

L'AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI

Rino Caiazzo

1. *Le competenze dell'Autorità*

L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni nasce nel momento storico di passaggio da una organizzazione dello Stato di tipo piramidale ad un'amministrazione policentrica, momento che coincide con quel processo di liberalizzazione e privatizzazione, di matrice comunitaria, che ha finito per coinvolgere tutti i principali servizi pubblici.

In particolare, l'attività dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (nel prosieguo anche Autorità o Agcom) è finalizzata a promuovere la concorrenza, a garantire elevati standard qualitativi dei servizi in condizioni di economicità e redditività, assicurando l'omogenea diffusione e fruizione degli stessi, la certezza e trasparenza del sistema tariffario, il pluralismo e, non ultimo, la tutela dei consumatori finali.

Al fine di raggiungere tali ambiziosi obiettivi, la legge n. 249/1997, nell'istituire l'Autorità, ha previsto, innanzitutto, la sua piena autonomia e indipendenza di giudizio e di valutazione, rispetto a qualsiasi tipo di controllo governativo.

L'autore desidera ringraziare Kathleen Stagi per la preziosa collaborazione alla stesura del presente elaborato.

¹ L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni è stata istituita dalla legge 31 luglio 1997, n. 249. L'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità sono disciplinate dal *Regolamento concernente l'organizzazione ed il funzionamento dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, adottato con la delibera n. 316/02/Cons, come più volte modificata e da ultimo dalla delibera n. 56/08/Cons. L'Autorità è un organo collegiale composto dal presidente, dalla commissione per le infrastrutture e le reti, dalla commissione per i servizi e i prodotti e dal consiglio

L'Autorità svolge sia funzioni di regolazione in senso stretto, sia funzioni di garanzia, in tutti e tre i settori delle telecomunicazioni, della radiotelevisione e dell'editoria.

Peraltro, è doveroso osservare che in questi settori l'Autorità opera in maniera convergente, non soltanto perché essa ha competenza in tutti e tre i settori considerati, ma anche perché la stessa organizzazione interna dell'Autorità (che è trasversale rispetto ai settori considerati) è funzionale ad un'azione di tipo convergente. E, sotto questo profilo, l'Agcom rappresenta pressoché un *unicum* nel panorama europeo².

Peraltro, questo particolare assetto dell'Autorità ha anticipato, in qualche misura, la convergenza che caratterizza il nuovo quadro delle «comunicazioni elettroniche».

1.1. *Il settore delle telecomunicazioni*

Come noto, la liberalizzazione nel settore delle telecomunicazioni ha segnato il definitivo tramonto del tradizionale modello del monopolio pubblico a favore di un

(che, a sua volta, si compone dei membri delle due Commissioni e dal Presidente). Il Presidente dell'Autorità è nominato con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri, d'intesa con il Ministro delle comunicazioni, e previo parere delle Commissioni parlamentari competenti. Il Consiglio, invece, è composto dal Presidente e da otto Commissari che derivano la propria investitura dal Parlamento e sono nominati con decreto del Presidente della Repubblica. La struttura organizzativa dell'Autorità è costituita dal Segretario generale e da unità organizzative poste a diversi livelli (direzioni e servizi al primo livello, uffici al secondo livello). L'Autorità è dotata, inoltre, di organi funzionali quali i Comitanti regionali per le comunicazioni (Corecom) che, nel rispetto del decentramento territoriale, assicurano lo svolgimento dei compiti di governo, garanzia e controllo del sistema delle comunicazioni di rilevanza locale. Infine, presso l'Autorità è istituito il Consiglio nazionale degli utenti (Cnu) che, in piena autonomia di giudizio, esprime pareri e formula proposte all'Autorità, al Parlamento e al Governo per la tutela dei diritti dei cittadini in materia di comunicazioni.

² L'unico altro esempio noto con tale tipo di organizzazione è l'Autorità di regolazione britannica Ofcom.

mercato aperto alla libera concorrenza. Tale evoluzione, generata dalla spinta dell'azione comunitaria, protesa alla promozione dell'integrazione tra i diversi mercati nazionali, si è accompagnata ad un significativo progresso tecnologico nel settore, tutt'ora in corso, che pure ha contribuito al processo di liberalizzazione (si pensi ad esempio alle nuove infrastrutture come le reti mobili a sempre maggiore capacità di trasporto, al satellite a diffusione diretta, alle diverse modalità di accesso alla rete, ai nuovi sistemi di trasmissione di segnali, come quello numerico-digitale, all'introduzione di tecniche di codifica di segnali, alle nuove reti Ngn).

L'Autorità ha contribuito in maniera significativa a questo processo introducendo (in attuazione della normativa comunitaria e nazionale) una corposa disciplina regolamentare; vigilando costantemente sugli operatori del mercato; risolvendo le controversie fra gli operatori (nonché fra utenti e operatori) e infine applicando le sanzioni laddove si rendeva opportuno.

Ciò ha reso possibile il progressivo «smantellamento» del tradizionale monopolio pubblico e la creazione di un mercato sempre più aperto, concorrenziale e dinamico.

Nell'ambito della sua attività di regolamentazione, l'Autorità è intervenuta in particolar modo a disciplinare l'accesso e l'interconnessione alla rete; a riequilibrare le tariffe fissando, ove opportuno, dei limiti massimi; a razionalizzare il piano di numerazione nazionale; a favorire l'ingresso di nuovi operatori attraverso i servizi di preselezione (anche automatica), l'accesso disaggregato alla rete locale, la portabilità dei numeri. L'attività dell'Autorità continua ora nel quadro normativo della c.d. analisi dei mercati (di cui parleremo più diffusamente in seguito).

Nella sua veste di «garante», l'Autorità vigila sul rispetto della disciplina regolamentare da parte degli operatori e interviene con le opportune raccomandazioni e sanzioni al fine di garantire una migliore e diffusa qualità dei servizi. La mancata osservanza degli standard di qualità del servizio e delle altre clausole contrattuali comporta, a carico degli operatori, l'obbligo di corrispondere

agli utenti un indennizzo automatico oltre il risarcimento dei danni³.

La liberalizzazione del mercato delle comunicazioni elettroniche e la sostituzione degli operatori privati al tradizionale monopolista pubblico non deve peraltro pregiudicare l'interesse generale alla fruizione di un servizio pubblico essenziale quale è quello delle comunicazioni. Quindi il legislatore comunitario si è preoccupato di definire, sin dalla direttiva 98/10, il «servizio universale», ovvero quell'«insieme minimo definito di servizi di una data qualità a disposizione di tutti gli utenti, indipendentemente dalla localizzazione geografica e offerto, in funzione delle specifiche condizioni nazionali, ad un prezzo abbordabile»⁴. L'Autorità designa annualmente l'impresa tenuta a fornire il servizio universale e a sopportarne il costo⁵.

³ Come è stato giustamente osservato in dottrina questo principio rappresenta «un'inversione di tendenza rispetto al passato, in quanto si è passati da un regime di esclusione o limitazione della responsabilità contrattuale ed extra-contrattuale del gestore, sancito dal codice postale e nel regolamento di servizio, ad un regime in cui quest'ultimo è tenuto ad indennizzare immediatamente l'utente a prescindere dall'accertamento di una sua responsabilità per i disservizi» (cfr. E. Caruso, *Diritti e tutela degli utenti*, in *Il diritto privato delle telecomunicazioni*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 20 ss.).

⁴ Attualmente il servizio universale comprende la connessione in postazione fissa alla rete telefonica pubblica e l'accesso a servizi telefonici disponibili al pubblico in postazione fissa, che consente di effettuare e ricevere chiamate locali, nazionali e internazionali, l'uso di fax e la comunicazione di dati, ad una velocità di trasmissione tale da permettere un accesso efficace ad internet, l'accesso ad un elenco completo degli utenti finali e un servizio completo di consultazione degli elenchi e la fornitura di telefoni pubblici a pagamento, che soddisfa le esigenze di copertura geografica degli utenti.

⁵ Peraltro, qualora l'Autorità riscontri che l'impresa designata a fornire il servizio universale è soggetta ad un onere ingiustificato, previa richiesta dell'impresa stessa ripartisce il costo netto degli obblighi di servizio universale tra i fornitori di reti e servizi di comunicazione elettronica utilizzando il fondo per il finanziamento del costo netto degli obblighi del servizio universale, istituito presso il Ministero delle comunicazioni, cui gli operatori sono tenuti a contribuire, secondo la ripartizione degli oneri stabilita annualmente dall'Autorità.

Sempre sotto il profilo della garanzia, l'Autorità svolge un ruolo significativo nella risoluzione delle controversie tra imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica aventi ad oggetto gli obblighi derivanti dal c.d. Codice delle comunicazioni elettroniche (d.lgs. n. 259/2003 – art. 23). Si tratta quindi di controversie a contenuto fortemente regolatorio la cui risoluzione può interessare tutti gli operatori del settore e fornire indicazioni interpretative o prescrittive con valenza generale⁶.

Infine, si ricorda anche il ruolo svolto dall'Autorità nella risoluzione delle controversie tra imprese e utenti⁷. Nell'esercizio di tali funzioni, l'Autorità si avvale dei Corecom. In quest'ambito, assume particolare rilievo la funzione di vigilanza che effettua l'Autorità sui casi di interruzione del servizio dal momento che l'Autorità, espletando tale compito, non si limita a ricevere le informative dei gestori, ma formula indirizzi sulle modalità di interruzione e, ancor di più, decide dei ricorsi proposti dagli utenti interessati contro le interruzioni del servizio.

⁶ L'Autorità agisce su richiesta di una delle parti (a meno che queste non abbiano espressamente convenuto di derogarvi prevedendo dei mezzi alternativi di risoluzione delle controversie) e adotta una decisione vincolante entro il termine di quattro mesi. La decisione deve essere debitamente motivata e viene pubblicata nel Bollettino ufficiale e sul sito internet dell'Autorità. Avverso la decisione è possibile ricorrere in via giurisdizionale dinanzi al Tar del Lazio. In ogni caso, la procedura di risoluzione delle controversie davanti all'Autorità non esclude la possibilità di adire un organo giurisdizionale. Il procedimento è ora disciplinato dalla delibera n. 352/08/Cons, che ha sostituito la precedente delibera n. 148/01/Cons.

⁷ Gli utenti che intendono agire in giudizio per tutelare i propri diritti sono tenuti ad esperire un tentativo di conciliazione dinnanzi al Corecom della propria Regione. Tale tentativo è da ritenersi obbligatorio e preclusivo rispetto ad un eventuale ricorso in sede giurisdizionale (ex art. 1, comma 11 della legge n. 249 del 31 luglio 1997). Tuttavia, come confermato da una importante sentenza della Corte costituzionale (30 novembre 2007, n. 403), tale preclusione non opera nel caso di instaurazione di procedimenti cautelari. La procedura è ora disciplinata dal regolamento approvato con la delibera n. 173/07/Cons che sostituisce la precedente delibera n. 182/02/Cons.

1.2. *Il settore radiotelevisivo*

Anche nel settore radiotelevisivo, l'Autorità svolge le due principali funzioni di regolazione e garanzia.

Da un lato, l'intervento dell'Autorità mira infatti ad assicurare un'equa distribuzione delle risorse (attraverso l'approvazione dei piani nazionali di assegnazione delle frequenze), il pluralismo nell'offerta (attraverso la vigilanza sulla costituzione e il mantenimento di posizioni dominanti), la definizione di standard minimi di qualità dei servizi offerti dagli operatori e la promozione del passaggio alla tecnologia digitale.

Dall'altro lato, l'Autorità svolge un preciso ruolo di garanzia. Qui è particolarmente avvertita l'esigenza di assicurare il pluralismo ideologico e informativo, in ossequio a principi di obiettività, completezza e imparzialità, ma allo stesso tempo equità di trattamento, parità di accesso nelle pubblicazioni e nella trasmissione delle informazioni. Ciò giustifica e richiede evidentemente un maggior controllo pubblicistico. In questo senso, l'Autorità svolge le funzioni che erano originariamente attribuite al Garante dell'editoria e della radiodiffusione. In particolare, l'Autorità si preoccupa di monitorare costantemente (24 ore su 24) tutte le trasmissioni televisive nazionali e interviene tempestivamente nel caso di violazioni delle norme di legge in materia di pubblicità, obblighi di programmazione, pluralismo politico e sociale, nonché tutela dei minori.

1.3. *L'editoria*

Come accennato sopra, l'Autorità esercita le funzioni che erano proprie del Garante dell'editoria e della radiodiffusione e quindi svolge una funzione di regolamentazione e garanzia anche nel settore dell'editoria.

Da ultimo, i compiti dell'Autorità in questo settore sono stati ampliati con la legge n. 248 del 2000, contenente *Nuove norme di tutela del diritto d'autore* (c.d. legge anti-

pirateria), che affida all'Autorità compiti di prevenzione e controllo ispettivo a tutela della proprietà intellettuale⁸.

2. *I poteri e gli strumenti che caratterizzano l'azione dell'Autorità*

Nello svolgimento delle proprie funzioni, l'Autorità si avvale di poteri e strumenti di diversa natura: poteri di regolazione dei mercati⁹, poteri di ispezione e vigilanza¹⁰, poteri sanzionatori¹¹, poteri di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazioni elettroniche nonché tra operatori e utenti¹², poteri di proposta¹³ e poteri di consultazione¹⁴.

⁸ Lo scopo principale della legge è di fornire adeguati strumenti di analisi e di lavoro per contrastare alla radice il fenomeno della pirateria. A tal fine sono previste sanzioni particolarmente severe, tra cui la cessazione temporanea dell'esercizio o dell'attività per un periodo da tre mesi ad un anno. La legge prevede un coordinamento continuo tra l'Autorità e la Siae, con particolare riferimento alla produzione ed alla rivendita di supporti multimediali ed alle emissioni radiofoniche e televisive via etere e via cavo.

⁹ Legge 31 luglio 1997, n. 249 *Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo*; decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259 recante *Codice delle comunicazioni elettroniche*; delibera n. 453/03/Cons recante *Regolamento concernente la procedura di consultazione di cui all'articolo 11 del decreto legislativo 1 agosto 2003, n. 259*.

¹⁰ Delibera n. 220/08/Cons *Procedure per lo svolgimento delle funzioni ispettive e di vigilanza dell'Autorità. Carta dei diritti*.

¹¹ Delibera n. 136/06/Cons *Regolamento in materia di procedure sanzionatorie*, come recentemente modificata dalla delibera n. 130/08/Cons.

¹² Cfr. note sopra.

¹³ Presso l'Autorità è istituito il Consiglio nazionale degli utenti (Cnu) che ha il compito di esprimere pareri e formulare proposte (all'Autorità, al Parlamento e al Governo, e a tutti gli organismi pubblici e privati che hanno competenza in materia audiovisiva o svolgono attività in questi settori) su tutte le questioni concernenti la salvaguardia dei diritti e le legittime esigenze dei cittadini, quali soggetti attivi del processo comunicativo, promuovendo altresì iniziative di confronto e di dibattito su detti temi.

¹⁴ L'Autorità è chiamata ad esprimere pareri obbligatori, ma non vincolanti in materia di concorrenza e di pubblicità ingannevole nel settore delle comunicazioni elettroniche.

I poteri dell'Autorità sono stati successivamente integrati da una disposizione normativa contenuta nel d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, che all'art. 14-*bis* prevede che «nei procedimenti di competenza dell'Autorità [...] in cui occorra promuovere la concorrenza nella fornitura delle reti e servizi di comunicazione elettronica e delle risorse e servizi correlati, ai sensi del codice delle comunicazioni elettroniche di cui al decreto legislativo 1° agosto 2003», è ammessa la presentazione di «impegni» analogamente a quanto viene previsto nel caso di procedimenti dinanzi all'Autorità garante della concorrenza e del mercato¹⁵.

¹⁵ La procedura per la presentazione degli impegni dinanzi all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni è disciplinata dalla delibera n. 645/06/Cons *Regolamento in materia di impegni*, come recentemente modificata dalla delibera n. 131/08/Cons. Tale regolamento prevede che nei procedimenti di competenza dell'Autorità, in cui occorra promuovere la concorrenza nella fornitura delle reti e servizi di comunicazione elettronica, l'operatore interessato possa formulare proposte di impegni «finalizzate a migliorare le condizioni procompetitive di settore in coerenza con gli obiettivi sopraindicati». La proposta di impegni deve essere presentata alla direzione competente prima della sottoposizione della questione all'organo collegiale ai fini della definizione del procedimento, a pena di irricevibilità. La proposta può anche essere presentata prima dell'avvio di un procedimento, in previsione dell'apertura dello stesso. L'operatore può essere sentito al fine di fornire precisazioni e chiarimenti. Entro 60 giorni dalla presentazione degli impegni (da considerarsi preliminari) l'operatore deve presentare la proposta definitiva di impegni. L'Autorità valuta innanzitutto l'eventuale inammissibilità degli impegni per manifesta genericità, mancanza di serietà, finalità dilatorie o manifesta inidoneità a migliorare le condizioni della concorrenza nel settore. Se gli impegni sono ammissibili, la proposta viene resa pubblica attraverso il sito internet dell'Autorità. I soggetti interessati hanno facoltà di presentare osservazioni entro i successivi 30 giorni e l'operatore che ha presentato la proposta può, a sua volta, presentare la propria posizione in relazione alle osservazioni ed eventuali modifiche agli impegni entro 30 giorni dal termine fissato per le osservazioni dei terzi. L'Autorità, qualora ritenga gli impegni proposti idonei a migliorare le condizioni della concorrenza nel settore in esame attraverso misure idonee e stabili, approva la proposta di impegni, rende gli stessi obbligatori e ne ordina l'esecuzione. In caso di mancata attuazione degli impegni si applicano le sanzioni previste dalle discipline di settore.

La procedura in materia di impegni è stata utilizzata per la prima volta dall'Agcom nel caso *Telecom Italia – Open Access*, che si è concluso con l'accettazione, da parte dell'Autorità, degli impegni proposti da Telecom Italia S.p.A. (anche Telecom) per promuovere l'accesso alla propria infrastruttura di rete fissa¹⁶.

Il caso è particolarmente interessante non solo perché è il primo del suo genere, ma anche perché ha fornito l'occasione per riflettere sui problemi di coordinamento tra la disciplina in materia di impegni (a carattere nazionale) e quella specificamente applicabile in materia di analisi dei mercati (di derivazione comunitaria).

Nel caso di specie Telecom aveva presentato impegni con riferimento sia a determinati procedimenti sanzionatori avviati nei suoi confronti dall'Autorità per violazione di obblighi regolatori, che ad alcuni procedimenti in corso di analisi di mercato. Pertanto, gli impegni avevano, come affermato dalla stessa Telecom, una duplice valenza ed erano destinati nelle intenzioni a produrre effetti da un lato nei procedimenti sanzionatori e dall'altro nei menzionati procedimenti di analisi di mercato.

Da un punto di vista procedurale si è posta la questione dell'eventuale obbligo per l'Autorità di notificare

¹⁶ Il 19 giugno 2008 la società Telecom Italia S.p.A. ha presentato una proposta preliminare di impegni, ai sensi della legge n. 248/2006, con riferimento ai procedimenti avviati con le delibere n. 626/07/Cons, n. 133/08/Cons, n. 145/08/Cons, n. 183/08/Cons, n. 184/08/Cons, nonché ai procedimenti sanzionatori di cui agli atti di contestazione n. 4/07/Dir, n. 1/08/Dir, n. 2/08/Dir, n. 62/07/Dit, n. 63/07/Dit, n. 2/08/Dit, n. 3/08/Dit, n. 7/08/Dit (Proposta preliminare). L'Autorità ha avviato un procedimento di valutazione degli impegni. In data 24 luglio 2008 Telecom ha presentato i propri impegni definitivi. L'Autorità ha sottoposto gli impegni a consultazione pubblica. Alla luce delle osservazioni ricevute, in data 29 ottobre 2008 Telecom ha presentato una nuova proposta di impegni. Con lettera del 27 novembre 2008 l'Autorità ha nuovamente invitato Telecom ad emendare la nuova proposta di impegni. Da ultimo, in data 5 dicembre 2008 Telecom ha presentato la proposta finale di impegni. L'Autorità ha accettato gli impegni 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.*

gli impegni alla Commissione europea prima dell'accettazione definitiva degli stessi, secondo quanto previsto dalla disciplina applicabile all'analisi dei mercati.

Senonché con la delibera di accettazione degli impegni, l'Autorità ha riconosciuto la valenza propria (e tipica) degli impegni con riferimento ai procedimenti sanzionatori (che pertanto sono stati sospesi in attesa della verifica del puntuale adempimento degli impegni da parte di Telecom, in vista della futura chiusura dei procedimenti stessi senza addebiti e sanzioni); mentre ha mantenuto fermi gli attuali obblighi regolamentari fino al completamento dell'analisi dei mercati interessati che (dopo una breve sospensione connessa al contemporaneo procedimento sugli impegni) prosegue ora normalmente secondo la disciplina applicabile.

L'impostazione dell'Autorità è stata, dunque, nel senso di non dover notificare la proposta di delibera di accettazione degli impegni alla Commissione, limitandosi a notificare le proposte di provvedimenti conclusivi delle analisi di mercato e di ritenere applicabile la procedura degli impegni anche in procedimenti sanzionatori (purché, ritiene chi scrive, tali impegni abbiano la finalità di «promuovere la concorrenza nella fornitura delle reti e servizi di comunicazione elettronica e delle risorse e servizi correlati» come recita la norma).

La Commissione, tuttavia, nelle osservazioni alle proposte sulle analisi di mercato ad essa successivamente sottoposte dall'Autorità, ha manifestato il proprio disappunto rispetto alla mancata notifica degli impegni di Telecom da parte dell'Autorità italiana. Ad avviso della Commissione, infatti, tali impegni «sono mirati a facilitare l'applicazione degli obblighi di fornire l'accesso in modo trasparente e non discriminatorio» e, pertanto, essi sono direttamente correlati ed accessori a tali obblighi regolatori. Conseguentemente, essi devono essere considerati quali rimedi da notificare alla Commissione ai sensi dell'articolo 7, comma 3 della direttiva quadro (come più avanti definita), in modo da consentire alla Commissione

stessa ed alle Autorità nazionali di regolazione di valutare entro quale limite detti impegni possano configurarsi quali rimedi che impongono, modificano o integrano altri obblighi regolamentari.

La notifica degli impegni, secondo la Commissione, oltre ad essere una garanzia di trasparenza per gli operatori alternativi, sarebbe inoltre coerente con l'obiettivo della procedura di cui al predetto articolo 7, consistente nel garantire un'applicazione armonizzata del quadro normativo nell'intera Ue.

Le obiezioni della Commissione, tuttavia, non sembrano cogliere nel segno e, alla luce dell'effettivo contenuto degli impegni di Telecom e del trattamento di essi fatto dall'Autorità dal punto di vista procedurale, la posizione dell'Autorità appare corretta. Ciò non tanto perché gli impegni siano stati formulati ai sensi della normativa nazionale e non della regolamentazione comunitaria (che in effetti non li prevede), quanto piuttosto perché gli effetti di tali impegni si sono prodotti in modo immediato e diretto esclusivamente nell'ambito dei procedimenti sanzionatori in corso a carico di Telecom, con chiusura degli stessi senza addebiti e sanzioni. Per quanto riguarda i procedimenti relativi alle analisi dei mercati, gli impegni non hanno prodotto alcuna conseguenza immediata sugli obblighi regolamentari esistenti. Inoltre la Commissione e le altre Autorità nazionali non sono state private della facoltà di obiettare ai rimedi che l'Autorità notificherà a conclusione delle analisi, spiegandone la motivazione e necessità anche alla luce degli impegni in questione.

3. Il settore delle comunicazioni elettroniche

3.1. L'incidenza delle direttive comunitarie (c.d. secondo pacchetto)

Come già accennato in precedenza, il settore delle comunicazioni elettroniche è caratterizzato da un rapido mutare ed evolversi della tecnologia che si accompagna

all'evoluzione della corrispondente normativa di settore, a livello sia comunitario che nazionale.

Negli anni Novanta si è assistito ad una prima fase di liberalizzazione del mercato con l'adozione a livello comunitario del c.d. primo pacchetto di direttive comunitarie, mentre a livello nazionale veniva istituita l'Autorità e si recepiva e dava attuazione alla normativa comunitaria (legge n. 249/1997 e d.p.r. n. 318/1997).

Nella decade successiva, nel 2002, veniva adottato un nuovo pacchetto di direttive, c.d. secondo pacchetto di direttive comunitarie, non più allo scopo di aprire il mercato alla concorrenza, bensì di rivedere, e dove opportuno limitare, la regolamentazione del mercato (o meglio mercati), al fine di rimuovere i vincoli divenuti inutili o eccessivi alla luce del loro completato assetto concorrenziale. Si intendeva quindi passare progressivamente da penetranti regolamentazioni *ex ante* per strutturare i mercati nazionali (originariamente caratterizzati dalla presenza di un monopolista) in senso concorrenziale, a vigilanza *ex post* ai sensi della normativa antitrust sui comportamenti concretamente adottati dagli operatori.

In particolare, la Commissione europea¹⁷ si proponeva i seguenti obiettivi:

- la promozione di un mercato europeo aperto e competitivo a tutela della qualità dei servizi prestati ai consumatori;
- la promozione di un effettivo accesso per tutti i cittadini europei ai benefici connessi alla realizzazione del sistema universale, garantendo anche la massima trasparenza nelle tariffe e nelle condizioni d'uso dei servizi;
- il consolidamento del mercato interno grazie al fenomeno della convergenza, in virtù dell'eliminazione degli ostacoli esistenti alla fornitura di reti e servizi a livello europeo.

Muovendo da questi obiettivi si è così giunti al varo del nuovo pacchetto di direttive:

¹⁷ Cfr. *Review '99* intitolata: *Verso un nuovo quadro per l'infrastruttura delle comunicazioni elettroniche e i servizi correlati - Esame del 1999 del quadro normativo delle comunicazioni* (Com(1999) 539).

– direttiva 2002/21/Ce istitutiva di un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva quadro);

– direttiva 2002/20/Ce relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva autorizzazioni)¹⁸;

– direttiva 2002/19/Ce relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime (direttiva accesso)¹⁹;

– direttiva 2002/22/Ce relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica (direttiva servizio universale)²⁰.

In particolare, per quanto qui interessa, il ruolo dell'Autorità è stato inciso dalla direttiva quadro. Scopo fondamentale di tale direttiva è il raggiungimento di un quadro armonizzato per la regolamentazione dei servizi di comunicazione elettronica, delle reti di comunicazione elettronica, delle risorse e dei servizi correlati.

A tal fine, la direttiva prevedeva:

– l'istituzione di un quadro normativo armonizzato;

¹⁸ La direttiva autorizzazioni (2002/20/Ce) fissa il principio secondo cui la fornitura di reti e servizi deve essere soggetta solo ad un'autorizzazione generale – della quale individua anche il contenuto minimo – in luogo delle precedenti autorizzazioni generali e licenze individuali. La *ratio* sottesa a questa modifica consiste nell'evitare che si pongano ostacoli ingiustificati all'accesso soprattutto alla luce dei processi di convergenza tecnologica in atto.

¹⁹ La direttiva accesso (2002/19/Ce) presenta profili di novità minori rispetto alle altre, dal momento che si limita soltanto a specificare ed integrare l'impianto normativo già esistente. Tale direttiva sancisce il diritto per gli operatori di reti pubbliche di negoziare tra loro l'interconnessione sulla base delle condizioni determinate dalle Autorità nazionali di regolamentazione.

²⁰ Infine, la direttiva servizio universale (2002/22/Ce) mantiene la definizione di servizio universale, la cui definizione e aggiornamento rimane tra le prerogative della Commissione. In particolare, la direttiva stabilisce la possibilità di offrire il servizio universale a tariffe diverse e più economiche per gli utenti appartenenti alle fasce di reddito più basse e individua anche il meccanismo di assegnazione e finanziamento del servizio universale che deve essere attribuito ad una o più imprese per garantire la copertura dell'intero territorio nazionale.

- la disciplina delle funzioni delle Autorità di regolamentazione;
- le procedure per garantire l'applicazione armonizzata del quadro normativo comunitario negli Stati membri.

La direttiva fissava una serie di principi comuni per l'intero settore delle comunicazioni elettroniche, superando la vecchia distinzione tra telecomunicazione e radiotelevisione; così facendo essa sostanzialmente recepiva, in termini normativi, quanto stava già accadendo a livello di convergenza tecnologica.

In secondo luogo, come accennato in precedenza, la direttiva si è preoccupata di prevedere la sostituzione progressiva del sistema della regolazione *ex ante* con quello della vigilanza *ex post*. Infatti, mentre in una fase iniziale si era reso necessario imporre agli operatori del settore degli obblighi precisi al fine di aprire il mercato alla concorrenza, ora – esistendo in linea di massima un regime concorrenziale nei vari mercati – risultava necessario modificare il sistema normativo prevedendo la possibilità di adottare correttivi solo nei casi in cui le circostanze lo richiedevano effettivamente, vale a dire solo in presenza di situazioni di mercato strutturalmente non concorrenziali.

A tal fine, venivano disciplinate le procedure che le Autorità nazionali di regolamentazione (Anr) devono seguire per l'analisi dei mercati e l'imposizione di obblighi regolamentari, in stretta collaborazione con la Commissione.

Da ultimo, la direttiva dava nuovo impulso all'attività delle Autorità nazionali di regolamentazione, prevedendo varie forme di informazione e cooperazione tra le stesse, tra queste e le Autorità garanti della concorrenza, nonché con le Autorità incaricate di attuare le normative a tutela dei consumatori e, naturalmente, con la Commissione.

Infine, veniva istituito un Comitato per le comunicazioni cui è attribuita una funzione consultiva nei confronti della Commissione.

In Italia, il secondo pacchetto di direttive è stato recepito e trasfuso nel nuovo Codice delle comunicazioni elettroniche che, tuttavia, non segue appieno le linee tracciate dalla normativa comunitaria. Per esempio, il legislatore italiano ha mantenuto la tradizionale distinzione tra il settore delle telecomunicazioni e quello radiotelevisivo, mancando di cogliere l'importante fenomeno della convergenza che invece avrebbe richiesto una disciplina unitaria dei settori. Ciò ha determinato, almeno per il momento, una serie di ricadute a livello normativo, una su tutte, il regime di assegnazione e riparto delle frequenze.

Infine, problematica è ancora la questione della piena indipendenza dell'Autorità. Infatti, la circostanza per cui i membri dell'Autorità siano di nomina parlamentare ed il Presidente di nomina governativa potrebbe ingenerare dubbi circa l'effettiva e completa indipendenza della stessa rispetto al potere politico, anche se va dato atto all'Autorità di aver in effetti svolto finora il suo ruolo in modo del tutto indipendente e neutrale.

3.2. Le nuove norme comunitarie (c.d. terzo pacchetto)

Com'era previsto sin dall'adozione del secondo pacchetto di direttive, la Commissione europea ha avviato un nuovo processo di verifica dello stato di liberalizzazione del mercato delle comunicazioni elettroniche e di revisione della disciplina regolatoria che si è appena concluso con l'adozione del c.d. terzo pacchetto.

L'iter era cominciato il 13 novembre 2007, quando la Commissione ha adottato una serie di proposte di riforma della normativa nel settore delle comunicazioni elettroniche (un regolamento, due direttive ed una raccomandazione).

Scopo principale della riforma era quello di superare l'attuale segmentazione del mercato delle comunicazioni elettroniche lungo i confini nazionali e di promuovere la

creazione di un vero mercato comune attraverso un approccio decisamente più «comunitario» alle problematiche di regolamentazione e concorrenza²¹.

²¹ In particolare, la riforma (nella formulazione originariamente proposta dalla Commissione) prevedeva di:

a) ridurre la regolamentazione, rendendola più efficace – la Commissione proponeva di limitare l'intervento proprio e delle Autorità nazionali in quei settori in cui la concorrenza risulta aver raggiunto un livello accettabile, e rafforzarli, invece, in quei mercati non ancora sufficientemente competitivi (come il mercato dell'accesso a banda larga). Per lo stesso motivo la Commissione ha ritenuto opportuno ridurre il numero dei mercati rilevanti, suscettibili di una regolamentazione *ex ante*, da 18 a 7 (come vedremo, a mezza di una coeva raccomandazione entrata immediatamente in vigore);

b) garantire una gestione più efficiente delle risorse – promuovendo l'utilizzo dello spettro radio per l'offerta di servizi diversificati e da parte di operatori anche se sprovvisti di licenza (c.d. neutralità); incoraggiare gli investimenti in nuove infrastrutture e assicurare «l'accesso alla banda larga per tutti», rendendo disponibile lo spettro per servizi senza filo a banda larga nelle Regioni in cui la costruzione di una nuova infrastruttura in fibra ottica sarebbe troppo costosa. A questo proposito, la migrazione dalla televisione analogica alla televisione digitale avrebbe liberato una parte consistente dello spettro radio (il cosiddetto dividendo digitale) che avrebbe potuto essere utilizzato a tale scopo;

c) perseguire una maggiore concorrenza fra gli operatori – in particolare offrendo alle Autorità nazionali di regolamentazione il rimedio della separazione funzionale della rete e dei servizi degli operatori di telecomunicazione dominanti (in tal modo favorendo l'accesso alla rete di nuovi operatori a condizioni eguali a quelle applicate dagli operatori *incumbents* alle proprie divisioni commerciali). Questa misura sarebbe stata rimessa alla discrezionalità di ciascuna Autorità di regolamentazione che avrebbe deciso se disporla o meno in base all'andamento del mercato e alla situazione particolare dello Stato membro interessato;

d) rafforzare i diritti dei consumatori – tutelando la loro libertà di scelta attraverso la garanzia del diritto di ricevere informazioni tariffarie trasparenti e confrontabili; favorendo la portabilità dei numeri e fissando in 24 ore il periodo massimo di tempo a disposizione dell'operatore telefonico per trasferire il numero al nuovo *provider*; riconoscendo la possibilità di chiamare, da uno Stato membro all'altro, numeri gratuiti, numeri d'emergenza e numeri destinati a soggetti disabili; tutelando la privacy e garantendo una maggiore sicurezza nell'uso delle reti di comunicazione, in particolare grazie a nuovi strumenti di lotta contro gli spam, i virus e altri attacchi informatici;

e) rafforzare l'indipendenza delle Autorità nazionali di regolamentazione – sia dagli operatori che dai Governi degli Stati membri;

La proposta della Commissione ha dato il via ad un lungo dibattito in seno alle istituzioni comunitarie, che ha visto il Parlamento approvare la riforma in prima lettura con emendamenti (24 settembre 2008), la commissione pubblicare un nuovo pacchetto di riforme (6 novembre 2008), il Consiglio adottare le posizioni comuni (16 febbraio 2009), il Parlamento approvare i provvedimenti in seconda lettura con nuovi emendamenti (6 maggio 2009) e infine il Consiglio approvare definitivamente la riforma in data 25 novembre 2009. a

Menzione a sé va invece fatta della nuova raccomandazione della Commissione sui mercati rilevanti, del 17 dicembre 2007²², che è già entrata in vigore, e a cui le Autorità di regolazione nazionale sono tenute a conformarsi.

Essa sostituisce la precedente raccomandazione del 2003²³ e, in particolare, riduce il numero dei mercati suscettibili di una regolamentazione *ex ante* da 18 a 7, in considerazione del ragionevole livello di concorrenza raggiunto negli ultimi anni in alcuni mercati *retail*.

f) creare un'Autorità europea del mercato delle comunicazioni elettroniche – con il compito di assicurare, in collaborazione con la Commissione e le Autorità nazionali, che i principali servizi di comunicazione fossero disciplinati in maniera più uniforme in tutti gli Stati membri. Nella proposta della Commissione, l'Autorità europea del mercato delle comunicazioni elettroniche avrebbe dovuto riunire le funzioni di due organismi esistenti: il Gruppo dei regolatori europei (Erg) e l'Agenzia europea per la sicurezza delle reti e dell'informazione (Enisa). Tale Autorità avrebbe dovuto avere il potere di agire a livello centrale, laddove necessario, coordinando le singole Autorità nazionali con la Commissione, e inoltre il compito di assistere quest'ultima attraverso l'elaborazione di pareri mirati, l'adozione di misure sul mercato di interesse e nella lotta allo spam, agendo come centro di eccellenza europeo per la rete e la sicurezza dell'informazione.

²² *Raccomandazione 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* (2007/879/Ce).

²³ Raccomandazione 2003/311/Ce dell'11 febbraio 2003.

Peraltro, come si legge nella stessa raccomandazione (par. 17), ciò non priva le Autorità nazionali di regolamentazione del potere di condurre indagini ulteriori, volte a verificare che i medesimi mercati effettivamente presentino, a livello interno, un grado sufficiente di concorrenza. A tale scopo, le Autorità nazionali sottoporranno tali mercati al c.d. triplice test (par. 5)²⁴ e, qualora dallo stesso dovesse emergere un deficit concorrenziale, gli stessi saranno suscettibili di essere sottoposti, a livello meramente nazionale, ad una regolamentazione *ex ante* (ed alla conseguente adozione di misure correttive).

3.3. *Il nuovo assetto di rapporti tra Autorità nazionali, Commissione europea e l'istituendo organo comunitario dei regolatori alla luce della riforma di cui al c.d. terzo pacchetto*

Uno dei punti più dibattuti e controversi della riforma è stato senza dubbio quello relativo al nuovo assetto degli equilibri tra Autorità nazionali, Commissione europea e l'istituendo organo comunitario dei regolatori.

La proposta originaria della Commissione (13 novembre 2007) prevedeva un significativo rafforzamento del ruolo della Commissione e un diretto coinvolgimento della istituenda Autorità del mercato delle comunicazioni elettroniche (Autorità europea) nei procedimenti di analisi dei mercati.

Innanzitutto, la proposta di nuova direttiva quadro²⁵

²⁴ Il c.d. triplice test prevede che un mercato sia suscettibile di regolamentazione *ex ante*, laddove vengano soddisfatti i seguenti criteri cumulativi: *a*) il mercato presenta forti ostacoli non transitori all'accesso, che possono essere di carattere strutturale, giuridico o normativo; *b*) la struttura del mercato non tende a produrre condizioni di concorrenza effettiva nell'arco di tempo considerato; *c*) l'applicazione del diritto della concorrenza non è di per sé sufficiente a rimediare ai fallimenti di mercato esistenti.

²⁵ Com(2007) 697, *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante modifica delle direttive 2002/21/CE che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione*

prevedeva un'estensione del potere della Commissione di revisione delle misure proposte dalle Autorità nazionali non solo nei casi in cui la misura miri ad identificare un mercato rilevante differente da quelli già identificati dalla Commissione (art. 7, par. 4, lett. *a*) oppure si proponga di designare un soggetto come avente significativo potere di mercato (art. 7, par. 4, lett. *b*), ma anche nei casi in cui la misura si limiti ad imporre, modificare o revocare un obbligo nei confronti di un operatore avente significativo potere di mercato (art. 7, par. 4, lett. *c*).

In secondo luogo, venivano chiariti e razionalizzati alcuni aspetti procedurali delle analisi di mercato quali l'obbligo, per le Autorità nazionali di regolamentazione, di procedere ad una nuova consultazione pubblica e ad una nuova notifica alla Commissione nel caso in cui quest'ultima avesse chiesto la modifica di una misura regolatoria proposta (art. 7, par. 6) e il potere della Commissione, in tal caso, di domandare all'Autorità nazionale di introdurre un obbligo specifico, entro un preciso limite temporale (art. 7, par. 8).

Con riferimento alla disciplina dei mercati transnazionali, il potere della Commissione (prima limitato alla sola individuazione di un mercato rilevante *ex art.* 15, par. 4) veniva esteso così da includere anche la designazione di un'impresa dotata di significativo potere di mercato e l'imposizione di obblighi specifici (art. 16, par. 5).

Inoltre, veniva introdotto il potere della Commissione di avocare a sé un procedimento di analisi di mercato nel caso in cui un'Autorità nazionale fosse stata particolarmente in ritardo nello svolgimento dei propri compiti (art. 16, par. 7).

Venivano poi chiariti e rafforzati i poteri della Commissione in materia di armonizzazione, al fine di assicurare un maggiore coordinamento in certe aree (art. 19).

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.

Infine, veniva previsto l'obbligo, per gli Stati membri, di introdurre specifiche misure sanzionatorie nel caso di violazione delle norme attuative delle direttive, con l'evidente intento di rafforzare i poteri di *enforcement* delle Autorità nazionali (art. 21-*bis*).

In *tutti* i casi sopra menzionati, al dichiarato fine di migliorare il coordinamento della regolamentazione del mercato interno, la Commissione avrebbe dovuto tenere nella massima considerazione il parere dell'istituenda Autorità europea.

L'Autorità europea immaginata dalla Commissione nella proposta di regolamento²⁶ ambiva ad essere una vera e propria Autorità di regolamentazione sovranazionale, dotata di una propria specifica struttura e di ampi poteri d'intervento. In altre parole un organismo specializzato ed indipendente che avrebbe coadiuvato la Commissione e le Autorità nazionali di regolamentazione nell'applicazione del quadro normativo per le comunicazioni elettroniche (ma avrebbe anche inevitabilmente ridotto il ruolo di queste ultime).

In particolare, la struttura organizzativa doveva comprendere: un consiglio di amministrazione, un comitato dei regolatori, un direttore, un responsabile capo della sicurezza delle reti, un gruppo permanente di parti interessate e una commissione dei ricorsi.

L'Autorità europea avrebbe dovuto contribuire a migliorare il funzionamento del mercato interno, fornendo pareri di propria iniziativa o su richiesta della Commissione, coadiuvando la Commissione e prestandole consulenza tecnica, effettuando studi, e raccogliendo informazioni. Inoltre, essa avrebbe avuto compiti specifici in materia di numerazione, radiofrequenze, diritti d'uso, cultura e sicurezza delle reti; avrebbe fornito raccomandazioni alle Autorità nazionali di regolamentazione in caso di questioni transnazionali e avrebbe favorito

²⁶ Com(2007) 699, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un'Autorità europea del mercato delle comunicazioni elettroniche*.

la diffusione e lo scambio di informazioni tra gli Stati membri, le Autorità nazionali di regolamentazione e la Commissione; avrebbe fornito consulenza alla Commissione sugli aspetti della accessibilità dei servizi a utenti finali disabili.

L'Autorità avrebbe quindi sostituito il Gruppo dei regolatori europei (Erg) e l'Agenzia europea per la sicurezza delle reti e dell'informazione (Enisa).

L'ambiziosa proposta della Commissione ha incontrato, tuttavia, una forte opposizione da parte del Parlamento e del Consiglio, i quali, pur riconoscendo l'esigenza di una maggiore armonizzazione della regolamentazione del mercato interno, hanno adottato un approccio più conservativo rispetto agli equilibri tra le diverse Autorità e hanno ritenuto più opportuno ridimensionare drasticamente il ruolo della istituenda Autorità europea.

Alla luce degli emendamenti apportati dal Parlamento, la Commissione ha presentato quindi una nuova proposta di riforma (6 novembre 2008), senz'altro più moderata della precedente.

Su tale nuova proposta della Commissione (e alla luce della posizione già espressa dal Parlamento) il Consiglio ha adottato delle posizioni comuni (16 febbraio 2009)²⁷.

Il Parlamento, quindi – dopo aver trovato un sostanziale accordo con la Commissione e il Consiglio –, ha approvato in seconda lettura le posizioni comuni del Consiglio, con ulteriori emendamenti (6 maggio 2009).

²⁷ Posizione comune (Ce) n. 15/2009 definita dal Consiglio il 16 febbraio 2009, in vista dell'adozione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, recante modifica delle direttive 2002/21/Ce che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, 2002/19/Ce relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime e 2002/20/Ce relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica; e posizione comune (Ce) n. 14/2009 definita dal Consiglio il 16 febbraio 2009, in vista dell'adozione di un regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce il Gruppo di regolatori europei delle telecomunicazioni (Gret).

Da ultimo, i testi approvati dal Parlamento sono stati definitivamente approvati dal Consiglio in data 25 novembre 2009²⁸.

Per quanto riguarda la direttiva quadro²⁹, si prevede, innanzitutto, un rafforzamento dell'indipendenza delle Autorità nazionali di regolazione delle comunicazioni elettroniche dai rispettivi Governi nazionali³⁰.

In materia di analisi di mercato, viene quindi ribadito l'obbligo a carico delle Autorità nazionali, già previsto nella proposta originaria, di procedere ad una nuova consultazione pubblica e ad una nuova notifica alla Commissione nel caso in cui quest'ultima richieda la modifica di una misura regolatoria proposta³¹. In caso, invece, di imposizione, modifica o revoca di obblighi in capo a operatori notificati come dotati di significativo potere di mercato, viene attribuita alla Commissione la possibilità di sospendere il procedimento per un periodo di tre mesi; durante tale periodo è prevista l'apertura di una fase di concertazione tra la Commissione, il nuovo organo dei regolatori europei delle telecomunicazioni (denominato Berec³²) e l'Autorità nazionale, volta al raggiungimento di

²⁸ I testi definitivamente approvati sono la 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 e 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; e il regolamento (Ce) n. 1211/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009 che istituisce l'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (Berec) e l'Ufficio.

²⁹ Direttiva 2009/140/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009, cit.

³⁰ Nuovo art. 3, comma 3-*bis*, della direttiva 2002/21/Ce, così come modificata dalla direttiva in oggetto. Le nuove formulazioni delle disposizioni della direttiva 2002/21/Ce, cui si riferiscono le norme di seguito citate, sono contenute all'art. 1 della direttiva 2009/140/Ce del 25 novembre 2009, cit.

³¹ Nuovo art. 7 della direttiva 2002/21/Ce.

³² Si veda *infra* per il regolamento Ce n. 1211/2009.

un accordo sulla misura da adottare. Al termine di tale fase, l'Autorità può comunque disattendere le osservazioni eventualmente presentate dal Berec e dalla Commissione, fornendo una giustificazione motivata³³.

Per quanto riguarda la disciplina dei mercati transnazionali, viene previsto l'obbligo delle Autorità nazionali interessate di effettuare congiuntamente l'analisi di mercato, tenendo conto degli orientamenti della Commissione, e di pronunciarsi di concerto sull'imposizione, sulla modifica o sulla revoca di obblighi regolatori in capo alle imprese notificate come dotate di significativo potere di mercato³⁴.

È prevista inoltre la possibilità per le Autorità nazionali, nel caso in cui non siano in grado di completare l'analisi di un mercato rilevante entro il termine stabilito, di chiedere l'assistenza del Berec, senza che sia più prevista la possibilità per la Commissione di avocare a sé la pratica³⁵.

Vengono ribaditi e precisati i poteri in materia di armonizzazione, già stabiliti nella proposta originaria della Commissione, con la previsione della possibilità per quest'ultima di adottare, a determinate condizioni, raccomandazioni o decisioni³⁶.

Infine, si stabilisce:

– la previsione di un maggior coordinamento strategico tra la Commissione e i Governi nazionali nell'assegnazione delle frequenze radio, mediante l'attribuzione alla prima del compito di elaborare un piano pluriennale di pianificazione strategica e di armonizzazione dell'uso dello spettro radio³⁷;

– la previsione di specifici meccanismi di collaborazione tra Autorità nazionali e tra queste e il Berec in caso di controversie transnazionali³⁸;

³³ Nuovo art. 7-*bis* della direttiva 2002/21/Ce.

³⁴ Nuovo art. 16, par. 5 della direttiva 2002/21/Ce.

³⁵ Nuovo art. 16, par. 7 della direttiva 2002/21/Ce.

³⁶ Nuovo art. 19 della direttiva 2002/21/Ce.

³⁷ Nuovo art. 8-*bis* della direttiva 2002/21/Ce.

³⁸ Nuovo art. 21 della direttiva 2002/21/Ce.

– l'obbligo per gli Stati membri di prevedere sanzioni «appropriate, effettive, proporzionate e dissuasive» per le violazioni delle norme attuative della direttiva quadro e di altre direttive ad essa connesse³⁹.

Per quanto riguarda invece il regolamento sul gruppo dei regolatori europei⁴⁰, si prevede la creazione di un organismo denominato Berec (Body of European Regulators of Electronic Communications), formato da rappresentanti delle varie Autorità nazionali, come l'attuale Erg, anche se dotato di maggiori poteri rispetto a quest'ultimo.

Tale organo esplicherà funzioni:

– di consultazione e di coordinamento delle varie Autorità nazionali di regolazione, formulando (di sua iniziativa o su richiesta) pareri, raccomandazioni e orientamenti di carattere non vincolante per le Autorità nazionali e per la Commissione, ma che dovranno essere tenuti nella massima considerazione;

– di monitoraggio del settore delle comunicazioni elettroniche, con l'obbligo di riferire annualmente sugli sviluppi dello stesso.

Nell'esplicazione di tali compiti il Berec opererà a mezzo di un Comitato dei regolatori, composto da un rappresentante di alto livello di ogni Autorità di regolazione nazionale. I rappresentanti eserciteranno le proprie funzioni in piena autonomia ed indipendenza dagli Stati e dalle Autorità di provenienza⁴¹. A quest'ultime, così come

³⁹ Si allude in particolare alla direttiva 2002/58/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche; cfr. nuovo art. 21-*bis* della direttiva 2002/21/Ce.

⁴⁰ Regolamento Ce n. 1211/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009, cit.

⁴¹ Art. 4, comma 2 «[...] I membri del Comitato dei regolatori non sollecitano, né accettano alcuna istruzione da alcun governo, dalla Commissione, né da alcun soggetto pubblico o privato»; art. 4 comma 5 «Fatto salvo il ruolo del Comitato dei regolatori in relazione alle funzioni del presidente, quest'ultimo non sollecita né accetta alcuna istruzione da alcun governo o Anr, dalla Commissione né da alcun soggetto pubblico o privato».

alla Commissione, viene attribuito uno *status* di osservatore, con facoltà di partecipare a tutte le riunioni plenarie del Comitato dei regolatori. Il Comitato dei regolatori adotterà le sue decisioni a maggioranza dei due terzi, con facoltà di indicare le riserve eventualmente espresse da una o più Autorità nazionali.

Infine, il Berec, nello svolgimento della sua attività, verrà coadiuvato da una struttura amministrativa, denominata ufficio e dotata di personalità giuridica, composta da un direttore amministrativo e da un comitato di gestione.

4. *Il rapporto tra regolazione e concorrenza*

Il rapporto tra regolazione e concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche è un equilibrio difficile, ma possibile ed evidentemente necessario.

Come noto, la regolazione, attraverso le misure *ex ante*, mira a disciplinare gli assetti di mercato conformandoli ai principi della libera concorrenza, dell'efficienza e del progresso tecnologico anche al fine di prevenire i potenziali comportamenti distorsivi degli operatori, in una visione prospettica del mercato. Tale normativa ha quasi sempre carattere transitorio essendo il suo fine quello di contribuire alla creazione di mercati in grado di funzionare successivamente in modo autonomo, secondo principi di libera concorrenza.

Viceversa, l'intervento ai sensi del diritto della concorrenza si propone di correggere e/o sanzionare i concreti comportamenti distorsivi della concorrenza, con approccio generalmente *ex post* (con la significativa eccezione dell'autorizzazione preventiva delle concentrazioni). Si tratta, in questo caso, di prevedere (e applicare) regole generali, che, per questo, sono più flessibili e quindi possono valere più a lungo.

Nel settore delle comunicazioni elettroniche, dopo una prima fase in cui regolazione e concorrenza procedevano su binari paralleli, ognuno nella propria peculiare

sfera di competenza, si assiste ora ad una fase più matura in cui la regolazione viene ad assumere (o almeno questo è nelle intenzioni) un ruolo sempre complementare, ma in concreto più residuale rispetto a quello della concorrenza.

E infatti, la direttiva quadro ha sostanzialmente ridisegnato i rapporti fra i due sistemi, prevedendo, da un lato, la priorità dell'analisi concorrenziale rispetto all'intervento regolatorio e, dall'altro, uniformando i criteri di analisi per cui in entrambi i casi si sta facendo e si farà ricorso alle nozioni di «mercato rilevante», «dominanza» e simili, di origine prettamente concorrenziale.

Al considerando 27 si legge infatti: «È essenziale che gli obblighi *ex ante* vengano imposti 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».

La giurisprudenza nazionale ha peraltro da tempo chiarito che, in via di principio, il rapporto tra regolazione e concorrenza è paritario e complementare. Nella nota sentenza del Consiglio di Stato, nel caso *Comportamenti abusivi di Telecom Italia*, è stato infatti affermato che, anche dopo l'entrata in vigore del Codice delle comunicazioni elettroniche, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato continuano ad avere competenze distinte e parallele in materia di comunicazioni elettroniche e che «le due Autorità, pur esercitando competenze parallele, debbano coordinarsi in un'ottica di leale collaborazione (anche, se del caso, con lo strumento tipico dell'intesa), e con il fine ultimo e comune di garantire il corretto funzionamento del mercato alla cui vigilanza sono preposte»⁴².

Quanto sopra non vale peraltro ad escludere che, in concreto, possa aversi il caso di una divergenza di pareri tra le due Autorità. Ciò è quanto effettivamente accaduto con riferimento all'analisi concorrenziale del mercato del-

⁴² Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 10 marzo 2006, n. 1271.

l'accesso ai servizi di comunicazione mobile negli anni 2005-2007.

Nel provvedimento di avvio del caso *A/357 Tele2 – Tim – Vodafone e Wind* del 23 febbraio 2005, relativo ad un presunto abuso di posizione dominante collettiva, l'Agcm riteneva che nel mercato all'ingrosso dell'accesso alle reti mobili sussistesse una posizione dominante collettiva in capo a Tim, Vodafone e Wind.

Viceversa nel provvedimento conclusivo dell'analisi dello stesso mercato (c.d. mercato n. 15) del 25 gennaio 2006 l'Agcom affermava che allo stato non si rilevava una dominanza congiunta da parte degli stessi operatori.

Senonché nel corso del procedimento *A/357* le posizioni delle Autorità si invertivano. Infatti, nel parere reso all'Agcm in data 23 luglio 2007, l'Agcom evidenziava come, nonostante le recenti dinamiche del mercato avessero portato alla conclusione di accordi per l'offerta di servizi di telefonia mobile da parte di operatori sprovvisti di risorse radio, sussistevano ancora delle criticità, anche tenuto conto dei processi di integrazione fisso-mobile (ed aveva infatti iniziato un nuovo procedimento per l'imposizione di obblighi formali di apertura delle reti degli operatori in questione, il c.d. mercato *15-bis*, poi abbandonato).

Viceversa, nel provvedimento conclusivo del caso *A/357* del 3 agosto 2007, l'Agcm affermava che la posizione di dominanza collettiva inizialmente ipotizzata non risultava essere sufficientemente provata.

Ma tali apparenti divergenze non devono stupire. Infatti, come afferma la stessa Agcom, le analisi di mercato assumono una dimensione prospettica, che tiene conto dell'evoluzione di medio periodo sia delle variabili di carattere tecnologico che delle dinamiche di mercato e concorrenziali e si distinguono dall'accertamento svolto dall'Agcm in relazione a circostanze che riguardano comportamenti passati e – necessariamente – si basano su dati consuntivi e non di natura prospettica.

In ogni caso, è certamente auspicabile che le due Autorità, in una ottica di piena e fattiva collaborazione, con-

tinuino, come stanno da tempo lodevolmente facendo, a compiere ogni sforzo possibile per coordinare le proprie attività, specialmente laddove si trovino a dover intervenire parallelamente e contemporaneamente in uno stesso mercato.

5. *Criticità e prospettive*

Fin dalla sua istituzione, l'Agcom si è distinta per la propria azione indipendente dal potere politico e dagli operatori ed ha contribuito in maniera determinante all'apertura dei mercati delle comunicazioni elettroniche alla concorrenza. Al suo successo ha sicuramente contribuito, come in precedenza illustrato, la propria organizzazione «convergente». Infatti, come accennato sopra, l'Agcom non soltanto ha competenza in tutti i settori che caratterizzano le comunicazioni elettroniche, ma è anche organizzata in funzione di un approccio convergente alle diverse tematiche. Tale modello organizzativo ha consentito all'Autorità di avere una visione globale delle problematiche dei diversi settori e di intervenire in maniera coerente ed efficace e, nei limiti della normativa applicabile, in modo trasversale.

È quindi sullo sfondo di questi meriti fondamentali e di un giudizio complessivamente più che positivo che ci accingiamo a svolgere alcune brevi riflessioni finali sulle molte luci ed alcune ombre che hanno accompagnato in questi primi anni di vita l'azione dell'Autorità.

Innanzitutto, il trasferimento di poteri dal Ministero all'Agcom è stato un processo lento e difficoltoso, sia per quanto riguarda l'attribuzione delle competenze che delle risorse.

Nei primissimi anni di attività vi è stata una certa sovrapposizione (e confusione) sulle rispettive aree di competenza, cosa che ha richiesto un'intensa collaborazione tra i due organismi (che al proposito stipularono perfino un accordo c.d. di avalimento) e, ciononostante, ha generato difficoltà per gli operatori, specialmente con ri-

guardo a talune specifiche tematiche (cioè licenze, numerazione e frequenze).

Sotto un altro profilo, l'Agcom ha sofferto per lungo tempo la mancanza di risorse umane sufficienti e adeguate rispetto ai compiti assegnati. Ciò ha comportato notevoli ritardi nell'adozione delle misure e delle decisioni (si pensi per esempio al sistematico ritardo dei primi anni nell'approvazione dell'annuale offerta di interconnessione di riferimento di Telecom Italia per i servizi regolamentati all'ingrosso a favore degli operatori nuovi entranti). Tale criticità è stata progressivamente superata prima con l'incremento numerico delle risorse e poi a seguito di alcune riorganizzazioni interne che hanno portato ad un assetto con risorse adeguate ai compiti istituzionali affidati e ad una generale maggiore efficienza.

L'Agcom ha poi promosso in maniera vigorosa la liberalizzazione e la concorrenza sui mercati delle comunicazioni su rete fissa, adottando provvedimenti fondamentali in materia di accesso, interconnessione, parità di trattamento e regolamentazione delle tariffe. Basti pensare che la prima delibera ad aver regolamentato in Italia l'accesso disaggregato alla rete locale, normativa fondamentale per lo sviluppo rapido e concorrenziale del mercato dei servizi di rete fissa, è la delibera Agcom n. 2/00/Cir sulle *Linee guida per l'implementazione dei servizi di accesso disaggregato a livello di rete locale e disposizioni per la promozione della diffusione dei servizi innovativi*, pubblicata in Gazzetta Ufficiale del 28 marzo 2000, n. 73, successivamente integrata dalla delibera n. 15/01/Cir.

Tale delibera ha anticipato il regolamento del Consiglio sullo stesso tema⁴³, come dato atto dalla stessa Agcom nella sua relazione annuale del 2001: «Già nel corso del 2000, con la delibera n. 2/00/Cir, l'Autorità aveva imposto a Telecom Italia puntuali obblighi di fornitura di servizi di accesso disaggregato alla propria rete locale,

⁴³ Regolamento relativo all'accesso disaggregato alla rete locale n. 2887/2000/Ce del 18 dicembre 2000, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee L 336 del 30 dicembre 2000.

anticipando le determinazioni dell'Unione europea [il regolamento comunitario in materia è, infatti, del dicembre 2000] e dei principali Paesi europei».

Viceversa, per quanto riguarda le comunicazioni su rete mobile, l'azione dell'Agcom è stata meno incisiva e tempestiva.

Ad esempio, l'Agcom ha scelto di non intervenire con misure regolamentari che imponessero l'accesso a tali reti e ne disciplinassero le condizioni. Anzi nell'anno 2000, in occasione della gara pubblica per l'assegnazione delle licenze per lo sviluppo delle reti mobili in tecnica Umts, con la delibera n. 544/00 ha stabilito di rinunciare a farlo per un periodo di otto anni dall'avvio dell'attività commerciale per i sistemi mobili di terza generazione (e quindi sostanzialmente fino al 2011) al fine di proteggere gli investimenti degli operatori che avrebbero successivamente partecipato alla gara in questione (che si svolse nella forma dell'asta competitiva). In realtà tale misura, insieme agli obblighi di copertura previsti dalle regole di gara come vincolanti, ha provocato come conseguenza che la gran parte degli operatori assegnatari delle licenze Umts che non erano già presenti sul mercato delle reti e servizi in tecnica Gsm, quindi con un avviamento commerciale precedente, è stata costretta a cessare lo sviluppo del progetto ancor prima di aver cominciato ad operare sul mercato dei servizi mobili (Blu, Ipse) senza nemmeno potersi trasformare in operatore virtuale. E tale scelta è stata tenuta ferma dall'Agcom anche successivamente, quando si è delineato sempre più chiaramente un quadro di progressiva convergenza fisso-mobile.

Certamente, tra i compiti di un regolatore di settore quale l'Agcom vi è quello di promuovere la «concorrenza efficiente» anche attraverso misure preventive che indirizzino in tal senso il mercato. In tale ottica si comprende come la regolamentazione adottata dall'Agcom si sia sempre ispirata al *favor* verso gli investimenti di tipo infrastrutturale e gli operatori che tali investimenti sostengono e, in via di principio, tale approccio non può non essere condiviso visto che normalmente si traduce in benefici

maggiori e di più lunga scadenza per i consumatori. È però importante che ciò venga fatto senza condizionare le dinamiche del mercato e con interventi che non impongano strutture che non sia il mercato stesso a richiedere e sostenere. In altre parole, proprio in funzione del principio di tutela della concorrenza efficiente, le misure regolatorie devono essere scelte tra quelle meno invasive possibili e l'azione del regolatore deve mantenersi flessibile, preservando quindi la possibilità di modificare le regole per adattare le tempestivamente, laddove necessario, alle mutate condizioni del mercato.

Se quindi nello specifico caso della gara per le reti in tecnica Umts l'errore maggiore venne commesso dal Governo, che, presumibilmente al fine di massimizzare il ricavo della gara, attraverso i vincoli di copertura obbligatoria e la mancanza di possibilità di cessione delle frequenze impose di fatto la creazione di un numero eccessivo di reti mobili Umts (oltre alle tre già esistenti in tecnica Gsm), l'Agcom rafforzò e consolidò tale errore offrendo, con la delibera in questione, la garanzia ai partecipanti alla gara che non sarebbe intervenuta ad imporre l'accesso alle nuove reti per un periodo di tempo estremamente lungo. Così facendo l'Agcom ha, per conseguenza, protetto più i ricavi attesi dalla gara che lo sviluppo del mercato poiché non ha previsto che la creazione di così tante nuove reti (e relativi ingenti investimenti) si sarebbe rivelata non sostenibile e non ha mantenuto la necessaria flessibilità al fine di intervenire con misure regolatorie. Forse se gli operatori nuovi entranti che hanno abbandonato la gara o che l'hanno vinta, ma sono poi falliti, avessero potuto trasformarsi in operatori virtuali, i relativi investimenti non sarebbero andati perduti ed avremmo avuto sul mercato italiano già da anni operatori mobili virtuali di ben maggiore solidità rispetto a quelli attuali, con conseguente pressione sui prezzi a favore dei consumatori nonché più ampia ed evoluta offerta di prodotti e servizi.

In modo del tutto contraddittorio rispetto alla corretta finalità perseguita quindi, le misure decise in tale

specifico caso hanno contribuito al mantenimento di un oligopolio (se non addirittura alla creazione di una posizione dominante collettiva) ed alla mancanza in Italia fino al 2007, caso pressoché unico in Europa, di operatori mobili virtuali (Mvo). Solo a seguito dell'intervento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che nel 2005 ha avviato una specifica istruttoria per ipotizzato abuso di posizione dominante collettiva a causa del rifiuto di tutti gli operatori di rete mobile esistenti di concedere l'accesso alla propria rete, si è finalmente assistito all'entrata sul mercato (a seguito di impegni assunti in questo senso da Vodafone in tale procedura) di un primo operatore virtuale a cui poi sono seguiti molti altri.

Anche in materia di prezzi per i servizi mobili l'intervento dell'Agcom è stato talvolta tardivo, tanto che le tariffe delle comunicazioni mobili in Italia sono state a lungo tra le più alte dell'Unione europea.

Tuttavia, successivamente l'Agcom ha cercato di colmare l'asimmetria di trattamento che si era venuta a creare tra reti fisse e mobili con l'introduzione di un *glide path* per ridurre progressivamente anche i prezzi di terminazione fisso-mobile.

Nel rapporto con i consumatori si è assistito ad una progressiva maggiore attenzione alle loro problematiche ed alla collaborazione con le associazioni di categoria sia nella fase di regolamentazione che in quella di vigilanza e sanzione.

Anche per quanto riguarda l'esercizio del potere sanzionatorio, si registrano progressi nel tempo nell'intervento dell'Autorità, specialmente a seguito dell'adozione del nuovo regolamento in materia. L'azione dell'Autorità si è fatta più rapida ed incisiva come si è visto recentemente in materia di *retention* illecita nei casi di trasferimento di clienti tra operatori mobili in *mobile number portability* (Mnp) e di numerazioni a sovrapprezzo.

I rapporti dell'Agcom con la Commissione Ue sono sempre stati improntati alla massima collaborazione. L'Agcom, infatti, si è sempre confrontata in un dialogo istituzionale corretto e conformata, nel rispetto della nor-

mativa applicabile, alle indicazioni che provenivano da Bruxelles in materia di regolamentazione dei mercati.

Infine, occorre segnalare che, anche grazie al ruolo attivo svolto dall'Agcom nel processo di attuazione delle direttive comunitarie in materia di comunicazioni elettroniche, l'Italia è uno tra i Paesi Ue più virtuosi nella trasposizione delle direttive comunitarie di settore.

La sfida che oggi attende l'Agcom è quella di accompagnare con la propria azione preventiva di regolamentazione del settore il passaggio dell'Italia a reti di nuova generazione a banda larga o larghissima (c.d. *next generation networks* – Ngn) per mantenere alto il livello tecnologico del Paese e favorire così la competitività del sistema produttivo. Il compito non è facile perché richiede risorse cospicue (di cui in altri Paesi si sta facendo carico lo Stato stesso), una visione comune ed un forte grado di cooperazione anche degli operatori.

