

8 luglio 2003

**Progetto di codice delle comunicazioni elettroniche:
l'equilibrio tra regolazione e diritto della concorrenza**

1. Il rapporto tra regolazione e diritto della concorrenza nelle direttive comunitarie

Le recenti direttive del Parlamento europeo e del Consiglio volte a istituire un quadro normativo comune in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica introducono nella disciplina del settore nozioni tipiche del diritto antitrust. In particolare, la direttiva 2002/21/CE (direttiva quadro) prevede che gli obblighi di regolazione in materia di accesso e interconnessione, tariffe dei servizi al dettaglio, selezione o preselezione del vettore e linee affittate possano essere imposti solo in presenza di una “posizione dominante”, individuale o collettiva.

Attraverso il ricorso a nozioni antitrust, la normativa comunitaria sottolinea che la regolazione è volta a promuovere la concorrenza nella fornitura delle reti e dei servizi¹.

Inoltre l'impiego di una terminologia comune aiuta a chiarire, terminata la fase della liberalizzazione, il ruolo della regolazione rispetto a quello del diritto della concorrenza.

A questo riguardo, la direttiva quadro stabilisce un principio fondamentale: “è essenziale che gli obblighi ex ante vengano imposti esclusivamente quando sul mercato 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

¹ Restano al di fuori della nuova impostazione della regolazione le scelte non riconducibili alla promozione della concorrenza, quali ad esempio le decisioni relative agli obblighi di servizio universale.

problema” (considerando 27). Secondo questo principio, la politica della concorrenza è lo strumento generale mentre la regolazione interviene solo in funzione sussidiaria, qualora vi siano specifici problemi che l’antitrust non riesce a risolvere in modo efficiente. Inoltre, la necessità di mantenere l’impianto della regolazione nei singoli mercati deve essere riesaminata periodicamente: quando, tenuto conto dell’evoluzione tecnologica, gli speciali vincoli regolatori non sono più necessari, essi devono cadere.

In base alla direttiva quadro il processo decisionale si articola in tre fasi: l’individuazione dei mercati rilevanti; la verifica della concorrenzialità del mercato; l’imposizione di “appropriati specifici obblighi di regolamentazione” alle imprese in posizione dominante nei mercati rilevanti non concorrenziali.

Il principio del considerando 27 è espressamente richiamato dalla direttiva solo con riferimento alla prima fase, cioè quella di individuazione dei mercati rilevanti.

L’articolo 15, paragrafo 1, della direttiva dispone che la Commissione identifichi come mercati rilevanti ai fini della disciplina quelli “le cui caratteristiche siano tali da giustificare l’imposizione di obblighi di regolamentazione”. Al riguardo, il considerando 15 della raccomandazione della Commissione sui mercati rilevanti specifica che “(L)a decisione di identificare un mercato quale possibile destinatario di una regolazione ex ante deve dipendere anche da una valutazione dell’adeguatezza del diritto della concorrenza a ridurre o rimuovere gli ostacoli esistenti o ripristinare una concorrenza effettiva...”. I mercati sono individuati dalla Commissione solo con riferimento ai prodotti e ai servizi (ad esempio, mercato della fornitura delle linee affittate agli utenti finali; mercato della terminazione delle chiamate nelle reti telefoniche pubbliche mobili). L’identificazione dei mercati deve essere ripetuta a scadenze periodiche.

La verifica della concorrenzialità, nella seconda fase della procedura, spetta alle autorità di regolazione nazionali, che devono prima specificare l’area geografica di riferimento e quindi esaminare le concrete caratteristiche dei mercati².

In tale analisi, le autorità devono tenere in massimo conto gli “orientamenti per l’analisi del mercato e la valutazione del significativo potere di mercato”, che in base all’articolo 15, paragrafo 2 della direttiva, la Commissione è tenuta a pubblicare. Tali orientamenti devono essere “conformi ai principi del diritto della concorrenza”.

² Le autorità nazionali possono anche ampliare l’elenco dei prodotti e dei servizi, sempre nel rispetto dei criteri dell’articolo 15, paragrafo 1 della direttiva quadro.

Qualora l'autorità accerti, tenuto conto degli orientamenti, che un mercato rilevante non è effettivamente concorrenziale, essa individua le imprese che dispongono di una posizione dominante e impone loro "appropriati specifici obblighi di regolamentazione" (articolo 16, comma 4).

Nel luglio 2002 la Commissione ha pubblicato le Linee direttrici, con cui fornisce orientamenti per l'analisi del mercato e la valutazione del significativo potere di mercato come previsto dalla direttiva. Nel documento, inoltre, la Commissione dà indicazioni alle autorità nazionali riguardo agli obblighi di regolamentazione (sezione 4), ai poteri di indagine e alle procedure di concertazione e di cooperazione (sezione 5) e alle procedure di consultazione (sezione 6).

Nel paragrafo 114 delle Linee direttrici la Commissione afferma che "le autorità nazionali di regolamentazione devono imporre almeno un obbligo di regolamentazione alle imprese designate come detentrici di un significativo potere di mercato". Da questo linguaggio consegue un automatismo nell'imposizione dei vincoli regolatori alle imprese in posizione dominante.

Tale automatismo sarebbe compatibile con il principio del considerando 27 solo se fosse stato preventivamente verificato che, nel caso specifico, gli strumenti del diritto antitrust sono insufficienti. In realtà, la situazione è ben diversa. Infatti la valutazione sulla necessità della regolazione, compiuta dalla Commissione nella fase di identificazione dei mercati rilevanti dei prodotti e dei servizi, è del tutto preliminare e prescinde dall'analisi concreta delle caratteristiche del mercato di riferimento (domanda, offerta, dinamiche evolutive) e degli strumenti a disposizione delle autorità di concorrenza.

Per ristabilire il principio della direttiva, occorre prevedere la verifica della necessità della regolazione nella seconda fase del processo decisionale. La direttiva non esclude tale possibilità.

2. Il recepimento delle direttive

Nel dibattito sul recepimento delle direttive in Italia è stata posta grande enfasi sull'esigenza di eliminare le incertezze nella ripartizione delle competenze tra le diverse autorità e di evitare duplicazioni di interventi.

La salvaguardia dell'equilibrio tra concorrenza e regolazione, ispirato a un *favor* per la prima rispetto alla seconda, è altrettanto importante.

A fronte di una normativa comunitaria che lascia spazio a un margine di incertezza sul ruolo degli obblighi *ex ante*, il momento del recepimento è la sede in cui definire, nel pieno rispetto degli obblighi del Trattato, uno stile di regolazione.

L'esperienza maturata nel Regno Unito nella promozione di forme di 'regolazione leggera' (*self-regulation* e *co-regulation*) nel settore delle comunicazioni mostra come ogni Stato membro rimanga libero di adottare un proprio stile di regolazione senza infrangere i vincoli comunitari.

Del resto, il progetto di codice delle comunicazioni elettroniche già contiene importanti disposizioni volte a limitare il rischio di un eccesso di regolamentazione: tali sono il richiamo alla necessità di un' "analisi dinamica su base pluriennale" nella valutazione della concorrenzialità di un mercato (articolo 19, comma 5 del progetto) e il vincolo della ragionevolezza e della proporzionalità degli obblighi imposti alle imprese (articolo 4, comma 2; articolo 13, comma 1; articolo 19, comma 6).

Inoltre, il richiamo a una "disciplina flessibile dell'accesso e dell'interconnessione, anche mediante la libera negoziazione tra gli operatori" (articolo 13, comma 5, lettera b) si presenta come un elemento originale del codice e lascia intravedere un indirizzo di regolazione che mette al centro la libera negoziazione tra gli operatori.

Tuttavia, il progetto di codice non contiene alcun espresso riferimento al principio di cui al considerando 27 della direttiva quadro. Richiama esplicitamente, invece, l'Autorità delle comunicazioni a tenere in massima considerazione le Linee direttrici della Commissione.

Si crea quindi una situazione di incertezza giuridica, nella quale l'Autorità delle comunicazioni dovrà decidere se seguire il principio del considerando 27 della direttiva (implicitamente richiamato, nel progetto di codice, dal riferimento al principio di proporzionalità) oppure la contrastante disposizione delle Linee direttrici, che implica l'automatica imposizione degli obblighi alle imprese dotate di un significativo potere di mercato.

Questa ambiguità deve essere rimossa, dando la prevalenza al principio della direttiva quadro come criterio ermeneutico per evitare uno sviluppo arbitrario della regolamentazione.

Il richiamo al considerando 27 in sede di recepimento può costituire l'occasione per imprimere alla disciplina delle comunicazioni una svolta verso forme di 'regolazione leggera', in base alla quale gli operatori sono incoraggiati a trovare da soli le modalità che possano consentire l'ordinato funzionamento del mercato, mentre l'intervento autoritativo rimane sullo sfondo, come limite necessario in funzione di garanzia.

L'interconnessione, ad esempio, è un campo in cui gli operatori devono trovare una disciplina comune che permetta la prestazione dei servizi al pubblico in regime di concorrenza. In un quadro di 'regolazione leggera', l'applicazione delle regole antitrust consente, da un lato, di punire condotte negoziali dell'operatore dominante non compatibili con la tutela della concorrenza (abuso di posizione dominante) e, dall'altro, indirizza le negoziazioni tra gli operatori verso esiti pro-competitivi per il mercato nel suo complesso, evitando il rischio di intese restrittive della concorrenza. Il primato del diritto della concorrenza, sancito dal considerando 27, non ha solo un contenuto negativo (secondo la formula: "se non basta la concorrenza, allora occorre regolare"); al contrario, esso ha anche una valenza positiva, in quanto favorisce e promuove forme di auto-regolazione rispetto alle quali le menzionate regole della concorrenza agiscono in funzione di incentivo verso comportamenti di mercato virtuosi, punendo quei comportamenti che, viceversa, compromettono lo sviluppo del mercato.

Per garantire l'equilibrio tra concorrenza e regolazione, occorre prevedere che l'Autorità garante della concorrenza e del mercato esprima il suo parere sulla sufficienza delle regole antitrust a rimediare all'eventuale situazione di assenza di concorrenza effettiva, introducendo un contrappeso alla 'naturale' tendenza del regolatore a procedere mediante l'imposizione di obblighi speciali agli operatori dominanti.

Si può, inoltre, valorizzare la consultazione degli operatori prevista dall'articolo 11 del progetto di codice, sollecitando da questi ultimi la proposta circa possibili soluzioni negoziate che contribuiscano a eliminare il problema connesso all'assenza di concorrenzialità del mercato identificato. Poiché tale assenza di concorrenzialità coincide con la presenza di un operatore dominante, sarà onere di quest'ultimo proporre idonee soluzioni negoziali. I vantaggi di questa soluzione sarebbero duplici: da un lato, si introdurrebbe un punto di riferimento concreto per il parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato circa la "sufficienza dei mezzi di tutela apprestati dal diritto della concorrenza". Dall'altro lato, la proposta del regolato in merito alla misura da adottare per rimediare all'assenza di concorrenza può rimpiazzare del tutto l'intervento regolatore, evidenziando con chiarezza la necessità di intervenire in via regolamentare solo quale estrema *ratio*.

In quest'ottica, si assisterebbe a una sequenza in cui: a) l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, nel caso di assenza di concorrenzialità, esamina se le proposte avanzate dagli operatori nella consultazione di cui all'articolo 11 siano sufficienti e non richiedano, pertanto, l'intervento del regolatore; b) sulla base del parere dell'Autorità garante, il regolatore verifica se le misure negoziate proposte dall'impresa in posizione dominante siano sufficienti a risolvere il problema. Se conclude positivamente tale verifica, il regolatore non impone alcun obbligo. Se invece conclude diversamente, esso procede ad imporre "appropriati obblighi di regolazione".

Si pone in concreto l'occasione, per l'Italia, di fornire agli altri Stati membri un modello di recepimento delle direttive coerente da un punto di vista sistematico, improntato al primato delle regole di concorrenza e a uno stile non autoritativo di regolazione.

3. Le modifiche proposte

Gli emendamenti proposti al progetto di codice delle comunicazioni sono contenuti nell'Allegato. Sulla base degli argomenti sviluppati, essi prevedono quanto segue:

a) si propone in primo luogo di inserire nell'articolo 13, tra gli obiettivi e i principi dell'attività di regolazione, anche il principio del considerando 27 della direttiva quadro;

b) si propone, nell'articolo 19, di rafforzare il ruolo del previsto parere consultivo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, esplicitandone il contenuto. Il parere deve riguardare, oltre alla concorrenzialità del mercato, l'idoneità delle soluzioni proposte dai regolati e l'adeguatezza del diritto antitrust (che si applicherebbe a tali soluzioni) a rimediare al problema;

c) sempre all'articolo 19, si prevede che l'Autorità delle comunicazioni imponga gli obblighi di regolazione solo dopo avere accertato che il mercato non è effettivamente concorrenziale e che i mezzi di tutela apprestati dal diritto della concorrenza sono insufficienti a risolvere il problema;

d) per perseguire l'obiettivo di favorire una regolazione il più possibile derivante da una fonte negoziale, si prevede espressamente che il regolatore, qualora le proposte delle imprese siano sufficienti, possa non imporre misure regolamentari;

e) infine, si propone di sopprimere il richiamo alle Linee direttrici della Commissione contenuto nell'articolo 19, comma 1. Il vincolo per l'autorità nazionale di regolazione a tenere nella massima considerazione gli "orientamenti per l'analisi del mercato e la valutazione del significativo potere di mercato" predisposti dalla Commissione discende

direttamente dalla direttiva e non necessita di un espresso richiamo nella normativa nazionale. Tale richiamo, invece, potrebbe accrescere l'incertezza giuridica, dato il contrasto tra il paragrafo 114 delle Linee direttrici e il principio della proporzionalità dell'intervento di regolazione.

ALLEGATO

Articolo 13

Obiettivi e principi dell'attività di regolamentazione

1. Nello svolgere le funzioni di regolamentazione indicate nel presente Codice, il Ministero e l'Autorità, nell'ambito delle rispettive competenze, adottano tutte le misure ragionevoli e proporzionate intese a conseguire gli obiettivi generali di cui all'articolo 4 e ai commi 4, 5 e 6 del presente articolo.
- 1bis. L'Autorità, nel decidere in merito all'imposizione, al mantenimento, alla modifica o alla revoca di obblighi a carico delle imprese, tiene in massima considerazione l'esigenza che gli obblighi ex ante vengano imposti esclusivamente quando i mezzi di tutela apprestati dal diritto nazionale e comunitario della concorrenza non siano sufficienti a risolvere il problema.
2. Il Ministero e l'Autorità, nell'esercizio delle funzioni e dei poteri indicati nel presente Codice tengono in massima considerazione l'obiettivo di una regolamentazione tecnologicamente neutrale, nel rispetto dei principi di garanzia della concorrenza e non discriminazione tra imprese.
3. (omissis)
4. (omissis)
5. (omissis).
6. (omissis).

Articolo 19

Procedura per l'analisi del mercato

- ~~1. L'Autorità effettua, sentita l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, l'analisi dei mercati rilevanti tenendo in massima considerazione le linee direttrici.~~
1. L'analisi dei mercati rilevanti è effettuata:

- a. in prima applicazione del presente Codice, entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo, anche sulla base delle rilevazioni ed analisi già in possesso dell'Autorità, elaborate conformemente alle raccomandazioni ed alle linee direttrici;
- b. a seguito di ogni aggiornamento delle raccomandazioni, entro novanta giorni dalla loro pubblicazione;
- c. in ogni caso entro diciotto mesi.

2. Quando l'Autorità è tenuta, ai sensi degli articoli 44, 45, 66, 67, 68 e 69 a decidere in merito all'imposizione, al mantenimento, alla modifica o alla revoca di obblighi a carico delle imprese, essa determina, ~~in base all'analisi di cui al comma 1~~ se uno dei mercati rilevanti sia effettivamente concorrenziale. Tale valutazione è effettuata sentita l'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Questa, nel caso di assenza di concorrenza effettiva, esprime il proprio parere anche sull'idoneità delle misure proposte dalle parti interessate nell'ambito della consultazione di cui all'articolo 11 e sulla sufficienza dei mezzi di tutela apprestati dal diritto della concorrenza a risolvere il problema.

3. L'Autorità, se conclude che un mercato è effettivamente concorrenziale, non impone né mantiene nessuno degli obblighi di regolamentazione specifici di cui al comma 2. Qualora siano già in vigore obblighi derivanti da regolamentazione settoriale, li revoca per le imprese operanti in tale mercato rilevante. La revoca degli obblighi è comunicata alle parti interessate con un congruo preavviso.

4. Qualora accerti, anche mediante un'analisi dinamica su base pluriennale, che un mercato rilevante non è effettivamente concorrenziale, l'Autorità individua le imprese che dispongono di un significativo potere di mercato conformemente all'articolo 17. Successivamente, l'Autorità valuta, sulla base del parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato di cui al comma 2, se i mezzi di tutela apprestati dal diritto della concorrenza sono sufficienti a risolvere il problema. In caso negativo e contestualmente impone a tali imprese gli appropriati obblighi di regolamentazione di cui al comma 2, ovvero mantiene in vigore o modifica tali obblighi laddove già esistano.

5. ~~Per realizzare le finalità Ai fini delle decisioni di cui al comma 3, l'Autorità tiene conto degli obiettivi e dei principi dell'attività di regolamentazione di cui all'articolo 13, e in particolare di quelli indicati al comma 4, lettera c) e al comma 5, lettera b, evitando distorsioni della concorrenza, l'Autorità può non imporre ovvero imporre parzialmente gli obblighi di cui al comma 2.~~

6. Nel caso di mercati transnazionali individuati con decisione della Commissione europea, l'Autorità effettua l'analisi di mercato congiuntamente alle Autorità di regolamentazione degli altri Stati membri interessate, tenendo in massima considerazione le linee direttrici, e si pronuncia di concerto con queste in merito all'imposizione, alla modifica o alla revoca di obblighi di regolamentazione di cui al comma 3.

7. I provvedimenti di cui ai commi 3, 4, 5 e 6 sono adottati secondo la procedura di cui agli articoli 11 e 12.