dalla definizione di un mercato di dimensione nazionale non si può far discendere *a priori* l'uniformità degli obblighi regolamentari, ma occorre ritagliare la misura adeguata al fatto.

In considerazione di quanto suggerito dalla Commissione, l'Autorità, pertanto, ha inteso adottare una strategia regolamentare geograficamente flessibile, cioè non basata su rimedi rigidamente predeterminati quanto a contenuto e ambito di applicazione, ma a carattere graduabile: pertanto, pur mantenendo l'unicità del mercato definito col *market test*, qualora su zone diverse si riscontri un equilibrio competitivo diverso in ragione della diversa concentrazione degli operatori, potrebbero applicarsi *remedies* diversi. A differenza di quanto previsto dalle Linee guida predisposte dal Comitato NGN Italia⁴⁰, l'Agcom è orientata a considerare uno scenario di

⁴⁰ In ottemperanza all'art. 73, comma 6 della Delibera n. 731/09/CONS (G.U. n. 15 del 20.1.2010 Suppl. Ordinario n. 13) dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, che stabilisce quanto segue: «Al Comitato NGN Italia è affidato il compito di sottoporre all'Autorità, entro 6 mesi dalla pubblicazione del presente provvedimento, una proposta non vincolante di “Linee guida per la disciplina della transizione verso le reti NGN”, il suddetto Comitato ha redatto una Proposta non vincolante di Linee guida per la disciplina della transizione verso le reti NGN. All'interno del documento si ritiene opportuno che l'Autorità proceda nel suddividere il Paese in tre gruppi (“Cluster”) di aree geografiche distinte: *Cluster 1* “Aree ad alta profittabilità”; *Cluster 2* “Aree a media profittabilità”; *Cluster 3* “Aree a bassa profittabilità”, corrispondenti con le

mercato nazionale unico, con differenziazione dei rimedi da imporre. Il regolatore, tuttavia, deciderà volta per volta ed *ex post*, poiché l'attuale contesto di mercato non presenta elementi strutturali che diano incontrovertibile evidenza di differenze di natura significativa e stabili nel tempo nelle condizioni concorrenziali, tali cioè da giustificare una segmentazione geografica dei mercati. In tal guisa, l'Autorità si conforma alle soluzioni proposte dalla Raccomandazione, in base alle quali le Anr dovrebbero sempre verificare «le differenze tra le condizioni concorrenziali nelle diverse zone geografiche al fine di determinare se la definizione di mercati geografici subnazionali o l'imposizione di misure correttive differenziate siano giustificate».

Le modalità attraverso le quali effettuare le analisi e applicare, conseguentemente, il *set* di rimedi (obblighi di condivisione, offerte *bitstream* e Ull, obbligo di accesso non discriminatorio), è questione ancora nebulosa, e da chiarire con apposito procedimento⁴¹.

L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, inoltre, condivide pienamente l'approccio della Commissione, in base al quale appare necessario includere un premio di rischio, incorporato nel costo del capitale, che tenga conto degli eventuali rischi supplementari e quantificabili incorsi da parte dell'operatore notificato, qualora si preveda un obbligo di accesso alle risorse di rete da parte di terzi nelle zone in cui sia presente la sola rete in fibra dell'*incumbent*. Qualora subentri, invece, una effettiva competizione sulle infrastrutture o sussistano previsioni di sviluppo di più infrastrutture, il *pricing* del *bitstream* dovrà basarsi sul principio di non discriminazione del prezzo fra le divisione interne ed esterne.

cosiddette aree “nere NGA”, “grigie NGA” e “bianche NGA”». In particolare, nel documento si suggerisce all'Autorità di risolvere prioritariamente il problema della corretta identificazione delle aree appartenenti a ciascun *Cluster* su tutto il territorio nazionale.

⁴¹ Qui potrebbe intravedersi un ruolo attivo dei Comitati regionali per le comunicazioni, chiamati a effettuare un'analisi su articolazione regionale e trasmettere i dati all'Autorità centrale; quest'ultima, sulla base delle risultanze raccolte, potrebbe decidere la tipologia di rimedio applicabile, e la relativa sanzione in caso di inottemperanza. Sul punto, cfr. *infra*, paragrafo 6.

Nel frattempo, è stata pubblicata una nuova Delibera Agcom sulla regolamentazione dei servizi di accesso alle reti di nuova generazione, elaborata sulla base delle osservazioni pervenute durante la prima consultazione pubblica e anch'essa sottoposta a nuova consultazione⁴². Il documento ribadisce che l'operatore dominante deve garantire l'accesso delle proprie infrastrutture fisiche di rete agli operatori alternativi per consentire loro la realizzazione di proprie reti di accesso. Le modalità tecniche previste dalla Delibera sono sostanzialmente di due tipi:

a) l'operatore SMP dovrà assicurare una modalità di accesso *bitstream*, ancorché di nuova generazione, alla nuova rete;

b) e percorrendo verso l'alto la scala degli investimenti, l'operatore SMP non sarà più tenuto a garantire un servizio di *unbundling* fisico, quanto un autonomo servizio di accesso *end-to-end* alla propria rete passiva, servizio che, a giudizio dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, si configurerebbe come la soluzione di accesso disaggregato più prossima all'attuale *unbundling* su rame in centrale. In pratica, con l'*unbundling end to end* gli OLO ordinano per tempo all'operatore SMP di realizzare i collegamenti in fibra spenta per raggiungere il cliente finale, pagando un prezzo regolamentato come corrispettivo. Nel caso in cui le infrastrutture concesse siano di nuova realizzazione e interamente opera di dell'operatore SMP, a questi viene chiesto di offrire prezzi per le infrastrutture orientati ai costi, pur compensando con un premio il rischio d'impresa.

Il fatto che l'Autorità abbia “stralciato” l'obbligo di *unbundling* fisico (tradizionalmente impiegato per la vecchia rete) a favore di quello virtuale *end to end* su domanda delle parti, ha suscitato le reazioni negative degli OLO, secondo i quali tale servizio appare essere molto più costoso, e li costringerebbe a duplicare la rete dell'operatore SMP, sempre che avessero i mezzi economici per farlo. In sintesi, ciò comporterebbe un rischio di nuova monopolizzazione del mercato a vantaggio del solito *incumbent* anche sul nuovo segmento della banda ultralarga.

⁴² “Schema di provvedimento per la regolamentazione dei servizi di accesso alle reti di nuova generazione” (allegato B alla delibera 301/11/Cons, pubblicata in GU n. 123 del 28-5-2011).

L'Autorità, dal canto suo, giustifica la scelta in ragione del fatto che le tecnologie descritte sono le uniche compatibili con l'architettura Gpon (punto-multipunto) adottata da Telecom, ed esclude la modalità antagonista del punto-punto per gli eccessivi costi di realizzazione. Sulla vicenda, da ultimo, si esprime anche la Commissione europea, secondo la quale il rimedio *end to end* dovrebbe essere considerato soltanto una soluzione transitoria, poiché non sufficiente a salvaguardare la concorrenza da mantenersi fino a quando la disaggregazione della fibra tramite *unbundling* fisico non diventi la soluzione tecnicamente fattibile⁴³.

5. Dal Memorandum of Understanding al progetto FiberCo

Esaminate le proposte regolamentari dell'Autorità, verifichiamo quali siano gli orientamenti del Governo.

Il decisore politico, dopo una serie di interventi atti a semplificare le procedure amministrative per il rilascio dei titoli abilitativi all'installazione delle infrastrutture⁴⁴, sembrava intenzionato a dirottare parte del previsto finanziamento di 100 milioni di euro che il Cipe in origine riservava alla banda larga e all'abbattimento del *digital divide* verso il completamento della transizione al digitale terrestre⁴⁵.

⁴³ Commissione Europea, *Lettera di commenti del 27 Giugno 2011* (documento non reperibile ad oggi), citata da Lepido, *La Ue «bacchetta» l'Agcom sulle nuove reti*, in *Il Sole24Ore*, 1 luglio 2011.

⁴⁴ Cfr., rispettivamente: D.lgs. n. 188/2002; D.Lgs. 259/2003, artt. 86 sgg.; D.l. n. 40/2010 convertito con modificazioni in Legge n. 73/2010, nonché D.L. n. 78/2010, convertito in Legge n. 122/2010, che ha modificato le norme in materia di procedimento amministrativo di cui all'art. 19 della Legge n. 241/1990, prevedendo la sostituzione della dichiarazione di inizio attività (Dia) con la segnalazione certificata inizio attività (Scia), strumento che consente di avviare le attività di installazione degli impianti dal momento della relativa presentazione, senza dover attendere il passaggio dei 30 previsti originariamente per la Dia.

⁴⁵ D. l. n. 225 del 29 dicembre 2010, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 303 del 29.12.2010 volto a prorogare o risolvere disposizioni urgenti entro la fine dell'anno in corso, convertito con legge n. 10/2011 pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n.47 del 26 febbraio 2011 e recante "Proroga di termini previsti da disposizioni legislative e di interventi urgenti in materia tributaria e di sostegno alle imprese e alle famiglie". Il

Inoltre, alla fine dello scorso anno il Ministero dello sviluppo economico e i 7 principali *players* del settore (*incumbent* e Olo) hanno siglato un *Memorandum of Understanding* (c.d. Mou), con cui le parti si sono impegnate a costituire una società veicolo per la realizzazione dell'infrastruttura passiva. Si trattava di una soluzione destinata a conciliare i contrapposti interessi attraverso il ricorso allo strumento del partenariato pubblico-privato (Ppp). Le sinergie derivanti dalla cooperazione fra agenti privati e pubblici (come Regioni, Enti Locali e Cassa depositi e prestiti) dovevano convergere, difatti, verso la realizzazione di una «società della fibra» condivisa tra i soci, nella quale la P.A. era chiamata alla costruzione della piattaforma veloce attraverso propri investimenti, ai quali si sarebbero aggiunti quelli degli operatori privati. L'accordo avrebbe dovuto garantire la costruzione di un'infrastruttura passiva per portare la fibra ottica «spenta» fino alle abitazioni, in FttH (*Fiber to the Home*) per coprire almeno il 50% del territorio nazionale entro il 2020. Inoltre, nel Mou si affermava che, qualora si fossero costituite società a livello regionale partecipate da organismi pubblici, il Governo si sarebbe impegnato ad assicurare il coordinamento del progetto anche attraverso la partecipazione del veicolo a tali società e la sottoscrizione del Mou da parte delle Regioni interessate. In tal guisa il Mou, ponendo l'accento su un ruolo pro-attivo da parte di Regioni, Enti locali e società partecipate consentiva, in virtù della condivisione dei cavidotti delle infrastrutture già esistenti a livello locale, di poter notevolmente ridurre i costi di ingegneria civile necessari alla realizzazione delle nuove reti.

Questa soluzione sembrava presentare il triplice vantaggio di conciliare l'interesse pubblico a colmare il divario digitale in tempi rapidi, quello dell'*incumbent* a disporre di un sostegno economico per effettuare

comma 19-bis del decreto legge prevede testualmente: «Sono prorogati per l'anno 2011 gli interventi di cui all'articolo 1, commi 927, 928 e 929 della legge 27 dicembre 2006, n. 296. Per le finalità di cui al periodo precedente è autorizzata la spesa di 30 milioni di euro per l'anno 2011, da destinare al rifinanziamento del Fondo per il passaggio al digitale di cui all'articolo 1, comma 927, della legge 27 dicembre 2006, n. 296. Ai relativi oneri, pari a 30 milioni di euro per l'anno 2011, si provvede nell'ambito delle risorse finalizzate ad interventi per la banda larga dalla legge 18 giugno 2009, n. 69, nell'importo complessivo deliberato dal Cipe in data 11 gennaio 2011».

investimenti rischiosi nella nuova infrastruttura, e quello degli Olo a ottenere diritti di proprietà sulla rete o quanto meno ad accedere alla stessa attraverso obblighi di locazione. Il Mou, infatti, si prefiggeva testualmente di realizzare «una infrastruttura passiva, neutrale, aperta, economica ed a prova di futuro per lo sviluppo efficiente delle reti di nuova generazione». Il valore aggiunto del documento stava nel favorire la creazione di una piattaforma neutrale rispetto al fornitore di servizio che richiedeva l'accesso a condizioni eque e non discriminatorie: in altri termini, l'accordo sembrava favorire una competizione basata sui servizi (*services competition based*)⁴⁶, ma non consentiva il salto di qualità verso la competizione basata sulle infrastrutture, perché quest'ultima con il Mou rimaneva unica.

Si trattava senza dubbio di un passo in avanti, di una iniziativa che, se tradotta in atti concreti, sarebbe stata salutata con favore. Ma, d'altro canto il Mou, così come strutturato, non appariva immune da critiche da più parti avanzate⁴⁷.

In primo luogo, il documento esprimeva una mera dichiarazione di intenti, una comune linea di azione, che, in quanto consegnata in dichiarazioni di principio, presentava esiti incerti. L'accordo non assumendo carattere vincolante, non era titolo di alcuna responsabilità, neanche civile, per i firmatari che, se avessero disatteso le condizioni ivi contenute, non sarebbero incorsi in alcuna sanzione. In altri termini, in mancanza di clausole esplicite atte a stabilire condizioni di validità, efficacia e vincolatezza, il Mou avrebbe prodotto effetti fino a quando una delle parti non avesse deciso di orientare diversamente il proprio agire: un vero atto politico, il quale regge fin quando le parti intendono osservarlo, ma la natura privata dei contraenti lo avrebbe reso peraltro inidoneo a generare il

⁴⁶ A titolo di completezza, occorre sottolineare che gli operatori condivideranno solo le infrastrutture passive Ngn, per portare fibra nelle case: scavi, cavidotti, canaline verticali che entrano nel palazzo. L'accordo invece esclude dalla condivisione la fibra e gli apparati. Gli operatori dovranno quindi usare i propri oppure affittare quelli di Telecom Italia.

⁴⁷ Cfr., volendo, G. De Minico, *I nuovi diritti e le reti. Verso nuove disuguaglianze? Relazione al Forum Comunicazioni "Agenda digitale italiana"*, cit.

necessario giudizio di responsabilità politica, ineliminabile contraltare di ogni atto politico.

In secondo luogo il modello intendeva realizzare la condivisione delle infrastrutture passive soltanto in una parte del paese: nel Mou si leggeva infatti che l'intervento si sarebbe svolto «in aree definite in funzione di indici di natura socioeconomica e di densità abitativa, nonché delle infrastrutture esistenti». Tuttavia, concentrare l'investimento solo dove conviene economicamente significa accrescere il divario tra chi esercita già i diritti sociali e le libertà fondamentali e chi invece ne ha solo la titolarità formale, perché essendo tagliato fuori dall'autostrada veloce per internet, non è in grado di azionarli.

In terzo luogo l'accordo non sarebbe riuscito a neutralizzare il rischio che esso stesso temeva, quello del divario digitale fra le diverse parti del territorio: il documento difatti era destinato a realizzare la copertura del 50% della popolazione.

L'atto, quindi, assumeva carattere suppletivo e sussidiario e, a conti fatti, neanche vincolante per gli operatori, perché ricondotto alla mera condizione potestativa delle volontà delle parti di aderirvi, ossia alla loro valutazione discrezionale.

Infine, l'atto taceva anche sulla *governance* della futura società di gestione, finanziata, quanto meno in parte, con fondi pubblici: la Cassa depositi e prestiti rappresentava il principale azionista⁴⁸ della cosiddetta società della Rete (FiberCo), mentre le quote restanti sarebbero state suddivise fra gli operatori del settore firmatarie del protocollo d'intesa. Il modello scelto era

⁴⁸ Come evidenziato dal Presidente F. Bassanini, *L'ammodernamento della rete di comunicazione elettronica e lo sviluppo della banda larga al servizio dell'informatizzazione della P.A.*, relazione al convegno Astrid, *La rete di comunicazione elettronica tra pubbliche amministrazioni e procedimenti amministrativi in rete*, Roma, 23 ottobre 2009, il progetto «...potrebbe prevedere una partecipazione finanziaria della Cassa depositi e prestiti, che è il principale investitore di lungo termine italiano, giuridicamente privato, ma partecipato al 70% dallo Stato (e al 30% da Fondazioni di origine bancaria)... La Cassa sarebbe in condizione di partecipare all'investimento con le risorse necessarie, ma, naturalmente, ad una condizione *sine qua non*: che il piano finanziario e industriale di questo progetto dia assolute garanzie di certezza e sostenibilità economico-finanziaria dell'investimento. La Cassa impiega infatti i risparmi dei risparmiatori postali...», reperibile in www.astrid.eu.

quello «dello Stato imprenditore a tempo»: la presenza pubblica nella società avrebbe dovuto soccorrere il difetto di mano privata, poi successivamente ritrarsi dinanzi al libero mercato.

Individuato il principale investitore, tuttavia, restano notevoli perplessità sulla titolarità della rete una volta realizzato il passaggio della quota di proprietà pubblica in capo agli investitori privati, alla fine del processo di costruzione della nuova rete.

In conclusione, se il documento segnava un passo importante nella individuazione delle *policy* regolatorie per la transizione sulle nuove reti, molti dubbi permanevano sulla sua efficacia obbligatoria e sul soggetto che avrebbe controllato la rete di nuova generazione una volta completata, dato atto del rischio consistente nel replicare gli stessi vantaggi monopolistici già esistenti sulla vecchia rete in rame.

Alcune delle perplessità evidenziate nel modello della Società della rete così come delineato nel Mou permangono anche nel testo della nuova manovra finanziaria approvata dal Consiglio dei Ministri lo scorso giugno 2011⁴⁹.

Dal punto di vista formale, il nuovo testo segna indubbiamente un passo in avanti, poiché nelle intenzioni dell'Esecutivo emerge la volontà di consegnare alla fonte primaria la costituzione di una *FiberCo* in origine prevista da un mero accordo fra parti, non avente neanche valore vincolante, come si è osservato prima.

Dal punto di vista contenutistico, invece, la bozza originaria del testo prevedeva un forte ruolo dell'Esecutivo nel passaggio della rete in rame a quello in fibra, attraverso l'individuazione di un piano strategico nazionale per l'erogazione di un servizio a banda larga rientrante nel paniere del Servizio Universale, e potenzialmente finanziato con fondi del risparmio postale della Cassa Depositi e Prestiti, unitamente a quelli degli operatori economici⁵⁰. L'espresso riferimento all'obbligo di Servizio Universale

⁴⁹ Decreto legge 6 luglio 2011, n. 98 - *Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria*, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 6 luglio 2011, n. 155.

⁵⁰ Art. 19 della bozza originaria dello schema di D.L., rubricato "Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria": Ai fini del raggiungimento degli obiettivi

equivaleva, in termini pratici, alla garanzia di un servizio di connessione veloce, rispondente a determinati canoni di qualità, in tutto il territorio nazionale e a tutti i cittadini, a prescindere dall’allocazione di questi ultimi e dall’utilità economica dell’operatore tenuto a fornire il servizio. L’obbligo di Servizio Universale, in altri termini, imponeva una obbligazione di risultato verso i cittadini, in nome del principio di eguaglianza sostanziale, sottraendola alle leggi del mercato .

La nuova versione della manovra finanziaria⁵¹, invece, riqualifica la prestazione a banda larga da Servizio Universale a Servizio di Interesse

dell’Agenda digitale europea concernenti il diritto di accesso a internet per tutti i cittadini “ad una velocità di connessione superiore a 30 Mb/s” (e almeno per il 50% “ al di sopra di 100 Mb/s”) , il Ministro per lo Sviluppo Economico con il concorso delle imprese e gli enti proprietari di reti e impianti di telecomunicazione fissa o mobile predispone un piano di interesse nazionale per la realizzazione dell’ infrastruttura nazionale di telecomunicazioni NGN, anche mediante la razionalizzazione, l’ammodernamento e il coordinamento delle infrastrutture esistenti. Le infrastrutture ricomprese nel piano, sia in fibra ottica che wireless (Wimax, LTE, ecc.), costituiscono servizio di interesse economico generale. 2. A tal fine, ai soggetti proprietari delle infrastrutture costituenti la rete nazionale di telecomunicazione NGN possono essere imposti obblighi di servizio universale. Essi devono comunque garantire l’accesso a tutti i fornitori di servizi di telecomunicazione, in condizioni di uguaglianza e non discriminazione, nei termini e con le garanzie stabilite dall’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni. Il sistema tariffario è ridefinito dall’Autorità in modo da incentivare gli investimenti necessari alla realizzazione della predetta infrastruttura nazionale e da assicurare comunque una adeguata remunerazione dei capitali investiti. 3. Al finanziamento della realizzazione del piano nazionale, sotto qualsiasi forma tecnica, può concorrere, unitamente agli operatori economici che lo realizzano, la Cassa Depositi e Prestiti, nel rispetto delle disposizioni di cui all’ articolo 5, comma 7, lettera a) secondo periodo, del decreto-legge n. 269/03, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 326/03, a condizione che le infrastrutture finanziate siano dall’Autorità riconosciute come funzionali al raggiungimento dell’obiettivo di servizio universale fissato al secondo comma. 4. Il Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro per lo Sviluppo economico, e l’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni adottano, nell’ambito delle rispettive competenze, i provvedimenti necessari per l’attuazione delle disposizioni dei commi precedenti. 5. Dall’attuazione dei precedenti commi non possono derivare oneri per il bilancio dello Stato.

⁵¹ 1. Ai fini del raggiungimento degli obiettivi dell’ Agenda digitale europea, concernenti il diritto di accesso a internet per tutti i cittadini “ad una velocità di connessione superiore a 30 Mb/s” (e almeno per il 50% “ al di sopra di 100 Mb/s”), il Ministero dello sviluppo economico, con il concorso delle imprese e gli enti titolari di reti e impianti di comunicazione elettronica fissa o mobile, predispone un progetto strategico nel quale, sulla base del principio di sussidiarietà orizzontale e di partenariato pubblico – privato, sono individuati gli interventi finalizzati alla realizzazione

Economico Generale (cd. SIEG)⁵². Il repentino cambiamento di indirizzo governativo non appare privo di conseguenze: senza dubbio, il decisore intende garantire l'interesse generale alla possibilità offerte dalla navigazione veloce, poiché il libero funzionamento del mercato da solo non è in grado di sopperirvi⁵³. Tuttavia, definire la connessione veloce alla rete Internet come un SIEG comporta un obbligo diretto verso i fornitori del

dell'infrastruttura di telecomunicazione a banda larga e ultralarga, anche mediante la valorizzazione, l'ammodernamento e il coordinamento delle infrastrutture esistenti. Le infrastrutture

ricomprese nel progetto strategico, costituiscono servizio di interesse economico generale in conformità all'articolo 106 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

2. Il progetto strategico è finalizzato alla realizzazione di infrastrutture passive, aperte e neutre, per lo sviluppo di reti di comunicazione elettronica a banda larga e ultralarga per accelerare il raggiungimento degli obiettivi di cui al comma 1. L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni è competente alla definizione del sistema tariffario in modo da incentivare gli investimenti necessari alla realizzazione della predetta infrastruttura nazionale e da assicurare comunque una adeguata remunerazione dei capitali investiti.

3. Con decreto del Ministro per lo sviluppo economico, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita per i profili di competenza l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, vengono adottati i provvedimenti necessari per l'attuazione delle disposizioni dei commi precedenti.

4. Alla realizzazione del progetto strategico di cui al comma 1 possono essere destinate risorse pubbliche anche afferenti agli interventi cofinanziati dai Fondi strutturali europei 2007 /2013. Per assicurare la realizzazione, in tempi rapidi, il progetto strategico di cui al comma 1 sarà prioritariamente finanziato nell'ambito delle procedure di riprogrammazione e accelerazione della spesa delle risorse previste dalla delibera CIPE n. 1 dell'11 gennaio 2011. 5. Dall'attuazione del presente articolo non devono derivare nuovi o maggiori oneri per il bilancio dello Stato.

⁵² *Libro verde sui servizi di interesse generale*, COM (2003), 270 def. e *Libro bianco sui servizi di interesse generale*, COM (2004) 374 def.

Sulla diversità di regime giuridico e, quindi, di grado di effettività delle libertà fondamentali tra S.U. e SIEG, si vedano i contributi di G. De Minico e di A. Rubino in G. De Minico (a cura di), *Dalla tecnologia ai diritti.*, cit.

⁵³ Il Libro Verde sui servizi di interesse generale sottolinea che i servizi d'interesse generale "sono parte dei valori condivisi da tutte le società europee e costituiscono un tratto essenziale del modello europeo di società", atteso il loro ruolo "fondamentale per migliorare la qualità della vita di tutti i cittadini e per superare l'emarginazione e l'isolamento sociali" nonché per "stimolare la competitività" complessiva del sistema, "considerandone l'incidenza sull'economia e l'importanza per la produzione di altri beni e servizi"; pertanto gli Stati devono garantire ai cittadini la parità di accesso e di trattamento, la sicurezza di approvvigionamento, la continuità e un grado elevato di qualità e prezzi accessibili o gratuiti.

servizio essenziale, e soltanto indiretto verso gli utenti finali: lo Stato dovrà avvalersi dei privati più qualificati per l'erogazione della prestazione ritenuta di rilevante interesse per la collettività (eventualmente compensandolo)⁵⁴, sicché l'individuazione dell'impresa incaricata dovrà possibilmente avvenire all'esito dell'espletamento di una gara equa, trasparente e non discriminatoria, tesa a individuare il soggetto più idoneo alla fornitura⁵⁵. A ciò si aggiunga la considerazione che gli operatori, ancorché tenuti a fornire la prestazione di interesse collettivo, non saranno obbligati a fornire la connessione al prezzo abbordabile altrimenti previsto in caso di Servizio Universale, né a coprire l'intero territorio nazionale⁵⁶.

In conclusione, si tratta di una *deminutio* o di un *surplus* di garanzie per il cittadino rispetto alla versione iniziale dell'atto?

La risposta non è netta: il decreto legge dovrebbe salutarci con favore allorquando eleva l'accordo da mero atto negoziale a fonte di diritto, definendolo un progetto strategico da realizzare alla luce dei principi di sussidiarietà orizzontale, tramite al ricorso di forme di partenariato pubblico-privato. Con tale atto, quindi, il decisore assume consapevolezza della necessità di conciliare – tramite regole generale e astratte, ma eteroimposte – le esigenze del libero mercato con quelle dell'accesso dei cittadini ai servizi fondamentali.

L'atto, tuttavia, non appare esente critiche. Dal punto di vista delle imprese – interessate a entrare sul mercato una volta che l'infrastruttura passiva verrà realizzata – il decreto legge riduce le garanzie di accesso in condizioni di uguaglianze e non discriminazione, perché le riduce sostituendole con i non meglio definiti aggettivi di rete “aperta” e “neutrale”.

⁵⁴ Corte di Giustizia, sent. 24 luglio 2003, causa c-280/00, Altmark Trans, in *Diritto dei trasporti*, 2004, p. 455 ss., con nota di G. Mendola, *Trasporto pubblico e aiuti di Stato*.

⁵⁵ La scelta dell'impresa deve essere effettuata, in primo luogo, “nell'ambito di una procedura di appalto pubblico che consenta di selezionare il candidato in grado di fornire tali servizi al costo minore per la collettività” (68). Corte di Giustizia, sent. 24 luglio 2003, Altmark Trans, cit. (punto 93).

⁵⁶ Per queste considerazioni, sia consentito il rinvio a G. De Minico, *Diritti e uguaglianze al tempo delle reti*, in corso di pubblicazione.

Dal punto di vista degli utenti finali, lo stesso decreto attenua il grado di qualità e diffusività della prestazione essenziale, altrimenti assicurati qualora l'obbligazione fosse rientrata nel paniere del S.U. Il riferimento al principio di sussidiarietà orizzontale, d'altronde, vuol significare che nelle zone in cui i privati hanno già i loro piani di investimento il progetto governativo si dovrà astenere dall'intervenire.

Pertanto, nel contesto nazionale la banda larga oggi rappresenta un Servizio Economico di Interesse Generale, ancorché sostanzialmente assolto dalla libera iniziativa economica, cui lo Stato intende sopperire, ma esclusivamente nelle zone nere, cioè a sostegno e correttivo del difetto di mano privata.

PARTE SECONDA

MODELLI STRATEGICI DI INTERVENTO LOCALE SUL *DIGITAL DIVIDE* E SULLE NGNs

1. Le politiche locali

1.1. Le politiche regionali verso il digital divide di prima e seconda generazione

L'attività delle Regioni nei confronti delle reti a banda larga, ed in particolare della riduzione del *digital divide* di prima e seconda generazione si è svolta in una grande molteplicità di modi, anche a causa della mancanza di una regia nazionale. Proprio a causa di questa varietà essa può essere letta secondo alcuni criteri e parametri.

I caratteri più importanti sono:

- il fatto che una Regione abbia o meno elaborato un piano di copertura;
- che abbia individuato e programmato gli interventi;
- che abbia allocato, o eventualmente raccolto, le risorse necessarie;
- lo stato di attuazione del piano.

La fonte più completa e qualificata di queste informazioni⁵⁷ indica che a fine 2010 quasi tutte le Regioni avevano elaborato dei piani per la riduzione del *digital divide*, salvo il Molise, privo di piano. La maggior parte dei piani riguarda la prima generazione di banda larga (al massimo 7 Mbps) ma alcune Regioni hanno elaborato piani per la banda larga di seconda generazione (20Mbps) come ad esempio le Marche e la Provincia di Trento, ed altre addirittura piani per la NGN, (Lombardia e la stessa Provincia di Trento, cfr. par.3.1). Nel corso del 2010 in particolare si è

Questa parte è stata scritta da Paola M. Manacorda, con l'eccezione del par. 1.3, scritto da Miranda Brugi.

⁵⁷ Osservatorio sulla Banda larga di Between, <http://www.osservatoriobandalarga.it/>.

assistito ad uno spostamento degli obiettivi dei piani regionali verso le generazioni successive di banda larga, e all'avvio degli studi e delle valutazioni sulle più opportune modalità di *partnership* pubblico-private per lo sviluppo delle reti di nuova generazione.

I piani hanno diversa natura e in buona parte prevedono accordi con il Ministero dello sviluppo economico o con il Ministero delle comunicazioni (all'epoca distinti, oggi coincidenti). In particolare, a seguito della emanazione da parte del Ministero delle comunicazioni delle Linee guida nel 2007 (cfr. par. 2.1.), avevano firmato accordi con questo Ministero la Liguria, l'Emilia-Romagna, l'Umbria, le Marche e il Lazio, mentre successivamente hanno siglato accordi con il Ministero per lo sviluppo economico il Piemonte, la Lombardia, il Veneto, la Campania, la Calabria e la Sardegna.

Diverse Regioni, come visto, hanno articolato il piano in due fasi: una prima fase avente l'obiettivo di portare un minimo di copertura (in generale 2 Mbps) a tutta o buona parte della popolazione, utilizzando anche tecnologie *wireless*, la seconda con l'obiettivo di raggiungere i 20 Mbps in buona parte della Regione, attraverso infrastrutturazione in fibra ottica, accordi con gli operatori, *upgrading* degli apparati in centrale

Interessante è anche analizzare i diversi modelli di intervento adottati dalle Regioni per far fronte al *digital divide*⁵⁸. Essi possono essere così classificati:

- a) realizzazione di una rete pubblica di *backbone/backhaul* in fibra ottica, con l'obiettivo di mettere a disposizione di tutti gli operatori interessati la possibilità di realizzare sopra tale rete la propria infrastruttura;
- b) realizzazione di una infrastruttura pubblica di accesso (in taluni casi di tipo *wireless*) con affidamento ad un operatore della sua gestione;
- c) erogazione di contributi agli operatori come incentivi all'estensione della copertura in aree a fallimento di mercato (modello scozzese).
- d) accordi con gli operatori per interventi sinergici, consistenti in impegno degli operatori a realizzare parti di rete e delle Amministrazioni pubbliche a

⁵⁸ La classificazione è tratta da Osservatorio Banda larga, cit.

trasferire su tali reti alcuni servizi, così da aumentare la domanda di traffico.

Le opzioni ovviamente non sono tra di loro esclusive e quindi alcune Regioni ne hanno adottate più di una.

La prima opzione è impegnativa sul piano delle risorse e dei tempi di realizzazione, ma è anche quella che assicura le maggiori possibilità di evoluzione della rete verso future generazioni. Essa è stata adottata da Regioni come il Piemonte, la Valle d'Aosta, la Provincia di Trento, le Regioni Liguria, Veneto, Friuli Venezia Giulia, Toscana, Emilia-Romagna, Umbria e Sardegna. E' inoltre il modello adottato da Infratel per i propri interventi.

La seconda procedura è più veloce e meno costosa della prima, è stata adottata da alcune amministrazioni comunali e provinciali in vista di risultati immediati di copertura, ma crea inevitabilmente frammentazione e in taluni casi perfino incompatibilità tra diverse microreti (è questo il caso della Lombardia). E' stata utilizzata da Liguria, Provincia di Trento e Abruzzo.

La terza opzione è impegnativa soprattutto sul piano dei tempi e delle procedure, dovendo essere vagliata dall'Unione europea⁵⁹ che consente interventi pubblici soltanto nelle aree a fallimento di mercato. La Regione capofila di questa scelta è stata la Toscana, ma il modello è stato adottato anche da Sardegna, Liguria, Veneto e Provincia di Bolzano.

Infine la quarta modalità non impegna le Amministrazioni nella realizzazione delle reti, ma può costituire un incentivo indiretto per gli operatori, e richiede, come è evidente, importanti interventi di tipo organizzativo nei propri *back office*. E' stata utilizzata da Piemonte, Val d'Aosta, Liguria e Umbria.

⁵⁹ Si ricorda che solo nel 2010 la Commissione Europea ha dato il via libera all'erogazione di finanziamenti pubblici (per 1,8 miliardi complessivi su 20 progetti) richiesti da diversi paesi. Per l'Italia hanno ottenuto il via libera i progetti di sei regioni: Lombardia, Piemonte, Veneto, Trentino Alto Adige, Sardegna e Toscana. La maggior parte del finanziamento autorizzato per l'Italia (154,5 milioni) andrà alla realizzazione del Piano Nazionale per le aree rurali, che interessa circa 2.000 Comuni, considerati dall'Italia come aree a fallimento di mercato.

Alcune Regioni sono state «capofila» di specifiche strategie. Così è avvenuto per la Toscana che ha scelto il «modello scozzese», per l'Emilia-Romagna che ha scelto di dare priorità alla realizzazione di una rete dedicata alla Pubblica amministrazione. Diversa ancora la scelta operata dalla Lombardia in una prima fase (2005-2008), che ha puntato sull'autonomia degli enti locali, lasciando ad essi la scelta di un operatore (spesso anche locale) a cui affidarsi per realizzare delle reti *wireless* nelle diverse Province. Recentemente la Regione Lombardia ha siglato un accordo con Telecom Italia per il superamento del *digital divide* di prima e seconda generazione in 707 Comuni, per un totale di circa un milione di abitanti ed un finanziamento di 95 milioni di euro di cui 41 milioni resi disponibili dalla Regione ed il restante da Telecom Italia, adottando così anch'essa, nelle aree a fallimento di mercato, il cosiddetto «modello scozzese».

Il Piemonte, invece, ha privilegiato la dimensione temporale, dandosi come obiettivo quello di assicurare in tempi brevi una connettività minima (640 kbps) a tutta o quasi la popolazione. Pertanto ha concordato con Telecom Italia la posa di *minidslam* nelle centrali.

Tutte queste scelte hanno dei punti di forza e di debolezza. Il modello toscano ha il pregio di avere una visione di lungo periodo ma ha richiesto tempi lunghi di approvazione e di messa in opera. Il modello emiliano ha posto rapidamente la Pubblica amministrazione in condizione di interagire ad alta velocità al proprio interno (rete della P.A.), ma avendo collegato le sedi pubbliche e non le centrali, non ha avuto l'effetto di ridurre il *digital divide* per imprese e cittadini. Il modello Piemonte, pur rapido nella sua realizzazione, ha il limite di non prestarsi ad evoluzioni successive, a causa della limitata potenza degli apparati messi in centrale. Infine il modello delle reti *wireless* della Lombardia, anch'esso rapido nella realizzazione, ha il limite della «macchia di leopardo», cioè della disomogeneità territoriale.

Se ne deduce che non esiste il «modello perfetto» che soddisfi tutti i requisiti che una Regione si pone quando intende portare la connessione ai suoi cittadini e alle sue imprese. Esistono modelli che hanno di volta in volta privilegiato la rapidità o la prospettiva di lungo periodo, l'adesione ad

un modello proposto da un operatore o l'autonomia della Regione o degli enti locali.

Questa «erraticità» dei modelli locali è il frutto, naturalmente, anche della novità della sfida che si è posta alle autonomie locali. Il tema della banda larga con le sue implicazioni tecniche ed economiche, non è di quelli di immediata comprensibilità, come potrebbe esserlo quello delle infrastrutture stradali o ferroviarie, e questo aspetto va tenuto presente nel tracciare il panorama delle iniziative regionali.

1.2. Le iniziative nelle aree metropolitane

Le due principali aree metropolitane, Milano e Roma, ed alcune altre città, hanno adottato delle strategie proprie.

A Milano opera da tempo una società, Metroweb, di proprietà di un fondo privato, con una quota della *utility* di servizi a rete A2A⁶⁰, che aveva fin dalla fine degli anni '90 posato alcuni chilometri di fibra spenta nell'area centrale della città, collegando imprese, banche e interi quartieri. Recentemente il Comune di Milano ha siglato un accordo con Metroweb per l'uso gratuito della rete per 15 anni da parte del Comune anche in vista delle esigenze collegate all'Expo 2015 prevista in quella città. Sempre in tempi recenti il Comune ha annunciato anche un piano di *wi-fi*, per consentire l'uso della rete in mobilità e in nomadismo, funzione particolarmente utile per i tanti *city users* che gravitano sulla metropoli. Il piano è in ritardo per problemi tecnici ed economici.

A Roma l'iniziativa più significativa è quella della Provincia che sta gradualmente realizzando la copertura *wi-fi* della città e dei Comuni

⁶⁰ Metroweb fu creata a fine degli anni '90 da AEM (maggioranza) ed eBiscom per infrastrutturare Milano, mentre un'analoga società (Fastweb, a maggioranza eBiscom) fu creata per erogare i servizi alla clientela finale su quella rete. Poi il mutare delle condizioni di mercato ha provocato la cessione delle rispettive quote, e AEM è rimasta proprietaria di Metroweb al 100% (mentre eBiscom lo fu di Fastweb, con cui fu fusa, dando origine all'attuale Fastweb, poi acquistata dall'operatore svizzero Swisscom). A sua volta Metroweb fu privatizzata qualche anno fa, AEM vendette la quota di maggioranza ad un fondo di *private equity* inglese (mantenendo una quota di minoranza). Attualmente il fondo inglese ha messo in vendita la sua quota.

limitrofi nei principali luoghi pubblici. Il Comune capoluogo, a sua volta, ha emanato un regolamento per facilitare la posa della fibra nei condotti stradali e negli edifici e per stimolare il coordinamento delle iniziative degli operatori. Allo stato attuale gli operatori alternativi hanno dato vita ad un progetto pilota («Fibra per l'Italia», cfr. par. 3.3.1.) nel quartiere Fleming, mentre Telecom Italia sta cablando alcuni quartieri residenziali della capitale e sta lanciando, dopo il recente parere positivo dell'Agcom, la propria offerta 100 Mega.

Ma anche altre città hanno preso iniziative autonome, soprattutto grazie all'attivismo di alcune municipalizzate dell'energia, acqua o gas, che hanno visto nella posa delle fibra spenta un'opportunità per allargare il proprio business, trasformandosi in *multiutility* che posano le infrastrutture e talvolta gestiscono tutti i servizi a rete di un territorio.

Il caso più interessante è quello di Aemcom, *multiutility* del Comune di Cremona, che ha assicurato sia la realizzazione dell'infrastruttura sia la gestione delle rete in fibra della città lombarda. Ha collegato con fibra fino agli utenti (Ftth) 3200 edifici (il 50% del totale cittadino) tra residenziali e business, ed ha attualmente 5000 utenti connessi. L'infrastruttura, che ha anche una parte di palificazione per reti *wireless*, è stata realizzata senza alcun finanziamento pubblico riutilizzando i cavidotti esistenti, prevalentemente quelli del teleriscaldamento. L'offerta di servizi commerciali sulla rete, che è gestita da Aemcom, è aperta a qualsiasi operatore, in competizione con Aemcom. Inoltre Aemcom si è detta disponibile a concordare con altri operatori di tlc l'apertura della sua infrastruttura, mentre si augura che altri operatori possano infrastrutturare le parti del territorio che essa non ha finora coperto.

Questo modello, che vede una *multiutility* riutilizzare le sue infrastrutture di base per posare fibra potrebbe essere di grande interesse anche per altre aree urbane, poiché supera la difficoltà di mettere in sinergia tutti i possessori di cavidotti, spesso numerosi e non sempre disposti a collaborare. Per questa ragione il modello è stato ritenuto interessante anche dal Comitato NGN dell'Agcom, incaricato di emanare le linee guida per la futura NGN.

Diverse altre città si sono mosse, promuovendo iniziative per l'infrastrutturazione del loro territorio urbano, ma allo stato attuale solo alcuni progetti di coperture *wi-fi* pubbliche (Venezia soprattutto, ma anche Verona e numerose altre città) stanno procedendo, anche se non esiste un quadro dell'effettivo stato di avanzamento dei progetti.

1.3. Il Progetto banda larga nelle aree rurali della Toscana

La Regione Toscana con la legge n. 1 del 2004 assume in proprio la finalità di «promuovere lo sviluppo della società dell'informazione e della conoscenza in ambito regionale» e conseguentemente «opera per rimuovere e prevenire gli ostacoli che di fatto impediscono la piena parità di accesso alle informazioni e alle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, tenendo conto in particolare delle situazioni di disabilità, disagio economico e sociale e diversità culturale e della comunicazione, per lo sviluppo di servizi di qualità, attraverso procedure di accreditamento nonché di qualificazione e organizzazione della domanda».

I principi enunciati dalla legge richiamata rappresentano i presupposti a cui riferire il modello scelto dalla Regione per le politiche di sviluppo e sostegno alla creazione di reti a banda larga di primo livello in quelle parti del proprio territorio incapaci, per motivazioni diverse, di attrarre investimenti privati tali da rispondere alle esigenze della potenziale domanda di cittadini ed imprese.

Conseguentemente il Programma di governo della Regione Toscana 2005-2010, poneva la società dell'informazione quale priorità per lo sviluppo dei territori, mentre nel Documento di programmazione economica e finanziaria della Regione per l'anno 2006 venivano individuate specifiche azioni per diffondere la banda larga nelle aree all'epoca non raggiunte da tale servizio.

Tra le iniziative più corpose, anche per la complessità dell'intervento che ne è derivato, è sicuramente quella ascrivibile al progetto «Banda larga nelle aree rurali della Toscana» iniziato nel 2007 ed ultimato all'inizio del 2011. Tale progetto ha rappresentato un modello unico nel panorama

nazionale, in quanto ogni Regione nel corso degli ultimi anni, pur in presenza di linee guida atte a definire lo schema di un modello paese a cui tendere, ha interpretato diversamente le necessità di banda larga nei propri territori, con conseguenti differenti interventi in materia di riduzione del divario digitale. La decisione n. 4 del 9 gennaio 2006 con la quale la Regione Toscana ha approvato il progetto detta i criteri e le modalità attraverso le quali le aree marginali della Toscana sono state e saranno raggiunte dalla banda larga. Seguendo le esperienze già maturate da altre regioni europee e già approvate dalla Commissione europea, la Regione Toscana ha fatto riferimento al cosiddetto «modello scozzese», in quanto compatibile con le disposizioni del Trattato della Ue ed efficace per raggiungere gli obiettivi definiti dal Piano sulla società dell'informazione «e-Europe 2010».

In termini di consistenza il fenomeno dell'esclusione dai servizi sviluppati nel campo dell'*e-government*, dell'*e-learning*, dell'*e-health*, dell'*e-commerce* alla data di stesura del progetto avrebbe riguardato nell'arco temporale previsto dal progetto stesso 30.000 imprese e ben 400.000 abitanti, distribuiti in circa 110 dei 289 Comuni toscani, 100 dei quali con una popolazione sotto i 5000 abitanti, soglia stimata come minima affinché un operatore di telecomunicazioni potesse valutare la possibilità di investire nell'area. Con la citata decisione del 2006 si sono anticipati inoltre i contenuti della Comunicazione della Commissione europea del 20 marzo 2006 n. 129 («*Bridging the Broadband Gap*»), della quale la Regione, nel suo percorso attuativo, ha poi osservato le indicazioni per effettuare una corretta analisi circa la localizzazione degli interventi e le caratteristiche dei territori individuati, con l'obiettivo di tutelare lo sviluppo del mercato prevenendo la distorsione degli investimenti degli operatori privati.

Dal lato della domanda di connettività da parte dei cittadini e delle imprese sono state condotte azioni in collaborazione con Comuni, Comunità montane e Province, atte a favorirne l'aggregazione. Si è cercato così di sostenere le condizioni di mercato idonee al formarsi di una spontanea offerta di servizi digitali in grado di rispondere primariamente a bisogni locali specifici, ma capace, in virtù di una continua rimodulazione

dell'offerta, di accrescere sia il numero delle connessioni sia la qualità, le competenze e gli usi da parte della domanda, anche al fine di massimizzare l'utilità del finanziamento pubblico effettuato.

La procedura attivata e le relative linee guida regionali

L'intervento della Regione ha comportato l'assunzione di una procedura di evidenza pubblica, attraverso la quale selezionare uno o più operatori di telecomunicazioni interessati ad investire sul territorio per dare servizi di connettività ad imprese e cittadini, sostenendone l'azione tramite incentivi, ove fosse confermato per ciascun intervento un saldo negativo tra ricavi e costi stimati. Si è ritenuto infatti che tale misura si configurasse come un aiuto di Stato compatibile (ai sensi dell'art. 87, paragrafo 3, lettera C del Trattato CE) in quanto agevola lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, e non altera le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse. In funzione di ciò la Regione ha avanzato richiesta di parere alla Commissione europea che si è espressa in merito alla realizzazione del progetto «Banda larga nelle aree rurali della Toscana» con propria decisione esprimendo parere positivo (Aiuto di Stato n. 264/2006). Le linee guida approvate dalla Giunta regionale per l'avviso della gara per «Diffusione dei servizi in banda larga nelle aree del territorio regionale toscano che non sono raggiunte dal servizio di connettività a causa del fallimento del mercato» vengono succintamente richiamate ai fini della migliore comprensione del modello oggetto di valutazione.

In termini finanziari oltre ai fondi strutturali, considerati risorse statali, una parte significativa dell'aiuto è stata erogata dalla Regione e dalle dieci Province toscane e complessivamente i fondi pubblici erogabili, ascritti all'intero periodo progettuale, assommano complessivamente a 20 milioni di euro con l'intensità massima dell'aiuto pari all'80% del costo totale. I beneficiari dell'intervento sono gli operatori selezionati a mezzo di gara, mentre i beneficiari indiretti saranno i fornitori terzi di servizi e gli utenti finali delle zone assistite. Le aree interessate sono state individuate con apposite indagini e previo confronto con vari operatori di

telecomunicazioni (Telecom Italia, Fastweb, Eutelia, Infracom, Consiagnet, Multilink e Planet and Momax). Dallo studio delle tecnologie utilizzate per coprire le aree marginali, dei bilanci delle aziende e dei loro piani economici e commerciali, oltre che dallo studio di redditività dell'investimento in un periodo di 3-5 anni, è scaturita una mappatura del territorio che può essere riassunta in tre tipologie di aree: aree in cui l'equilibrio tra costi e ricavi è possibile, ma su un arco temporale ritenuto eccessivo dall'operatore; aree per le quali i ricavi attesi non sono in grado di coprire la manutenzione dell'infrastruttura; aree in cui i ricavi attesi non coprono la manutenzione dell'infrastruttura né il prestito annuo connesso al costo dell'infrastruttura stessa. L'operatore selezionato per fornire l'accesso a banda larga alle aree interessate, ha potuto, se già ne disponeva, avvalersi di proprie infrastrutture, oppure acquistarle o affittarle da altri o costruirne di nuove scegliendo la soluzione che più gli è apparsa efficiente, ferme restando le condizioni di resa richieste. La velocità di connessione minima richiesta è stata di 640 kbit/k in *download* e di 128kbit/k in *upload*. Tutti gli operatori di tlc avranno accesso *wholesale* all'infrastruttura sovvenzionata a condizioni non discriminatorie, e gli operatori selezionati in termini di gara sono obbligati a permettere l'accesso *wholesale* agli altri operatori a condizioni non discriminatorie. Questi ultimi possono riproporre tali condizioni nelle loro offerte *retail*, mentre gli operatori aggiudicatari della fornitura dovranno fornire i propri servizi *retail* agli utenti finali a prezzi comparabili al prezzo medio esistente nelle aree dove il servizio è presente. Nel caso di utenza residenziale, oltre al prezzo stabilito, il servizio offerto deve anche assicurare almeno una casella di posta elettronica di 500Mb, mentre per l'utenza d'affari l'offerta di connettività deve prevedere, al costo indicato nel bando di gara, tre caselle di posta elettronica di 2Gb. Il costo mensile omnicomprensivo della connettività offerta alle diverse categorie di utenti deve corrispondere ai costi medi regionali per contratti simili, a titolo oneroso. Il costo medio regionale è stato stabilito in 20 euro mensili per contratti di tipo *flat*, per l'utenza residenziale, e 30 euro mensili per le utenze che rispondano ai requisiti business minimi con un costo di attivazione e installazione degli apparati non superiore ai 50 euro. Nel caso

di servizi *wireless* offerti da parte degli operatori aggiudicatari, questi sono tenuti a stringere tra loro accordi di *roaming*, affinché l'utente possa accedere ai servizi offerti dal proprio *wisp*, accedendo ad una rete di un altro operatore.

Per l'intera durata dell'intervento viene applicato un sistema di controlli su costi, ricavi e servizi offerti e qualora si verificchino ricavi superiori a quelli attesi e sia stato raggiunto il limite sul «giusto profitto», l'operatore aggiudicatario è tenuto alla restituzione delle somme. Tuttavia se tale limite è stato superato almeno 6 mesi prima della fine dell'intervento, la Regione Toscana si riserva di richiedere all'Operatore di rivolgere tali risorse all'estensione del servizio di banda larga nei Comuni, tra quelli indicati, che non siano stati coperti per intero dall'intervento realizzato, oppure alla copertura dei Comuni non coperti indicati dall'operatore, o ancora all'aggiornamento tecnologico delle aree già raggiunte da banda larga. Gli aggiudicatari dovranno tenere un sistema contabile trasparente degli investimenti e, qualora non sia messo in atto il meccanismo di recupero in caso vi fossero ricavi superiori o i costi inferiori a quanto inizialmente previsto nel piano economico commerciale degli offerenti, è previsto che l'importo dell'aiuto sia ridotto in misura proporzionale agli introiti eccedenti gli importi stimati.

Appare evidente che le linee guida regionali assolvono ai principi base fissati dalla Comunità europea avendo esse recepito completamente il principio della neutralità rispetto alla tecnologia, ai soggetti attuatori e ai soggetti beneficiari nonché quello dell'equilibrio di mercato, e avendo inoltre osservato i criteri della longevità dei risultati e del non rafforzamento o creazione di posizioni dominanti.

Gli operatori che hanno partecipato alla gara sono sette e quattro quelli che si sono aggiudicati la fornitura dei lotti provinciali e precisamente: Telecom Italia (Siena, Grosseto e Prato), Nettare (Livorno e Pisa), Eutelia (Arezzo, Massa Carrara e Pistoia), Publicom (Comuni del Circondario della Valdelsa). Ciascun lotto contiene i territori oggetto di aiuto, con la precisazione che l'elenco non è esaustivo e quindi può essere integrato. Gli operatori risultati vincitori dell'avviso di gara hanno proposto due tipologie

di collegamento: Adsl classica su linea telefonica (Telecom Italia) e senza filo (tutti gli altri operatori).

Risultati raggiunti al termine del periodo contrattuale

Dai dati messi a disposizione dalla Regione risulta che alla data del 31 marzo 2011 la percentuale di progetto realizzata, escluse le province di Pisa e Livorno, è pari al 95%. Rispetto ai singoli territori provinciali i Comuni interessati dall'intervento, come si evince dalla tabella di seguito riportata, sono stati tutti connessi al 100% esclusi quelli della Provincia di Pistoia che rimangono ancora da connettere per una minima percentuale pari al 5%. La stima della popolazione coperta dal progetto è pari a circa 270.000 unità, corrispondendo quindi complessivamente alla consistenza prevista nel bando di gara. Le percentuali di utenze attivate rispetto alla popolazione coperta dal progetto variano dall'11,25 della provincia di Siena al 1,2 del Circondario Empolese in provincia di Firenze.

Va notato in Tabella che le percentuali di utenze attivate nei diversi territori non sono precisamente confrontabili, poiché le date di attivazione delle infrastrutture e quindi dei relativi servizi erano, in base ai bandi, diverse a seconda del territorio. Valutazioni corrette sull'impatto che il progetto ha prodotto in termini di incremento della domanda e dell'offerta di servizi digitali, potranno essere effettuate solo alla fine di un arco temporale di medio periodo ed a seguito di un monitoraggio dei comportamenti e del livello di soddisfazione degli attori interessati (cittadini, P.A., imprese ed operatori tlc) che permetta di adeguare gli eventuali ulteriori interventi pubblici partendo da livelli d'uso consolidati e tali da far ritenere risolto il divario digitale di primo livello.

Stato del progetto alla data di chiusura prevista dal bando di gara

Provincia	Comuni interessati	Comuni attivati	% di completamento	Popolazione coperta	% utenze attivate	Operatore
Arezzo	39	39	98	65.000	1,9	Eutelia
Firenze*	6	6	90	8.000	1,2	Connoi
Grosseto	16	16	100	30.000	8,3	Telecom Italia
Lucca	33	33	100	60.000	2,8	Eutelia
Massa Carrara	16	16	100	15.000	5,3	Eutelia
Pistoia	13	13	95	8.000	5,0	Eutelia
Prato	6	6	100	10.000	8,0	Telecom Italia
Siena	17	17	100	40.000	11,25	

**La Provincia di Firenze è stata interessata dal progetto solo nelle aree rurali del Circondario Empolese*

Le province di Livorno e Pisa, a causa delle vicissitudini dell'azienda vincitrice del lotto che a seguito di fallimento non ha portato a compimento gli interventi previsti, ed essendo il progetto di banda larga nelle aree rurali terminato, saranno oggetto dell'intervento di «Banda ultra larga» che la Regione sta mettendo a punto con Infratel.

Complessivamente il risultato raggiunto dal progetto di riduzione del *digital divide* nelle aree rurali della Toscana può considerarsi soddisfacente anche in presenza, al momento, di un'utenza attivata mediamente bassa in tutte le aree. La realizzazione di infrastrutture in grado di assolvere ai bisogni di banda minima in territori morfologicamente molto disagiati e con popolazioni anziane, in cui gli operatori non avrebbero sicuramente effettuato investimenti, ha rimosso comunque gli ostacoli all'uso di servizi digitali. Essa ha altresì messo in condizione quei territori di esercitare tutte le politiche di sostegno all'esercizio di diritti di cittadinanza digitale e di competitività che, solo per il fatto di poter essere esercitati, permettono analisi più corrette del mercato potenziale e del suo sviluppo nel medio periodo.

2. Le politiche nazionali

2.1. Le iniziative del Governo tra il 2007 e il 2011

La regia centrale degli interventi sulle reti a banda larga è stata sempre necessariamente molto leggera, per la concorrenza tra competenza statale e regionale sulla materia, e si può dividere in tre fasi:

- il passato (2007-2009): le linee guida, il rapporto Caio, il piano Romani del 2009;
- il presente (2009-2013): il Piano Italia digitale contro il *digital divide*;
- il futuro (2011-2020): la NGN e il Mou con gli operatori.

In tutte e tre le fasi si sono intrecciati interventi di programmazione, più o meno ambiziosi, e di coordinamento, più o meno riusciti, ma tutti si sono caratterizzati per una singolare mancanza di previsione di incentivi finanziari.

Nella prima fase gli interventi più significativi sono stati:

- le Linee guida emanate dal Ministero delle comunicazioni a fine 2007;
- il piano Caio;
- il piano Romani del 2009.

Le Linee guida, emanate a fine 2007 dal Ministero delle comunicazioni (in particolare dal suo Comitato Banda larga istituito nel 2006) intendevano fornire alle Regioni una metodologia di intervento che rendesse confrontabili le politiche e compatibili i loro autonomi interventi. Esse si articolavano seguendo le varie fasi che una Regione, operando razionalmente, avrebbe dovuto affrontare: individuazione e misurazione del *digital divide*, definizione di obiettivi territorialmente specificati, individuazione degli interventi, anche attraverso il confronto con gli operatori, monitoraggio delle attività e dei risultati.

Le Linee guida, non vincolanti, sono state approvate dalla Conferenza Unificata, e le Regioni che le hanno adottate hanno siglato accordi, anche di tipo finanziario, con il Ministero delle comunicazioni.

Successivamente, a seguito dell'affidamento al consulente Francesco Caio della stesura di un Piano nazionale per la banda larga⁶¹, il Vice Ministro per le comunicazioni Paolo Romani ha annunciato in Parlamento, nel maggio del 2009, l'avvio di un'iniziativa governativa (c.d. piano Romani), in larga parte basata sulle ipotesi contenute nel Rapporto Caio, anche se non esiste un documento di piano vero e proprio.

Il piano aveva l'obiettivo di dotare tutta la popolazione di una connessione tra i 2 e i 20 Mbps entro il 2013: più esattamente, il 95,6% della popolazione avrebbe dovuto essere raggiunta da una offerta fino a 20Mbps, mentre nelle aree meno densamente abitate la restante popolazione sarebbe stata coperta con tecnologie *wireless* con velocità fino a 2 Mbps.

L'investimento previsto era di 1.471 milioni di euro in 4 anni (2009-2012), di cui 800 di fondi Cipe, 219 erogati dagli operatori ed il restante proveniente da fondi comunitari, da fondi regionali e da residui della dotazione di Infratel⁶².

Il piano stimava che tali attività avrebbero potuto coinvolgere fino a 50.000 occupati in 4 anni.

E' evidente come la parte più consistente del piano dipendesse dagli 800 mln euro di fondi Cipe, il cui stanziamento ha continuato a slittare di anno in anno ed è di fatto sparito dall'agenda di Governo, fatto che ha alimentato polemiche politiche e giornalistiche spesso anche accese. A febbraio 2011 è stata annunciata la messa a disposizione di 100 milioni, degli 800 previsti,

⁶¹ Il Rapporto Caio è stato consegnato al Vice Ministro nel marzo 2009 e reso noto dal Governo nel giugno dello stesso anno. Largamente diffuso e commentato, il Rapporto fissava tre possibili obiettivi strategici, in ordine crescente di fattibilità: Opzione 1: Leadership europea (copertura di 100 città), Opzione 2: Per non arretrare in Europa (copertura di 40-50 città), Opzione 3: Flessibilità sul territorio (copertura 10/15 città). Le risorse necessarie alle tre opzioni venivano indicate rispettivamente in 10 mld € in 5 anni, in 5,4 mld nei primi 4 anni, mentre per la terza opzione l'investimento non veniva quantificato, ma stimato significativamente inferiore alle cifre delle prime due opzioni.

⁶² Infratel è una società a capitale pubblico alla quale era stata affidata, in anni passati, l'infrastrutturazione del Mezzogiorno, successivamente estesa a tutto il Paese.

a valere sui fondi Fas, per colmare il *digital divide*, e a marzo si è avuta una ulteriore riduzione di tale ipotesi di stanziamento, così da portare la previsione a soli 70 milioni.

Il Ministero per lo sviluppo economico ha comunque avviato l'implementazione del piano, basandosi sui residui dei fondi Infratel, sui fondi per le aree rurali e sui fondi regionali. Proseguendo un modello avviato dal precedente Governo, ha stipulato Accordi di programma con quasi tutte le Regioni che hanno quindi veicolato nel progetto i propri finanziamenti. In particolare, fino al 2010 erano stati investiti 395 milioni di euro per azzerare il *digital divide* di prima e seconda generazione, finanziamenti in gran parte derivanti dall'utilizzo da parte delle regioni dei fondi Feasr e Fesr.

Il Ministero stima quindi che degli 8 milioni di persone escluse dalla banda larga nel 2008 ne siano rimaste oggi, grazie a questi interventi, circa 5 milioni e che sia possibile azzerare questo divide entro il 2013.

E' stato stipulato anche un Protocollo d'intesa con l'Unione delle Province d'Italia (Upi), nonché una intesa con l'Anci mirante a coordinare tutti i soggetti che hanno posato o poseranno reti per realizzare un catasto delle infrastrutture.

Presentato dal Ministro Romani a fine 2010, come contributo italiano all'Agenda digitale europea, il «piano Italia Digitale» è lo strumento scelto dal Governo per coordinare una serie di azioni, pubbliche e private, finalizzate a sviluppare tutti gli aspetti della digitalizzazione del paese: sviluppo delle infrastrutture, dei servizi, dei contenuti e della domanda.

Per quanto riguarda le reti e le infrastrutture, il piano poggia su due pilastri: il «piano Banda larga» per azzerare il *digital divide* (eredità del vecchio Piano Romani) e il «piano per le Reti di Nuova Generazione», le cosiddette NGNs. Gli obiettivi sono naturalmente quelli di contribuire a migliorare l'efficienza della P.A., ad aumentare la competitività del tessuto produttivo italiano, e non ultimo, contribuire ad aumentare l'occupazione⁶³.

⁶³ Su questo punto il Piano prevede che il solo progetto di rete di nuova generazione possa dar vita a 10.000 occupati nel 2011, 15.000 nel 2012, 17.000 nel 2013, 19.000 nel 2014 fino ad un massimo di 26.000 nel 2016.

Il Governo intende, nelle intenzioni del Piano, giocare il ruolo di attuatore della politica industriale sulle infrastrutture strategiche e di coordinatore dei diversi interventi anche privati, nonché di interlocutore degli enti locali. Non intende però, né aveva l'autorità per farlo, imporre alle singole Regioni specifiche modalità di intervento in relazione al superamento del *digital divide*, ma spingere le Regioni a condividere e ad adottare uno stesso modello, attraverso lo strumento del co-finanziamento e della messa a disposizione di un veicolo societario nazionale (Infratel) per l'implementazione degli interventi. Ciò, insieme al consolidamento delle esperienze, ha contribuito alla convergenza dei modelli adottati dalle Regioni, verso un *mix* di infrastrutturazione in fibra per il *backhaul* e modello scozzese per l'accesso. È però indiscutibile che, se nel tempo vi è stata una graduale riduzione del *digital divide*, ciò è dovuto più all'iniziativa degli operatori e delle Regioni, mentre il ruolo del Governo ha sofferto della mancata assegnazione dei fondi Fas, che ha impedito fino ad ora una completa realizzazione del piano.

2.2. Il Memorandum Of Understanding e le Linee guida dell'Agcom: aspetti concorrenziali

Il secondo pilastro del «piano Italia Digitale», costituito come si è detto dalle iniziative sulla futura rete NGN, ha come strumento, finora, solo un *Memorandum of Understanding* firmato dal Ministro Romani nel novembre 2010 con alcuni dei principali operatori del settore⁶⁴.

Il Mou ha come obiettivo quello di regolare una *partnership* pubblico-privata finalizzata alla realizzazione di una rete di nuova generazione in fibra ottica che porti, entro il 2020, il 50% della popolazione ad avere un collegamento superiore ai 100 Mbps.

La definizione del piano esecutivo è affidata ad un Comitato, presieduto da un esponente del Ministero, e con la presenza di un rappresentante per ogni

⁶⁴Gli operatori che hanno finora aderito al Mou sono Telecom Italia, Vodafone, Fastweb, Wind, BT, H3G, Tiscali e Fos.

firmatario, che dovrebbe, entro tre mesi dalla firma, predisporre tale piano. Tuttavia alcuni elementi sono già definiti dal Mou.

In particolare verrà creata una società veicolo nazionale (*newco*), alla quale parteciperanno gli operatori firmatari, più il Governo ed eventualmente altre istituzioni, locali e non, nonché soci privati come aziende o fondi di investimento. I soci, pubblici e privati, contribuiranno con partecipazioni al capitale o con prestiti. Di particolare importanza è la recente acquisizione della disponibilità della Cassa depositi e prestiti⁶⁵ a contribuire con quote di capitale, a fronte di precise condizioni che verranno specificate più oltre (cfr. par. 3.3.1). La *newco* nazionale potrà articolarsi in società di scopo regionali delle quali essa deterrà la maggioranza.

Il finanziamento iniziale previsto era di 8 miliardi di euro in 10 anni per le infrastrutture, più 2 miliardi per l'elettronica e il *software*, mentre la disponibilità della Cdp potrebbe arrivare a 20 miliardi, avvicinandosi così alla più diffusa stima sul costo complessivo del cablaggio del Paese, stima che vale circa 22 miliardi.

La *newco* progetterà, realizzerà, acquisirà e gestirà l'infrastruttura, affittandola agli operatori che vorranno su di essa realizzare le nuove reti. La remunerazione del capitale investito verrà dai ricavi per l'affitto della infrastruttura agli operatori.

L'infrastruttura da realizzare sarà di tipo passivo, cioè costituita da cavidotti, fibre spente, collegamenti verticali ed altre parti «passive» di rete, secondo il principio di neutralità e apertura agli operatori affittuari.

In accordo con la regolamentazione europea relativa agli aiuti di Stato, l'infrastruttura sarà realizzata prevalentemente in aree dove gli operatori non investirebbero autonomamente, e dovrebbe coprire circa 13 milioni di unità immobiliari (il 50% del totale) ed oltre 3 milioni di palazzi.

Nelle aree dove invece gli operatori investirebbero autonomamente, l'infrastruttura comune avrà un carattere complementare e sussidiario, riguardando sia le parti necessariamente comuni, come le terminazioni di edificio o i collegamenti verticali nei palazzi, sia porzioni di area lasciate

⁶⁵La Cassa depositi e prestiti, pur essendo partecipata al 70% dal Ministero del tesoro, è considerata di natura privata in quanto gestisce il risparmio postale degli italiani.

scoperte dagli operatori. Il principio ispiratore è dunque quello di non duplicare infrastrutture o parti di esse.

Il modello di infrastruttura scelto, al momento, è quello di tipo Multi-Gpon (*Gigabit Passive Optical Network*), più un 20% di collegamenti punto-a-punto (*Point to Point-P2P*).

In vista di una gestione intelligente del sottosuolo verranno siglati dei Mou con i Comuni per ottimizzare scavi esistenti o previsti, realizzando nel tempo un catasto delle infrastrutture di tutti i tipi (elettriche, idriche, fognarie, ecc.).

Nel Mou vi sono almeno due aspetti che possono incidere sulla concorrenza tra i diversi operatori e che pertanto è utile analizzare:

- il modello di rete prescelto;
- la zonizzazione del territorio prevista per realizzare l'infrastruttura.

2.2.1. *Il principale nodo concorrenziale: il modello di rete*

In presenza di una rete realizzata da un operatore (e in particolare dall'*incumbent*) la soluzione ottimale per gli operatori alternativi (Olo) è quella che prevede l'*unbundling* (UII)⁶⁶ a partire dalla centrale dell'operatore proprietario dell'infrastruttura. In questo modo l'Olo può portare il suo tratto di fibra fino a casa dell'utente che vuole collegare con la propria rete, ed ha la massima autonomia nel configurare il tipo e il livello di servizio che vuole offrire ai suoi clienti. L'architettura di rete che si presta a questa soluzione è quella P2P, in cui gli elementi attivi della trasmissione del segnale sono collocati nella centrale e non in un punto intermedio della tratta centrale-utente. Viceversa, il modello Gpon, scelto nel Mou anche perché considerato meno costoso, non consente agli Olo l'*unbundling* di centrale, (cioè la sostituzione della propria fibra a quella dell'operatore di centrale) ma solo il *bitstream*, (servizio di

⁶⁶L'UII è la modalità con la quale un operatore può prendere in affitto dal gestore della rete la tratta dell'ultimo miglio, entrando così con la propria linea dentro la casa dell'utente e gestendolo autonomamente. In Italia, data la scarsità di reti alternative a quella di Telecom Italia, l'UII è la più diffusa modalità di concorrenza tra operatori.

interconnessione all'ingrosso, su tratto di fibra del proprietario dell'infrastruttura) quindi una soluzione meno autonoma per l'Olo⁶⁷.

Le Linee Guida dell'Agcom, varate nel gennaio 2011 e frutto di un serrato confronto con gli operatori, indicano alcune regole di massima per l'accesso alle reti NGN, ma non impongono alcun modello di rete e si limitano a dire che va assicurata la sua neutralità e quindi l'accesso a tutti gli operatori che ne facciano richiesta. Impongono però alcuni paletti a Telecom Italia, paletti⁶⁸ diversi a seconda del grado di competizione effettivamente esistente in un territorio. Innanzitutto essa non sarà obbligata ad offrire simultaneamente i due servizi; sarà però obbligata, a partire dal 2013, ad offrire l'affitto dell'ultimo miglio (*unbundling*) della rete in fibra agli altri operatori solo nelle aree dove non esista alternativa alla rete dell'operatore dominante. L'offerta obbligatoria di *unbundling* in tutte le aree è stata considerata dall'Agcom eccessivamente onerosa per l'azienda, e sostanzialmente non necessaria in presenza di una competizione tra reti. Inoltre, sempre nelle aree dove non vi è una rete alternativa a quella dell'operatore dominante esso dovrà offrire il servizio di *bitstream* a prezzi di costo, mentre nelle aree dove esistono più reti alternative, i rispettivi operatori saranno obbligati ad offrire il servizio a prezzi «equi e ragionevoli». L'Agcom, quindi, considera essenziale, per l'apertura della rete ai concorrenti, il livello di concorrenza già presente su una determinata area, da valutare *ex post*, e quindi senza che sia necessario fare lunghe e complicate analisi di mercato per stabilire la dominanza di un

⁶⁷ Nel modello P2P ogni fibra che collega la centrale all'utente è attestata in centrale, mentre nel modello Gpon dalla centrale parte la fibra dell'operatore che gestisce la centrale, e le singole fibre di utente, eventualmente anche degli Olo, si diramano più a valle. Le migliaia di fibre attestate in centrale del modello P2P possono creare problemi di spazio in centrale e di manutenzione, quando ad esempio un cavo sotterraneo contenente migliaia di fibre, venga casualmente tranciato. Nel modello Gpon però, il traffico dalla centrale al nodo nel quale le diverse fibre degli Olo si ramificano è gestito dall'operatore di centrale, situazione che limita l'autonomia degli Olo.

⁶⁸ Si tratta dei cosiddetti *remedies* che secondo la normativa europea vanno imposti ad un operatore dominante per limitare la sua forza di mercato

operatore⁶⁹. La filosofia dell'Agcom è dunque quella di considerare il paese come un unico mercato, e di «tarare» i rimedi, cioè gli obblighi imposti all'operatore dominante, in base alla effettiva competizione presente sul territorio.

Ma è soprattutto la scelta del modello Gpon a preoccupare gli altri operatori. Non a caso questo aspetto ha costituito, insieme alla zonizzazione *ex ante* proposta e alle regole per lo *switch-off* dal rame alla fibra, il motivo delle tensioni manifestatesi all'interno del Comitato NGN istituito dall'Agcom nel 2010 con la partecipazione di tutti gli operatori. Le Linee guida emanate dall'Agcom sembrano aver appianato le resistenze degli Olo, e costituiscono quindi la base, da tutti accettata, per la competizione tra operatori nello sviluppo della future NGNs.

2.3. L'art. 30 del decreto di legge 6 luglio 2011, n. 98 «Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria»

Il Consiglio dei Ministri ha approvato, il 30 Giugno 2011, il disegno di legge suddetto, nel quale, all'art.30 ("Finanziamento della banda larga") si stabilisce che il Ministero per lo Sviluppo Economico predispone un progetto strategico finalizzato alla realizzazione di infrastrutture passive, aperte e neutre, per lo sviluppo delle reti elettroniche a banda larga e ultralarga. In questa missione il MISE osserverà il principio di sussidiarietà orizzontale (cioè non si sovrapporrà ad iniziative di altri soggetti) e di partenariato pubblico-privato, essendo in ciò affiancato dalle imprese del settore e dagli enti titolari delle reti suddette.

Tre sono i punti salienti di tale articolo:

a) il fatto di definire le infrastrutture realizzate come un servizio di interesse economico generale, il che comporta l'obbligatorietà di una gara europea per l'affidamento della loro realizzazione;

⁶⁹ Il Comitato NGN aveva invece suggerito all'Autorità di suddividere a priori il territorio in aree ad alta, media e bassa profittabilità, considerando parametri come la demografia.

- b) l'indicazione all' AGCOM di definire un sistema tariffario che incentivi gli investimenti e assicuri comunque una adeguata remunerazione dei capitali investiti;
- c) la possibilità di finanziare l'intervento prioritariamente con le risorse derivanti dai Fondi strutturali europei 2007/2013;

Nel testo attuale del Disegno di legge non compare invece una ipotesi che pure era stata presa in considerazione, quella cioè di definire l'accesso alla banda larga come servizio universale. La ragione di tale esclusione è dovuta, da un lato, al fatto che la Commissione europea ha escluso per adesso questo obbligo, ma naturalmente lo ha lasciato ai singoli paesi come possibilità. Dall'altro ha pesato il timore che la definizione dell'accesso come servizio universale comportasse automaticamente la sua messa a carico della fiscalità generale. Timore infondato, poiché il costo può essere sostenuto o da tutti gli utenti (come nel caso dell'energia elettrica) o dagli operatori del settore (come nel caso della telefonia) o da altre forme miste. In ogni caso va apprezzato il ruolo che, forse per la prima volta, viene riconosciuto alle reti a banda larga come importante strumento per lo sviluppo del paese.

Sarebbe augurabile che, in sede di approvazione, questo ruolo venisse riconosciuto all' intero comparto dell'ICT, prevedendo, ad esempio, che ogni anno il Governo affianchi la manovra finanziaria con una precisa Agenda Digitale, che tenda a colmare il divario esistente tra i nostri indicatori e quelli di altri paesi in termini di infrastrutture e servizi dell'economia digitale .

3. Le iniziative territoriali per le NGN

3.1. I primi progetti e i nodi emersi

La strategia di un ente territoriale (Regione, Provincia o area metropolitana) che voglia realizzare un'infrastruttura impegnativa come la NGN richiede la definizione preliminare di alcuni elementi:

- il reperimento delle risorse;
- l'individuazione di un modello societario per la realizzazione e dei relativi *partner*;
- la soluzione tecnologica da adottare.

Una volta realizzata l'infrastruttura, occorre ancora sciogliere alcuni nodi importanti:

- la modalità di passaggio dalla realizzazione alla gestione e l'individuazione del soggetto al quale affidare la gestione;
- il prezzo della eventuale opzione (call) da offrire ad un operatore che abbia partecipato all'investimento e decida di rilevare la infrastruttura per gestirla;
- il prezzo di affitto della infrastruttura agli operatori di tlc;
- gli incentivi (o indennizzi) da dare ad essi per ottenere la migrazione della loro clientela dalla precedente alla nuova rete (*switch-off*).

Rispetto a queste grandi questioni, ancora aperte e tra di loro ovviamente intrecciate, non vi sono modelli univoci, ma alcune prime individuazioni di soluzioni che dovranno essere verificate e valutate man mano che procedono.

La difficoltà di individuare soluzioni adatte ad ogni contesto è testimoniata dalla cautela con la quale i territori, e segnatamente le Regioni, si muovono e dalla differenza già visibile tra le loro strategie. A tutt'oggi (metà del 2011) le due sole iniziative consistenti riguardano la Regione Lombardia e la Provincia autonoma di Trento, di cui la prima ancora allo stato di progetto, mentre la seconda già avviata.

E' quindi utile analizzarle per il loro carattere anticipatorio, sapendo che allo stato attuale si tratta di programmi abbastanza definiti, la cui attuazione è soggetta, però, a verifiche successive.

Regione Lombardia

Il piano annunciato a fine 2010 dalla Regione Lombardia prevede la costituzione, per iniziativa della stessa, di una società veicolo (*newco*) alla quale possono aderire soggetti pubblici e privati apportandovi capitali. Si

tratta quindi di un *project financing* di iniziativa pubblica. I primi soci ipotizzati erano la Regione stessa, il Ministero dello sviluppo economico, la Cassa depositi e prestiti e alcune fondazioni bancarie. Compito della *newco* è il finanziamento e la realizzazione di una infrastruttura «passiva» costituita cioè da cavidotti, dalla posa della fibra ottica, dalla realizzazione di eventuali tratte in tecnologia *wireless*.

L'architettura di rete per scelta è ibrida, cioè parte di tipo Gpon e parte, su richiesta degli Olo, di tipo P2P, con ricorso anche a tecnologie *wireless* nelle aree meno densamente popolate

L'obiettivo è quello di cablare in modalità Ftth 167 Comuni, per complessivi 4,2 milioni di abitanti (il 50% del totale) e 350. 000 imprese, nell'arco di 6-7 anni.

L'investimento previsto è di 1,3 milioni di euro, e mira alla realizzazione di una infrastruttura passiva e neutra sulla quale gli operatori potranno realizzare le loro reti.

A circa sei mesi dal lancio del progetto, però, scarsa risulta l'adesione degli operatori privati, e in particolare di Telecom Italia, alla iniziativa, che quindi segna il passo. Pesano, in questo atteggiamento, probabilmente le incertezze regolamentari e i dubbi sui tempi di rientro dell'investimento, nonché una competizione tra Telecom Italia e gli Olo, il cui oggetto è il regime regolamentare al quale sottoporre l'operatore che maggiormente investirà sulla NGN (e che nella maggioranza dei casi si suppone sia Telecom Italia), l'aspettativa di quest'ultima di subentrare alla *newco* nella gestione a fronte della disponibilità allo *switch-off*, l'indennizzo da corrispondere per quest'ultima operazione, ed altri aspetti di questo genere.

Di fronte a queste difficoltà è stato elaborato un piano alternativo che mira a rendere più facile la partecipazione degli investitori privati, attraverso lo «spezzatino» del territorio regionale in più sottoaree (*cluster*), cominciando dal *cluster* che contiene i capoluoghi di provincia e le aree più densamente popolate ed economicamente sviluppate, e quindi più facilmente redditizie. La società veicolo che dovrebbe infrastrutturare i *cluster* sarebbe una *holding* il cui capitale sarebbe detenuto dalla Regione per il 51%, per

assicurare la continuità del progetto, e dai principali Olo (Wind, Vodafone e Fastweb) per il restante 49%, rimanendo la *governance* in mano pubblica.

L'altra novità che emerge nella strategia della Regione è l'allargamento del ventaglio dei soggetti da associare all'iniziativa, con il coinvolgimento possibile delle aziende che vendono la tecnologia di rete (Alcatel-Lucent, Ericsson-NSN, ma anche le cinesi Huawei e Zte).

Il modello di *governance* prevede che in un primo tempo siano queste aziende a finanziare le società realizzatrici dell'infrastruttura, salvo rivendere, in un secondo momento, le loro quote al «veicolo nazionale» che dovrebbe uscire dal «tavolo Romani», quello presso il quale è stato firmato il Mou tra Ministero dello sviluppo economico e gli operatori Tlc (cfr. par. 3.2.).

Come si vede, le incognite di questa complicata equazione sono davvero tante ed una delle più problematiche sembra essere non tanto la costituzione della necessaria *newco*, quanto piuttosto la sua dissoluzione. Si tratta infatti di costruire un meccanismo che consenta a chi investe di remunerare l'investimento una volta completata l'opera e di passare da una società che realizza la rete ad una che la gestisce. Il meccanismo previsto dalla Regione Lombardia è la vendita della società che gestirà l'infrastruttura al miglior offerente, che nel caso di un operatore tlc che abbia partecipato alla realizzazione, anche eventualmente conferendo *assets*, può prevedere un'opzione ad esso concessa per rilevare le quote di altri soggetti.

Questi interrogativi sono stati sciolti in un modo simile, ma con una variante, come vedremo, dalla Provincia autonoma di Trento.

Provincia autonoma di Trento

La Provincia Autonoma di Trento ha annunciato un piano che prevede da un lato l'utilizzo della rete pubblica in fibra ottica che la Società provinciale Trentino Network sta realizzando, ai fini della riduzione del *digital divide*, dall'altro la realizzazione di nuovi collegamenti in fibra ottica fino alle abitazioni.

Allo scopo, a fine 2010 è stata costituita dalla Provincia autonoma la società Trentino NGN, che si occuperà della realizzazione dell'infrastruttura passiva. Alla società la Provincia apporterà capitale proprio per 60 milioni.

In linea di principio la partecipazione è aperta a tutti gli operatori, ma al momento è stato siglato un accordo con la sola Telecom Italia. Esso prevede che l'operatore contribuisca al patrimonio della società in due fasi: innanzitutto attraverso la cessione di infrastrutture civili (tratte interrate, canalizzazioni, palificazioni) e successivamente attraverso il conferimento della propria rete di accesso in rame. A fronte di questi impegni, una volta sottoscritti, Telecom Italia potrà esercitare un'opzione di acquisto delle quote societarie.

4. Gli scenari possibili per la realizzazione di NGNs territoriali

Da questi due esempi si possono trarre alcune riflessioni inerenti i possibili scenari per la realizzazione di una NGN a base territoriale, scenari che tengono conto anche di due importanti nodi problematici, che si sono manifestati appena sono stati varati i primi progetti territoriali per la NGN.

Il primo elemento riguarda il meccanismo di partecipazione, e quindi di remunerazione, dei soggetti che investono nella infrastruttura. Se questi sono operatori di tlc una possibile soluzione è quella che essi conferiscano *asset* materiali (come le infrastrutture civili e tratte di rete già esistenti), e immateriali attraverso lo *switch-off* della rete in rame, che potrebbe ipoteticamente vedere la migrazione di una parte dei loro clienti dal rame alla fibra. A fronte di questi impegni essi potranno avere, come già detto, un'opzione (*call*) per rilevare le quote della società ancora in mano pubblica.

Per soggetti diversi dagli operatori di tlc, come la Cassa depositi e prestiti, il contributo si configurava sino ad ora come prestito a tasso agevolato alla *newco*.

E' importate però notare che recenti innovazioni normative⁷⁰ autorizzano la Cdp ad «assumere partecipazioni in società di rilevante interesse nazionale in termini di strategicità del settore di operatività, di livelli occupazionali, di entità di fatturato ovvero di ricadute per il sistema economico-produttivo del paese».

I requisiti delle società oggetto di possibile acquisizione, o di possibile partecipazione, da parte di Cdp sono definiti con decreto del Ministero dell'economia e delle finanze. E' opinione condivisa che tra questi settori possa essere compreso quello delle telecomunicazioni con specifico riferimento alla realizzazione di reti a banda ultralarga. Tuttavia la Cassa depositi e prestiti ha recentemente chiarito che è interessata a partecipare ad investimenti di lungo termine finalizzati alla realizzazione di reti a banda ultralarga, a due specifiche condizioni:

- che si tratti dell'unica rete a banda ultralarga presente in un territorio;
- che il progetto ipotizzato sia a scala nazionale (anche se ovviamente le diverse Regioni possono intraprendere un proprio progetto). E' del tutto evidente che quest'ultima condizione non può verificarsi se al progetto non partecipa Telecom Italia.

Nel caso della Regione Lombardia, ad esempio, il finora mancato accordo con Telecom Italia preclude al momento la possibilità di partecipazione della Cassa depositi e prestiti, poiché, in linea di principio, Telecom Italia potrebbe continuare a cablare il territorio autonomamente realizzando così una seconda rete a banda ultralarga.

Il secondo nodo riguarda lo *switch-off* delle reti attualmente esistenti. E' evidente infatti che senza lo spegnimento delle reti che insistono sullo stesso territorio di una nuova NGN quest'ultima non potrebbe decollare, ma è anche evidente che lo spegnimento (che riguarda soprattutto la rete in rame di Telecom Italia) costituisce un rischio per un operatore che deve obbligare la propria utenza ad abbandonare la vecchia rete in rame, non sapendo quanto di essa vorrà migrare su di una nuova rete, certamente più

⁷⁰ Il progetto è stato notificato alla Commissione Europea in vista della autorizzazione ad utilizzare fondi pubblici. Non si conosce ancora l'esito di tale notifica.

performante ma anche più costosa. Inoltre la attuale rete in rame è un *asset* di Telecom Italia, iscritto a bilancio come patrimonio della società, e quindi la sua dismissione dovrebbe essere in qualche modo indennizzata.

Questo vale anche per le reti esistenti degli altri operatori per i quali ad un certo punto del percorso dovrà essere deciso un meccanismo di conferimento delle loro reti e del relativo parco utenti. Non si può infatti pensare che, tranne nei centri delle aree metropolitane, possano coesistere, senza reciprocamente danneggiarsi, due o più reti NGN di diversi operatori e non a caso quella dell'unicità della rete è la condizione posta dalla Cassa depositi e prestiti per partecipare alla realizzazione della infrastruttura. Occorre dunque negoziare con gli operatori tlc i tempi e i costi che la società di gestione pagherà per ottenere la migrazione sulla nuova rete.

In ogni caso, una volta terminata la costruzione dell'infrastruttura, la *newco*, che ne è la proprietaria, potrà decidere di venderla al miglior offerente, che potrà essere anche un operatore tlc. Nel caso che esso abbia partecipato all'investimento iniziale è assai probabile che ad esso verrà riconosciuta una opzione (il cui prezzo va determinato al momento della costituzione della *newco*) per rilevare l'infrastruttura e gestirla.

In attesa che questi ed altri simili problemi trovino, nella teoria ma soprattutto nella pratica concreta, le loro soluzioni, si possono fin da ora prefigurare alcuni possibili scenari.

Un primo scenario, che possiamo chiamare «spontaneo» è quello nel quale gli operatori si muovono autonomamente, realizzando le loro reti, come ovvio, nelle aree maggiormente remunerative, generalmente le aree urbane e i distretti industriali. E' ciò che sta avvenendo innanzitutto con il piano industriale di Telecom Italia, che si propone di cablare in modalità FttH, e in tecnologia Gpon, le prime 13 città italiane entro il 2012, proseguendo poi gradualmente con altre 125 città minori in modalità Fttc entro il 2013.

Autonomo è anche il «progetto Fibra per l'Italia», una *joint venture* (senza per ora creazione di nuove società) il cui obiettivo è quello di cablare in modalità FttH e (differenza importante rispetto al progetto di Telecom Italia) con architettura *point-to-point*, le prime 15 città entro 5 anni e, se

l'esperimento avrà successo, proseguire con altri 500 Comuni nei successivi 10 anni.

Per la prima fase del progetto, quella delle 13 città, l'investimento previsto è di 2,5 miliardi in 5 anni, con ritorno previsto a 9 anni, mentre per la seconda fase sarebbero necessari 8,5 miliardi con ritorno ad 11 anni. La primissima fase del progetto è però molto limitata, consistendo nella cablatura, peraltro non completata, di un quartiere residenziale di Roma.

I promotori del progetto sottolineano che è necessario che Telecom Italia si aggiunga alla iniziativa, perché, di nuovo, non è pensabile che possano esservi due reti in concorrenza sullo stesso territorio. Ma la risposta dell'operatore storico è stata finora negativa («Andiamo avanti con il nostro progetto»).

Nonostante le buone intenzioni degli operatori, storici e no, questo scenario tende comunque a divaricare la forbice della esclusione digitale, lasciando le aree marginali senza collegamenti veloci e quindi anche senza quei servizi che solo la banda ultralarga consente (telemedicina, teleinsegnamento, telepresenza, ecc.).

Un secondo scenario, che potremmo chiamare «cooperativo» ipotizza che si realizzi una infrastruttura con finanziamento pubblico parziale. Viene costituita una società mista, alla quale l'ente territoriale può partecipare con una quota limitata (ad esempio il 10%) la maggior parte del capitale essendo apportata da soggetti privati quali operatori di tlc, altre imprese del settore, fondazioni bancarie e infine la Cassa depositi e prestiti.

Il contributo delle imprese private al finanziamento può avvenire anche conferendo *asset* quali le infrastrutture civili o tratti di rete già esistenti.

Per la realizzazione dell'infrastruttura è prevista una gara europea.

Questo è il modello scelto, finora, dalla Regione Lombardia.

Una variante di questo modello, che potremmo chiamare «monoperatore», è quella che affida la realizzazione dell'infrastruttura ad una società regionale di proprietà pubblica, e che un solo operatore vi apporti i propri *asset*, avendo alla fine del percorso la possibilità di rilevare le quote della società in mano pubblica. Questo, come si è prima descritto, è il modello del Trentino, dove l'operatore scelto, non a gara ma a trattativa aperta

anche agli altri operatori, è Telecom Italia. Questa strategia è volta a coinvolgere l'operatore dominante nei progetti del territorio, evitando che la sua logica di sola profittabilità degli investimenti non sia coerente con i piani di sviluppo del territorio stesso.

Gli elementi comuni ai diversi modelli, escluso quello autonomamente avviato da uno o più operatori tlc, sono:

- la creazione di una società veicolo (*newco*) a capitale misto pubblico-privato;
- la partecipazione minoritaria della componente pubblica (salvo il caso della Regione Lombardia);
- la partecipazione di soci industriali, compresi quelli del settore tlc, e finanziari;
- la eventuale articolazione regionale della società;
- la realizzazione di una struttura passiva;
- il possibile conferimento, da parte dei soci tlc, dei loro *asset* fisici (infrastrutture civili o porzioni di rete) quale partecipazione al capitale;
- al termine della realizzazione, passaggio, attraverso gara o accordi preliminari, da società di realizzazione a società di gestione;
- possibile opzione di acquisizione di quote di capitale di altri soci concessa ad un socio che abbia apportato *asset* materiali, in vista della gestione della infrastruttura;
- accordi con operatori tlc (soci e non soci) per lo spegnimento delle loro reti, con eventuali indennizzi;
- affitto della infrastruttura da parte della società di gestione ad operatori tlc, a condizioni eque e non discriminatorie (secondo le Linee Guida dell'Agcom).

Nei diversi modelli va comunque sottolineato un aspetto importante. Se, come appare ormai sempre più probabile, un'istituzione pubblica come la Regione o gestita dalla mano pubblica come la Cassa depositi e prestiti, partecipa al capitale o comunque finanzia la realizzazione dell'infrastruttura, questa operazione, per non configurarsi come indebito

aiuto di Stato ad una o più aziende, deve avere un marcato interesse pubblico, e questo non può che essere l'ampliamento dell'inclusione sociale e comunque il non aggravamento del *digital divide* territoriale. Ne consegue che, a differenza di un operatore privato che ovviamente privilegia, nella realizzazione dell'infrastruttura, le aree maggiormente remunerative, un'iniziativa che veda anche la partecipazione di denaro pubblico dovrà mediare tra esigenze di remunerazione dell'investimento e necessità di non aggravare il divario digitale e quindi dovrà prendere in considerazione anche aree non immediatamente remunerative.

5. Compiti dei Co.Re.Com. in relazione al *digital divide*

In ciascuno degli scenari prima descritti vi è spazio per un ruolo dei Co.Re.Com. che è almeno duplice. Da un lato esso consiste in un monitoraggio e segnalazione della effettiva copertura del territorio, evitando così che si consolidi un marcato *digital divide* anche nella banda ultralarga. Dall'altro i Co.Re.Com. possono svolgere anche un ruolo di vigilanza, verificando gli adempimenti degli operatori rispetto agli accordi da essi eventualmente siglati con la Regione.

Naturalmente il ruolo è diverso a seconda di chi è il soggetto che realizza la rete, ma l'interlocutore dei Co.Re.Com. sarebbe in ogni caso la Regione.

Nel primo scenario, quello della rete spontanea, potrebbe essere compito dei Co.Re.Com. segnalare tempestivamente le necessità di copertura che vengono dal territorio non spontaneamente infrastrutturato dagli operatori, in modo da consentire alla Regione di attivare qualche forma di accordo con uno o più operatori al fine di estendere la copertura con criteri razionali.

Ma è soprattutto negli altri due scenari che i Co.Re.Com. potrebbero svolgere un importante compito. Gli accordi costitutivi delle società miste prevedranno infatti piani e tempi di copertura e relativi obblighi per i soggetti realizzatori della infrastruttura.

E' su di essi che potrebbe esercitarsi una vigilanza costante dei Co.Re.Com., che miri a rilevare l'adesione di tali soggetti agli impegni assunti, misurando in maniera oggettiva la effettiva presenza e la reale velocità dei collegamenti promessi.

Nello specifico i Co.Re.Com. potrebbero:

- a) effettuare una mappatura dell'effettivo *digital divide*, sia interagendo con i Comuni che manifestano l'esigenza di copertura, sia utilizzando, se del caso, gli strumenti di misurazione della velocità di trasmissione oggi disponibili. La mappatura dovrà tenere conto delle linee guida eventualmente emanate dalla Regione in merito alla copertura da assicurare nelle diverse aree territoriali e al livello minimo di banda da garantire. La Regione può infatti avere elaborato una sua strategia di eliminazione del divario digitale, strategia che può sostanziarsi, ad esempio, nel privilegiare i distretti produttivi oppure le comunità montane o i distretti turistici.
- b) produrre un rapporto periodico alla Regione sul *digital divide* rilevato, anche eventualmente con segnalazione di priorità, ferma restando la responsabilità dell'organo regionale in merito alle scelte prioritarie;
- c) risolvere le controversie tra operatori e utenti in merito alla eventuale differenza tra la banda dichiarata e quella effettiva;
- d) a seguito di accordi siglati dalla Regione con uno o più operatori che si impegnano a coprire determinate aree di territorio, seguire l'avanzamento dei lavori e segnalare gli eventuali scostamenti, sia temporali, sia prestazionali, che si verifichino nel corso dei lavori;
- d) proseguire nel tempo il monitoraggio della infrastrutturazione del territorio, con cadenze fissate dalla Regione, così da produrre un quadro aggiornato dello stato delle infrastrutture sul territorio.

PARTE TERZA

ELEMENTI DI VALUTAZIONE IN PARALLELO CON ESPERIENZE STRANIERE

CAPITOLO I

Comunità autonome e Autorità indipendenti. Il caso spagnolo

1. Premessa di sistema

La ricerca intende svolgere un'analisi dell'esperienza del *Consejo del Audiovisual de Cataluña* (Cac) – Autorità indipendente con competenze funzionali territorialmente delimitate e circoscritte al settore dell'audiovisivo – al fine di evidenziare pregi e difetti rispetto alla prassi italiana e ricavare alcuni spunti propositivi, con particolare riferimento ai sistemi di nomina strumentali ai requisiti di indipendenza dei Comitati regionali, nonché alle competenze funzionali concretamente delegabili finalizzate allo sviluppo delle NGNs.

Lo studio, pertanto, approfondirà in chiave comparata tre principali tematiche: quella relativa al sistema di riparto delle competenze fra Stato e Comunità autonome nel segmento delle telecomunicazioni; quella relativa ai profili soggettivi delle Autorità indipendenti di livello locale; quella relativa ai profili funzionali.

Questa parte è stata curata da Giovanna De Minico, Marana Avvisati e Giovanni Piccirilli. Il capitolo è di Marana Avvisati.

2. Il riparto di competenze fra Stato e Comunità autonome nella Costituzione spagnola

Veniamo al primo punto, relativo alle modalità e condizioni di riparto delle funzioni normative nel settore delle comunicazioni.

Nel sistema costituzionale italiano, il Titolo V ha affidato alla competenza normativa concorrente di Stato e Regioni la disciplina della materia relativa all'ordinamento delle comunicazioni, collocandola nell'art. 117, comma III, Cost.: vale a dire che al decisore politico nazionale spetta la determinazione dei principi fondamentali regolatori della materia, mentre alle autonomie regionali residua la potestà normativa di dettaglio nei tradizionali segmenti che compongono il settore delle comunicazioni.

La Costituzione spagnola, dal canto suo, ha declinato il sistema delle competenze concorrenti in ragione del segmento da regolare, prevedendo una differente graduazione della potestà legislativa concretamente esercitabile. A tal proposito, la Costituzione riserva allo Stato la competenza esclusiva in ordine al regime generale delle telecomunicazioni (art. 149.1.21 CE), nonché l'individuazione delle *normas básicas* del regime della stampa, radio e televisione e di tutti i mezzi di comunicazione sociale, senza tuttavia arrecare pregiudizio alle funzioni spettanti alle Comunità autonome, chiamate ad attuare le disposizioni di ambito statale (art. 149.1.27 CE). Il decisore politico nazionale, quindi, possiede competenza esclusiva soltanto sulle materie espressamente enumerate, come quella riguardante il settore delle telecomunicazioni e, correlativamente, delle NGNs. Diversamente, nel segmento della radiotelevisione allo Stato spetta il potere di disciplinare con legge le norme fondamentali del sistema, delineando il nucleo duro dei principi regolatori, mentre alle Comunità autonome spetta l'attuazione degli stessi,

a mezzo degli Statuti e delle leggi regionali⁷¹, anche in ragione della necessità di valorizzare la cultura di origine locale.

Il Tribunale costituzionale, sul punto applica il principio del «titolo prevalente», affermando la riconducibilità delle questioni «sociali» connesse ai media alla sfera della legislazione concorrente, e la riserva delle questioni tecniche all'ambito di competenza esclusiva dello Stato; in tal senso, il Tribunale ha ribadito che i «mezzi di comunicazione sociale» trovano naturale collocazione entro la potestà normativa ripartita di Stato e Regioni, mentre i profili connessi con la regolazione degli aspetti tecnici, strumentali e delle infrastrutture di supporto rientranti nel segmento delle «telecomunicazioni» attengono alla competenza statale esclusiva, poiché è necessario garantire l'operatività e la diffusione capillare del mezzo tecnico, nonché la possibilità di accesso al maggior numero di utenti finali⁷².

Coerentemente col disposto costituzionale, dunque, in materia di telecomunicazioni⁷³ l'attività regolatoria si colloca al livello statale, ancorché questa venga attribuita, al contempo, al Ministero competente e alla *Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones* (Cmt)⁷⁴:

⁷¹ Sul riparto delle competenze normative tra Stato comunità autonome in materia di radiotelevisione, v. C. Gay Fuentes, *La gestion autonómica de la radiotelevision*, in J. Cremades (coord.), *Derecho de las telecomunicaciones*, Madrid, 1997, pp. 465 sgg. V. anche STC, 26/1982.

⁷² STC, sent. n. 168/1993, 28 maggio.

⁷³ In materia di telecomunicazioni si sono susseguite dapprima la *Ley* n. 12 del 1997, di liberalizzazione delle telecomunicazioni; la *Ley General de telecomunicaciones* n. 11 del 1998 e, in seguito al pacchetto di Direttive del 2002, la *Ley* n. 32 del 2003. Sicché, le infrastrutture che si utilizzano come supporto del servizio di radiodiffusione sonora e di televisione saranno soggette alla disciplina generale sulle telecomunicazioni, di competenza normativa esclusiva statale.

⁷⁴ *Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de España*: cfr. www.cmt.es. Per quanto riguarda gli interventi regolamentari di Cmt specificamente indirizzati al segmento della banda larga, nel 2009 questa ha istituito alcune misure simmetriche tra gli operatori con l'intento di promuovere e agevolare la condivisione degli impianti in fibra realizzati all'interno o nei pressi degli edifici: identificato nel primo operatore che posa la fibra all'interno dell'edificio⁷⁴ il ruolo di "responsabile delle risorse di rete" (o gestore). Quindi l'operatore che per primo cabla uno stabile è tenuto a svolgere tutte le procedure necessarie affinché siano adottate in modo efficace misure (*facilities*) per la condivisione dei cablaggi e l'installazione degli impianti di altri operatori. È imposto

quest'ultima, in particolare, rappresenta l'Anr chiamata a regolamentare il relativo mercato, garantendo l'implementazione delle regole di derivazione europea sulle condizioni di accesso allo stesso, le condizioni tecniche per l'accesso al mercato, e dirimendo gli eventuali conflitti fra operatori⁷⁵.

altresì l'obbligo di concedere l'accesso agli impianti installati negli edifici a costi ragionevoli, garantendo così che essi non costituiscano una barriera all'ingresso di altri operatori. Cmt ha inoltre stabilito che affinché sia consentito agli operatori terzi di organizzarsi in modo efficiente è necessario assicurare la trasparenza di informazioni sugli impianti realizzati. Infine, Cmt ha regolamentato i mercati n. 4 e 5 individuati dalla Commissione Europea in ordine all'accesso disaggregato alla rete e al mercato *bitstream*. Da ultimo, la materia delle NGNs è stata regolata con *Real Decreto 346/2011, 11 marzo 2011, por el que se aprueba el Reglamento regulador de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones para el acceso a los servicios de telecomunicación en el interior de las edificaciones*.

⁷⁵ Il complesso degli organi istituzionali coinvolti nella regolamentazione del settore delle comunicazioni elettroniche traccia un quadro molto complesso e farraginoso, tanto a livello nazionale quanto locale.

A) A livello nazionale, la legge n. 32 del 2003 esclude espressamente dall'ambito di regolazione della Cmt la disciplina dei contenuti *broadcast*, mentre le trasferisce le competenze relative all'utilizzo delle reti quale supporto tecnico per la trasmissione dei servizi di radiodiffusione sonora e televisiva, che esercita in concomitanza alle competenze della *Secreteria de Estado para las Telecomunicaciones y la Sociedad de la Informaciòn*, istituita presso il Ministero dell'industria, turismo e commercio. La regolamentazione dei contenuti trasmetti su emittenti nazionali, in origine affidato anch'essa al Ministero dell'industria, turismo e commercio, da ultimo è stato attribuito al *Consejo Estatal de Medios Audiovisuales* (Cema), su cui cfr. *infra*.

Il controllo sul rispetto delle regole *antitrust* nei mercati nazionali, invece, è attribuito in linea generale al *Tribunal de defensa de la competencia*.

B) A livello locale, la regolamentazione dei contenuti trasmessi dalle emittenti locali è affidata ad Autorità indipendenti che esercitano le rispettive competenze nel territorio delle singole Comunità autonome; per quanto riguarda, invece, le competenze locali nel settore della concorrenza, la *Ley* n. 1 del 21 febbraio 2002, nota come "*Ley de coordinación de las competencias del estado y las comunidades autónomas en materia de defensa de la competencia*", riconosce alle Comunità autonome una competenza di tipo esecutivo, corrispondente alla vigilanza sulle condotte degli operatori privati che, nel territorio delle rispettive comunità autonome, si sottraggono alle regole a difesa della concorrenza. Tuttavia, da ultimo la legge n. 22 del 2005 emanata dal Parlamento Catalano (pubblicata nel *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, n. 4543 del 03.01.2006), sembra riconoscere al *Consejo de l'Audiovisual de Catalunya* (su cui vedi *infra*) una competenza specifica volta a garantire il pluralismo e il controllo sulla formazione delle concentrazioni nel mercato audiovisivo nel proprio territorio, attraverso l'esercizio di un'attività di monitoraggio, dotandolo al contempo di una generica capacità sanzionatoria.

Il modello spagnolo, che determina il sistema delle competenze legislative esclusive e concorrenti in ragione del mezzo da regolare, appare d'altro canto coerente con la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana che, chiamata al difficile compito di tracciare una *actio finum regundorum* tra competenze regionali e competenze statali nella materia dell'ordinamento delle comunicazioni, riaffida al centro quanto il revisore del 2001 sembrava consegnare alle autonomie periferiche. In tal guisa, la Corte riconosce piena competenza esclusiva dello Stato nel segmento delle telecomunicazioni, al fine di assicurare l'interoperabilità delle reti, lo sviluppo del mercato unico, l'armonizzazione nel sistema di rilascio dei titoli, la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni⁷⁶.

3. Le Autorità di regolazione di ambito regionale: il *Consejo del Audiovisual de Cataluña* e le garanzie d'indipendenza del sistema di nomina

Veniamo al secondo punto, relativo ai requisiti soggettivi dei *Consejo* e al procedimento di nomina⁷⁷. Qui occorre verificare, in primo luogo, se le Comunità autonome siano costituzionalmente abilitate a creare istituzioni di controllo e regolazione a carattere indipendente con raggio d'azione regolamentare territorialmente circoscritto⁷⁸. Il Tce⁷⁹, a tal proposito, ha stabilito che qualora la Comunità autonoma disponga della titolarità della funzione amministrativa riguardo una determinata materia, avrà anche la legittimazione a dettare le relative norme di organizzazione e funzionamento, purché tale prerogativa venga esercitata senza pregiudizio della competenza a carattere «basico» che l'art. 149.1.18 attribuisce allo

⁷⁶ Cfr., *ex multis*, Corte Costituzionale, nn. 307 del 2003, 336 del 2005 e 25 del 2009.

⁷⁷ Sulla necessità di una legge cornice di livello nazionale atta a individuare una disciplina minima di principi comuni in ordine ai criteri di nomina, durata e incompatibilità dei componenti delle AI, cfr., da ultimo, l'audizione di Legautonomie, *Indagine conoscitiva sulle Autorità amministrative indipendenti*, Camera dei Deputati, Commissione Affari costituzionali, Roma, 4 maggio 2011.

⁷⁸ J. Tornos Mas, *Las autoridades de regulación de lo audiovisual*, Madrid, 1999, p. 137.

⁷⁹ STC, n. 243 del 1994.

Stato. In sintesi, poiché le Comunità autonome dispongono di poteri esecutivi in materia di mezzi di comunicazione sociale, esercitati anche attraverso le disposizioni contenute nei rispettivi Statuti, queste saranno costituzionalmente abilitate alla creazione di organismi regolatori del settore.

Il *Consejo Audiovisual de Cataluña* (Cac), prima Autorità di regolazione dell'audiovisivo istituita in Spagna⁸⁰, viene definito dall'art. 1.1 della legge istitutiva⁸¹ quale «autorità indipendente dotata di personalità giuridica [...] che attua l'esercizio delle funzioni pubbliche in piena indipendenza». Questa sottrazione alle influenze del potere esecutivo locale viene rafforzata dall'art. 113 della legge n. 22 del 2005 di riordino del sistema delle comunicazioni nella Regione catalana, secondo il quale «il Consiglio attua come autorità di regolazione ed esecutiva dotata di piena indipendenza rispetto al Governo le amministrazioni pubbliche per l'esercizio delle sue funzioni»⁸².

Verifichiamo se il procedimento di nomina dei membri rispetti il contenuto sostanziale dell'assunto, vale a dire garantisca l'indipendenza

⁸⁰ Organo istituito con la *Ley* n. 8 del 1996, che ha subito rilevanti modifiche tese a rafforzarne indipendenza e competenza tecnica con la *Ley* n. 2/2000 (LCac), e la *Ley* n. 22 del 2005. Per un commento, v. J. Tornos Mas, *El Consejo Audiovisual de Cataluña*, in *Revista catalana de dret públic*, n. 34, 2007.

Lo Statuto catalano all'art. 82 introduce espressamente il *Consejo*, definendolo Autorità di regolazione indipendente nell'ambito della comunicazione dell'audiovisivo pubblica e privata che attua le sue funzioni con piena indipendenza del Governo della Generalità. Si segnala che la espressa inclusione di questa istituzione nello Statuto ne rafforza i poteri, in ragione del complesso procedimento di approvazione della riforma statutaria. Lo Statuto catalano è stato riformato con legge organica del Parlamento spagnolo del 10 luglio 2006, n. 6, in BOE, n. 172, 20 luglio 2006.

Sul nuovo statuto, v. I. Ruggiu, *Il nuovo Statuto catalano*, in *Le regioni*, n. 2, 2007, p. 281 sgg., che evidenzia che attraverso l'approvazione dello stesso si è aperto un processo di riforma che sviluppa e riempie la “silente” Costituzione. “...lo Statuto sembra quasi voler introdurre un secondo principio di legittimazione del potere politico catalano: non più soltanto la Costituzione con il suo principio democratico e autonomista, ma un fondamento extracostituzionale di natura storica”.

⁸¹ *Ley* n. 8/1996, modificata successivamente dalla *Ley* n. 2 del 2000, nota come LCAC.

⁸² Cfr. anche lo studio di A. Azurmendi et Alii, *El Consejo Audiovisual de Navarra. Sus función y competencias en el contexto europeo de regulación del sector audiovisual*, Pamplona, 2009.

dall'esecutivo locale, dagli interessi economici di settore, nonché l'alta qualificazione tecnica dei nominati.

Secondo l'art. 4.4., il *Consejo de l'Audiovisual* di Catalogna è composto da dieci membri⁸³, nove dei quali sono eletti dal Parlamento regionale, su proposta di almeno tre gruppi parlamentari e con una maggioranza dei due terzi. Dunque, i consiglieri sono nominati dal Parlamento regionale con maggioranze rafforzate: con ciò il legislatore regionale intende garantire l'estrazione politicamente plurale, evitando l'emarginazione dei gruppi della minoranza nella fase istruttoria e durante le votazioni finali⁸⁴. Il Presidente, invece, è proposto e nominato dal Governo autonomico, sentita l'opinione maggioritaria degli altri nove consiglieri: sicché, questi è nominato dal Governo, ma la sua provenienza è filtrata internamente, stante la necessità di ottenere il parere conforme degli altri consiglieri. Benché il voto degli altri membri non sia giuridicamente vincolante, essa assume un significato politico, poiché la designazione di un presidente che non ottenga il *placet* degli altri membri comporterà lo svolgimento del mandato in una situazione potenzialmente conflittuale. Inoltre, la legge prevede un sistema di *hearings*, consistenti nella valutazione dei *curricula* dei candidati dinanzi alla commissione parlamentare incaricata di valutare l'idoneità del candidato.

Inoltre, occorre sottolineare che l'art. 5.1 della LCac fissa in sei anni la durata del mandato al fine di affrancare l'organo dalla durata della consiliatura, con l'effetto di svincolare l'organo dalle pressioni politiche più immediate, e dai mutamenti dei cicli politico-elettorali. La rinnovazione dei membri del Cac avviene in fasi diverse e consecutive, alla

⁸³ Secondo l'art. 4 della LCac, deve trattarsi di soggetti dal prestigio professionale riconosciuto e incontrastato, con esperienza professionale nel settore audiovisuale, e dotati di piena garanzia di indipendenza. La legge si preoccupa, inoltre, di evitare eventuali conflitti di interessi o fenomeni di "cattura del regolatore", ritenendo quale presupposto di incompatibilità la partecipazione diretta o indiretta del membro in imprese afferenti al settore delle comunicazioni e, prevedendo tre mesi di tempo per adeguare le eventuali situazioni di incompatibilità al regime di legge.

⁸⁴ Il procedimento di nomina si conforma all'art. 143 del regolamento del Parlamento Catalano, per cui la designazione è preceduta da pubbliche udienze in seno allo stesso, durante le quali vengono presentati i candidati e valutati i rispettivi curriculum.

luce del fatto che lo stesso articolo prevede che ogni due anni i due terzi dei membri del Cac (cioè tre su dieci) vengano sostituiti a mezzo di nuove nomine: si tratta di una norma che ha come obiettivo quello di evitare il cambiamento completo e simultaneo del *plenum* dell'organo collegiale, in modo tale da scongiurare il rischio di una brusca battuta di arresto della linea politica complessiva dell'organo. A ciò si aggiunge il divieto espresso di rinnovazione del mandato, meccanismo ideato per evitare le pressioni del potere politico, specialmente nella fase prossima alla scadenza del mandato stesso.

La legge prevedeva originariamente l'inaMOVibilità dalla carica (salvo cause gravi specifiche e predeterminate)⁸⁵. D'altronde, una legge del Parlamento catalano⁸⁶, nell'intento di rafforzare la garanzia della neutralità politica delle alte cariche nominate dal Parlamento regionale, ha inciso pesantemente sul procedimento di nomina del Cac: 1) i membri, prima di essere eletti dovranno comparire dinanzi al Parlamento; 2) il Parlamento potrà revocare la carica in qualsiasi momento, e con la stessa maggioranza rafforzata occorsa per la nomina, e a prescindere da qualsivoglia motivazione. Si tratta, dunque, di una disciplina che pone in grave pericolo la libertà e l'indipendenza d'azione del *Consejo*, i cui membri, durante l'espletamento del mandato, moduleranno le rispettive condotte in ragione del potenziale gradimento della maggioranza parlamentare. Inoltre, la libera revocabilità riguarda soltanto i membri del consiglio, non il presidente, con il risultato che questi, nominato dal Governo, risulterà maggiormente protetto rispetto agli altri membri nominati dal Parlamento.

In conclusione, il sistema di nomina del Cac, ancorché in origine orientato a garantire la neutralità dei membri dei nominati, appare oggi parzialmente asservito alla volontà della maggioranza del Parlamento locale, in ragione del venir meno della condizione della inamovibilità dei membri.

⁸⁵ Quali lo spirare del termine del mandato, la rinuncia, la sopravvenuta incapacità permanente, la incompatibilità sopravvenuta o l'inabilitazione all'esercizio delle carriere pubbliche, la condanna per la commissione di delitti dolosi.

⁸⁶ Ley n. 14 del 2005.

4. Monitoraggio, *moral suasion* e provvedimenti vincolanti. Quale funzioni importabili?

Veniamo al terzo punto anticipato nella premessa, quello che attiene alle funzioni concretamente esercitabili dal Cac. L'analisi, ancorché fondata sull'esperienza relativa alla regolazione del segmento radiotelevisivo, potrebbe fornire alcuni spunti propositivi atti a individuare funzioni potenzialmente esercitabili anche dai Comitati italiani nel segmento della banda larga e ultralarga, in ragione di un rafforzamento del processo di decentramento funzionale già avviato dall'Autorità.

Funzioni di vigilanza

Il *Consejo* esercita le sue funzioni nel quadro delle competenze che la Costituzione spagnola riconosce alle Comunità autonome in segmento circoscritto *ex ante*, quello del settore radiotelevisivo; le relative leggi di attuazione, dal canto loro, conferiscono al *Consejo* in primo luogo funzioni di vigilanza sui contenuti trasmessi in ambito radiotelevisivo locale⁸⁷.

⁸⁷ I poteri di vigilanza del *Consejo* catalano sono molto penetranti, e concernono il rispetto delle regole, anche di fonte comunitaria, in materia dei seguenti contenuti trasmessi in ambito radiotelevisivo locale:

- 1) la tutela dei soggetti minori. Qui siamo in presenza di un espresso limite costituzionale all'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero, stante il fatto che la protezione dell'infanzia e della gioventù viene menzionata all'art. 20.4 della CE;
- 2) il rispetto delle regole sui contenuti e le quote in ambito pubblicitario. Qui il decisore politico ha inteso affidare all'Autorità regionale il controllo sulla diffusione dei contenuti pubblicitari a scopo commerciale definiti genericamente "illeciti"⁸⁷, e quelli volti alla promozione di obiettivi di natura istituzionale. In altri termini, l'attività del *Consejo* mira a garantire l'identificazione del mezzo pubblicitario, inteso come messaggio rivolto ai terzi e che necessita di essere sempre riconoscibile (aspetto soggettivo), e quello dei qualità dei contenuti diffusi attraverso il messaggio stesso (aspetto oggettivo);
- 3) il rafforzamento del pluralismo politico, religioso, sociale. In particolare, la tutela del pluralismo linguistico e culturale regionale viene attuata attraverso la promozione dell'idioma e della cultura catalana, nonché la trasmissione di programmi che favoriscano la presenza effettiva delle diverse lingue del territorio e la riserva di quote a favore delle altre minoranze linguistiche. Difatti, l'art. 3.1 e 3.2 della CE riconosce l'ufficialità della lingua castigliana in tutto il territorio dello Stato, e l'ufficialità delle altre lingue spagnole diffuse nelle rispettive comunità autonome: in tal guisa, la legge deve garantire l'accesso ai mezzi di comunicazione ai gruppi sociali e politici

Pertanto, una delle principali attività affidate al *Consejo* consiste nel controllo sul rispetto delle regole applicabili ai prestatori di servizi audiovisivi, pubblici e privati, in ambito territoriale regionale. È possibile, dunque, rinvenire un filo conduttore comune tra l'attività dei Comitati regionali per le comunicazioni e le funzioni del *Consejo*. Anche i Comitati regionali sono titolari, infatti, di funzioni di vigilanza e controllo in materia di contenuti trasmessi al pubblico, come avviene nel caso del monitoraggio delle norme a tutela dei minori in ambito televisivo locale, e della pubblicazioni e diffusione di sondaggi sui media locali, nonché dei limiti di affollamento pubblicitari.

D'altronde, il Cac si avvale anche delle potestà di ispezione e informazione. Previste entrambe dall'art. 10 della LCac, si tratta di funzioni che si diversificano in relazione all'elemento teleologico: la prima mira ad ottenere i dati necessari per l'adozione di uno specifico provvedimento finale avente natura vincolante, a sostegno della motivazione della decisione adottata⁸⁸. Allorquando il *Consejo* si avvale della potestà di informazione, i dati invece non vengono immediatamente raccolti per supportare la decisione finale conseguente ad uno specifico provvedimento: piuttosto si tratta di un'attività che mira ad ottenere una conoscenza generale dello stato di fatto, da impiegare successivamente a seguito dell'espletamento delle proprie attività di istruttoria.

Come verrà evidenziato nel corso dello studio, nel segmento della banda larga e ultralarga è possibile presagire, in chiave analoga, la titolarità di una funzione di controllo dei Comitati circa l'aderenza della condotta degli operatori del settore alla normativa comune di base, nonché ai *remedies* imposti dall'Autorità nazionale di regolamentazione⁸⁹, fase eventualmente preceduta da una attività «referente» dei Co.Re.Com. presso l'Autorità

significativi (art. 20, comma 3° CE), indipendentemente dall'estrazione ideologica e culturale, in conformità al principio di uguaglianza sostanziale.

⁸⁸ Tuttavia, si tratta di un potere di verifica che il Cac esercita *ex post*, dopo l'avvenuta diffusione di un programma, stante il fatto che l'art. 20.2 della CE non consente che la diffusione di pensieri, idee, opinioni e informazioni possa subire limitazioni a causa di una forma di censura preventiva.

⁸⁹ Cfr. Parte Quarta, paragrafo 3 e 4 del presente lavoro.

centrale. La funzione di monitoraggio di cui il *Consejo* è titolare nel settore radiotelevisivo potrebbe essere dunque rinvenuta in chiave analoga in capo ai Co.Re.Com., ancorché indirizzata al diverso settore delle NGNs, sotto forma di attività ispettiva e referente.

Esercizio del potere persuasivo

D'altronde, il modello straniero potrebbe essere importato anche con riferimento a funzioni diverse dal monitoraggio. Allorché il Cac rilevi un comportamento dell'operatore difforme dalle regole previamente stabilite, questi può avviare un procedimento amministrativo: tuttavia il *Consejo* raramente conclude la fase procedimentale con un provvedimento di tipo sanzionatorio. Spesso adotta strumenti più *soft*, con i quali indirizza e conforma le condotte dei privati *ex ante* rispetto alla eventuale condotta disobbediente alle regole. Si tratta di provvedimenti che presentano punti di contatto con l'istituto del c.d. «potere persuasivo»⁹⁰, per cui l'applicazione dell'atto autoritativo-sanzione rappresenta l'*extrema ratio* cui l'Autorità ricorre in caso di reiterata inottemperanza del destinatario del provvedimento. Il *Consejo* è titolare del potere di promuovere raccomandazioni, di dirigere e orientare l'azione dei soggetti privati tramite esortazioni prive di carattere cogente, intese piuttosto come una manifestazione di volontà da parte del regolatore atta a stimolare le condotte indirizzandole verso la conformità alle regole. In tal guisa, la funzione di regolazione del Cac modula l'attività dei privati non a mezzo di comandi imperativi, ma attraverso l'atto di persuasione, manifestando il proprio giudizio e convincimento in ordine alle condotte assunte dai privati.

⁹⁰ Qui siamo in presenza di un potere persuasivo, in virtù del fatto che la raccomandazione è volta ad evitare l'atto autoritativo, cui l'Autorità ricorrerebbe in caso di esito insoddisfacente del primo. L'autorità tenta la strada della dialogo vicendevole e della collaborazione coi destinatari, prima di ricorrere all'atto vincolante. La dottrina ha individuato la differenza tra l'atto di *moral suasion*, e quello espressione del potere persuasivo, nella differente rilevanza dell'interesse tutelato: nel primo caso il consiglio è rivolto nell'esclusivo interesse del destinatario, e come tale privo di effetti sfavorevoli conseguenti alla sua inosservanza. Invece, nel secondo caso il potere persuasivo intende tutelare un interesse di rilevanza collettiva, per cui l'esito sfavorevole suddetto è presente, e consiste nell'adozione dell'atto autoritativo in via sussidiaria. Sul punto, G. De Minico, *Antitrust e Consob*, Torino, 1997, pp. 33 sgg.,

La forza persuasiva dell'atto promosso dal *Consejo* non è data dal carattere vincolante delle sue affermazioni, bensì dal peso morale, dall'autorevolezza e dalla competenza tecnica dell'organo da cui promana: quindi, l'atto di indirizzo guadagna indiretta forza cogente in ragione delle qualità di chi lo esprime. Il potere persuasivo del *Consejo*, unitamente alla previsione che dalla inottemperanza del richiamo ne potrebbe derivare l'applicazione della sanzione, rappresentano elementi che fungono da stimolo per il destinatario della esortazione alla conformità alle norme.

D'altronde, le raccomandazioni possono anche assumere carattere generale, denominate *dictamen*: si tratta di esortazioni a carattere *erga omnes*, rivolte alla categoria indefinita degli operatori del settore.

L'esercizio del potere persuasivo è rinvenibile anche durante la pubblicazione di rapporti e relazioni che il *Consejo* è tenuto a presentare annualmente nelle sedi istituzionali, oppure diffusi su propria iniziativa, o su iniziativa del Parlamento o del governo locale, in quest'ultimo caso col fine di suggerire l'adozione di una futura legge nel settore dell'audiovisivo. L'esercizio di un potere per certi versi analogo a quello sin qui descritto potrebbe intravedersi in capo ai Comitati regionali per le comunicazioni, soprattutto allorquando si attuasse l'ipotesi, qui più volte auspicata, di un sistema dei nomina dei componenti strumentale alla garanzia di neutralità dei nominati rispetto ai Consigli locali, nonché idoneo a garantire l'alta competenza tecnica degli stessi. In tal caso, in capo ai Comitati, intesi come soggetti qualificati per la promozione e lo sviluppo della banda larga, potrebbero intravedersi nuovi spazi di intervento, ad esempio tramite l'esercizio di attività atte a sensibilizzare la popolazione residente sui servizi della Società dell'informazione e sull'utilizzo consapevole degli strumenti di Internet, promuovendo programmi di alfabetizzazione, su proprio impulso o da parte delle istituzioni locali e, in ultima istanza, stimolando la domanda di connessioni veloci, quindi di investimenti privati.

D'altronde, i Comitati potrebbero essere considerati soggetti deputati a suggerire le future politiche di intervento per il sostegno della banda larga e ultralarga a livello locale, tramite segnalazioni al Consiglio e all'Esecutivo

locale, o addirittura a livello nazionale, mediante audizioni nelle sedi istituzionali.

Quindi, una volta definita la soglia minima delle prestazioni a banda larga da parte del decisore politico di livello nazionale, i Comitati regionali potrebbero essere a loro volta chiamati a implementare i livelli minimi di qualità indicando ai Consigli e agli Esecutivi locali le azioni da intraprendere, in ragione della veste di soggetti ad alta competenza tecnica che essi rivestono.

D'altro canto, i Comitati potrebbero assumere un ruolo disincentivante verso le future condotte degli operatori incoerenti rispetto alle misure imposte dall'Autorità, fungendo da elemento di raccordo tra questa e i privati, in quanto garanti dell'osservanza dei *remedies* imposti dall'Autorità nazionale. Difatti, qualora il monitoraggio dei Comitati riscontrasse il mancato rispetto delle regole da parte dell'operatore, e comportasse la conseguente trasmissione di un qualificato rapporto all'Autorità nazionale, l'eventuale applicazione della sanzione la cui titolarità si concentra, peraltro, nella esclusiva discrezionalità dell'Autorità nazionale potrebbe fungere da futuro deterrente per le altrui condotte.

Funzione di conciliazione

Il *Consejo* è titolare dell'esercizio di funzioni di arbitraggio e di intermediazione fra operatori e utenti. Questi potrà in primo luogo promuovere, a seguito dell'espletamento dell'istruttoria procedimentale, l'adozione di un *acuerdo* (letteralmente, intesa) con operatori determinati, per conformare e modulare i futuri comportamenti, o assumere una vera e propria decisione vincolante (*decisiones*). Il Cac si avvale di questi strumenti quando, a seguito di una *reclamació* presentata da un privato, constata la mancata osservanza da parte dell'operatore della normativa di sistema.⁹¹

⁹¹ Un esempio è dato dall'*acuerdo* Cope, del 19 dicembre 2005, rivolto ad una catena di radio legata alla chiesa. L'accordo fu promosso a seguito di un numero consistente di denunce promosse dai cittadini, e riferiti ad alcuni contenuti a carattere diffamatorio diffusi attraverso le radio appartenenti alla suddetta catena, e situate nel territorio della

Un ruolo analogo potrebbe essere potenzialmente riconosciuto ai Comitati Regionali per le Comunicazioni in ordine alla eventuale insorgenza di controversie tra operatori e utenti sui servizi forniti tramite connessioni a banda larga e ultralarga. Tale ambito funzionale, vale a dire l'attività di conciliazione e risoluzione delle controversie, senza dubbio può ritenersi già rientrante tra le materie delegabili da parte dell'Autorità in capo ai Comitati, alla luce del progressivo processo di decentramento territoriale avviato dall'Autorità con appositi regolamenti, e scadenzato da apposite convenzioni tra questa e i singoli Comitati⁹². Pertanto, un nuovo Accordo quadro potrebbe estendere fra le materie delegabili, oggetto di attività stragiudiziale, anche il tentativo obbligatorio di conciliazione, nonché la fase successiva ed eventuale di risoluzione delle controversie, ad esempio in tema di obbligo di garanzia di qualità minima dei servizi a banda larga e ultra larga, tempi di attivazione e disdetta dei contratti, obblighi di indennizzo degli operatori.

Poteri vincolanti: l'iscrizione al Registro dei prestatori di servizio di comunicazione audiovisuale

Il Cac, in conformità all'art. 119 della legge n. 22/2005, ha approvato un Regolamento per la tenuta del Registro dei prestatori di servizio di

Catalogna. Il 1 dicembre 2005 un rappresentante della catena di radio chiamata in causa presentò una serie di allegati, cui il Cac rispose puntualmente all'interno dell'*acuerdo*.

1. Secondo gli operatori, non sarebbe stato legittimo che un organismo non integrato nel potere giudiziario esercitasse un controllo circa il rispetto, da parte dei privati, dei limiti all'esercizio delle libertà fondamentali, tra cui la libertà di informazione. Il *Consejo* dal canto suo affermò che la sua legittimazione a vegliare sul rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali previsti dalla Costituzione e dallo Statuto dell'Autonomia, cui si riconnettono specifiche funzioni decisorie e di tipo sanzionatorio, lungi dall'essere un potere a carattere meramente consultivo, gli era stata direttamente riconosciuta dal decisore politico. Inoltre, l'art. 53.2 della CE garantisce a qualsiasi cittadino la facoltà di rivolgersi al giudice avverso i provvedimenti che attengono all'esercizio delle libertà fondamentali, anche qualora consistenti in decisioni della Pubblica Amministrazione.

2. Secondo il Cac l'*acuerdo* non costituiva una forma di censura sui contenuti trasmessi, perché l'intervento non era avvenuto *ex ante*, ma soltanto in via successiva, dopo l'avvenuta diffusione dei contenuti, anche in ragione del fatto che la libertà d'informazione incontra il limite della veridicità e dell'onore, oltre al limite del rispetto all'onore ed alla dignità della persona umana.

⁹² Sul punto, cfr. Parte Prima, Capitolo I.

comunicazione audiovisuale, istituendo l'obbligo di iscrizione per le persone fisiche o giuridiche che assumono la responsabilità editoriale del servizio radiotelevisivo e dei relativi contenuti⁹³. Si tratta di una funzione riscontrabile, in chiave analoga, in capo ai Co.Re.Com., che alla luce del processo di decentramento progressivo precedentemente illustrato sono stati abilitati alla tenuta del Registro degli Operatori di comunicazione (cd. Roc)⁹⁴.

Con riferimento al segmento della banda larga e ultra larga, i Co.Re.Com. potrebbero essere chiamati, ognuno per proprio conto, quanto meno a detenere, in veste di *longa manus* dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, un Registro delle infrastrutture su scala regionale, nel quale riportare l'entità del patrimonio di rete (rame e fibra ottica) sin'ora realizzato sul territorio e posseduto dagli operatori privati (*incumbent* e Olo) e P.A. locali.

L'attività suddetta sarebbe pienamente conforme agli orientamenti del decisore politico di livello europeo, che spinge affinché gli Stati membri si attivino al fine di rilevare il grado di infrastrutturazione territoriale all'interno di un Registro comune, ridurre eventuali asimmetrie informative tra il regolatore e gli operatori, facilitare le attività di analisi dei mercati, nonché l'attività di regolazione dell'accesso e dell'interconnessione alle nuove reti.

Il registro sarebbe a sua volta propedeutico all'individuazione delle aree bianche, grigie e nere – quindi al grado di concorrenza effettivamente raggiunto nelle singole aree territoriali – alla conseguente applicazione del *set* di rimedi, e alla possibilità di prevedere Aiuti di Stato. Inoltre, la tenuta del Registro "locale" per conto dell'Autorità nazionale – abilitata a imporre l'obbligo di fornitura dei dati nei confronti dell'operatore dominante⁹⁵ –

⁹³ Cfr. Acuerdo 62/2008, de 7 de mayo, del Pleno del Consejo del Audiovisual de Cataluña, por el que se aprueba la Instrucción general por la que se crea y se regula el Registro de prestadores de servicios de comunicación audiovisual de Cataluña (DOGC de 5 de junio de 2008).

⁹⁴ Sul punto, di nuovo, Parte Prima, Capitolo I del presente lavoro.

⁹⁵ La Delibera n. 731/09/CONS, tra gli obblighi di trasparenza imposti a Telecom Italia prevede l'obbligo di realizzazione di un *database* che contenga informazioni sulla

contribuirebbe alla semplificazione e al buon andamento dell'azione amministrativa, che in definitiva risulterebbe facilitata dall'apporto collaborativo dei singoli Co.Re.Com.

Poteri vincolanti: potestà regolatoria e potestà sanzionatoria

Veniamo ai provvedimenti vincolanti che il *Consejo* emette durante l'esercizio della sue funzioni. Il Cac, oltre alle funzioni tipicamente amministrative, vanta una potestà ulteriore, di natura regolamentare. Difatti, l'art. 10, lett. f) della LCac attribuisce espressamente la competenza ad adottare «*instruccions generals de caràcter vinculant*» al fine di individuare obblighi specifici in capo agli operatori, e garantire il compimento della legislazione vigente nell'ambito delle proprie competenze. Si tratta di una potestà espressamente riconosciuta anche dalla *Ley* n. 22/2005: qui la legge conferisce al Cac una capacità normativa ad ampio raggio d'azione, stante il fatto che attraverso l'emanazione della *instrucción* l'organo è abilitato ad esplicitare e rendere concreti i *preceptos* e «*los principios básicos de regulación de los contenidos audiovisuales*» contenuti nella legge statale, oltre alle condizioni necessarie per il rilascio dei titoli abilitativi e le obbligazioni a carico dei prestatori del servizio di comunicazione audiovisuale. In altri termini, la legge riconosce al *Consejo* l'esercizio di una potestà regolamentare destinata a concretizzare in via primaria e diretta i numerosi parametri di rilievo costituzionale che afferiscono al settore dell'audiovisivo⁹⁶. Infatti, l'art. 80 della *Ley* riproduce il contenuto di quegli articoli della Costituzione che concernono la libertà di informazione, rimettendo alla potestà decisoria del Cac la facoltà di precisare il contenuto essenziale dei valori a raggio d'azione indefinito, perché contenuti in norme «in bianco», con patente violazione del principio

disponibilità di infrastrutture civili e di fibra spenta, nonché sul punto di attestazione presso il quale la fibra è accessibile (cfr. art. 42). La Delibera n. 1/11/CONS, integrata, come già visto, dalla Delibera n. 301/11/CONS, ha previsto la realizzazione di un database georeferenziato e accessibile a tutti gli operatori in capo a TI.

⁹⁶ J. Tornos Mas, *Las potestades normativas de las autoridades administrativas independientes. El caso del Consell Audiovisual de Catalunya*, in *Derecho Privado y Constitució*n, n. 17, 2003, p. 479 sgg.

di riserva di legge organica *ex art. 81.1 della CE*. Il potere di specificazione normativa del precetto a contenuto generale si spinge poi anche oltre, nel senso che l'art. 132 b) rimette al potere regolamentare del Cac la qualificazione del tipo e dell'entità della sanzione cui incorrono gli operatori in caso di violazione dei principi fondamentali regolatori del sistema. E tuttavia, la specificazione della sanzione a mezzo di norma regolamentare, da un lato finisce con il costituire una limitazione all'esercizio delle libertà fondamentali non sorretta dal principio di riserva di legge, dall'altro costituisce violazione del principio di legalità in materia penale.

Dunque, la potestà regolamentare del Cac specifica la norma in bianco, nonché definisce la sanzione applicabile alla condotta disobbediente al parametro stesso. Ai sensi dell'art. 132 lett. b) della *Ley n. 22 del 2005*, l'applicazione della sanzione deriva dal mancato rispetto dei «*principios básicos de la regulación de los contenidos audiovisuales*», così come concretizzati dalla attività regolamentare del Cac. Sicché, qui l'organo regolatore cumula indiscriminatamente il potere normativo di livello primario (perché definisce il comando indefinito, gli obblighi del prestatore e l'entità della sanzione) e quello giurisdizionale (perché applica la sanzione a carattere interdittivo a prescindere dall'intervento del giudice), violando le garanzie costituzionali della riserva di legge e di giurisdizione.

Veniamo al potere sanzionatorio. Gli art. 136 lett. a) e 136.2 della *Ley n. 22 del 2005* affermano che le sanzioni applicate dal Cac e definite «*muy graves*» possono consistere nella sospensione dell'attività di impresa radiotelevisiva per un massimo di tre mesi o, addirittura, nel blocco definitivo della prosecuzione dell'attività (*cierre*). Qualora, a seguito delle attività istruttorie, e del correlato esercizio del potere persuasivo, il Cac non riesca a ripristinare la legalità violata, ha a sua disposizione il potere di imposizione degli ordini vincolanti. Si tratta dell'adozione di misure in via di *extrema ratio*, che obbligano i suoi destinatari ad una determinata attività (ordine a carattere positivo), oppure che impongono una proibizione della stessa (ordini a carattere negativo).

Appare evidente come entrambe le funzioni, quella a carattere regolamentare e quella a carattere sanzionatorio, oltre a presentare dubbi di compatibilità con il sistema di garanzie apprestate dalla Costituzione spagnola, non appaiono importabili neanche nell'ordinamento italiano. Come in parte già anticipato e come si ribadirà oltre, il quadro regolamentare delineato in ambito europeo nel segmento delle telecomunicazioni designa un regolatore unico, obbediente alle indicazioni dettate dalla Commissione; d'altro canto, il nostro sistema costituzionale consegna il regime sanzionatorio al decisore politico di livello nazionale⁹⁷. Difatti, gli istituti della riserva di legge e della riserva giurisdizionale, declinati alla luce del principio di eguaglianza sostanziale *ex art. 3, comma 2*, Cost., ostano a che organi a dimensione territoriale applichino misure restrittive delle libertà fondamentali fra di loro discordi.

5. Il nuovo *Consejo Estatal de Medios Audiovisuales*: verso l'accentramento dei poteri?

Il modello spagnolo sin qui delineato, ancorché rappresenti un modello di riferimento in ragione del sistema di nomina dei membri del *Consejo*, e delle modalità di esercizio di funzioni potenzialmente trasferibili anche nel segmento della banda larga, appare tuttavia discostarsi dal disegno regolatorio tracciato in ambito europeo con riguardo, quanto meno, a tre diversi profili.

In primo luogo, alla luce del processo di convergenza tecnologica, e della crescente integrazione dei mezzi di comunicazione rispetto ai servizi resi, l'Unione appare propendere verso l'istituzione di Autorità di regolamentazione di carattere «convergente», atta a esercitare le competenze regolamentari nell'ambito degli svariati settori che compongono il sistema delle comunicazioni, indipendentemente dal mezzo diffusivo.

⁹⁷ Cfr. Parte prima, Capitolo II, nonché Parte Quarta del presente lavoro.

In secondo luogo, dal quadro normativo sin qui descritto emerge una pesante ingerenza governativa nella regolamentazione dell'audiovisivo di ambito nazionale – contrariamente a quanto accade per i contenuti diffusi in ambito locale – in chiave distonica rispetto alle indicazioni del regolatore europeo, che dopo la liberalizzazione del mercato ha inteso riaffidare le competenze regolatorie nel quadro convergente delle comunicazioni elettroniche in capo a un regolatore indipendente dall'Esecutivo nazionale.

In terzo luogo, l'istituzione di un regolatore neutrale dovrebbe rispondere anche al requisito della sua unitarietà, cioè della sua unicità a livello nazionale, poiché una regolazione difforme da territorio non sarebbe idonea a garantire uno sviluppo armonico delle reti nel territorio, anzi comporterebbe il rischio di una eccessiva frantumazione delle regole del gioco.

Alla luce delle considerazioni appena svolte, da ultimo, si registra una tendenza in atto di segno contrario rispetto al regionalismo accentuato sin'ora descritto, consistente in un moto centripeto che pare riaffermare a pieno titolo le competenze statali, sottraendole all'Esecutivo nazionale. La *ley* n. 7 del 2010⁹⁸ ha previsto l'istituzione di un'Autorità indipendente di livello nazionale, il *Consejo Estatal de Medio Audiovisuales* (c.d. Cema), titolare di funzioni di vigilanza, regolamentazione e sanzionatorie verso i contenuti trasmessi dagli operatori pubblici e privati, generalisti e a pagamento, che operano su dimensione nazionale. Si tratta di un organismo regolatore incaricato di sorvegliare sull'attuazione della normativa e di applicare, eventualmente, le relative sanzioni. Questa Autorità, composta da un presidente, un vicepresidente e sette consiglieri, verrà nominata dal Governo mediante decreto reale su proposta del Congresso dei deputati approvata con la maggioranza di tre quinti, fra persone di riconosciuta competenza nel settore, a garanzia dell'indipendenza dalla maggioranza politica.

La legge, quindi, affranca l'ordinamento delle comunicazioni spagnolo dalla sudditanza verso l'esecutivo nazionale, allorquando sottrae la

⁹⁸ *Ley n. 7 del 2010 de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual*, in BOE, n. 79, 1 Aprile 2010.

regolamentazione degli aspetti connessi con l'esercizio delle libertà fondamentali alla tirannia della maggioranza, per affidarla a un soggetto unico e indipendente chiamato a esercitare le proprie funzioni su scala nazionale⁹⁹. Non a caso, la legge si distingue per aver introdotto il principio dell'accesso universale al mezzo audiovisivo, anche a prescindere dalle capacità sensoriali e dalla ubicazione territoriale dell'utente finale. Si tratta di una legge ispirata al principio di uguaglianza sostanziale dell'accesso al mezzo di rilevanza sociale, dunque chiaramente distante dalla possibilità di una differenziazione su base geografica dell'attività regolatoria atta a incidere sull'esercizio delle libertà.

La tendenza accentratrice è recentemente confermata dal fatto che alcune forze politiche interne, attraverso un emendamento alla legge per l'economia sostenibile, hanno tentato di ricondurre la nuova Autorità nazionale del settore dell'audiovisivo all'interno dell'Autorità nazionale di regolazione del settore della telecomunicazioni¹⁰⁰.

Quindi, la tendenza centripeta è duplice: in senso verticale, perché nuove attribuzioni sono riconosciute a livello statale, ma sottraendole all'Esecutivo. In senso orizzontale, perché segmenti sin'ora disgiunti, come radiotelevisione e telecomunicazioni, vengono affidati a un'Autorità nazionale convergente, sulla falsariga del modello nostrano. La costituzione di questa Autorità, ancorché munita di competenze a carattere bicefalo, tuttavia, non intacca le rispettive competenze delle Autorità regionali, che mantengono le pregresse competenze sui rispettivi territori. Ne discende, quindi, la necessità di garantire la cooperazione fra Autorità di livello statale e Autorità di ambito autonomico, secondo modelli di *governance*

⁹⁹ Sulle ragioni che, nel tempo, hanno interessato il dibattito spagnolo circa l'istituzione di un'Autorità di regolazione di livello nazionale, cfr. M.A. Orriols i Sallés – F. Pons Cànovas, *La futura regulaciòn de un Consejo estatal de los medios audiovisuales*, in *Revista Catalana de derecho Publico*, n. 34, 2007, *passim*.

¹⁰⁰ Cfr. gli articoli apparsi su *Expansión*, *El Gobierno planea confiar a la CMT la regulaciòn audiovisual*, 27 dicembre 2010, nonché su *El País*, *Una única autoridad regularà la televisiòn y las "telcos"*, 19 gennaio 2011. Durante la trattazione della *Ley de Economía Sostenible*, il Partito Popolare all'inizio dell'anno presentò al Senato un emendamento per sopprimere il Cema, intregandolo all'interno della Cmt, che avrebbe assunto il nome di *Comisión del Mercado Audiovisual y de las Telecomunicaciones*.

atti ad assicurare la coerenza delle misure regolamentari, in linea con gli indirizzi di derivazione europea.

Un modello possibile per contemperare gli interessi delle autonomie (difesa dell'ambiente, tutela della salute, promozione di interventi strategici nel campo energetico e industriale) con quelli sottesi alle esigenze di unitarietà del sistema potrebbe essere quello, probabilmente esportabile anche nel sistema italiano, della stipula di appositi accordi di collaborazione (*convenios de colaboraciòn*)¹⁰¹, atti a evitare eventuali contenziosi futuri riguardo alla distribuzione delle competenze¹⁰², distribuendole a monte, tramite forme negoziali di carattere vincolante. In altri termini, la funzione di regolazione articolata secondo un modello reticolare su scala regionale si basa sulla logica della cooperazione e della integrazione fra i Corecom e fra gli enti locali destinati a subire l'impatto della regolazione, ad esempio utilizzando il modello delle Conferenze Stato-Regioni¹⁰³.

L'instaurazione di forme di collaborazione fra le diverse autorità di ambito territoriale, d'altronde, registra anche un precedente consolidato di *governance* nell'ambito dell'ordinamento tedesco. La ricerca, pertanto, si soffermerà nelle pagine successive sull'analisi delle forme di coordinamento delle Autorità per i media dei *Länder*.

¹⁰¹ Si tratta di accordi negoziali espressamente previsti dall'art. 47.3 della *ley* n. 7/2010, che prevede la possibilità per il Cema di coordinare la sua attività con le altre Autorità autonome o di livello europeo, alla luce dell'applicazione del principio di efficienza ed economia dell'attività amministrativa. Cfr. V. Manteca Valdelande, *El convenio de colaboraciòn como instrumento de eficacia y eficiencia*, in *Actualidad Administrativa*, Tomo I, n. 2, 2009, p. 5.

¹⁰² Cfr. A. Azurmendi, *Los Consejos Audiovisuales autonòmicos ante la creaciòn del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales: CoAn, CAC y CCA versus CEMA*, in J. Rodriguez Virgili, *Un Renacentista del siglo XXI. Homenaje al Profesor Pedro Lozano Bartolozzi*, Pamplona, 2010, p. 123 sgg.

¹⁰³ Sul punto, v. resoconto dell'audizione di Legautonomie, *Indagine conoscitiva sulle Autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 8.

CAPITOLO II

Ordinamento delle comunicazioni e *governance* delle reti in Germania

1. Quadro generale di riferimento: competenze multilivello e scissione completa tra infrastrutture e contenuti

Il quadro della *governance* delle comunicazioni in Germania risulta particolarmente interessante per l'osservatore italiano, in quanto, ancorché in presenza di un riparto di competenze tra i diversi livelli territoriali all'apparenza simile a quello dettato dal nostro Titolo V, le soluzioni concretamente adottate divergono invece in modo significativo, fornendo così utili spunti di riflessione circa le prospettive evolutive del settore.

Il primo, fondamentale, elemento di analogia concerne sicuramente la ripartizione tra i diversi livelli territoriali della competenza legislativa e amministrativa (nonché di vigilanza e controllo) sul settore delle comunicazioni: in Germania: infatti, alla competenza esclusiva della Federazione (*Bund*) sui «servizi di telecomunicazione» (art. 73, Abs. 1.7 GG)¹⁰⁴, si affianca una competenza in materia di diffusione radiofonica e televisiva di natura residuale, come tale demandata dalla stessa Legge fondamentale alla competenza altrettanto esclusiva dei *Länder*. Inoltre, la competenza dei *Länder* in materia di radiotelevisione è esplicitamente sottolineata da un passaggio dell'art. 23, Abs. 6 GG (il c.d. *Europa-Artikel*,

Questo capitolo è di Giovanni Piccirilli.

¹⁰⁴ Dal punto di vista sub costituzionale, nella legislazione federale di settore vanno richiamati il *Telekommunikationsgesetz* (TKG), approvato il 25 luglio 1996 (BGBl. I S. 1120) ed entrata in vigore il 1° luglio dello stesso anno, pressoché integralmente riscritta con la legge 22 giugno 2004 (BGBl. I S. 1190) al fine di provvedere al recepimento del “pacchetto” direttive TeleCom e, da ultimo, è stata modificata il 24 marzo 2011 (BGBl. I S. 506, 509 f.). Inoltre, è opportuno menzionare il *Telemediengesetz* (TMG) del febbraio 2007, che si occupa specificamente dei profili giuridici di internet.

introdotto a seguito del Trattato di Maastricht), ove si dispone che qualora a livello europeo debbano essere prese decisioni in materie di competenza esclusiva dei *Länder* quali educazione, cultura o radiodiffusione (*Rundfunk*), deve essere presente nella delegazione federale un rappresentante dei *Länder* designato dal *Bundesrat*.

La completa scissione tra competenza (esclusiva federale) sui servizi di rete e competenza (esclusiva dei *Länder*) sui contenuti ha condotto ad una *governance* del settore assai diversa da quella realizzatasi nell'ordinamento italiano: pur in presenza di un (forte) soggetto a livello federale che, per altro, costituisce la Autorità nazionale di regolazione (Nra) ai fini della normativa dell'Unione europea (ossia l'Agenzia federale per le reti, *Bundesnetzagentur*, BNetzA, con sede a Bonn¹⁰⁵) questa non ha alcuna competenza in materia di contenuti, competenza che invece è allocata a livello dei singoli *Länder* nelle Autorità statali per i media (c.d. *Landesmedienanstalten*, Lma), attivi in tutti i *Länder*, anche se a volte facenti capo a più di una entità territoriale¹⁰⁶. Questi organi, che per più profili possono essere considerati omologhi ai Co.Re.Com. italiani¹⁰⁷, di riflesso, non sono dotati di una competenza «convergente» (anche se la denominazione di alcuni di essi potrebbe far presupporre il contrario¹⁰⁸) e si occupano esclusivamente di contenuti limitatamente alla sola radiotelevisione privata (mentre invece la radiotelevisione pubblica è

¹⁰⁵ La denominazione completa è *Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen*, ossia Agenzia federale delle reti per l'elettricità, il gas, le telecomunicazioni, le poste e le ferrovie (<http://www.bundesnetzagentur.de/>).

¹⁰⁶ È il caso della *Medienanstalt Hamburg/Schleswig-Holstein* (MA HSH), comune appunto alla città-Stato di Amburgo ed al Land Schleswig-Holstein e della *Medienanstalt Berlin-Brandenburg* (mabb), attivo per la città-Stato di Berlino e il Land Brandeburgo.

¹⁰⁷ Cfr. P. Caretti, *Le autorità indipendenti nel settore dell'informazione radiotelevisiva: alcuni modelli a confronto*, in *Problemi dell'informazione*, 1995, p. 293 s., spec. p. 298 s.

¹⁰⁸ In specie, si v. la denominazione degli organi presenti in Assia (*Hessische Landesanstalt für privaten Rundfunk und neue Medien*), Baviera (*Bayerische Landeszentrale für neue Medien*) e Sassonia (*Sächsische Landesanstalt für privaten Rundfunk und neue Medien*). Tuttavia, il riferimento ai “nuovi media” si esaurisce, per lo più, nell'estensione della vigilanza dei contenuti veicolati dalle radio *on line*.

unicamente soggetta a meccanismi di vigilanza e controllo di natura interna¹⁰⁹). Le funzioni delle Lma, infatti, si limitano essenzialmente al rilascio delle licenze per le emittenti private locali e al monitoraggio sul rispetto degli obblighi discendenti dal regime concessorio fissato dalla legge del *Land* e dall'atto di concessione.

Infine, va segnalato che la competenza relativa all'analisi delle concentrazioni proprietarie nel settore dei mezzi di comunicazione è affidata ad un ulteriore organo, la *Kommission zur Ermittlung der Konzentration in Medienbereich* (Kek), composta di 12 membri, 6 dei quali nominati dai *Ministerpräsidenten* dei *Länder* (gli omologhi dei Presidenti delle Giunte regionali) tra esperti di diritto dell'informazione e diritto *antitrust*. I restanti 6 membri sono eletti dalle Lma all'interno dei loro componenti.

2. L'opzione per una *governance* accentrata delle reti: l'Agenzia federale sulle reti (*Bundesnetzagentur*, BNetzA)

Come si è detto, l'Agenzia federale per le reti ha competenze unicamente in relazione alle infrastrutture. Se si vuole, relativamente alle reti di telecomunicazione essa ha una posizione a grandi linee paragonabile alla Commissione per le infrastrutture e le reti dell'Agcom italiana, senza però assommarvi anche le competenze della Commissione per i servizi e i prodotti.

Tuttavia, va precisato che l'idea di «convergenza» di cui è portatrice è riferibile in senso assai lato alle reti complessivamente intese, ossia non limitatamente al settore delle comunicazioni, ma in generale rispetto alle infrastrutture fisiche (e non) su cui viaggiano servizi di interesse generale: a seguito di progressive espansioni delle sue competenze in forza di ripetute modifiche legislative, oltre allo spettro elettromagnetico, alla rete internet ed alla telefonia (mobile e fissa), essa provvede al controllo ed alla

¹⁰⁹ Sul punto, I. Bellini-S. Venturi, *Il sistema radiotelevisivo in Germania*, in *Il Diritto delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni*, 2000, p. 609 s.

vigilanza (oltre che, se del caso, alla regolazione) delle reti elettrica e di distribuzione del gas, della rete ferroviaria, nonché della rete dei servizi postali. Anzi, storicamente essa costituisce la fusione tra alcuni uffici facenti capo, fino al 1997, al Ministero federale per le poste e le telecomunicazioni e l'organo di controllo del settore (l'Ufficio federale per le poste e telecomunicazioni, il *Bundesamt für Post und Telekommunikation*, BAPT), con cui si diede vita, il 1° gennaio 1998, in coincidenza con l'apertura del mercato ad operatori privati, all'Autorità di regolazione per le telecomunicazioni e le poste (*Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post*, RegTP)¹¹⁰. In seguito, con l'incorporazione, nel 2005, delle competenze in materia di reti di distribuzione dell'energia elettrica e del gas, l'organo ha preso la denominazione di Agenzia federale per le reti¹¹¹. Infine, l'anno successivo, l'ambito di azione è stato esteso anche alla rete ferroviaria, delineando così il quadro attualmente vigente.

Come si comprende, più che il concetto di convergenza tecnologica tra i mezzi di trasmissione di analoghi contenuti, è stato il concetto stesso di rete ad aver guidato la costruzione dell'Autorità federale tedesca, sottolineando come il governo di una infrastruttura condivisa (o da condividere progressivamente...) ponga problematiche costanti rispetto all'accesso alla stessa e alla concorrenza tra operatori, indifferentemente dalla tecnologia e dalla stessa finalizzazione delle piattaforme.

Ciò che invero risulta più problematica è la sua indipendenza rispetto al Governo federale e, in particolare, al Ministero federale dell'economia. Anzitutto, va segnalato che il Presidente dell'Agenzia è nominato dal Governo federale (ancorché con qualche forma di accordo con le opposizioni). Inoltre, con specifico riferimento alla disciplina dettata in sede di Wto riguardo alle telecomunicazioni, la natura ibrida della BNetzA

¹¹⁰ Sui primi sviluppi del mercato delle tlc in Germania a seguito dei superamenti dei monopoli statali v. J. Wieland, *L'influsso del diritto europeo sul diritto amministrativo tedesco: il caso delle telecomunicazioni*, in *Rivista Italiana di Diritto pubblico comunitario*, 1998, p. 1451 s.

¹¹¹ Sul punto, G. Hermes, *La ripartizione delle competenze tra lo Stato federale tedesco e i Länder nel settore dell'energia elettrica*, in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 2002, p. 515 s.

e il suo essere ancora in qualche modo collegata alla struttura ministeriale, appare di assai dubbia compatibilità con il *Reference Paper on Basic Telecommunications*, attuativo del *General Agreement on Trade in Services* (c.d. Gats), ed in particolare con la sua *section 5* dedicata al concetto di *Independent regulators*¹¹².

Quanto infine ai rapporti dell'Agenzia federale con le Autorità sui media dei *Länder*, è opportuno chiarire che questo non è affatto gerarchico: oltre che per la citata differenziazione di competenze, la reciproca indipendenza è assicurata dalla distinzione delle basi giuridiche (e, dunque, dalla differenza degli strumenti ivi previsti). Dunque, non sussiste in alcun modo un rapporto analogo a quello che nell'ordinamento italiano tra Agcom e Co.Re.Com., secondo il quale gli ultimi sono «funzionalmente» organi della prima (nonché possono essere destinatari di funzioni delegate da parte della stessa). Infine, è opportuno segnalare che l'Agenzia ha una serie di uffici decentrati, direttamente dipendenti da essa e strutturalmente distinti dalle Lma, che si occupano di questioni settoriali, a seconda dei casi non solo per lo specifico ambito di competenza ma anche con rilievo nell'intero territorio federale¹¹³.

¹¹² Sul punto, si v. i rilievi sollevati dai rapporti dell'*United States Council for International Business* (Uscib), che periodicamente tornano a ribadire la preoccupazione per la mancanza di una indipendenza soggettiva e funzionale della BNetzA rispetto al Ministero, nonché per il fatto che le sue decisioni non abbiano un regime adeguato di pubblicità, in particolare in riferimento al processo di adozione: http://www.uscib.org/docs/2008_1377_review.pdf. Sul punto anche S. Battini - G. Vesperini, *L'indipendenza del regolatore nazionale imposta dal diritto europeo e globale*, in Astrid, *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, a cura di M. D'Alberti - A. Pajno, Bologna, il Mulino, 2010, pp. 61 s.

¹¹³ Ad esempio, vi sono uffici regionali per l'assegnazione delle frequenze, per la vigilanza sul mercato, per il servizio mobile marittimo, etc. Quanto alla competenza territoriale, questa dipende dalle decisioni organizzative della stessa Agenzia e dal numero di uffici decentrati deputati ad una specifica funzione. Ad esempio, in relazione alle frequenze per i radioamatori, l'ufficio con sede a Mülheim in Assia ha competenza per l'intero territorio federale.

3. In particolare: il ruolo della BNetzA sulla rete internet e le prospettive relative alle NGNs alla luce della sentenza Commissione c. Germania, C-424/07

Riguardo alle telecomunicazioni, l'Agenzia federale sulle reti è stata investita, in particolare, di competenze in relazione all'analisi dei mercati, al controllo di pratiche abusive degli Smp, all'allocazione dello spettro, nonché, in particolare, rispetto all'accesso alla rete. Inoltre, a differenza delle Lma che sono del tutto prive di tale attribuzione, la BNetzA ha un esplicito riconoscimento legislativo al fine di intervenire in sede di risoluzione delle controversie (cd. *Mediationsverfahren*, Art. 124 del TKG)¹¹⁴.

Con particolare riferimento alla costruzione delle reti di prossima generazione (c.d. NGNs), è di sicuro interesse segnalare che è recentemente intervenuta una pronuncia della Corte di giustizia che ha dichiarato contraria al diritto dell'Unione europea una norma nazionale (nella specie, l'art. 9a TKG) che comporti una compressione dell'autonomia dell'Autorità nazionale di regolazione¹¹⁵. Per meglio comprendere la vicenda, è opportuno qualche accenno alla disciplina approvata nel febbraio 2007, di modifica del *Telekommunikationsgesetz*, nonché, più in generale, rispetto alla situazione del mercato delle telecomunicazioni in Germania.

Partendo da quest'ultimo punto di vista, va subito richiamata l'attenzione sul fatto che il Governo federale tedesco (e, in generale, l'operatore economico pubblico) detiene tuttora una quota rilevante dell'operatore ex monopolista, ossia DeutscheTelekom (DT). A differenza di quanto avvenuto in Italia (ma non, tanto per citare un altro caso, in Francia), l'apertura del mercato tedesco delle tlc non ha (ancora?) portato ad una completa privatizzazione dell'*incumbent* e tuttora il 14,7% è detenuto direttamente dal Tesoro federale, mentre un ulteriore 16,87% è detenuto dal *KfW Bankengruppe* (ossia il *Kreditanstalt für Wiederaufbau*, ossia la

¹¹⁴ Cfr. G. Della Cananea, *La definizione delle controversie nelle comunicazioni elettroniche: dall'Autorità ai comitati regionali*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2008, p. 833 s., spec. p. 841.

¹¹⁵ Così la sentenza della Corte di giustizia del 3 dicembre 2009, causa C-424/07 *Commissione c. Germania*.

«Banca per la ricostruzione», una sorta di omologo della Cassa depositi e prestiti)¹¹⁶.

In questo quadro, nella prospettiva della costruzione delle NGNs, il legislatore federale aveva optato per una soluzione alquanto «estrema» di pressoché completa deregolamentazione del mercato delle reti di prossima generazione. Nel 2007 si era infatti proceduto ad una modifica della normativa di settore, inserendo il citato art. 9a nel TKG e prevedendo con esso una netta differenziazione tra mercati di tlc «tradizionali» e «nuovi mercati» (tra i quali, in particolare, le NGNs). Per questi «nuovi mercati», al contrario dei primi, l'intervento regolativo *ex ante* da parte della BNetzA era subordinato al fatto che l'ostacolo alla piena realizzazione di un mercato concorrenziale fosse stato «di lungo periodo» (*langfristig*)¹¹⁷. Tale opzione (de)regolativa, particolarmente favorevole per DT¹¹⁸, era stata fatta discendere da una lettura estensiva del considerando n. 27 della direttiva quadro, ove si affermava la possibilità di vincoli *ex ante* limitatamente ai casi ed ai settori nei quali si fosse riscontrata una mancanza di concorrenza¹¹⁹.

¹¹⁶ Sull'assetto proprietario di DT, si v. www.telekom.com/dtag/cms/content/dt/de/22518 (dati aggiornati al 31 dicembre 2010, sito consultato il 19 aprile 2011).

¹¹⁷ Sulle diverse opzioni regolative rispetto alle NGNs si v. Ofcom, *Regulatory challenges posed by next generation access networks. Public discussion document*, disponibile sul sito <http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/research/telecoms-research/nga.pdf>, 23 novembre 2006; nonché *Id.*, *Next generation new build. Promoting higher speed broad band in new build housing developments*, in <http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/newbuild/summary/condoc.pdf>, 16 aprile 2008, sui quali v. G. De Minico, *La sfida europea sulle telecomunicazioni: autori, regole, obiettivi*, in *Mezzi di comunicazione e riservatezza: ordinamento comunitario e ordinamento interno*, a cura di A. Pace R. Zaccaria G. De Minico, Napoli, 2008, pp. 253 e ss., spec. p. 177 e ss.

¹¹⁸ Tra l'altro, è interessante notare come nella consultazione pubblica sulla realizzazione delle NGNs svolta dalla BNetzA prima dell'intervento della sentenza della Corte di Lussemburgo, l'intervento di DT è stato nel senso di una forte differenziazione delle nuove reti rispetto alle precedenti, rafforzando la prospettiva di una nuova regolamentazione. Si v., sul punto, la memoria presentata da DT, reperibile sul sito: http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/BNetzA/Sachgebiete/Telekommunikation/Regulierung/NextGenerationAccess/DTAG220709pdf.pdf?__blob=publicationFile, spec pp. 20 e ss.

¹¹⁹ È forse opportuno riportare alcuni passaggi del considerando n. 27 della direttiva “quadro” (2002/21/CE): “(27) È essenziale che gli obblighi *ex ante* vengano imposti

Tuttavia, come è poi emerso dalla pronuncia del giudice di Lussemburgo (e dalle conclusioni dell'avvocato generale Poiares Maduro¹²⁰), l'intervento del legislatore federale tedesco finiva comunque per porre in essere un condizionamento assoluto nei confronti della Nra, almeno nel senso di rendere aprioristicamente deregolamentato il mercato legato alle NGNs, a prescindere dall'analisi (o, almeno, prima che sul punto potesse pronunciarsi) la stessa Nra. È interessante sottolineare che la sentenza della Corte di giustizia non intervenga a censurare di per sé la scelta deregolativa ma, più che altro, confermi la necessaria autonomia della Nra nel giungere a una simile opzione, lasciando quindi particolarmente «rigido» il quadro normativo risultante dagli artt. 15 e 16 della direttiva quadro.

Dunque, dalla pronuncia del giudice europeo esce sicuramente rafforzato il ruolo della BNetzA, ritenuto ormai indispensabile dal giudice dell'Unione e, soprattutto, non condizionabile (almeno nell'*an*), da parte del legislatore federale. Anzi, dalla stessa pronuncia sembra delinearsi un necessario collegamento, sul tema, delle diverse regolazioni nazionali, quasi imponendo un coordinamento delle diverse Nra in sede di *Board of European Regulators for Electronic communications*¹²¹ (c.d. Berc, del

esclusivamente quando non esista una concorrenza effettiva, vale a dire sui mercati in cui una o più imprese detengono un significativo potere di mercato e quando i mezzi di tutela apprestati dal diritto nazionale e comunitario della concorrenza non siano sufficienti a risolvere il problema. [...] Le autorità nazionali di regolamentazione dovrebbero analizzare se un determinato mercato di prodotti o servizi sia effettivamente concorrenziale in una determinata area geografica, che può essere costituita dalla totalità o da una parte del territorio dello Stato membro interessato ovvero da parti limitrofe dei territori di Stati membri considerate nel loro complesso. Nel determinare se esista un'effettiva concorrenza si dovrebbe valutare se il mercato sia concorrenziale in prospettiva e quindi se l'assenza di concorrenza effettiva sia duratura. Questi orientamenti affronteranno anche la questione dei nuovi mercati emergenti nei quali l'impresa leader verosimilmente detiene un significativo potere di mercato ma non per questo dovrà essere assoggettata ad obblighi ingiustificati. [...].

¹²⁰ Le conclusioni sono state presentate il 23 aprile 2009.

¹²¹ Così B. Brancoli Busdraghi, *I regolatori nazionali delle comunicazioni elettroniche: finalmente agenti comunitari?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, p. 589 s., riprendendo l'idea già a suo tempo lanciata da S. Cassese, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2002, p. 689 s. ed anzi spingendola fino a sostenere l'esistenza di una vera e propria «materia riservata» alle NRA.

quale, quasi per un caso, è presidente *pro tempore* proprio il tedesco Matthias Kurth, Presidente della BNetzA).

4. Le Autorità per i media dei *Länder* (Lma): profili strutturali e funzionali

Pur in assenza di competenze in materia di controllo e vigilanza sulle reti, conviene forse accennare ai tratti essenziali di struttura e funzionamento delle Autorità costituite nei diversi *Länder*, soprattutto al fine di evidenziare le principali analogie e differenze con l'esperienza italiana dei Co.Re.Com.

La struttura delle singole Lma e le funzioni dei rispettivi organi di governo sono disciplinate, caso per caso, da leggi dei *Länder* di appartenenza (in particolare, dalle leggi del *Land* sulla emittenza televisiva). Benché la struttura organizzativa, i meccanismi di nomina e le stesse funzioni affidate alle Lma siano diverse da *Land* a *Land*, sono in ogni caso rinvenibili alcuni tratti comuni a tutte le esperienze, quali: la presenza, in ciascuna di esse, di un organo esecutivo monocratico e una assemblea più ampia, tendenzialmente composta da un numero di membri compreso tra 15 e 30. L'organo esecutivo delle Lma (Direttore o Presidente, a volte affiancato da un direttore amministrativo o da un amministratore delegato) ha la rappresentanza esterna dell'organo, ne assicura l'unità di indirizzo e predispone l'ordine delle priorità di intervento. L'organo assembleare variamente denominato *Medienrat*, *Medienkommission*, *Rundfunkausschuss* è eletto dalla Dieta statale (*Landtag*), quasi ovunque con maggioranze particolarmente ampie o comunque con meccanismi che permettano la partecipazione delle opposizioni alla definizione della composizione dell'organo. In diversi casi, i componenti di nomina parlamentare sono integrati da ulteriori membri nominati da particolari

categorie sociali o economiche in modo da rispecchiare il più ampio pluralismo¹²².

Le leggi dei *Länder* assegnano alle Lma una vasta gamma di strumenti di intervento e sanzionatori, che spaziano da un semplice richiamo a multe pecuniarie di varia entità, fino a giungere al ritiro della licenza di trasmissione. I poteri sanzionatori sono esercitati dall'Assemblea (a seconda dei casi, su proposta del Direttore o anche di propria iniziativa).

Oltre all'attività di vigilanza e controllo, le Lma curano e promuovono ricerche riguardanti l'ambito radiotelevisivo¹²³, nonché sostengono programmi statali di c.d. «educazione ai media». Infine, in alcune realtà territoriali si occupano anche di finanziamenti alle produzioni cinematografiche di interesse culturale locale (es. nello Schleswig-Holstein).

¹²² A mo' di esempio, si v. l'art. 40 della legge sui media della Bassa Sassonia, che indica i soggetti deputati ad esprimere propri membri nella Assemblea della Lma: un rappresentante per ciascuno dei partiti presenti con un proprio gruppo all'inizio del mandato del *Landtag* (al gruppo più numeroso è attribuito un ulteriore membro); un membro della Confederazione delle Chiese protestanti della Bassa Sassonia; un membro della Chiesa cattolica romana; un membro prescelto d'accordo tra l'Associazione Nazionale delle Comunità Ebraiche della Bassa Sassonia e l'Associazione nazionale delle comunità ebraiche della Bassa Sassonia; due membri della Confederazione sindacale tedesca; un membro del Servizio Civile Associazione tedesca; due membri di associazioni imprenditoriali; un membro delle associazioni di categoria; un membro del Consiglio nazionale delle donne; un membro del Consiglio Nazionale della Gioventù; un membro della Confederazione Sport; un membro del Consiglio Nazionale della Musica; un membro dell'Agenzia per il cinema e i media; un membro dell'Associazione tedesca dei giornalisti; un membro nominato d'accordo tra l'Associazione degli editori di quotidiani della Germania nord-occidentale e il L'associazione degli editori di periodici della Bassa Sassonia e Brema; un membro dell'Associazione delle professioni liberali; un membro della Associazione insegnanti di tedesco; un membro dell'Associazione delle famiglie tedesche della Bassa Sassonia.

¹²³ Le ricerche promosse confluiscono in un rapporto annuale reperibile sul sito: <http://www.alm.de/141.html>.

5. Gli strumenti di governance e il coordinamento a livello federale tra le Autorità dei *Länder*

Dal punto di vista degli strumenti di regolazione del settore radiotelevisivo vi sono alcune particolarità degne di nota. L'atto fondamentale della disciplina di settore non è una legge o un altro atto normativo federale, bensì un accordo (*Vertrag*) tra tutti i 16 *Länder*, recepito da ciascuno di essi con legge.

L'originario Accordo interstatale sulla radiotelevisione (*Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien*, RStV) fu firmato nel 1987 e successivamente rinnovato, con progressive modifiche, ben 14 volte (da ultimo il 10 giugno 2010, modifica per la quale il processo di ratifica da parte delle Diete statali è tuttora in corso)¹²⁴.

I contenuti dell'Accordo sono essenzialmente:

- la disciplina della coesistenza tra servizio pubblico e emittenti private;
- il servizio pubblico di radiodiffusione;
- i limiti qualitativi per pubblicità ed i tetti di affollamento;
- il diritto di accesso;
- il monitoraggio della concentrazione dei media¹²⁵.

Un elemento di sicuro interesse per l'osservatore italiano è che gli organi in parola hanno tra loro stabili e formalizzati meccanismi di collegamento e cooperazione, organizzati nell'ambito dell'Associazione delle Lma (*Arbeitsgemeinschaft der Landesmedienanstalten*, ALM). La cooperazione si svolge su tre piani distinti:

- la Conferenza dei Direttori (*Direktorenkonferenz der Landesmedienanstalten*, DLM), che riunisce i vertici degli organi esecutivi delle 14 autorità e che può funzionare anche come Commissione di regolazione tecnica (*Kommission für Zulassung und Aufsicht*, ZAK), all'interno della quale vengono prese le decisioni fondamentali per lo sviluppo armonico del sistema televisivo privato a livello federale;

¹²⁴ La versione in vigore dell'accordo è disponibile sul sito internet http://www.alm.de/fileadmin/Download/Gesetze/RStV_aktuell.pdf.

¹²⁵ Sui contenuti dell'Accordo v., diffusamente, R. Hartstein-W.D. Ring-J. Kreile-D. Dörr-R. Stettner, *Rundfunkstaatsvertrag: Kommentar*, München, 2009.

- la Conferenza dei Presidenti degli organi collegiali (*Gremienvorsitzendenkonferenz*, GVK);
- la Conferenza generale (*Gesamtkonferenz*, GK), che raduna in un'unica sede i componenti dei due organi appena richiamati.

Gli obiettivi della cooperazione tra le Autorità dei diversi *Länder* sono esplicitati nell'Accordo interstatale e riguardano lo svolgimento congiunto di compiti di interesse comune nell'ambito dei media audiovisivi, in particolare riferite alla scelta di soluzioni tecnologiche e giuridiche uniformi sull'intero territorio federale, allo scambio di informazioni ed opinioni con i fornitori di contenuti, alla richiesta congiunta di pareri di esperti.

6. Conclusioni

Alla luce delle caratteristiche essenziali richiamate, l'esempio tedesco offre spunti ambivalenti rispetto alle ipotesi di «trasposizione» in Italia di meccanismi analoghi. In generale, la struttura degli organi di vigilanza e controllo appare modellata su un paradigma completamente differente da quello italiano, e di conseguenza risulta problematico ricostruire il rapporto tra Agcom e Co.Re.Com., come omologo rispetto a quello che intercorre tra *Bundesnetzagentur* e *Landesmedienanstalten*. Inoltre, lo stesso modello tedesco appare, al momento, non privo di criticità strutturali, anzitutto sotto il profilo dell'effettiva indipendenza della Nra rispetto al Governo federale, e non risultano del tutto sciolti i dubbi rispetto alla sua piena compatibilità con il quadro normativo europeo e globale.

Al netto di queste obiezioni preliminari ma condizionanti, dal caso tedesco emergono comunque spunti di carattere generale che potenzialmente potrebbero risultare interessanti per l'osservatore italiano. In particolare, l'esigenza di un approccio integrato alla *governance* delle reti (al plurale!) appare quanto mai una «buona pratica» ricavabile da questa esperienza, anche al fine di evitare l'insorgenza di principi e prassi applicative divergenti rispetto tanto all'accesso alla rete da parte di fornitori di servizi

«nuovi», quanto alle prerogative ed allo status dell'*incumbent*. È pur vero che un simile approccio richiede di accedere ad una necessaria differenziazione del trattamento dei contenuti (finendo quindi per limitare l'approccio unitario al settore delle comunicazioni). Nondimeno, l'impostazione propria del caso tedesco sembra condurre il sistema nel suo complesso ad una maggiore coerenza, favorendo in particolare la massima apertura dei mercati di riferimento, con effetti virtuosi sulla moltiplicazione dei soggetti privati coinvolti (e, dunque, sul pluralismo).

In secondo luogo, con specifico riferimento al ruolo da poter assegnare, in ipotesi, ai Co.Re.Com. nella *governance* della rete fisica di prossima generazione, dall'analisi del modello tedesco appare inevitabile che la definizione di tale ruolo debba essere consequenziale alla scelta sulla proprietà della rete stessa, nonché, in particolare, al livello di governo che intervenisse a supporto dei privati investitori. Il raggiungimento in Italia della completa privatizzazione dell'*incumbent* (a differenza della Germania, ma anche della Francia) richiede comunque anche se forse con qualche paradosso una partecipazione più o meno diretta dell'investitore pubblico e necessita sicuramente di una vigilanza particolare rispetto alla costruzione e alla *governance* delle reti di prossima realizzazione. Di conseguenza, nel caso si procedesse alla realizzazione di una infrastruttura unica per l'intero territorio nazionale, sembrerebbe auspicabile limitare l'intervento dei Co.Re.Com. ad una azione in qualità di meri organi decentrati dell'Agcom, se non altro per evitare l'insorgere di approcci differenziati su base territoriale. Al contrario, e per altro in maniera forse più adesiva al quadro che sembra andarsi progressivamente a delineare nella realtà¹²⁶, ove si giungesse alla realizzazione di una pluralità di reti (distinte per proprietà e modalità di costruzione ed utilizzo), non potrebbe non vedersi un ruolo più incisivo del Co.Re.Com. competente.

L'idea di una pluralità di reti di prossima generazione che fossero sviluppate in maniera asimmetrica e autonoma nelle diverse parti del territorio nazionale, rischia però di sollevare problemi di diversa natura. Per

¹²⁶ Ci si riferisce, in particolare, ai progetti di realizzazione di NGNs in Lombardia, nella Provincia autonoma di Trento, nonché altrove.

un primo profilo, non va trascurato il rischio per cui una simile differenziazione possa condurre a difficoltà tecniche di interconnessione tra le varie reti, specie alla luce dell'elevato numero di soluzioni tecnologiche percorribili¹²⁷. Inoltre, non si può sottovalutare il limite di un integrale affidamento a logiche di mercato in un Paese come l'Italia, nel quale vi sono parti rilevanti di territorio nelle quali la (bassa) domanda di banda larga e ultralarga porterebbe a non rendere economicamente giustificabile (o sostenibile) l'investimento per l'infrastruttura¹²⁸. Di conseguenza, anche in considerazione del fatto che l'accesso alle NGNs si configura come condizionale alla piena fruibilità di prestazioni concernenti diritti (civili e) sociali¹²⁹, diviene a maggior ragione centrale il ruolo di vigilanza da esercitare sulla rete stessa, sia riguardo all'accesso ad essa da parte degli utenti e sia riguardo alla salvaguardia della concorrenza tra gli operatori e tra i fornitori di contenuti.

Anche nel caso di costruzione di una pluralità di reti «locali», insomma, sembra ugualmente irrinunciabile un certo grado di uniformità del regime di vigilanza e controllo, almeno nel senso della garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni che soltanto la «regia» operata direttamente dall'Agcom potrebbe garantire. Anche in questa seconda ipotesi, dunque, il ruolo da attribuire ai Co.Re.Com. sembrerebbe dunque limitato a quello di una mera *longa manus* dell'Autorità, come del resto mostrato dall'esperienza tedesca di *governance* della rete.

¹²⁷ Cfr. J. Scott Marcus, *IP-Based NGNs and Interconnection: The debate in Europe*, in *Communications & Strategies*, 2008, pp. 17 e ss.

¹²⁸ Cfr. A. Gavosto G. Ponte C. Scaglioni, *Investment in Next Generation Networks and the role of regulation: a real options approach*, in http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1080564&.

¹²⁹ Sul punto, cfr. G. De Minico, *Tecnica e diritti sociali nella regulation della banda larga*, in *Dalla tecnologia ai diritti. Banda larga e servizi a rete*, Napoli, 2010, pp. 3 e ss.

CAPITOLO III

Modello italiano, tedesco e spagnolo.

Aspetti comuni, differenze e loro trasferibilità

L'analisi del modello spagnolo e del modello tedesco mostrano alcuni spunti rilevanti ai fini dell'indagine sin qui condotta.

Il primo aspetto riflette una prassi, comune ai tre ordinamenti, consistente nella creazione di organismi competenti nel settore delle comunicazioni, ma a raggio d'azione territorialmente ridotto.

Tuttavia, questa similitudine si rivela soltanto apparente, date le diverse declinazioni con le quali gli ordinamenti presi in considerazione delineano i requisiti soggettivi e funzionali delle singole Autorità.

1. L'esperienza spagnola

Con specifico riferimento all'esperienza della Catalogna, l'analisi ha evidenziato che le Comunità autonome hanno delineato un sistema reticolare di Autorità indipendenti, intese quali potenziali modelli di riferimento per quella italiana: anzitutto, perché tramite un meccanismo di nomina «virtuoso» queste risultano essere sostanzialmente sottratte alle influenze dell'esecutivo locale; oltre ai requisiti di neutralità e indipendenza, d'altronde, si aggiunga la considerazione che tali organismi sono statutariamente contemplati. Si tratta di requisiti di cui, come già più volte sottolineato, difettano gli equivalenti Comitati regionali per le comunicazioni.

D'altronde, le competenze funzionali, ancorché concentrate sulla regolamentazione dei contenuti, sembrano astrattamente trasferibili anche nel nostro sistema: l'analisi del modello straniero consente di riconoscere e

Questo capitolo è di Marana Avvisati e Giovanni Piccirilli.

importare poteri di monitoraggio, informativi e stragiudiziali nel segmento della banda larga e ultra larga.

D'altronde, la mancanza di raccordo efficiente in senso orizzontale e verticale fra le singole articolazioni territoriali ha determinato il rischio di una eccessiva frammentazione della funzione regolativa. Ogni Comunità autonoma corre il rischio di procedere indipendentemente dall'altra, svilendo così, in definitiva, il significato ultimo sotteso alla disciplina delle materie rientranti nella potestà normativa concorrente, quello della partecipazione vicendevole dei livelli territoriali, ma nello spirito comune dei principi regolatori fondamentali. Alla diversificazione delle regole, poi, si riconnette un altro rischio, quello della disgregazione del mercato, suddiviso in molteplici realtà locali. Infine, vi è la minaccia più grave, consistente nella diversa garanzia nell'esercizio dei diritti di rilevanza fondamentale: qui le singole Autorità, oltre a stabilire le regole di comportamento dei privati, sviluppano e concretizzano i principi generali regolatori del sistema, poiché la legge istitutiva riconosce loro l'esercizio di poteri regolamentari e sanzionatori. Si tratta, in tal caso, di facoltà non importabili, poiché il modello si porrebbe in contrasto con il quadro normativo europeo e interno.

2. L'esperienza tedesca

D'altronde, come è emerso dalla panoramica sul caso tedesco, il sistema italiano e quello della Repubblica federale appaiono impostati su due paradigmi estremamente diversi, che sembrano rendere impraticabile qualunque ipotesi di trasferibilità di elementi del secondo nel primo. Peraltro, lo stesso modello tedesco appare, al momento, non privo di criticità strutturali riferite in particolare all'effettiva indipendenza dell'Autorità nazionale di regolazione che suscitano non poche perplessità innanzitutto in ordine alla sua piena compatibilità con il quadro normativo europeo e globale.

Al netto di queste obiezioni preliminari ma condizionanti, dal caso tedesco emergono comunque spunti di carattere generale che potenzialmente potrebbero risultare interessanti per l'osservatore italiano. Innanzitutto, appare felice l'idea di una Autorità unica per le reti, che se da una parte conduce alla necessaria differenziazione del trattamento dei contenuti (e quindi giunge a limitare l'approccio unitario al settore delle comunicazioni), dall'altra sembra condurre il sistema nel suo complesso ad una maggiore coerenza, favorendo in particolare la massima apertura dei mercati di riferimento, con effetti virtuosi sulla moltiplicazione dei soggetti privati coinvolti (e, nello specifico, del pluralismo).

In secondo luogo, con specifico riferimento alla ipotesi di configurazione di un ruolo dei Co.Re.Com. nella *governance* della rete fisica di nuova generazione, dall'analisi del modello tedesco appare inevitabile che la definizione di tale ruolo debba essere consequenziale alla scelta sulla proprietà della rete stessa, nonché, in particolare, al livello di governo che intervenisse a supporto dei privati investitori. Il raggiungimento in Italia della completa privatizzazione dell'*incumbent* (a differenza della Germania, ma anche della Francia) richiede infatti una necessaria partecipazione più o meno diretta dell'investitore pubblico. Di conseguenza, nel caso si procedesse alla realizzazione di una infrastruttura unica per l'intero territorio nazionale, il ruolo dei Co.Re.Com. non sembra poter andar oltre l'azione in qualità di meri organi decentrati dell'Agcom. Al contrario, e per altro in maniera più adesiva al quadro che sembra andarsi progressivamente a delineare nella realtà, ove si giungesse alla realizzazione di una pluralità di reti distinte per proprietà e modalità di costruzione e utilizzo, non potrebbe non vedersi un ruolo più incisivo del Co.Re.Com. interessato. Al contempo, tuttavia, la complessità del sistema richiederebbe comunque un ruolo forte dell'Autorità nazionale, se non altro per garantire *standard* comuni dal punto di vista tecnologico che promuovano la massima interconnettibilità tra le diverse infrastrutture.

PARTE QUARTA

POSSIBILI RUOLI DEI CO.RE.COM. IN RELAZIONE ALLE NGNS

1. Compiti dei Co.Re.Com. in relazione alle N.G.Ns e alla loro governance

1.1 Il modello pubblico

Esamineremo il tema alla luce delle possibili opzioni regolatorie che potrebbero intravedersi, declinate in ragione del modello di rete concretamente realizzato nel territorio.

Nel caso in cui lo Stato decidesse di coprire integralmente i costi necessari alla realizzazione della rete veloce¹³⁰ alla luce degli effetti positivi che la banda larga e ultralarga esercitano per l'economia nel suo complesso¹³¹

Questa parte è di Giovanna De Minico.

¹³⁰ Secondo F. Bassanini, *Le infrastrutture strategiche tra Stato e mercato e gli effetti della crisi economico-finanziaria*, testo integrato della prefazione a Astrid, *I nodi delle reti. Infrastrutture, mercato, interesse pubblico*, a cura di P.M. Manacorda, Firenze, 2010, reperibile in www.astrid.eu: «La proprietà pubblica (o a partecipazione pubblica) può inoltre essere preferibile nei casi nei quali gli investimenti necessari per lo sviluppo e l'ammodernamento della infrastruttura appaiono, per dimensioni, profilo temporale e redditività (Irr), tali da non poter essere accollati ad un'impresa privata, neppure prevedendo adeguati incentivi tariffari, fiscali, monetari e o regolatori (in specie se si tiene ferma l'inopportunità di scaricare sugli utenti oneri insopportabili in termini di prezzi e tariffe). È il caso non soltanto, ovviamente, delle infrastrutture “fredde”, ma anche di infrastrutture “calde”, quando la redditività è differita nel tempo, e quando le politiche pubbliche ritengano utile promuovere la crescita e l'innovazione facendo leva sull'offerta di nuovi servizi ai quali non corrisponde ancora una domanda adeguata (si pensi, per esempio, ai grandi investimenti pubblici nelle NGN di telecomunicazione in Cina, USA, Corea del Sud, Giappone)».

¹³¹ Sugli effetti socio-economici derivanti dagli interventi di realizzazione delle reti a banda larga e ultralarga cfr. I-COM, *Intervento pubblico e banda larga: un'analisi dell'efficacia delle politiche a livello internazionale e italiano*, Rapporto presentato al convegno *Banda larga: le parole chiave per la nuova generazione*, Camera dei Deputati, Roma, 2 febbraio 2011 e reperibile su www.astrid.eu.it. Nel Rapporto si legge che i benefici socio-economici sarebbero: stimolo della crescita della Nazione, stimolo dell'occupazione, dell'innovazione e della competitività delle imprese, miglioramento della qualità dei servizi pubblici, promozione dell'inclusione sociale.

potrebbe spettargli anche il momento successivo: il governo della rete tramite un soggetto di derivazione pubblica, che si limiterà a negoziare con i fornitori dei servizi la capacità trasmissiva della rete, essendogli precluso l'intervento nei traffici sul mercato al dettaglio, cioè il servizio di connessione all'utente finale.

Il vantaggio del gestore «neutrale» è il suo essere antitetico all'operatore verticalmente integrato, presente contemporaneamente sul mercato all'ingrosso, come venditore di *input* di rete agli altri operatori, e su quello al dettaglio, come fornitore dei servizi al cliente. L'*incumbent* della vecchia rete, infatti, vive una condizione fisiologica di conflitto di interessi che neanche le regole asimmetriche comportamentali sono riuscite a neutralizzare. Esse infatti lo obbligano a mettere a disposizione degli altri operatori la sua rete alle medesime condizioni riservate alle proprie divisioni commerciali, pretendendo così di mimare un mercato effettivamente competitivo. Ma l'*equal access* tra i clienti indipendenti e le sue divisioni commerciali, risultato di questa finzione giuridica, non equivale affatto all'affidamento della rete a un gestore estraneo alle negoziazioni sul mercato a valle. Infatti, mentre per l'operatore integrato il rispetto formale del principio della parità di trattamento non gli impedirà di praticare agli operatori indipendenti condizioni peggiori di quelle riservate a se stesso al fine di ridurre la pressione competitiva sul mercato a valle, per il gestore pubblico neutrale le domande di accesso alla rete saranno effettivamente tutte uguali a prescindere dalla provenienza soggettiva, perché non avrebbe motivo di favorirne una a discapito di un'altra, dipendendo il suo guadagno dalle entrate connesse all'utilizzazione ottimale della rete.

La soluzione del gestore pubblico della nuove piattaforme non azzera la questione regolatoria, semplicemente ne muta l'oggetto, che diventa la fisionomia del nuovo soggetto e il suo dialogo con la sfera istituzionale. In altri termini, occorre interrogarsi su chi si rappresenterà il gestore pubblico, ovverosia se il suo interlocutore sarà il Parlamento o il Governo. Alla luce di quanto detto l'alternativa dovrebbe risolversi attraendo sia i poteri di nomina degli organi del gestore di rete sia quelli di direzione del suo *modus*

agendi alla competenza politica del Parlamento, soggetto che è in principio deputato a sintetizzare l'intera volontà nazionale, il che, per le opposte ragioni, esclude la candidatura dell'Esecutivo.

1.2 Il modello privato

La soluzione gestoria opposta affida la realizzazione della nuova rete di comunicazione a un soggetto interamente privato¹³².

Tuttavia, se la realizzazione dell'infrastruttura è delegata ad un soggetto integrato verticalmente, è difficile escludere che nel lungo periodo si produca un condizionamento reciproco della concorrenzialità dei mercati interessati, quello all'ingrosso e quello al dettaglio, soprattutto se la scelta della modalità della transizione verso le nuove reti spetti ad operatori che godono di posizioni monopolistiche preesistenti. Al fine di evitare il pericolo di gestione egoistica della rete da parte dell'operatore dominante, l'Autorità dovrebbe preferire ai rimedi comportamentali una regolazione basata sulle misure strutturali¹³³, di cui l'impegno concordato con Telecom ne rappresenta il primo esempio concludente, anche se non immune da vizi. In primo luogo, potrebbe pensarsi al rimedio della «separazione funzionale» imponendo all'*incumbent* una divisione che non interessi gli assetti societari perché non intende creare due soggetti giuridici distinti, appartenenti a diversi titolari bensì quelli meramente organizzativi, attraverso la realizzazione di due organismi interni: uno che opera a monte,

¹³² All'inizio di quest'anno l'operatore *incumbent* ha presentato alla Anr il piano di commercializzazione di un'offerta a 100 *megabit* per la fornitura del servizio di banda ultralarga limitata a 40mila clienti in sette città italiane dove fossero già presenti altri operatori in regime di concorrenza. L'avvio della sperimentazione ha ricevuto il consenso dell'Authority a condizione che la fornitura *wholesale* fosse basata sul principio del *retail minus*, cioè offrendo a monte uno sconto ai concorrenti che avrebbero poi rivenduto il traffico al dettaglio pari al 12 per cento (cd. *reselling*). L'autorizzazione dell'Agcom, tuttavia, ha carattere temporaneo: l'Autorità provvederà a un riesame del servizio alla luce delle dinamiche di mercato e in considerazione delle caratteristiche dell'offerta *wholesale* (offerta *bitstream* e successivamente in *unbundling*, secondo le regole proposte dall'Autorità attualmente al vaglio della consultazione pubblica).

¹³³ S. Papon, *Structural v behavioural remedies in merger control: a case to case analysis*, in «European Competition Law Review», 2009, 30(1), pp. 36-48.

l'altro a valle. Il primo gestirà la rete, il secondo si occuperà di coordinare, sviluppare e fornire servizi all'utente finale¹³⁴. Il fine ultimo è quello di consentire agli altri operatori di accedere alla rete alle medesime condizioni che la divisione a monte praticherà nei confronti di quella a valle, garantendo l'*equal access* per rapidità di attivazione ed erogazione dei servizi attraverso l'adozione di misure comportamentali assunte dall'ex monopolista su base volontaria (impegni)¹³⁵ o per via regolamentare.

Tuttavia, l'ipotesi di separazione funzionale che lascia invariata la proprietà della rete potrebbe presentare dei difetti intrinseci. In altri termini, chi avrà investito liquidità coinciderà con il capitale di comando dell'ex *incumbent*, e dunque permarrà una condizione di conflitto di interessi interni ed esterni¹³⁶. Anche qualora la società che costruisce la rete fosse costretta, in

¹³⁴ Nell'analisi economica, la separazione funzionale prevede la creazione di divisioni aziendali separate dai cd. *chinese wall*, ovvero da barriere consistenti in divieti informativi, separazione degli incentivi, contabilità separate e *board* di controllo. 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.

¹³⁵ Con Delibera n. 718/08/Cons, *approvazione della proposta di impegni presentata dalla società Telecom Italia s.p.a. ai sensi della legge 248/06 di cui al procedimento avviato con delibera n. 351/08/cons* (in G.U. n. 302 del 29/12/2008) l'Autorità ha approvato la proposta di impegni dell'*incumbent* relativi alla garanzia di parità di trattamento, sia tecnica che economica, per la gestione, la pianificazione, lo sviluppo e la razionalizzazione della rete di accesso all'ingrosso da parte della divisione *Open Access* di Telecom Italia, nonché al fine di promuovere lo sviluppo di infrastrutture di accesso di nuova generazione secondo l'ottica di una rete aperta. Secondo G. De Minico, *La sfida europea sulle telecomunicazioni: autori, regole, obiettivi*, in A. Pace R. Zaccaria G. De Minico (a cura di), *Mezzi di comunicazione riservatezza*, op. cit., p. 171, questa ipotesi di separazione funzionale non assicurerebbe «...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, quella che gestirà la ree, 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». Sull'esperienza inglese, cfr. tra i molti, cfr.: C. Long, *Ofcom strategic review of telecommunications: a new form of regulatory contract*, in «Tottels Communications Law», 10, 1, 2005, pp.4-5.

¹³⁶ In tema, v. F. De Brabant - P.M. Manacorda - G. Vannucchi, *Le telecomunicazioni: concorrenza, sviluppo reti di nuova generazione*, in Astrid, *I nodi delle reti. Infrastrutture, mercato e interesse pubblico*, a cura di P.M. Manacorda, op. cit., p. 344 e

ragione di un rimedio di natura comportamentale a vendere l'accesso ai concorrenti sulle proprie reti affinché queste possano competere ad armi pari sulle stesse piattaforme l'intrinseca antinomia tra divisioni interne ed esterne probabilmente stenterà ad appianarsi; senza contare che un tale provvedimento appare di scarso stimolo alla innovazione e ai nuovi investimenti, poiché l'iniziativa privata si basa sul mero raffronto fra costi e benefici derivanti dalla scelta di impiegare capitale, a prescindere dall'utilità sociale dell'operazione.

La soluzione della «separazione strutturale», invece, mira a spostare la proprietà della rete in capo a chi non abbia cointeressenze col mercato dei servizi, realizzando una totale separazione tra titolarità della rete e titolarità dei servizi attraverso lo scorporo e la cessione della infrastruttura a un soggetto pubblico o a capitale misto con prevalenza pubblica¹³⁷. In tal caso l'operatore privato potrebbe costruire, gestire e sfruttare l'infrastruttura in qualità di operatore di rete, ma sarebbe tenuto a dissociare la propria attività da quella di fornitore di contenuti e servizi.

Nel caso in cui la titolarità della rete venisse assegnata a un soggetto del tutto estraneo al mercato a valle, quindi, la *par condicio* tra tutti gli operatori con ogni probabilità sarebbe più efficace, perché la dinamica competitiva sarebbe fondata non sulle piattaforme, bensì sulla erogazione

sgg., che evidenzia come la soluzione della separazione societaria, consistente nella creazione di una vera e propria società nuova per la rete di accesso, a sua volta a controllo totale o maggioritario dell'*incumbent*, «...non differirebbe sostanzialmente dal tipo di struttura divisionale sopra richiamata ed avrebbe lo svantaggio di costi e tempi più lunghi per effetto del necessario scorporo di *asset* societari». In sintesi, secondo gli A. i pregi della soluzione funzionale sarebbero una maggiore propensione dell'*incumbent* ad accettare gli obblighi comportamentali, la rapidità dei tempi di attuazione, la presenza di un *board* di controllo indipendente. I difetti della separazione funzionale potrebbero riguardare, invece, l'effettiva capacità del *board* di accedere ai dati economici necessari per la definizione dei prezzi d'accesso, il peso preponderante dell'*incumbent* nella decisione degli investimenti, la scarsa propensione all'investimento discenderebbe da una soluzione che finisce per confermare l'utilizzo della rete preesistente.

¹³⁷ M. Cave, *Six degrees of separation: operational separation as a remedy in European telecommunication 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.

dei servizi e dei contenuti (*service competition based*). In sintesi, la soluzione della separazione proprietaria della società privata deputata alla costruzione della fibra potrebbe conservare con maggiore efficacia la neutralità del gestore di rete rispetto alle richieste di accesso delle imprese operanti nel mercato a valle. Inoltre, garantirebbe la piena operatività del principio della neutralità della rete inteso come la necessità di mantenere un uguale trattamento al traffico veicolato in quanto gli operatori a monte non sarebbero più indotti a sottrarre o ridurre banda ai concorrenti a valle¹³⁸.

1.3 Il modello a capitale misto

La soluzione, alternativa alle precedenti, del partenariato pubblico-privato potrebbe funzionare a condizione che la regia dell'intera operazione dal disegnare la fisionomia del futuro gestore, all'orientarne l'azione verso l'integrazione territoriale e l'inclusione sociale fosse rimessa allo Stato. Questo infatti, si avvale dei privati, preferibilmente nella loro dimensione collettiva, per lo svolgimento di un'attività di interesse generale, sempre che i suoi delegati siano all'altezza dei compiti loro affidati. Se la sussidiarietà è una relazione di ausilio del privato allo Stato, a questo spetterà decidere se e a quali condizioni condividere il lavoro con i privati, guidandone in anticipo gli sviluppi e, se del caso, intervenendo per riallinearlo ai fini sociali.

¹³⁸ F. De Brabant - P.M. Manacorda - G. Vannucchi, *op. ult. cit.*, secondo i quali i pregi della separazione proprietaria potrebbero così riassumersi: rispondenza agli obiettivi di del principio di neutralità della rete; possibilità per la nuova società di attestarsi come catalizzatore di interessi pubblici e privati e, conseguentemente, di nuovi investimenti; punto di attrazione per il conferimento di strutture già realizzate. I difetti di tale modello, d'altro canto, sarebbero: scarsa propensione dell'*incumbent* ad accettare tale drastica soluzione, che richiederebbe piuttosto un intervento legislativo di esproprio *ad hoc* in ragione dell'interesse nazionale; tempi lunghi di realizzazione; rischi di passaggi di consegna in mani straniere; torsione egoistica della società, nel caso rimanesse in mano privata, che potrebbe assumere natura monopolistica, o mostrare scarsa propensione alla risoluzione dei problemi connessi al *digital divide*.

Sul principio della neutralità della rete, da ultimo v. la Delibera n. 40/11/CONS di Agcom, *Neutralità della rete: avvio di una consultazione pubblica*, in Gazzetta Ufficiale n. 54 del 7 marzo 2011.

In caso contrario, cioè in assenza di intervento conformativo dello Stato, gli operatori gestirebbero la rete a proprio esclusivo vantaggio, con inevitabile sacrificio del bene comune (pluralismo delle fonti informative, inclusione sociale e equilibrio territoriale), asservito al progetto egoistico dell'impresa commerciale.

In questa ottica funzionalizzata l'impresa commerciale, sensibile agli interventi orientativi del legislatore per fini di pubblica utilità, subisce una profonda deviazione dal modello privatistico, perché il perseguimento del fine lucrativo è ammesso nella misura in cui è compatibile con gli scopi sociali della promozione territoriale delle zone in *digital divide* e dell'*equal access* alla rete tra i fornitori di servizi.

2. Ipotesi di nuove attribuzioni ai Co.Re.Com.

A questo punto della nostra indagine disponiamo di tutti i dati di fatto, cioè delle esperienze pregresse, nonché di quelli di diritto per ipotizzare inediti a favore dei Co.Re.Com.

Rispetto alla funzione di regolazione sulle NGNs tratteremo tre distinte modalità di intervento: una a monte del procedimento regolatorio, e due destinate a inserirsi nello stesso. In quest'ultimo caso, è possibile prevedere l'esercizio di una funzione *ex ante* rispetto alla definizione della misura (individuazione del mercato rilevante, dell'operatore Smp e del rimedio applicabile) e di una attivabile *ex post* (controllo sull'osservanza dei *remedies* applicati ed esercizio della relativa potestà sanzionatoria in caso di inottemperanza).

3. Il Co.Re.Com.: co-disegnatore di *FiberCo*

In primo luogo, al Co.Re.Com. potrebbe essere riconosciuto un ruolo rilevante in qualità di co-disegnatore – accanto al Ministero e agli operatori privati – del nuovo piano strategico previsto dal D.L. sulla manovra

finanziaria¹³⁹, finalizzato alla realizzazione della Società della Rete. A tal fine, a quadro giuridico invariato, il Co.Re.Com. potrebbe svolgere una funzione consultiva, ancorché facoltativa e non vincolante, giustificata in ragione dell'alta competenza tecnica che caratterizza tali organi e del loro radicamento territoriale. Si tratta, quindi, di una funzione di carattere preliminare, che si concretizza nel prevedere un coinvolgimento diretto del Co.Re.Com. allorché occorrerà realizzare il progetto strategico, ovvero di definire la mappatura nazionale della infrastruttura passiva, nonché le regole a monte poste a presidio della garanzia di accesso alla stessa.

Il contributo dei Co.Re.Com. nella fase di individuazione della architettura di *FiberCo* rappresenterebbe senza dubbio un valore aggiunto, dato che l'intervento pubblico-privato è stato relegato nelle zone in cui difetta l'iniziativa di mano privata, in ossequio al principio della sussidiarietà orizzontale. La realizzazione del progetto necessita, pertanto, della approfondita conoscenza del grado di infrastrutturazione raggiunto dalle singole zone che compongono il territorio nazionale, nonché del tipo di tecnologia applicata, anche al fine di individuare l'infrastruttura *wireless* alternativa a quella fissa.

La consapevolezza del patrimonio tecnologico di cui ogni singola regione è dotata rappresenta il punto di forza dei Comitati, e ne giustifica il pieno coinvolgimento nella fase ascendente, anche alla luce del fatto che è possibile riconoscere un ruolo attivo – ancorché non deliberativo – nella fase discendente-attuativa di cui si dirà nei paragrafi successivi.

4. Il Co.Re.Com.: interventore nel procedimento regolatorio

Veniamo alla seconda tipologia di intervento del Co.Re.Com., quella esercitabile *ex ante* rispetto al procedimento regolatorio.

Qui occorre una riflessione di carattere preliminare. La funzione di individuazione dei *remedies* si incardina per definizione, come d'altronde già evidenziato, in capo alle Anr nazionali, in coerenza con quanto previsto

¹³⁹ Cfr. Parte Prima, Capitolo II, parag. 5 del presente lavoro.

dal diritto dell'Unione. In proposito, dalla lettura congiunta del pacchetto Direttive del 2002, così come modificato nel corso del 2009, e della recente Raccomandazione europea sullo sviluppo delle NGN¹⁴⁰, emerge che le Autorità di regolamentazione sono tutte accomunate da alcuni requisiti imprescindibili: dal punto di vista soggettivo esse debbono rispondere all'obiettivo della piena garanzia di indipendenza dei rispettivi componenti; dal punto di vista funzionale, esse sono chiamate a implementare un sistema di regole omogeneo, in grado di garantire l'intercomunicabilità delle reti e, in definitiva, la convergenza delle piattaforme e dei servizi¹⁴¹.

In altri termini, le norme di derivazione europea hanno disegnato un sistema in cui i regolatori nazionali sono indipendenti rispetto agli esecutivi di ciascun sistema, e piuttosto rispondono all'esecutivo comunitario. La Commissione, difatti, intende sottoporre alla sua direzione le Anr perché non intende correre il rischio di un'eccedenza di regolazione a causa delle resistenze del singolo regolatore nazionale a un'effettiva *deregulation*. Si assiste, pertanto, a un'operazione di avocazione verso l'alto dei poteri in materia di telecomunicazioni: un moto centripeto transfrontaliero che «lega» alla Commissione le Anr, chiamate ad eseguire le linee direttrici fissate altrove. La normativa comunitaria disegna una «cinghia di trasmissione» che va dall'unicità della norma obiettivo all'unicità del momento applicativo, al fine di assicurare la coerente applicazione della disciplina europea. Sicché, la Direttiva delimita con precisione lo spazio regolativo disponibile, riducendolo essenzialmente in un ambito o direttamente riferibile al livello comunitario, o comunque assoggettato a poteri di verifica e coordinamento da parte del livello medesimo. L'impianto delineato è coerente con una filosofia fortemente centripeta, obbediente a un'applicazione verso l'alto del principio di sussidiarietà. Tale impostazione si spiega considerando proprio la centralità dell'obiettivo perseguito nel tempo e pure rammentato di assicurare la concorrenza in

¹⁴⁰ Cfr. *Considerandum* n. 3 della Raccomandazione: «...È di fondamentale importanza che gli approcci normativi adottati dalle A.N.R. siano omogenei, in modo da evitare distorsioni del mercato unico e da creare certezza del diritto per tutte le imprese investitrici...».

¹⁴¹ Cfr.: Corte costituzionale, sentt. nn. 307/2003 e 324/2003, nonché n. 336/2005.

chiave di mercato e liberalizzazione. È chiaro, infatti, che da questa impostazione deriva che la regolazione sia mantenuta al minimo indispensabile e che sia la più uniforme possibile¹⁴². Quindi, le Direttive consegnano alle Raccomandazioni della Commissione e alla volontà del regolatore nazionale la fisionomia della regolazione asimmetrica, ma pur sempre sotto lo sguardo attento della Commissione (e ora, come già sottolineato, del Berec).

Da quanto appena evidenziato ne consegue che la titolarità della funzione non potrebbe essere affidata ad altri soggetti, quali i Co.Re.Com. In quest'ultima ipotesi, difatti, una regolazione difforme da territorio a territorio non potrebbe garantire uno sviluppo armonico delle reti a livello nazionale, e darebbe luogo a contrasti con il principio di supremazia del diritto comunitario, così come prescrivono gli artt. 11 e 117, co.1, Cost..

In breve, il diritto comunitario configura in anticipo il soggetto deputato alla titolarità della funzione regolatoria, le modalità procedurali, nonché suggerisce il tipo di misura (*remedies*) applicabile. Pertanto, il decisore politico interno di livello nazionale e regionale non può discostarsi da tale moto ascendente, pena il rischio tangibile del contrasto della normativa interna col disposto costituzionale, nonché il rischio di apertura del procedimento di infrazione per violazione delle Direttive comunitarie.

D'altronde, se la prestazione a banda larga intesa come garanzia di velocità minima di qualità venisse acquisita nel paniere del servizio universale¹⁴³, non potrebbe considerarsi compatibile col disposto costituzionale uno sviluppo delle NGN a macchia di leopardo, dove Regioni virtuose si contrappongono a Regioni che invece si astengono dall'intervenire con

¹⁴² Cfr.: G. De Minico, *Decreto di recepimento del pacchetto direttive CE in materia di comunicazioni elettroniche: conformità o difformità dal diritto comunitario?*, cit.

¹⁴³ La Commissione europea, in proposito, ha avviato una consultazione pubblica chiusa nel maggio del 2010, con l'obiettivo di verificare se le norme e le definizioni relative al servizio universale vadano adeguate per tenere conto dell'avvento del digitale e, in particolare, se sia necessario estenderle all'accesso a banda larga; tra i consultati, anche De Minico relativamente al punto da ultimo indicato, reperibile al link: http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/library/public_consult/universal_service_2010/index_en.htm#Public_workshop.

misure regolamentari e finanziarie. Un siffatto modello sarebbe, anzi, servente al rischio di *digital divide* e, in ultima istanza, ostativo al pieno realizzarsi del principio di eguaglianza sostanziale *ex art. 3, co.2, della Costituzione*.

Escluso che la titolarità della funzione regolatoria possa appartenere al Co.Re.Com., definiamo i possibili spazi di apertura rimessi a quest'ultimo in materia di NGNs.

Questo può intervenire nella individuazione della misura applicabile, ma a condizione di limitarsi a suggerirla a chi sarà giuridicamente deputato a individuarla e concretizzarla. In altri termini, il Co.Re.Com., in ragione dello stretto radicamento sul territorio, e in applicazione del principio di sussidiarietà verticale, potrebbe essere chiamato a esprimere un parere all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, sotto forma di proposta del rimedio applicabile, che potrebbe a sua volta essere effettivamente recepito da quest'ultima. Sicché, qui si realizza una scissione tra l'intervento del Co.Re.Com. nell'individuazione della possibile misura regolatoria, e l'assunzione di responsabilità durante l'esercizio della medesima da parte dell'Agcom, l'unico soggetto a vocazione regolatoria riconosciuto dalle Direttive.

Ne consegue che il tipo di parere reso dal Co.Re.Com. non si potrà mai configurare come giuridicamente vincolante nel se e nel contenuto, altrimenti la funzione regolatoria verrebbe sostanzialmente rimessa a quest'ultimo. Potrebbe ammettersi, di contro, la possibilità di un parere giuridicamente obbligatorio (obbligo di consultazione del Co.Re.Com. da parte dell'Autorità senza necessità di adeguarsi a quanto da questi prospettato), qualora una legge nazionale lo declini in tal senso. Ma allo stato, si tratta di una opzione che il decisore politico non ha preso in considerazione. In assenza di un atto normativo primario, il parere reso dal Co.Re.Com. potrebbe allora configurarsi come facoltativo, cioè non obbligatorio nel se, e neanche nel contenuto.

Verifichiamo la bontà della ricostruzione che configura il Co.Re.Com. come un soggetto consultivo rispetto al parametro comunitario. Il procedimento per l'adozione del rimedio è già delineato nelle Direttive

comunitarie, in particolare nell'art. 7 della Direttiva 2002/21/CE, così come rivisitato nel 2009. Si tratta di un sistema a maglie strette, su cui le singole Anr hanno scarsa possibilità di incidere in maniera rilevante; d'altronde, l'unico parere espressamente previsto nei confronti dell'Autorità durante l'individuazione del rimedio è quello reso dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato¹⁴⁴. Escluso, quindi, che il Co.Re.Com. possa configurarsi *stricto iure* come un soggetto preposto a funzioni consultive e deputato a rendere un parere all'Autorità prima dell'avvio della consultazione pubblica, una possibilità di effettiva partecipazione all'esercizio della funzione di regolazione pur rimanendo quest'ultima incardinata sempre e comunque in capo all'Autorità medesima potrebbe intravedersi nell'applicazione generale del principio della partecipazione al procedimento.

Il pacchetto Direttive del 2002, così come recepito dal Decreto legislativo n. 259 del 2003 (cfr. art. 11, co. 3), nonché il regolamento attuativo Agcom¹⁴⁵, hanno disciplinato la partecipazione al procedimento regolatorio in materia di telecomunicazioni tramite lo strumento della «consultazione pubblica» che l'Autorità avvia al fine di raccogliere il punto di osservazione dei regolati sullo schema di provvedimento.

I regolamenti dell'Autorità hanno aperto ai privati, in qualità di portatori di interessi, la possibilità di partecipare al compito regolatorio manifestando le proprie osservazioni: pertanto, anche un Co.Re.Com. potrebbe essere un soggetto che partecipa in maniera attiva proponendo il proprio punto di vista sullo schema di provvedimento finale sottoposto alla consultazione pubblica. Sul punto, la dottrina ha da tempo soffermato la sua attenzione

¹⁴⁴ Le procedure per lo svolgimento delle analisi di mercato sono contenute negli artt. 6 e 7 della Direttiva quadro, nella Raccomandazione sull'art. 7, negli artt. 11 e 12 del Codice delle comunicazioni elettroniche, nonché nelle delibere dell'Autorità n. 335/03/CONS e n. 453/03/CONS. Al termine della fase di consultazione nazionale, la proposta di provvedimento viene inviata all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che rende il parere entro il termine di quarantacinque giorni.

¹⁴⁵ Cfr. la Delibera madre 453/03/CONS, recante *Regolamento concernente la procedura di consultazione di cui all'art. 11 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259*, nonché la Delibera n. 118/04/CONS, recante *Disciplina dei procedimenti istruttori di cui al nuovo quadro regolamentare delle comunicazioni elettroniche*.

sulla rilevanza del principio partecipativo, esaminandone il contenuto prescrittivo minimo, fondato sul criterio di legittimazione dei partecipanti (sistema obiettivo di conoscibilità dell'avvio del procedimento, previa definizione del criterio di selezione degli partecipanti basati su elementi sintomatici della loro esponenzialità) nonché sul metodo partecipativo della *par condicio* dei partecipanti (contestualità e tempestività dell'ingresso dei regolati).

L'indeterminatezza dei criteri di apertura del regolamento, tuttavia, ha determinato l'effetto di consentire a una mole indiscriminata di soggetti di proporre le proprie osservazioni, senza che corrisponda il relativo obbligo per l'Autorità di rispondere alle stesse. Inoltre, in capo all'Autorità non vi è alcun obbligo di tenerne conto in sede dell'adozione di provvedimento finale, anche soltanto tramite motivazione in caso di eventuale scostamento.

Ricapitolando, quello che gli americani chiamano *standing*¹⁴⁶, cioè i criteri per selezionare in anticipo il soggetto abilitato alla partecipazione al procedimento (portatore qualificato di interessi), le modalità di partecipazione (definizione di un tavolo congiunto in cui sono ammessi a sedere i soggetti qualificati), l'obbligo per il decisore di motivare l'eventuale scostamento, non sono mai stati puntualmente definiti dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni. Ciò potrebbe vanificare il ruolo dei Co.Re.Com. inteso quale lettore in via anticipata dell'andamento concorrenziale, poiché il suo intervento, allo stato attuale, potrebbe cadere nel vuoto.

In definitiva, occorrerebbe una legge quadro che prescriva i principi cardine della partecipazione, nonché un regolamento *ad hoc* che qualifichi il Co.Re.Com. come portatore di interessi qualificato, e quanto meno l'obbligo per l'Autorità di tenerne conto, nonché di motivare l'eventuale scostamento rispetto a quanto a essa suggerito. Questa partecipazione

¹⁴⁶ Per una approfondita disamina delle questioni relative alla partecipazione alla eteronormazione, delle condizioni di compatibilità costituzionale, e di alcuni *cases study* sull'esperienza anglosassone, sia consentito il rinvio a G. De Minico, *Regole. Comando e consenso*, Torino, 2005, in Cap. II e Cap. III.

qualificata potrebbe manifestarsi in sede di applicazione dei *remedies* quando, alla luce dei nuovi orientamenti dell'Agcom sulla regolamentazione delle NGNs, l'Autorità non è più chiamata a differenziare il mercato su base geografica *ex ante*, ma applica di volta in volta, come già sottolineato, il rimedio in ragione del grado di sviluppo della concorrenza raggiunto nelle singole aree territoriali.

5. Il Co.Re.Com.: controllore di prima istanza sull'osservanza dei rimedi

Chiarite le modalità di intervento *ex ante* rispetto al procedimento regolatorio, veniamo alla terza funzione, ovvero verifichiamo quali siano gli spazi rimessi ai Co.Re.Com. una volta individuato e applicato il rimedio da parte dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni: in altri termini, sarebbe rinvenibile in capo ai Co.Re.Com. una funzione attivabile *ex post*? Abbiamo appena sottolineato come il Co.Re.Com. potrebbe suggerire *ex ante*, durante la partecipazione al procedimento regolatorio strumentale alla consultazione pubblica, l'imposizione di un obbligo unilaterale applicabile in via astratta, tramite un parere di carattere facoltativo; una volta individuata la regola asimmetrica applicabile da parte della Anr, il Co.Re.Com. potrebbe vigilare *ex post* sulla conformità della condotta dell'operatore notificato all'obbligo comportamentale concretamente imposto dall'Autorità. In altri termini, i Co.Re.Com. potrebbero svolgere una funzione di monitoraggio sulla corretta osservanza della misura regolatoria, in qualità di braccio esecutivo dell'Autorità nazionale a forte radicamento territoriale e ad alta competenza tecnica.

E qui il cerchio si chiude: dalla partecipazione al procedimento in veste di «suggeritore» dell'Autorità alla funzione di controllo sull'osservanza degli obblighi imposti dall'Autorità stessa consegnati nel rimedio. L'attività di supporto e ausilio del Co.Re.Com. rispetto all'Autorità centrale si caratterizzerebbe, in tal guisa, per la continuità nel tempo della funzione di monitoraggio e per l'alta qualifica di chi la esercita.

Il Co.Re.Com., in quanto organo funzionale dell’Autorità, tramite la sua attività ispettiva è in grado di rilevare in via diretta e immediata le modalità di condotta dell’operatore ostative della libera concorrenza e poste in essere all’interno di un raggio d’azione circoscritto. Si tratta, dunque, di una attività di monitoraggio che appare essere facilitata rispetto a quella esercitata dall’Autorità nazionale, la quale, una volta riscontrata l’eventuale inottemperanza dell’operatore dominante rispetto all’obbligo di condotta dietro la segnalazione della sua *longa manus*, applicherà definitivamente la sanzione.

Il potere sanzionatorio, in caso di inosservanza del rimedio eventualmente imposto all’operatore, pertanto, è e resta nella mani dell’Autorità centrale, unica abilitata dalle Direttive dell’Unione a intervenire per ripristinare l’equilibrio competitivo leso. Né, d’altronde, potrebbe reputarsi diversamente, poiché affidando il potere sanzionatorio nelle mani dei singoli Co.Re.Com., per assurdo si verificherebbe che l’operatore notificato sarebbe sottoposto a sanzioni diversificate in ragione del suo radicamento regionale. Al contrario, la funzione punitiva assume dimensione nazionale, ossia il detentore della stessa appare unico e centralizzato, in considerazione del fatto che la differenziazione della misura sanzionatoria nel singolo territorio nazionale appare chiaramente ostativa al principio di eguaglianza in senso formale e sostanziale di cui all’art. 3, commi 1 e 2 Cost¹⁴⁷.

La ricostruzione da noi suggerita è coerente con l’identità dei Co.Re.Com.: organi ausiliari, deputati a partecipare all’esercizio della funzione di regolazione, privi però di titolarità diretta e immuni dalla responsabilità per

¹⁴⁷ Dottrina più che consolidata ha messo in luce come la sanzione costituisca la misura volta a individuare una risposta svantaggiosa e negativa dello Stato per la consumazione di un illecito. La conseguenza sfavorevole attuata coattivamente dallo Stato appare dunque strumentale al ripristino della rottura dell’ordinamento, il che giustifica “la massima istituzionalizzazione” della fase punitiva. In altri termini, la titolarità statale garantisce che la risposta alla violazione sia caratterizzata dalla costanza, dall’imparzialità, proporzionalità e certezza. Cfr. N. Bobbio, *Sanzione*, in *Nov. Digesto Italiano*, XVI, 1969, p. 530; F. Carnelutti, *Il valore della sanzione nel diritto*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1955, I, p.246; P. Corso, *Preliminari ad uno studio sulla sanzione*, Milano, 1969, p. 75.

la misura concretamente individuata. Il Co.Re.Com. attiva uno *screening* sommario, registra il quadro dell'esistente e lo riporta fedelmente all'Autorità; quest'ultima, in qualità di unica titolare del potere regolatorio e di quello sanzionatorio, sarà libera di individuare la misura concretamente applicabile, salvo rispondere dinanzi al g.a. per eventuali profili di illegittimità dell'atto adottato.

Se questo è il quadro generale del controllo dei Co.Re.Com., esso è articolabile in ragione del modello di gestione della rete prescelto¹⁴⁸.

Società interamente pubblica. Nella società a totale partecipazione pubblica, il gestore della rete si trova in posizione neutrale rispetto ai soggetti privati richiedenti l'accesso, tale equidistanza dagli interessi in gioco rende meno probabile in linea di principio l'assunzione da parte del gestore di comportamenti escludenti o discriminatori rispetto agli Olo. Ne conseguirebbe un ridimensionamento del ruolo del Co.Re.Com. per mancanza dell'oggetto del sindacato: il pericolo di accessi discriminatori alla rete.

Società interamente privata. La società a capitale interamente privato non si sottrae a una situazione di fisiologico conflitto di interessi, perché il suo essere operatore verticalmente integrato, cioè presente contemporaneamente sul mercato a monte, quello dedicato alla gestione della rete, e su quello a valle, rivolto alla fornitura del servizio al cliente finale, le nega quella condizione di neutralità rispetto alle richieste di accesso, propria invece del primo modello. Questa società avrà interesse a favorire nell'accesso alla rete il proprio fornitore di servizi rispetto agli operatori alternativi a valle estranei all'assetto societario. Quindi, questo modello a differenza del precedente apre nuovi spazi ai Co.Re.Com., che almeno in astratto avranno la possibilità di monitorare l'osservanza della regolazione asimmetrica prestata dalla società di diritto privato. Si tratta di un controllo eteronomo, in ragione della provenienza da un soggetto estraneo alla dinamica maggioranza-minoranza interna alle società commerciali; originale nei fini, per niente assimilabili a quelli contemplati

¹⁴⁸ Cfr. *infra*, paragrafi 1.1 e ss. di questa Parte.

nel libro V del codice civile, perché in questo caso si perseguirà l'obiettivo ultimo di tutelare diritti di rilevanza costituzionale (libertà di iniziativa economica privata, difesa del consumatore) attraverso la difesa delle posizioni soggettive dei soci di minoranza; e, infine, si tratterà di un controllo pluridirezionale perché diretto a verificare l'osservanza delle regole asimmetriche tanto nei rapporti infra-societari, di cui si è detto prima, che nei rapporti extra-societari, cioè nei confronti degli operatori terzi alla compagine societaria.

Il filo rosso di questa vigilanza diffusa è nell'esigenza di dare protezione a un valore costituzionalmente forte, *l'equal access* alle reti, preconditione a un'iniziativa economica sostanzialmente paritaria, valore che verrebbe conseguito attraverso mezzi molteplici.

Società mista. Si tratta dell'ipotesi prevista dal Mou e dal d.l. del luglio 2011¹⁴⁹. In tal caso, possiamo dire che i Co.Re.Com. potrebbero vegliare sullo stato di attuazione dell'accordo? E in caso di mancato rispetto dello stesso, quali le conseguenze derivanti?

Allo stato, non sembra possibile intravedere in capo a tali organismi un ruolo sanzionatorio, poiché, come già evidenziato, l'obbligo di conformità al diritto comunitario lo esclude. D'altronde, il Mou non potrebbe radicare nuove competenze in capo ai Co.Re.Com, poiché tale documento è gerarchicamente sottoposto alla Raccomandazione sulle NGN, cioè si tratta di un accordo di tipo negoziale sottoposto al diritto comunitario, che a sua volta prevede un regolatore unico in seno ai singoli Stati.

Il controllo sull'osservanza dei doveri comportamentali da parte delle singole entità che compongono la società delle reti potrebbe ammettersi, ma esso cambia in ragione delle modalità di partecipazione dei soci.

Veniamo al controllo dei Co.Re.Com. sugli «obblighi comportamentali interni», cioè tra i soci firmatari dell'accordo di condivisione. Se i soci partecipassero *pro capite*, esercitando i relativi diritti indipendentemente dalla quota di capitale investita, non vi sarebbero problemi di «coabitazione» reciproca: *incumbent* e Olo parteciperebbero ad armi pari,

¹⁴⁹ Cfr. *infra*, Parte prima, capitolo II, paragrafo V del presente lavoro.

perché tutti chiamati a esercitare gli stessi diritti e rispondere ai medesimi obblighi. Il ruolo dei Co.Re.Com. risulterebbe asciugato. Se invece, come appare più probabile, i soci partecipassero *pro quota*, esercitando i relativi diritti in ragione della quota di capitale investita, si ricadrebbe in una situazione opposta alla precedente: i soci che decidessero di investire in maniera rilevante godrebbero di maggiore potere decisionale rispetto a quelli che, pur avendo siglato l'accordo, avessero investito meno. Ecco che dunque, presumibilmente, nascerebbero contrasti interni; sarebbe opportuna, pertanto, un'attività di vigilanza in chiave anticipatoria rispetto all'adozione di una eventuale misura sanzionatoria da parte dell'Autorità. Il ruolo dei Co.Re.Com. risulterebbe ampliato.

Veniamo al controllo degli Co.Re.Com. sugli «obblighi comportamentali esterni», cioè tra i firmatari dell'accordo societario e i terzi operatori che richiedono l'accesso alla nuova rete. Se la fibra venisse realizzata da una società nazionale a capitale misto, potrebbero sorgere conflitti tra questa stessa società e i soggetti a essa estranei, perché la prima sarebbe fisiologicamente portata ad adottare comportamenti anticoncorrenziali nei confronti dei secondi. Anche in questo caso il ruolo dei Co.Re.Com. sull'osservanza dei obblighi comportamentali risulterebbe rivitalizzato.

Infine, il ruolo dei Co.Re.Com. cambierebbe a seconda che la società della fibra fosse unica e di portata nazionale, oppure fosse sostituita da tante società di livello regionale partecipate da organismi pubblici. In questo caso, come espressamente ribadito nel Mou, il Governo dovrà assicurare il coordinamento del progetto anche attraverso la partecipazione delle Regioni interessate e dunque, al fine di rafforzare il processo di armonizzazione delle iniziative e delle procedure amministrative locali, occorrerà un supporto incisivo della Conferenza Stato-Regioni all'iniziativa del Governo. In tal caso il singolo Co.Re.Com. potrebbe vigilare sull'osservanza degli obblighi regolamentari da parte delle singole Società regionali, per poi riferire all'Autorità; inoltre, il coordinamento fra le varie realtà locali potrebbe realizzarsi tramite lo strumento del rafforzamento della conferenza dei Presidenti dei Co.Re.Com.; uno o più delegati di tale

organo potrebbero essere chiamato a sedere permanentemente nell'ambito della Conferenza Stato-Regioni con poteri consultivi.

In sintesi, gli imperativi comunitari in materia di telecomunicazioni e il nuovo assetto competenziale disposto in sede costituzionale assegnano alla funzione regolatoria sulle NGNs gli attributi dell'unicità e della centralizzazione territoriale, qualità che essa mantiene per tutto l'arco di svolgimento della funzione: dall'individuazione della misura all'applicazione della sanzione in caso di violazione della prima.

Tuttavia, quanto detto non è di ostacolo a una piena rivalutazione dei Co.Re.Com. sia come portatori di interessi qualificati ammessi al procedimento di pubblica consultazione sullo schema di rimedio applicabile, che come «garanti di prima istanza» dell'effettiva osservanza dei rimedi stessi; in termini di proiezione normativa futura si sta confezionando un abito su misura ai Co.Re.Com., tagliato e cucito in modo da tenere insieme gli imperativi comunitari e costituzionali con il radicamento territoriale di chi lo indosserà. Ciò segna il definitivo superamento dello schema normativo fin'ora seguito dal legislatore nazionale, che vedeva i Co.Re.Com. delegati all'esercizio di intere funzioni dell'Autorità a favore di un modello che recupera anche funzioni in principio non suscettibili di esercizio frazionato, limitando però l'assegnazione a un solo frammento del potere regolativo o sanzionatorio, la cui titolarità e responsabilità ultima rimane però in capo all'Agcom. L'ipotizzata crescita del ruolo dei Co.Re.Com. sarebbe monca e peraltro inopportuna rispetto al risultato ultimo dell'unità e dell'imparzialità del prodotto normativo, se non si intervenisse contestualmente anche sul loro sistema di copertura per renderli indisponibili alla volontà politica locale di maggioranza, e contestualmente per accostarli a modelli di regolatori neutrali¹⁵⁰, i soli candidati in principio adeguati a svolgere ruoli complementari con quello assolto dall'Autorità di regolazione nazionale.

¹⁵⁰ Sul punto, cfr. la recentissima pronuncia del Tar Campania, sez. I, 28 marzo 2011, n. 1804, che ha interpretato la legge regionale della Campania (L. reg. 1 luglio 2002, n. 9) in modo da sterilizzare almeno per il passato il principio della contestuale durata del Co.Re.Com. con la consiliatura perché lesivo del principio costituzionale

dell'imparzialità dell'amministrazione. Nella pronuncia si riconferma l'insensibilità del Co.Re.Com. da vincoli di dipendenza politico-fiduciaria al Consiglio regionale, i soli necessari a giustificare forme "di spoils system nel nostro ordinamento nazionale e regionale". Da qui, una lettura ad opera del giudice amministrativo della legge campana *secundum constitutionem* per cui la durata dell'organo rimane ancorata all'intera legislatura, e quindi per tale via svincolata dalla permanenza in vita delle maggioranze politiche consiliari. Per completezza va ricordato che il CdS, n. 2011/2878 ha sospeso l'esecutività della sentenza ritenendo «Opportuno mantenere lo "status quo" fino alla definizione, nel merito, delle questioni dedotte in giudizio» e rinviando per la relativa decisione.

CONCLUSIONI

Proposte per un ruolo dei Co.Re.Com.: ipotesi allo studio e loro fattibilità

In punto di diritto, le osservazioni svolte nelle pagine precedenti conducono a rivalutare il ruolo dei Co.Re.Com. rispetto all'obiettivo dello sviluppo della banda larga e ultra larga, aprendo loro ampi spazi di intervento in linea col quadro europeo e con i nostri principi costituzionali. D'altronde, anche rispetto agli aspetti strategici, cioè al ruolo che i territori, e segnatamente le Regioni, si propongono di giocare nello sviluppo della banda ultralarga, le funzioni dei Co.Re.Com. potrebbero essere utilmente ampliate. Ricordiamo che, parallelamente al compito che essi possono assolvere nell'affiancare le Regioni nel superamento del divario digitale di prima e seconda generazione¹⁵¹, anche nello sviluppo delle NGNs è possibile attribuire ai Co.Re.Com. la funzione di verificare attraverso un attento monitoraggio lo sviluppo delle nuove reti, e quindi di vigilare affinché non si trasferisca anche alle NGNs un nuovo *digital divide*.

Da un punto di vista puramente tecnico, questo compito non è diverso da quello che essi potrebbero essere chiamati a svolgere nei confronti del *digital divide* di prima e seconda generazione, mentre la differenza sostanziale risiede, come si vedrà più oltre in questo paragrafo, nelle attribuzioni rispetto agli adempimenti degli operatori nei tempi, nei modi del *deployment* della nuova rete, nonché sui rimedi eventualmente imposti da Agcom per sanare gli squilibri competitivi.

Va altresì aggiunto che, *de iure condendo*, i compiti dei Comitati potrebbero essere suscettibili di un ulteriore potenziamento nel caso in cui il legislatore nazionale lo volesse, operando tanto sul modo di essere del soggetto in questione che, di conseguenza, sul suo modo di agire.

Le conclusioni sono di Paola M. Manacorda e Giovanna De Minico.

¹⁵¹ Cfr. *infra*, Parte quarta, paragrafo 1 del presente lavoro.

Il tema relativo alle possibilità di ampliamento del ruolo dei Co.Re.Com. verrà quindi esaminato alla luce di due differenti ipotesi, ovvero a seconda che si operi in un contesto legislativo fermo, o mutato.

Ruolo dei Co.Re.Com. e delle regioni a legislazione invariata

Considerata l'intrasferibilità, come l'indelegabilità, dei poteri normativi e di quelli sanzionatori, i quali esigono una regia unitaria in forza del doppio imperativo comunitario e costituzionale¹⁵², ne consegue la partecipazione dei Co.Re.Com. a tre funzioni in caso di legislazione invariata:

- una di carattere preliminare e progettuale, all'interno della quale il Co.re.com. interloquisce con Governo e con gli operatori al fine di suggerire – con parere non vincolante – la mappatura dell'infrastruttura, la tecnica di realizzazione, e le garanzie di accesso alla stessa;
- due di carattere implementativo–esecutivo, all'interno delle quali il Co.re.com. interloquisce con l'Autorità, suggerendo il tipo di misura applicabile, ed esercita altresì una funzione di controllo sulla tipologia dei *remedies* concretamente individuati.

Il riconoscimento di queste tre funzioni appare pienamente giustificabile alla luce del diritto vigente: difatti, la prima appare pienamente coerente con il forte radicamento territoriale che caratterizza tali organi; le seconde rispecchiano quanto stabilito dalle Direttive Comunitarie, la Raccomandazione sulle NGAN e il *Working Document* di accompagnamento che, ferma restando l'unicità merceologica e geografica del mercato lì dove non vi è ragione di segmentarlo, riconoscono la ragionevolezza della differenziazione del *set* di rimedi all'interno delle singole aree territoriali del mercato nazionale.

Con ciò si legittima il ruolo propositivo dei Co.Re.Com. prima e dopo l'esercizio della funzione di regolazione relativa ai servizi di nuova generazione, tramite il coinvolgimento diretto alla costruzione della *FiberCo*, nonché la partecipazione al procedimento di consultazione

¹⁵² Volendo: G.De Minico, *New European Regulation on universal service and next generation networks of just a lifting of the old one?* in *Computer and Telecommunications Law Review*, 2011 (in corso di pubblicazione).

pubblica sullo schema di misura applicabile, atta a evidenziare le criticità che giustificano la diversificazione dei rimedi e il relativo controllo sul rispetto della stessa.

I pareri raccolti, ancorché aventi carattere facoltativo, potrebbero costituire un valore aggiunto, in quanto strumentali all'esercizio dell'indirizzo politico governativo e della discrezionalità tecnica imputabile all'Autorità. In particolare, in quest'ultimo caso i Co.Re.Com. potrebbero identificare in anticipo la variabilità attuale e prospettica del contesto concorrenziale dei servizi di accesso a banda larga e ultra larga e l'articolazione dei conseguenti obblighi regolamentari. Ciò nonostante, qui si intravede una mera condivisione della fase valutativa del rimedio imponibile poiché, in coerenza con il principio della unicità della funzione di regolazione, l'individuazione concreta della misura e la relativa applicazione appartengono, come già sottolineato, alla esclusiva titolarità dell'Autorità nazionale.

D'altronde, a quadro normativo invariato è possibile riconoscere in capo ai Co.Re.Com. anche l'esercizio della successiva funzione di controllo sul rispetto del rimedio imposto dall'Autorità in capo all'operatore. Si tratta di una funzione di monitoraggio a carattere graduabile, cioè diversificata in ragione della diversità del tipo di gestore di rete concretamente realizzato. La rilevanza della funzione verosimilmente sarà direttamente proporzionale al grado di privatezza della società delle reti, ossia quanto più la componente privata inciderà nella struttura della compagine societaria, tanto più il rischio dell'involuzione egoistica dell'operatore sarà concreto. D'altronde, i rischi di contrasto interni si intensificherebbero anche qualora il modello della società delle reti conferisse diritti e doveri ai soci partecipanti in ragione della quantità di capitale investito, cioè *pro quota*. In tali casi, la funzione di monitoraggio in chiave anticipatoria riconosciuta ai Comitati riguardo alla conformità ai *remedies* imposti risulterà determinante rispetto alla individuazione della eventuale fase sanzionatoria dell'Autorità.

Il quadro giuridico di riferimento, sotto altro punto di vista, offre notevoli margini di intervento anche all'esercizio della potestà legislativa da parte

delle stesse regioni. La riforma del Titolo V della Costituzione definisce l'ordinamento della comunicazione come materia di potestà legislativa concorrente. (art. 117, comma 3, lett. *m*), Cost). Gli ulteriori sviluppi normativi, rappresentati dall'approvazione Codice delle Comunicazioni elettroniche¹⁵³ e del Testo Unico sui servizi Media Audiovisivi hanno implementato il sistema delle comunicazioni aventi rilevanza regionale e locale.

Alcune autonomie regionali hanno sfruttato gli spazi di intervento riconosciuti dalle norme nazionali, investendo, in nome del principio di sussidiarietà verticale, nello sviluppo della banda larga. È il caso del

¹⁵³ Art. 5 d.lgs. 259/2003:

(....)

2. In coerenza con i principi di tutela dell'unità economica, di tutela della concorrenza e di sussidiarietà, nell'ambito dei principi fondamentali di cui al Codice e comunque desumibili dall'ordinamento della comunicazione stabiliti dallo Stato, e in conformità con quanto previsto dall'ordinamento comunitario ed al fine di rendere più efficace ed efficiente l'azione dei soggetti pubblici locali e di soddisfare le esigenze dei cittadini e degli operatori economici, le Regioni e gli Enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze e nel rispetto dei principi di cui al primo comma dell'articolo 117 della Costituzione, dettano disposizioni in materia di:

a) individuazione di livelli avanzati di reti e servizi di comunicazione elettronica a larga banda, da offrire in aree locali predeterminate nell'ambito degli strumenti di pianificazione e di sviluppo, anche al fine di evitare fenomeni di urbanizzazione forzata ovvero di delocalizzazione di imprese;

b) agevolazioni per l'acquisto di apparecchiature terminali d'utente e per la fruizione di reti e servizi di comunicazione elettronica a larga banda;

c) promozione di livelli minimi di disponibilità di reti e servizi di comunicazione elettronica a larga banda, nelle strutture pubbliche localizzate sul territorio, ivi comprese quelle sanitarie e di formazione, negli insediamenti produttivi, nelle strutture commerciali ed in quelle ricettive, turistiche ed alberghiere;

d) definizione di iniziative volte a fornire un sostegno alle persone anziane, ai disabili, ai consumatori di cui siano accertati un reddito modesto o particolari esigenze sociali ed a quelli che vivono in zone rurali o geograficamente isolate.

3. L'utilizzo di fondi pubblici, ivi compresi quelli previsti dalla normativa comunitaria, necessari per il conseguimento degli obiettivi indicati al comma 2, lettere a) e b), deve avvenire nel rispetto dei principi di trasparenza, non distorsione della concorrenza, non discriminazione e proporzionalità.

4. Le disposizioni del Codice sono applicabili nelle Regioni a statuto speciale e nelle Province autonome di Trento e di Bolzano compatibilmente con i rispettivi statuti e norme di attuazione, anche con riferimento alle disposizioni del Titolo V, parte II, della Costituzione, per le parti in cui prevedono forme di autonomia più ampia rispetto a quelle già attribuite.

Trentino, della Lombardia, della Toscana, dell'Emilia¹⁵⁴. Tuttavia, «la prassi consolidata è lontana dall'aver adottato una politica regolatoria concertata fra centro e periferia – nell'ottica del principio di leale collaborazione – tesa verso l'obiettivo della *fiber nation*. Il *digital divide* fra regioni virtuose e non rischia, pertanto, di acuirsi nel lungo periodo e l'obbligatorietà della prestazione minima a efficacia soggettiva diffusa e territorialmente indifferenziata, servente all'esercizio delle libertà fondamentali, resta una meta inattuata¹⁵⁵».

La scarsa propensione all'investimento nello sviluppo della banda larga e ultralarga di una parte consistente delle regioni, oltre a condannare al buio digitale i relativi territori – stante l'*impasse* sostanziale in cui tutt'oggi versa l'esecutivo – non è priva di ulteriori conseguenze: vale a dire che le autonomie non saranno neanche in grado di rivalutare il ruolo dei Co.Re.Com. attribuendo loro le necessarie funzioni implementative. Dall'osservazione della prassi, difatti, si nota uno spostamento dell'ago della bilancia dal ruolo delle regioni a quello dell'Autorità, per cui le funzioni delegate tramite gli Accordi Quadro e le successive convenzioni bilaterali risultano essere nettamente superiori rispetto alle funzioni proprie¹⁵⁶. Ne deriva, quindi, che dal punto di vista funzionale i Co.Re.Com. si atteggiavano sempre più quale *longa manus* dell'Autorità e sempre meno delle regioni; queste, in chiave prospettica, dovrebbero pertanto adoperarsi per recuperare un ruolo attivo – implementativo rispetto a quello statale, attraverso una accorta legislazione di dimensione territoriale, anche al fine di riabilitare il ruolo stesso dei Comitati.

Ruolo dei Co.Re.Com. a legislazione variata

Le funzioni dei Co.Re.Com. potrebbero essere ulteriormente rinvigorite qualora subentrasse un intervento del decisore politico nazionale atto a incidere sul modo di essere e di operare dei singoli Comitati.

¹⁵⁴ Cfr., *infra*, Parte Seconda, *passim*, del presente lavoro.

¹⁵⁵ M. Avvisati, *Banda larga: politiche regolatorie e digital divide*, in G. De Minico (a cura di), *Dalla tecnologia ai diritti. Banda larga e servizi a rete*, cit., p. 154.

¹⁵⁶ Cfr., *infra*, Parte Prima, Cap. I del presente lavoro.

Quanto al primo punto, sarebbe auspicabile un atto di indirizzo politico di livello primario che resolvesse la condizione ibrida che caratterizza i Co.Re.Com. dal punto di vista genetico: organi di diretta derivazione del decisore politico locale e delegati funzionali dell'Autorità, al fine di garantire loro una identità neutrale rispetto alla maggioranza di turno. In altri termini, occorrerebbe l'intervento di una legge nazionale di indirizzo atta a stabilire i requisiti soggettivi e funzionali dei Co.Re.Com., ovvero:

a) Composizione, strettamente legata ai requisiti imprescindibili della indipendenza¹⁵⁷ dagli organi di natura politica, dagli interessi economici di settore, nonché della capacità tecnica dei nominati.

b) Sistemi di nomina: le nuove norme di derivazione nazionale potrebbero delineare un diverso sistema di nomina che garantisca la neutralità del nominato, sottraendolo alle sorti della maggioranza, ferma restando le diversità dei modelli astrattamente prevedibili, in questo caso concretamente rimessi alla legislazione regionale ancorché tutti legati dal denominatore comune della garanzia dell'imparzialità. In tal caso, potrebbero intravedersi sistemi di nomina da parte del Consiglio regionale che imponessero maggioranze qualificate, tali da coinvolgere la volontà delle opposizioni. D'altro canto, potrebbero prevedersi anche sistemi di nomina di tipo accentrato, sostanzialmente rimessi all'esecutivo nazionale, ma subordinatamente ai pareri vincolanti delle Commissioni competenti, dietro singole *hearings* sui *curricula* dei candidati.

c) Durata: la recentissima giurisprudenza di settore, in conformità alla giurisprudenza costituzionale ormai consolidata, ha sottratto la nomina degli organi «non apicali» dalle sorti dei nominanti; pertanto, la legge nazionale potrebbe recepire tale indirizzo, rendendo il mandato dei Co.Re.Com. insensibile al principio *simul stabunt, simul cadent* e sottraendolo dalla durata dell'organo consiliare che provvede a nominarli. Sicché, il sistema di nomina dovrebbe essere unicamente orientato a salvaguardare l'alta competenza professionale dei nominati, le garanzia di

¹⁵⁷ In tema, G. De Minico, *Indipendenza delle Autorità o Indipendenza dei Regolamenti? Lettura in parallelo all'esperienza comunitaria*, cit.

indipendenza e imparzialità di giudizio, stabilendo una durata pluriennale del mandato che prescinda da quella consiliare.

d) Funzioni: l'esigenza di uniformità funzionale, a ben riflettere è già espressa nelle disposizioni contenute negli stessi Accordi Quadro. Tuttavia, questi ultimi rappresentano atti di natura non vincolante e non sovraordinati rispetto alle leggi regionali; occorrerebbe, pertanto, che gli stessi venissero recepiti da una legge a efficacia generale e astratta valevole sull'intero territorio nazionale, che assumerebbe quindi la natura di legge negoziata tra l'Autorità e la Conferenza dei Presidenti delle Regioni e delle Province autonome e la Conferenza dei Presidenti dell'Assemblea, dei Consigli regionali e delle Province autonome.

Quanto appena sostenuto legittimerebbe, correlativamente, un ampliamento delle funzioni riconosciute ai Co.Re.Com., tramite un intervento da parte del legislatore nazionale che elevi il parere dei Co.Re.Com. sullo schema di misura applicabile da meramente facoltativo a obbligatorio, con contestuale obbligo per l'Autorità di motivare l'eventuale scostamento dalla misura proposta dal basso.

In conclusione, la *ratio* sottesa all'intervento da parte del legislatore nazionale sarebbe quella di rendere i Co.Re.Com. fra di loro omogenei nelle condizioni di operatività, stante il fatto che la stessa omogeneità funzionale è diretta derivazione di quella soggettiva.

Tuttavia, se la valorizzazione dell'imparzialità è affidata a nuovi meccanismi di nomina, quali quelli sopra indicati, la reale effettività delle nuove funzioni assegnate ai Co.Re.Com. passa altresì per un potenziamento delle loro risorse e competenze professionali. Effettuare un monitoraggio presuppone non solo la capacità di utilizzare strumenti di misura delle velocità di trasmissione, e di rappresentarli alla Regione in modo non burocratico, ma anche la capacità di interagire con i rappresentanti locali del territorio e di seguire i comportamenti dell'utenza rispetto all'offerta fatta dagli operatori. Per essere i «sensori» del territorio rispetto allo sviluppo delle nuove reti sono sì necessarie competenze specifiche di utilizzo del *software*, ma anche capacità politiche, pur evitando di sovrapporsi al ruolo della Regione, che rimane il decisore di ultima istanza.

Inoltre, per poter svolgere la funzione di vigilanza sui rimedi imposti agli operatori dall'Agcom sono necessarie competenze regolatorie adeguate.

In vista di questi possibili cambiamenti nelle loro funzioni sembra anche opportuno che i Co.Re.Com., dal punto di vista operativo, attivino delle forme orizzontali di coordinamento e di scambio di *best practices*, al fine di garantire l'omogeneità nello sviluppo di una prassi applicativa comune che garantirà ai cittadini garanzie e servizi uniformi, ancorché presso Comitati territorialmente distinti.

Quanto illustrato segna il definito superamento dello schema normativo fin'ora seguito dal legislatore nazionale, che vedeva i Co.Re.Com. principalmente delegati all'esercizio di intere funzioni dell'Autorità a favore di un modello in grado di recuperare anche le funzioni in principio non suscettibili di esercizio frazionato, in quanto ne limita l'assegnazione a un frammento del disegno implementativo fra Ministero e operatori privati, o a una porzione dell'intero potere regolativo/ sanzionatorio, la cui titolarità e responsabilità ultima rimangono comunque in capo all'Agcom.

INDICE PARTICOLAREGGIATO

INDICE

PARTE PRIMA: Quadro evolutivo dell'ordinamento delle comunicazioni con particolare riferimento alla banda larga e alle NGNs, *di Giovanna De Minico, Maria Pia Caruso e Lina Falvella*

- I. I Co.Re.Com.: profili soggettivi e funzionali, *di Maria Pia Caruso e Lina Falvella*
 1. Inquadramento dei Co.Re.Com. nell'ordinamento e loro responsabilità
 2. Il percorso delle deleghe: tra decentramento e sussidiarietà
 3. La fisionomia funzionale e l'Accordo quadro del 2003
 4. Analisi quantitativa e qualitativa delle deleghe
 5. Il nuovo profilo funzionale: le deleghe dell'Accordo quadro del 2008
- II. Banda larga e NGNs: come cambiano le funzioni dei Co.Re.Com., *di Giovanna De Minico*
 1. Sguardo di sintesi sulla regolazione asimmetrica in materia di telecomunicazioni
 2. Il ruolo dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni: le analisi di mercato, i rimedi, le sanzioni
 3. Quadro evolutivo delle regole europee sulle NGNs: la Raccomandazione della Commissione europea
 4. Le regole nazionali: il nuovo regolamento dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni
 5. Dal *Memorandum of Understanding* al progetto *FiberCo*

PARTE SECONDA: Modelli strategici di intervento locale sul *digital divide* e sulle NGNs, *di Paola M. Manacorda*

1. Le politiche locali
 - 1.1 Le politiche regionali verso il *digital divide* di prima e seconda generazione

- 1.2 Le iniziative nelle aree metropolitane
- 1.3 Il Progetto banda larga nelle aree rurali della Toscana
- 2. Le politiche nazionali
 - 2.1 Le iniziative del Governo tra il 2007 e il 2011
 - 2.2 Il *Memorandum Of Understanding* e le Linee guida dell'Agcom: aspetti concorrenziali
 - 2.2.1 Il principale nodo concorrenziale: il modello di rete
- 3. L'art. 30 del decreto di legge 6 luglio 2011, n. 98 «Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria»
- 4. Le iniziative territoriali per le NGN
 - 4.1 I primi progetti e i nodi emersi
- 5. Gli scenari possibili per la realizzazione di NGNs territoriali
- 6. Compiti dei Co.Re.Com. in relazione al *digital divide*

PARTE TERZA: Elementi di valutazione in parallelo con esperienze straniere, di *Giovanna De Minico, Marana Avvisati e Giovanni Piccirilli*

- I. Comunità autonome e Autorità indipendenti. Il caso spagnolo, di *Marana Avvisati*
 - 1. Premessa di sistema
 - 2. Il riparto di competenze fra Stato e Comunità autonome nella Costituzione spagnola
 - 3. Le Autorità di regolazione di ambito regionale: il *Consejo del Audiovisual de Cataluña* e le garanzie d'indipendenza del sistema di nomina
 - 4. Monitoraggio, *moral suasion* e provvedimenti vincolanti. Quale funzioni importabili?
 - 5. Il nuovo *Consejo Estatal de Medios Audiovisuales*: verso l'accentramento dei poteri?
- II. Ordinamento delle comunicazioni e *governance* delle reti in Germania, di *Giovanni Piccirilli*

1. Quadro generale di riferimento: competenze multilivello e scissione completa tra infrastrutture e contenuti
2. L'opzione per una *governance* accentrata delle reti: l'Agenzia federale sulle reti (*Bundesnetzagentur, BNetzA*)
3. In particolare: il ruolo della *BNetzA* sulla rete internet e le prospettive relative alle NGNs alla luce della sentenza Commissione c. Germania, c-424/07
4. Le Autorità per i media dei *Länder* (Lma): profili strutturali e funzionali
5. Gli strumenti di *governance* e il coordinamento a livello federale tra le Autorità dei *Länder*
6. Conclusioni

III. Modello italiano, tedesco e spagnolo. Aspetti comuni, differenze e loro trasferibilità, *di Marana Avvisati e Giovanni Piccirilli*

1. L'esperienza spagnola
2. L'esperienza tedesca

PARTE QUARTA: Ruolo dei Co.Re.Com. in relazione alle NGNs, *di Giovanna De Minico*

1. Compiti dei Co.Re.Com in relazione alle NGNs e alla loro *governance*
 - 1.1 Il modello pubblico
 - 1.2 Il modello privato
 - 1.3 Il modello a capitale misto
2. Ipotesi di nuove attribuzioni ai Co.Re.Com.
3. Il Co.Re.Com.: co-disegnatore di *FiberCo*
4. Il Co.Re.Com.: interventore nel procedimento regolatorio
5. Il Co.re.Com.: controllore di prima istanza sull'osservanza dei rimedi

CONCLUSIONI: Proposte per un ruolo dei Co.Re.Com.: ipotesi allo studio e loro fattibilità, *di Paola M. Manacorda e Giovanna De Minico*