

Le Direttive CE sulle comunicazioni elettroniche dal 2002 alla revisione del 2006. Un punto fermo?*

di Giovanna De Minico
pubblicato in www.forumcostituzionale.it

Sommario: 1. Per introdurre il discorso. – 2. La regolazione asimmetrica: nozione, obiettivi, rapporti con la disciplina antitrust. – 3. Dalle Direttive comunitarie di prima generazione al pacchetto Direttive 2002. – 4. Si è avverata la rivoluzione annunciata nelle Direttive 2002? (4.1. Secondo l'azione della Commissione. 4.2. Secondo l'implementazione degli Stati membri: il caso italiano). – 5. Il modello regolativo a regia unica è conforme alla legalità comunitaria? - 6. Armonizzare ha prodotto risultati utili? E in base a quali parametri?

1. Per introdurre il discorso.

1) Il mercato delle telecomunicazioni è stato ridisegnato da progressivi interventi eteronomi sovranazionali che ne hanno invertito l'originaria tendenza: l'offerta, un tempo concentrata nelle mani di un unico operatore pubblico, è oggi una proposta diffusa e tendenzialmente privata; il mercato, un tempo monopolistico, è orientato verso la competizione protetta.

2) Ma la liberalizzazione e la privatizzazione delle piazze hanno equiordinato l'ex-monopolista e i nuovi entranti solo nella titolarità formale del diritto di entrare e uscire dal mercato, mantenendo invece invariata l'asimmetria tra i medesimi nelle concrete possibilità di vincere la gara. L'ex-monopolista infatti, ha conservato una posizione di vantaggio in ragione della sua storia pregressa e della sua identità di operatore verticalmente integrato - perché presente sul mercato all'ingrosso, come gestore di rete, e su quello al dettaglio, come fornitore del servizio - al quale i nuovi concorrenti si devono rivolgere per negoziare gli input di rete necessari per la prestazione del servizio di comunicazione elettronica al cliente finale.

Tali caratteri, comuni ai mercati a rete neoliberalizzati (ex-monopolista nel ruolo dell'operatore verticalmente integrato e la rete quale *essential facility*¹), richiedono l'intervento

* Il lavoro è la sintesi della Relazione "Dalle Direttive CE del 2002 al codice delle comunicazioni elettroniche. Un punto fermo?", presentata all'Incontro di Studio "I tre codici. L'ordinamento della comunicazione nel quadro costituzionale, comunitario e comparato", Università degli Studi di Firenze, Facoltà di Giurisprudenza, 9 giugno 2006.

¹ S. Frova- E. Pontarollo, (a cura di), *La liberalizzazione zoppa. Il caso della telefonia fissa*, 2004, pp. 35 ss.

di una disciplina asimmetrica che allinei i nuovi entranti all'ex-monopolista, lasciando alla corretta competizione, non alle diverse fortune iniziali, il compito di selezionare il migliore.

2. La regolazione asimmetrica: nozione, obiettivi, rapporti con la disciplina antitrust.

Chiarito dove e come nasce un *defeat* del mercato chiediamoci se e come la norma asimmetrica lo possa curare.

L'attributo della norma rimanda al metodo impiegato per correggere i fallimenti della *lex mercatoria*: si ricorre al modello della relazione obbligatoria a senso unico per equiordinare il rapporto tra l'*incumbent* e i neo-competitori. Ne consegue che il primo, obbligato alla prestazione del consenso, concluderà contratti di uso della sua struttura aziendale a favore dei neocompetitori alle medesime condizioni riservate alle proprie divisioni commerciali; i secondi, invece, forti del credito al consenso, potranno chiederne l'esecuzione. L'imposizione del binomio obbligo legale a contrarre e dovere di non discriminazione declina il principio dell'uguaglianza sostanziale nella materia delle libertà economiche in deroga al principio civilistico secondo il quale l'imprenditore decide se condividere i suoi impianti con il concorrente e a che condizioni. La regola correttiva dunque prevale sul libero concordamento negoziale, inidoneo, stante la sua provenienza soggettiva asimmetrica, a sbilanciare a favore del contraente debole il disegno dell'assetto d'interessi in vista del riequilibrio; qui il contratto tra *incumbent* e neo competitore è solo l'atto esecutivo di una vertenza tra le contrapposte parti sociali definita altrove, nella norma asimmetrica, la sola in grado di attendere alla funzione redistributiva delle risorse.

Questo intervento eteronomo conformativo dell'autonomia negoziale ha l'obiettivo di "mimare" un mercato concorrenziale creando per *factio iuris* condizioni analoghe a quelle che un mercato competitivo produrrebbe da solo².

Qui la finzione consente alle *new entries* l'accesso agli input di rete dell'ex-monopolista alle medesime condizioni praticate da questi alle sue divisioni commerciali. Questa simulazione giuridica rimanda a una domanda: l'"*equal access*" tra clienti indipendenti e non - cioè l'equiordinazione nelle richieste di accesso - equivale all'affidamento della rete a un gestore preferibilmente pubblico ed estraneo alle negoziazioni sul mercato a valle?

² N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, rist., 2001, a p. 37.

Tale domanda è stata posta in apertura, anche se la risposta la svolgeremo contestualmente all'analisi dei rimedi, perché essa rinvia all'esistenza di una relazione ausiliaria tra la norma asimmetrica e la *lex mercatoria*: la prima si comporta come una pre-condizione del mercato competitivo, che non deve affollare la mente dell'imprenditore, ma intanto lo conferma in attesa di un vantaggio futuro e immediato: quello della piena competizione³.

Pertanto, la disciplina asimmetrica e la regolazione antitrust convergono sul terreno degli obiettivi, divergono nella misura della loro attuazione.

Il fine della normativa asimmetrica è promuovere l'economia di libero scambio [art. 8, par. 2, lett. b) e c) Direttiva Quadro⁴], sollecitare il mercato alla competizione sostenibile, simulando condizioni strutturali equivalenti a quelle di un mercato maturo. Quindi la normativa asimmetrica gioca al rialzo, guarda in avanti, il suo compito non è difendere lo *status quo* del mercato, ma aiutarlo a diventare domani ciò che non è ancora oggi.

Quella antitrust invece preserva lo stadio competitivo raggiunto, qualunque sia il suo livello. Essa infatti mira a far rientrare sul mercato l'operatore pregiudicato dalla condotta anti-competitiva del concorrente: da qui l'operatività *ex post* del rimedio repressivo, che scatta a violazione consumata - cioè ad abuso commesso, a cartello concluso - per rimuovere l'illecito e ripristinare la situazione di concorrenza pregressa.

La normativa asimmetrica invece, si applica in prevenzione di un probabile abuso, il cui accadimento è estraneo al suo perfezionamento, che si compie anticipando la soglia dell'antigiuridicità al verificarsi di una situazione di pericolo per la competizione: la dominanza dell'ex-monopolista suscettibile d'involuzione abusiva.

Il rapporto di ausiliarietà tra le due discipline comporta la flessibilità del flusso di regolazione asimmetrica: in rapida ascesa quando il mercato si apre alla concorrenza, in riduzione con il crescere della competitività e, infine, in via di esaurimento in corrispondenza a una *lex mercatoria* autosufficiente.

Il carattere ausiliario della disciplina asimmetrica giustifica infine il suo avvalersi di tecniche, principi ispiratori, metodi d'indagine, modalità di costruzione della fattispecie normativa propri del diritto antitrust⁵, carattere questo che non assiste la disciplina

³ In proposito, cfr.:S. Breyer, *Regulation and its reform*, Cambridge, 1982, pp. 158-159; Id., *Antitrust, deregulation and the newly liberated marketplace*, in *Cal. L. Rev.*, 75, 1987, a p. 1007.

⁴ Direttiva del 7 marzo 2002, n. 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio 2002/21/CE, che "istituisce un quadro normativo comune per le reti e i servizi di comunicazione elettronica" (Direttiva quadro).

⁵ Volendo, G. De Minico, *Antitrust e Consob. Obiettivi e funzioni*, Padova, 1997, pp. 8-25.

asimmetrica nell'intero suo percorso evolutivo, accompagnandola solo dalla fase discendente fino al suo azzeramento.

3. Dalle Direttive comunitarie di prima generazione al pacchetto Direttive 2002.

La normativa asimmetrica di prima generazione (per intenderci fino alle Direttive '98) era collegata al c.d. peccato originale dell'ex monopolista, la cui situazione di vantaggio iniziale era considerata un pericolo in sé per la *par condicio* competitiva, cioè a prescindere dall'accertamento in concreto dell'esistenza di meccanismi interni al mercato in grado di compensare l'eccesso di potere individuale dell'*incumbent*. In altri termini, veniva posta l'equazione posizione dominante/presunzione di rischio per la concorrenza.

Questa premessa ideologica giustifica la particolare costruzione della fattispecie asimmetrica nelle Direttive di prima generazione, quelle che hanno accompagnato la fase di avvio del processo di liberalizzazione: mercati, operatore in dominanza, rimedi coincidevano con valutazioni legali tipiche, pericoli presunti, previsioni di dominanza *ex ante* immutabili in ragione della dinamica competitiva, applicazione in blocco dell'intero set di misure correttive⁶.

Col pacchetto Direttive 2002 l'avvio del processo regolativo asimmetrico si colloca in basso, precisamente nella "necessità" di valutare i mercati per ciò che sono nel loro divenire storico, e non per ciò che la lettura politica vorrebbe che fossero in una dimensione tendenzialmente ferma nel tempo. Alle valutazioni predeterminate dal legislatore comunitario, si sostituiscono gli accertamenti sul campo rimessi alle Autorità nazionali di regolazione (d'ora in poi "ANR"), alle etichette standard di operatore dominante, le valutazioni caso per caso porose alle specifiche dei mercati, ai rimedi ad applicazione automatica e integrale, la loro selezione puntuale e proporzionata al *defeat* da correggere. Si è dinanzi a un mutamento radicale di prospettiva: le nuove regole correttive si propongono più sofisticate delle precedenti nei presupposti, modulabili nei contenuti e temporanee nella vigenza.

Quindi, le tre fasi costitutive della fattispecie asimmetrica si evolvono nel seguente modo.

I mercati, un tempo contenuti negli elenchi chiusi del legislatore comunitario e compilati in base a opinabili criteri tecnici, vengono ora selezionati in coerenza con le proprie

⁶ L. Garzaniti, *Telecommunications, Broadcasting and the Internet: EU competition Law and regulation*, 1 ed., Sweet & Maxwell, 2000; I. Walden–J. Angel, *Telecommunications law*, Blackstone Press, 2001.

specificità dalle ANR secondo i principi del diritto antitrust, sintetizzati nella Raccomandazione sui mercati rilevanti⁷.

L'operatore con significativo potere di mercato, un tempo fotografabile *ex lege* in ragione del superamento della soglia critica di fatturato, è ora sottoposto all'individuazione *ex post* delle ANR obbediente ai criteri tecnico-economici elaborati da Commissione e Corte di Giustizia in tema di posizione dominate⁸.

I rimedi, non più applicabili in blocco, vengono selezionati dalle ANR entro un ventaglio di correttivi formulati nelle Direttive in modo da individuare la misura più appropriata alle specificità del *defeat* da curare, nonché proporzionata, giustificata e compatibile con gli incentivi alla sua esecuzione (art. 8, Dir. Accesso)⁹.

4. Si è avverata la rivoluzione annunciata nelle Direttive 2002?

È stata mantenuta questa promessa di flessibilità nella costruzione normativa, di riduzione della massa normativa e di proporzionalità alla disfunzione da sanare?

4.1. In base all'azione della Commissione. La Commissione, per suo conto, ha blindato un tessuto normativo a vocazione flessibile o in sede di Direttiva o con gli atti implementativi di *soft law* comunitaria in modo da assicurarsi la coerenza della regolazione nazionale al programma dell'Unione: ridurre allo stretto indispensabile la regolazione asimmetrica sui mercati orientati alla competizione sostenibile.

Per fare ciò la Commissione ha occupato i tre *steps* del processo regolatorio asimmetrico, nonostante la Direttiva Quadro sembrava volerli riservare alla competenza delle ANR come la corretta applicazione del principio di sussidiarietà tra livello comunitario e statale avrebbe pure consigliato¹⁰.

⁷ Art. 15, par. 1, Direttiva quadro.

⁸ Secondo la lettura che la Corte di Giustizia (Causa n. 27/66 United Brands/Commissione [1978] Racc.207) ha riservato all'art. 82 Tratt. CE, ora riprodotta fedelmente nell'art. 14 Direttiva quadro, la posizione dominante è quella che permettere all'operatore di assumere comportamenti relativamente indipendenti da quelli dei concorrenti, dei clienti e, in definitiva, dei consumatori finali" senza che ciò possa recargli danno e influenzando sul modo di svolgimento della gara.

⁹ Direttiva del 7 marzo 2002, n. 2002/19/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa "all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime "(Direttiva accesso).

¹⁰ A. de Streel, *A program for reforms for the European regulation of electronic communications, paper*, 1/08/05.

Quanto ai mercati: la loro individuazione è stata già per grandi linee anticipata nell'allegato A) alla Direttiva Quadro e poi articolata dettagliatamente nelle 18 aree merceologiche elencate nella Raccomandazione¹¹, il cui valore giuridico non dovrebbe andare oltre quello di un elenco sintomatico di mercati suscettibili di regolazione *ex ante*, salvo accertamento in concreto della corrispondenza del singolo mercato in esame a una delle categorie astratte incluse nell'elenco, verifica questa guidata da parametri economici¹² già sperimentati dal diritto antitrust e tendenti ad acquisire alla regolazione asimmetriche le sole piazze prive di meccanismi endogeni capaci di compensare *ex se* la dominanza dell'*incumbent*. Di fatto le cose sono andate diversamente, perché la Raccomandazione è stata interpretata dalle ANR, nonostante la sua natura di atto di *soft law*, come impositiva di una presunzione assoluta in materia di mercati regolabili.

Quindi, quel radicale cambiamento, cioè il passaggio da una prospettiva astratta e aprioristica a un approccio concreto e pragmatico, non era allo stato disponibile data questa sequenza di eventi: Direttiva quadro e Raccomandazione listavano i mercati non diversamente da quanto era accaduto in precedenza.

4.2. *Secondo l'implementazione degli Stati membri: il caso italiano.* Né la prassi delle singole Autorità ha saputo aggiustare il tiro, cosa che era pure in loro potere, visto che la Raccomandazione non si annunciava come un imperativo categorico per le ANR, che l'avrebbero dovuta tenere in debito conto, ma conservando la possibilità di integrare o, meglio, di accorciare la lista sempre che l'esito del test economico lo avesse consentito.

Di fatto ciò non è accaduto e la nostra Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (d'ora in poi A.G.Com), stando alle analisi di mercato ad oggi ultimate, ha presentato liste fotocopia¹³ rispetto alla lista in Raccomandazione. A conferma di questo giudizio si consideri l'esuberanza della lista, che quanto ai mercati all'ingrosso, presenta situazioni, quali ad esempio quelli del servizio di transito sulla rete telefonica pubblica fissa (al n. 10 della Raccomandazione) o ancora quello della fornitura all'ingrosso di segmenti terminali di linee affittate (al n.13 della Raccomandazione), non sottoponibili a regolazione *ex ante*, perché la

¹¹ Cfr.: Raccomandazione della Commissione del 11/02/2003 relativa "ai mercati rilevanti di prodotti e servizi del settore delle comunicazioni elettroniche suscettibili di una regolamentazione *ex ante* ai sensi della direttiva 2002/021/CE del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica".

¹² La Raccomandazione al *consid.* 9 indica alle Autorità il test dei tre criteri per l'individuazione dei mercati rilevanti: vale a dire la presenza di barriere forti e non transitorie tecniche o giuridiche all'accesso, l'assenza di concorrenza persino in una dimensione prospettica e l'insufficienza del diritto della concorrenza a correggere le segnalate carenze del mercato.

¹³ Commissione Europea., *European electronic communications regulation and markets 2005, (11 th Report)*, Com (2006)68 final, del 20/2/2006.

posizione dominante dell'*incumbent* è ampiamente ammortizzata dall'assenza di barriere all'entrata¹⁴. Se le NRAs avessero applicato il metodo del triplice test, non avrebbero dovuto includere i due mercati in esame, perché non rispondono al criterio della presenza delle barriere. Discorso analogo si potrebbe fare per il mercato del *roaming* internazionale - n. 17 – per il quale il ricorso alla sola legge antitrust è sufficiente a contemperare il potere di mercato del dominante, il che è la prova che il mercato in oggetto non supera il terzo criterio (quello dell'insufficienza della legge antitrust), pur figurando in lista.

A livello di mercati al dettaglio, dove cioè si negoziano i servizi e i prodotti tra il fornitore e l'utente finale, la lista dovrebbe essere quasi ridotta all'osso, in quanto andrebbero regolati solo nella remota ipotesi di inadeguatezza della disciplina asimmetrica imposta ai corrispondenti mercati all'ingrosso, cioè la regolazione asimmetrica sui mercati al dettaglio è concepita come l'estrema ratio, alla quale si ricorre in via eccezionale e residuale anche in considerazione del fatto che questi mercati sono tendenzialmente più competitivi grazie al futuro sviluppo della tecnologia alternativa del VOIP e alla quasi sostituibilità fisso/mobile, prova del buon funzionamento del dinamismo competitivo idoneo a assorbire e neutralizzare gli effetti anticompetitivi delle barriere all'ingresso.

In sintesi, la Commissione e le ANR hanno assunto un atteggiamento iper regolatorio nonostante i dichiarati intenti deregolatori per ora rimasti solo sulla carta¹⁵, e la promessa di spostare l'oggetto della regolazione dal mercato al dettaglio a quelli all'ingrosso si è risolta nella duplicazione dell'oggetto regolatorio, per cui accanto ai mercati al dettaglio, che sono sopravvissuti, si sono aggiunti anche quelli all'ingrosso.

La prova definitiva del fallimento del progetto deregolativo è altresì nel fatto che solo con il 2006, anno di apertura della procedura di riesame del pacchetto direttive e della Raccomandazione sui mercati rilevanti, la Commissione ha iniziato a interrogarsi sull'opportunità di mantenere la lista a 18 oppure di ridurla¹⁶. A nostro avviso non ci sarebbe stato bisogno dell'annunciata riformulazione in riduzione se solo le Autorità avessero selezionato i mercati, non in forza della loro astratta appartenenza a un elenco aprioristicamente compilato nella Raccomandazione, bensì in ragione dei test economici, il

¹⁴ Per un esame dettagliato anche da un punto di vista economico si veda: C.Koboldt, *Regulatory obligations to be imposed on operators with significant market power: narrowband services*, Paper for the European Commission.

¹⁵ Da ultimo, P. Richards, *The limitation of market-based regulation of the electronic communications sector*, in *Telecommunications policy*, 30, 3-4, 2006, pp. 201 ss.

¹⁶ Commissione Europea, *Call for input on the forthcoming review of the EU regulatory framework for electronic communications and services*, 25/12/05.

che avrebbe negato alla Raccomandazione il valore di atto giuridicamente vincolante a favore del più corretto significato di atto a rilevanza giuridica riflessa.

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

In sintesi i due step, previsti come concettualmente separati e riferibili a soggetti diversi, nei fatti hanno coinciso nell'imputazione a favore del soggetto sovranazionale.

Infine, quanto ai rimedi, l'A.G. Com. fin'ora si è comportata come se la disciplina comunitaria contenesse solo disposizioni generali sui rimedi, ignorando l'esistenza di norme speciali. Le prime prevedono i rimedi comportamentali, cioè diretti a conformare per l'avvenire le negoziazioni tra l'*incumbent* e gli operatori terzi al canone della buona fede oggettiva; le speciali¹⁷ consentono, in deroga alla disciplina generale, di formulare misure strutturali atipiche, cioè correttivi statici relativi al modo di essere dell'imprenditore. Tali rimedi pertanto potranno interessare l'assetto societario, la compagine azionaria e persino quella proprietaria, articolandosi in una vasta gamma di soluzioni organizzatorie dalla misura minimale della separazione strutturale – consistente nell'imputazione rispettivamente delle due funzioni di gestione della rete e fornitura dei servizi a due divisioni, o addirittura a due società, distinte benché parti della stessa impresa dal punto di vista economico – a quella estrema della separazione proprietaria, in cui le due funzioni fanno capo a società indipendenti anche economicamente in modo da assicurare la neutralità del gestore di rete dai traffici sul mercato a valle, terreno di azione dell'impresa fornitrice dei servizi.

Aver disegnato solo rimedi comportamentali è stata una risposta inadeguata alla disfunzione da correggere - evitare che l'operatore verticalmente integrato ricorra

¹⁷ L'art. 8, par. 3 ultima parte, della Direttiva Accesso, dispone che: "In circostanze eccezionali l'autorità nazionale di regolamentazione, quando intende imporre agli operatori aventi un significativo potere di mercato obblighi in materia di accesso e di interconnessione diversi da quelli di cui agli articoli da 9 a 13 della presente direttiva, ne fa richiesta alla Commissione, la quale, in conformità dell'articolo, 14, paragrafo 2, adotta una decisione che autorizza o impedisce all'autorità nazionale di regolamentazione di prendere tali misure".

abusivamente alle sinergie tra gestione integrata di rete e fornitura di servizi - proprio come erano inadeguati i vecchi rimedi previsti dalle Direttive di prima generazione.

In sintesi, la norma asimmetrica (il riferimento per tutte è alla Delibera 152/02 CONS¹⁸) ripropone l'obbligo legale a contrarre – mutuato dalla dottrina delle *essential facilities* in tema di abuso di posizione dominante¹⁹ - completato dal principio di non discriminazione: l'*incumbent* pertanto sarà tenuto a stipulare il contratto di accesso con gli altri operatori alle medesime condizioni negoziali praticate alle proprie divisioni commerciali. La delibera ha dunque inaugurato il principio della parità di trattamento interno/esterno, di cui è applicazione il test economico della doppia sostenibilità, parametro vincolante per l'*incumbent* nella fissazione della tariffa di accesso o interconnessione allo scopo di consentire agli operatori terzi di replicare ai propri clienti il medesimo prezzo da lui riservato ai suoi clienti finali.

Dall'esame del contenuto della delibera emerge che essa spinge molto in avanti il criterio della buona fede *in contraendo* in attuazione del principio di non discriminazione, anticipando quanto poi dirà il decreto 259/03 al riguardo, ma il suo pregio diventa anche il suo limite perché non affronta neanche in termini di ipotesi prospettica il tema dei rimedi strutturali²⁰.

Ma va detto che la ricordata delibera non poteva aprire alla piena separazione strutturale: lo vietava il contesto comunitario indicando le sole misure comportamentali, limite questo, che invece i nuovi rimedi non incontrano in quanto l'art.8 della Direttiva Accesso consente alle ANR di superare l'elenco delle misure comportamentali con proposte atipiche da sottoporre al vaglio della Commissione.

Quest'ultima acconsentirà al rimedio strutturale, sempre che l'Autorità provi l'inefficacia dei rimedi comportamentali a prevenire l'abuso dell'operatore verticalmente integrato – e il fatto che nonostante i correttivi comportamentali il dominante²¹, perseveri

¹⁸ A.G.Com, *Delibera 152/02/Cons.*, 15 maggio 2002, in www.agcom.it, anticipatrice del principio della parità di trattamento interno/esterno.

¹⁹ OECD, *The essential facilities concept*, Parigi, 1996 p. 93; Capobianco, *The essential facility doctrine: similarities and differences between the american and the european approach*, in *E. L. R.*, 2001, 26, 548

²⁰ Rilievi critici al progetto di delibera erano infatti stati formulati dall'Antitrust nel parere del 29 aprile 2002, in cui si indicava all'A.G.Com "la separazione strutturale proprietaria, o societaria, delle attività di gestione dei servizi di rete da quelle di fornitura di servizi finali dell'operatore verticalmente integrato" come soluzione definitiva ai problemi dell'asimmetria informativa, cui è esposto il regolatore, e dei comportamenti abusivi dell'operatore verticalmente integrato.

²¹ Vedi il caso di abuso di posizione dominante contestato dall'Antitrust con provv.13752, del 16/11/04, ora confermato parzialmente dalla decisione del Cons. Stato, Sez. VI, n. 1271/2006, che ha valutato i contratti con prezzi all'inglese o sconti fidelizzati a favore di un certo tipo di clientela lesivi del gioco competitivo per violazione degli obblighi di equità e non discriminazione, non essendo estesi alla generalità dei clienti. Oppure, si pensi al recentissimo caso, in corso di accertamento giudiziario, presunto abuso di Telecom a danno di

nelle condotte escludenti verso gli altri concorrenti è già un buon indizio probatorio - unitamente alla proporzionalità e all'indispensabilità della misura strutturale proposta. Queste condizioni, benché non espressamente poste nella Direttiva accesso, riteniamo che debbano valere in ragione del ricordato carattere ausiliario e anticipatorio²² della disciplina asimmetrica rispetto a quella antitrust, per cui come quest'ultima può finalmente avvalersi alle condizioni prima ricordate dei rimedi strutturali per reprimere l'abuso²³, così i rimedi strumentali saranno praticabili alle medesime condizioni al fine di prevenire l'abuso come la logica precauzionale della disciplina asimmetrica impone.

Ma la nostra Autorità non ha posto questa proposta sul tavolo delle trattative con la Commissione. Ne consegue l'operatività dei soli rimedi comportamentali.

A questo punto dell'analisi possiamo rispondere alla domanda posta in apertura: è stato conseguito il fine ultimo del rimedio, vale a dire creare una "situazione simulata di

FastWeb, consistente in trattamenti negoziali di favore rivolti agli ex-clienti Telecom allo scopo di recuperarli sottraendoli a FastWeb. Qui l'abuso è stato reso possibile in quanto le divisioni commerciali di Telecom, accedendo illecitamente ai dati degli ex-clienti conservati dalla sua divisione di gestione della rete, hanno formulato proposte più vantaggiose agli ex-clienti di quelle perfezionate con il concorrente. Ad oggi la vicenda giudiziaria è ancora in corso e parallelamente l'Antitrust sta esaminando se ricorrono gli estremi per l'avvio dell'azione di abuso, mentre per i profili di violazione della legge sulla privacy è ovviamente competente la rispettiva Autorità, conseguentemente non si può esprimere un giudizio sulla fondatezza dell'accusa rivolta a Telecom, salvo che sulla verosimiglianza del diritto. Così si è già espressa la Corte di Appello di Milano, Sez. Civ.I, 2 maggio 2006, adita ex art. 33, comma 2, l. 287/90, che ha in via cautelare ex art. 700 c.p.c. ordinato a Telecom la desistenza immediata dalle condotte abusive contestate. Se la contestazione risultasse fondata nel merito, la Telecom avrebbe violato proprio gli obblighi di separazione dei sistemi informativi e di reciproca incomunicabilità posti dalla ricordata Delibera Ag.Com 152/02/CONS (art.2, comma 2, lett. d), il che dimostrerebbe due cose. In primo luogo, che questa violazione, in quanto risalente nel tempo, non è stata rilevata e sanzionata tempestivamente dall'Ag.Com., e che il rimedio dell'incomunicabilità informativa se non è sorretto da serie garanzie strutturali è del tutto incapace a evitare la commissione dell'abuso per sfruttamento delle sinergie tra rete e servizi. In sintesi, tale atto provverebbe l'ulteriormente l'inadeguatezza dei rimedi comportamentali a prevenire gli illeciti anticompetitivi, quando i primi sono diretti a contenere disfunzioni strutturali del mercato, non meramente comportamentali.

²² L'espressione si deve a P.Buiges, *A Competition policy approach*, in P. Buiges-P. Rey (eds.), *The economics of antitrust and regulation in telecommunications*, E. Elgar, 2004, che qualifica la disciplina asimmetrica come "sort of pre-emptive competition law" in ragione del suo mutuare dal diritto antitrust la tecnica aperta di costruzione della fattispecie normativa. Altri Autori (cfr.: A. de Stree, *Remedies in the European electronic communications sector*, in D. Geradin (ed.), *Remedies in network industries: EC competition law vs. Sector-specific regulation*, Intersentia, 2004, a p.106) 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: l'avvalimento da parte del diritto asimmetrico di tutte le soluzioni a disposizione del secondo, quindi anche dei rimedi strutturali.

²³ I rimedi strutturali sono ora ammessi anche in diritto positivo, art. 7 Regolamento (CE) n.1/03 del Consiglio, che ha codificato una prassi giurisprudenziale che da tempo li aveva ritenuti compatibili con la fattispecie aperta dell'art. 82, i cui provvedimenti ordinatori non hanno un contenuto tipizzato ma determinabile all'occorrenza secondo le necessità del caso e nel rispetto dei principi d'indispensabilità e di proporzionalità. Questo bagaglio di regole pretorie ha sostanzialmente il tessuto prescrittivo della disposizione in esame, che pertanto apre espressamente alle misure deconcentrative "quando non esiste un rimedio comportamentale parimenti efficace o quando un rimedio comportamentale parimenti efficace risulterebbe più oneroso, per l'impresa interessata, del rimedio strutturale". In dottrina, da ultimo, Cave M.- Crowther P., *Pre-emptive competition policy meets regulatory anti-trust*, paper, 2005, a p. 14.

mercato concorrenziale”²⁴? In termini più espliciti: l’equo accesso alla rete sarebbe equivalente al caso in cui l’infrastruttura fosse gestita da un operatore preferibilmente pubblico e estraneo dai traffici sul mercato a valle?

La risposta è a nostro avviso negativa, perché l’*incumbent*, operatore verticalmente integrato, è in una situazione fisiologica di conflitto di interessi, ha cioè un forte incentivo a ridurre il grado di competizione sul mercato a valle sfruttando il controllo della sua infrastruttura essenziale. Pertanto, pur nel rispetto formale della disciplina asimmetrica, riserverà ai suoi clienti indipendenti condizioni di accesso alla rete peggiori di quelle praticate alle sue divisioni commerciali e ciò allo scopo di emarginarli dalla gara sul mercato a valle²⁵.

Una soluzione intermedia tra il rimedio comportamentale e quello strutturale estremo della separazione proprietaria²⁶ è offerta dall’accordo *Office of Communications/British-Telecom*²⁷, con cui la seconda si è obbligata a realizzare una *governance* interna alternativa rispetto a quella originaria, improntata al modello della separazione strutturale e funzionale tra la divisione operante sul mercato all’ingrosso e quella commerciale del mercato a valle. Si tratta di una modalità avanzata di disciplina asimmetrica sia in ragione della sua provenienza bilaterale e negoziata, e non unilaterale e imperativa, sia per il suo dispositivo: non si decreta l’esproprio della rete dell’operatore verticalmente integrato a favore di un gestore neutrale, ma neanche ci si limita a imporre all’*incumbent* il mero obbligo di comportarsi secondo buona fede oggettiva, affidando piuttosto alle “muraglie cinesi” tra le due divisioni interne e al sistema degli incentivi l’effettività del principio di non discriminazione.

²⁴ G. Amato, *Privatizzazioni, liberalizzazioni e concorrenza nel sistema produttivo italiano*, in Torchia L.-Bassanini F. (a cura di), *Sviluppo o declino. Il ruolo delle istituzioni per la competitività del Paese*, Firenze, 2005.

²⁵ Rilievi critici all’inadeguatezza dei soli rimedi comportamentali sono stati esposti dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *Relazione sull’attività svolta anno 2004*, Roma, 2005, pp.14-15.

²⁶ M. Hardt, *The non-equivalence of accounting separation and structural separation as regulatory device*, in *T.P.*, 1, 1995, 69 ss.

²⁷ Office of Communications, *Final statements on the strategic review of telecommunications, and undertakings in lieu of a reference under the Enterprise act 2002*, 22/09/05; C. Long, *Ofcom strategic review of telecommunications: a new form of regulatory contract*, in *Communication Law*, 10,1, 2005, pp.4-5.

In conclusione, la soluzione è apprezzabile più per quello che denuncia che non per il risultato che consegue, in quanto a nostro avviso non sarà la rivalità interna tra le due divisioni a risolvere il conflitto di interessi, continuando le stesse a soggiacere alla medesima regia economica: quella di BT. L'accordo è piuttosto significativo dell'insufficienza dei soli rimedi comportamentali: lo testimonia il fatto che OFCOM, in più parti dell'atto, ricorda di non avere perso il potere di adire la *Competition Commission*, potere temporaneamente congelato, ma riattivabile nel caso in cui l'accordo non pervenisse a buon fine.

Qui si è voluto ricordare la soluzione alternativa individuata da OFCOM non perché essa sia applicabile così come è nel nostro ordinamento, in quanto è diverso il contesto giuridico²⁸, ma perché potrebbe rappresentare un'idea di riferimento per la Commissione Europea nel corso della revisione del pacchetto. Questo orientamento però ad oggi non sembra essere stato accolto dalla Commissione.

5. Il modello regolativo a regia unica è conforme alla legalità comunitaria?

Questo modo di procedere contraddittorio perché prima si accordano spazi decisionali alle ANR in nome della flessibilità del discorso normativo, ma poi si negano riconducendoli sotto la regia unitaria della Commissione denuncia la preoccupazione del legislatore comunitario di assicurare l'omogenea applicazione della disciplina sopranazionale; risultato che si consegue non solo imponendo ai legislatori nazionali obiettivi comuni, ma altresì assicurandosi l'applicazione uniforme del diritto comunitario in sede di esercizio della funzione amministrativa (*consid.* 16, art. 19 Direttiva quadro).

Ma questo modello regolativo pone due questioni: una interessa le relazioni tra l'ordinamento sovranazionale e quello statale; l'altra i rapporti tra le istituzioni comunitarie.

1) La prima si risolve nella violazione del riparto di competenze tra Unione e Stati membri; e ciò perché la materia delle telecomunicazioni, non rientrando tra quelle in titolarità esclusiva dell'Unione, non poteva essere disciplinata in via esaustiva da una fonte comunitaria vincolante, salvo un'applicazione a rovescio del canone della sussidiarietà. La Commissione è ricorsa a strumenti di *soft law* comunitario per conseguire un risultato in termini di copertura sostanziale della materia non distante da quello disponibile a un regolamento; pertanto si è

²⁸ Il potere di concludere accordi sostitutivi di provvedimenti repressivi di condotte anticompetitive è espressamente previsto nella disposizione normativa, sect. 370 del *Communication Act* 2003, che conferisce a OFCOM funzioni concorrenti a quelle dell'Antitrust britannica ai sensi della parte 4 dell'*Enterprise Act* 2002. In altri termini, nell'ordinamento italiano mancherebbe sia il titolo legittimante un accordo di tal genere tra l'A.G.Com e Telecom, che l'impostazione concettuale, secondo la quale l'autorità di regolazione può all'occorrenza essere anche autorità antitrust, filosofia accolta invece nell'ordinamento anglosassone.

scelta una via formalmente lecita in vista di un esito altrimenti vietato: svuotare il regolatore nazionale - politico o indipendente - di ogni competenza decisoria in materia, anche quella meramente implementativa.

La seconda questione di legalità comunitaria riguarda i rapporti tra le istituzioni comunitarie, effetto inevitabile dell'uso disinvolto della *soft law*, che qui si sostituisce agli atti vincolanti. La questione non verte sulla rilevanza giuridica riflessa²⁹ del diritto debole, bensì sul superamento del ben più basilare principio della corrispondenza biunivoca atto/funzione, in quanto con un atto dedicato alla funzione orientativa si conformano invece le condotte statuali³⁰.

Rompere questa corrispondenza comporta rispettivamente per il sistema comunitario una perdita di democraticità complessiva, data l'assenza del Parlamento nella formazione degli atti di *soft law*, e per il cittadino europeo l'attenuazione delle difese giurisdizionali rispetto a quelle che avrebbe nei confronti di un atto di *hard law*³¹.

6. Armonizzare ha prodotto risultati utili? E in base a quali parametri?

Se il risultato doveva essere “meno norme e norme diverse”, non si è raggiunto perché sono ancora troppe e dello stesso tipo di quelle asimmetriche di prima generazione. Infatti, la revisione in corso del pacchetto direttive si sta muovendo nella direzione di ridurre le aree merceologiche suscettibili di regolazione ex ante e di conseguenza nell'alleggerimento del peso normativo.

Se il risultato era misurabile nella qualità ausiliaria delle norme asimmetriche rispetto a quelle antitrust, anch'esso è mancato, perché proponendosi la prima come disciplina *pre-emptive* rispetto alla regolazione antitrust, potrebbe rovesciare su quest'ultima il rischio di un'involuzione nei modelli ingessati della prima, cioè la disciplina antitrust potrebbe rimanere vittima del suo stesso successo.

Se il risultato voleva essere una disciplina posta a tutela dei diritti del consumatore, esso di certo è molto lontano dal realizzarsi perché le uniche sanzioni per la violazione dei *remedies* sono amministrative e, peraltro, pecuniarie. Non sono previste a nessun livello, né comunitario, né di ordinamenti nazionali, sanzioni ripristinatorie, benché le sole in grado di

²⁹ F. Snyder, *Soft law and institutional practice in the European Community*, in S. Martin (ed.), *The construction of Europe: essays in honour of Emile Noël*, Kluwer academic publishers, 1994, p. 19

³⁰ L. Sendon, *Soft law in European community law*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2004.

³¹ Volendo, in generale sul tema di come ricondurre gli atti in esame alla legalità comunitari, vedi G. De Minico, *A Hard look at Self-regulation in the UK*, in *E. B.L.R.*, 1, 2006, in part. pp. 204-210.

realizzare il medesimo bene-interesse protetto dalla norma violata. Nel caso italiano, in specie, le sanzioni pecuniarie sono anche di efficacia assai dubbia, perché incerte nell'importo, esposte a facili contestazioni giudiziarie e persino riducibili grazie all'oblazione. Quindi, contrariamente al disposto comunitario, i rimedi non sono assistiti da un adeguato sistema incentivante la loro *compliance*. Il sistema sanzionatorio si mostra altresì incompleto perché non è integrato con le sanzioni civili della nullità - o inefficacia - del contratto concluso in violazione della regola di parità di trattamento interno/esterno e del risarcimento del danno, uniche sanzioni idonee ad assistere il consumatore³².

Se il risultato voleva essere incrementare i diritti del cittadino europeo, in specie ai fini della riduzione del *digital divide*, anche questo obiettivo è mancato ed è lontano dall'essere seriamente considerato nella agenda della Commissione, la quale è ad oggi fermamente contraria a includere il diritto di accesso alla banda larga nel catalogo delle prestazioni oggetto di servizio universale³³.

Se infine il risultato voleva essere una normativa favorevole alle innovazioni tecnologiche, esso al pari degli altri non si è prodotto. L'uso di parametri rigidi ha impedito l'individuazione dei mercati emergenti. Ne è conseguito l'assorbimento dei nuovi mercati – ancorché immaturi - in quelli vecchi e, quindi, la loro regolamentazione. L'effetto è disincentivante sugli investimenti, annullando per i potenziali investitori il vantaggio della “prima mossa”. Sarebbe stato preferibile seguire il modello della parentesi regolatoria³⁴, che permette ai mercati di assumere una veste più matura, prima di subire la regolazione *ex ante*, senza dall'altro canto consentire all'autore della prima mossa di compromettere *medio tempore* i futuri equilibri competitivi.

In conclusione, la normativa nazionale non può rappresentare il punto conclusivo di un percorso deregolatorio in direzione pro-competitiva, perché non lo è quella comunitaria. Ma si può sempre sperare che la Commissione prenda in considerazione le questioni qui poste, anche se al momento dalla revisione in atto del pacchetto direttive traspare grande compiacimento per i risultati conseguiti e poca consapevolezza dei limiti.

³² Questa scarsità di strumenti sanzionatori è invece controbilanciata da una crescente attenzione a livello comunitario verso sistemi integrati di sanzioni ancorché limitatamente al settore delle violazioni al diritto antitrust: Cfr. Commissione Europea, *Libro verde, Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, Com (2005) 672.

³³ T.Prosser, *Competition law and public services: from single market to citizenship rights?* in *E. P. L.*, 4, 2005, p. 543 ss.

³⁴ Si deve all' Australian Productivity Commission, *Telecommunications competition regulation, Final report*, 2001, sez. 9.6; in dottrina per le prime applicazioni cfr.: M. Cave, *Remedies for broadband service, Paper for the European Commission*.

