

Luiss

Libera Università
Internazionale
degli Studi Sociali

Guido Carli

CERADI

Centro di ricerca per il diritto d'impresa

Regolazione e concorrenza nelle comunicazioni elettroniche

Marcello Clarich

Aprile 2004

© Luiss Guido Carli. La riproduzione è autorizzata con indicazione della fonte o come altrimenti specificato. Qualora sia richiesta un'autorizzazione preliminare per la riproduzione o l'impiego di informazioni testuali e multimediali, tale autorizzazione annulla e sostituisce quella generale di cui sopra, indicando esplicitamente ogni altra restrizione

1. Premessa.

Il rapporto tra regolazione e concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche è oggetto di un ampio dibattito giustificato dal recente pacchetto di direttive comunitarie recepite nel nostro ordinamento con il recentissimo Codice delle comunicazioni elettroniche approvato il 31 luglio 2003. Il dibattito si inserisce nella cornice più generale dell'assetto del nuovo diritto pubblico dell'economia, cioè del nuovo approccio alla regolazione dei mercati che deriva soprattutto dall'emanazione e dal recepimento delle direttive comunitarie di liberalizzazione.

L'attualità del dibattito è confermata dal Libro verde sui servizi di interesse economico generale¹, pubblicato il 21 maggio 2003, nel quale, tra i vari quesiti sottoposti dalla Commissione agli operatori economici, vi è quello relativo al ruolo della regolazione e della concorrenza nei servizi pubblici, in particolare nei servizi a rete (quesito n. 4). Altro interrogativo è se vi sia spazio per un regolatore europeo settoriale (quesito n. 4). Nelle tlc si è andati molto vicino a questa soluzione, quanto meno nel dibattito che ha preceduto l'adozione del pacchetto di direttive, ma la scelta finale è stata quella di “*un concerto tra i regolatori*”², in cui i regolatori nazionali sono monitorati dagli altri regolatori nazionali e dalla Commissione.

La difficoltà di conciliare, da un lato gli interventi regolatori necessari a garantire a tutti gli operatori economici eguali condizioni competitive, dall'altro una genuina concorrenza, non sottoposta a limiti positivi di sorta, è stata efficacemente descritta come “*il difficile matrimonio tra regolazione e concorrenza*”³. L'esempio principale di questo connubio è appunto rappresentato dal settore delle telecomunicazioni.

Le differenze strutturali tra concorrenza e regolazione sono ben note.

¹ COM(2003) 270 final.

² S. CASSESE, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2002, pp. 689 e ss.

³ A. KAHN, *The Uneasy Marriage of Regulation and Competition*, in *Telematics*, Washington, D.C., September 1984, pp. 1 e ss.

La disciplina della concorrenza trova applicazione *ex post*, cioè ha per oggetto prevalentemente condotte degli operatori già poste in essere, ha carattere generale e permanente e si fonda su obblighi negativi, ossia divieto di monopolizzare, divieto di concludere intese restrittive della concorrenza, divieto di porre in essere operazioni di concentrazione suscettibili di restringere la concorrenza.

La regolazione ha invece un approccio *ex ante*, nel senso che mira a guidare le condotte dei regolati assumendo una visione prospettica, ovvero cercando di immaginare il futuro, probabile sviluppo dei mercati; ha carattere particolare, in quanto il suo oggetto è predefinito e circoscritto ad un settore. Si presenta inoltre come transitoria; da qui l'idea, ancora poco diffusa nel nostro ordinamento, di una legislazione a tempo o che comunque richiede una revisione periodica degli assetti regolamentari dati, alla luce delle mutate condizioni di mercato. La regolazione opera infine non già per divieti, bensì tramite obblighi di tipo positivo, poiché impone agli operatori dei comportamenti predefiniti.

Invero, queste distinzioni classiche sono sempre meno accettate nel dibattito teorico. Da più parti si è osservato che anche nella normativa antitrust, concorrenza e regolazione tendono a fondersi o ad avere interrelazioni molto strette. Il controllo esercitato in materia di concentrazioni, ad esempio, implica una valutazione prospettica dell'andamento del mercato, con il rischio pressoché inevitabile di trascendere da un classico giudizio *ex post* ad un intervento *ex ante* di tipo regolatorio, sotto forma di condizioni apposte ai provvedimenti che autorizzano le operazioni di concentrazioni.

Le linee di confine tra regolazione e concorrenza, in apparenza piuttosto chiare, nella realtà tendono, infatti, a essere più sfumate e ciò solleva delicati problemi di coordinamento tra le autorità preposte all'applicazione dei due sistemi normativi.

Facendo un primo sommario bilancio della regolazione in materia di comunicazioni, per esempio, si registra come in più occasioni vi siano state delle valutazioni differenziate o dei conflitti, sia tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (di seguito Agcom) e la Commissione, sia tra l'Autorità garante della concorrenza e del mercato e l'Agcom. Tale circostanza deriva appunto dalla difficoltà di distinguere con precisione l'area di competenza dell'Autorità di settore da quella che rientra invece nell'ambito di applicazione

del diritto antitrust, nazionale o comunitario. Essa fa emergere inoltre l'inadeguatezza degli strumenti attualmente previsti per garantire il raccordo tra i diversi procedimenti, consistenti nella formulazione, da parte di ciascuna autorità, di pareri obbligatori, non vincolanti, sulle istruttorie concluse dall'altra.

La difficoltà e l'opportunità di bilanciare regolazione e concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche sono state avvertite anche dal legislatore comunitario, che nella direttiva con la quale istituisce un quadro comune per le reti e i servizi di comunicazione elettronica⁴ (c.d. "direttiva quadro") individua un criterio preciso, almeno in linea teorica, per garantire la "pacifica convivenza" tra i due sistemi.

In base al considerando 27, infatti, la regolazione può intervenire "esclusivamente [...] quando i mezzi di tutela apprestati dal diritto nazionale e comunitario della concorrenza non siano sufficienti".

Viene quindi stabilita una priorità logica tra regolazione e concorrenza, prevedendo che le misure *ex ante* introdotte dalla nuova disciplina siano applicate in via residuale, solo quando "fallisce" il mercato o, più precisamente, solo nei casi in cui risulta inadeguata e inefficiente l'applicazione della normativa antitrust, che del sistema di mercato costituisce un elemento essenziale e imprescindibile.

Il criterio della residualità e sussidiarietà della regolazione rappresenta uno strumento importante, non solo per evitare la duplicazione di interventi che si è verificata in passato nel settore, ma anche per ridurre il rischio di un eccesso di regolamentazione ai danni della concorrenza.

Il codice nazionale di recepimento non richiama espressamente il principio di cui al considerando 27, mentre all'art. 18 stabilisce che l'Agcom, nell'esercizio delle funzioni ad essa attribuite dalla riforma, deve tenere nella "massima considerazione" le Linee direttrici adottate dalla Commissione⁵. Queste, al paragrafo 114, stabiliscono che le autorità nazionali di regolamentazione

⁴ Direttiva 2002/21/CE "che istituisce un quadro normativo comune per le reti e i servizi di comunicazione elettronica", del 7 marzo 2002, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del

⁵ Le "Linee direttrici della Commissione per l'analisi del mercato e la valutazione del significativo potere di mercato ai sensi del nuovo quadro normativo comunitario per le reti e i servizi di comunicazione elettronica".

“devono imporre almeno un obbligo di regolamentazione alle imprese designate come detentrici di un significativo potere di mercato” (di seguito SMP).

La soluzione accolta dal legislatore italiano sembrerebbe, dunque, quella di subordinare l'applicazione degli obblighi regolamentari al solo accertamento dell'esistenza, all'interno di mercati predefiniti, di imprese con SMP. Non occorrerebbe invece verificare se, nel caso specifico, gli strumenti offerti dal diritto antitrust sono sufficienti ad affrontare il problema concorrenziale emerso nel corso dell'analisi del mercato.

2. L'oggetto della disciplina regolatoria

La scelta operata in sede di attuazione della normativa comunitaria non esclude, però, il verificarsi di contrasti tra Regolatore di settore e Autorità di tutela della concorrenza e non soltanto per il rischio di conflitti di competenza tra i due soggetti, quanto anche per l'eventuale utilizzo divergente delle categorie antitrust, che entrambi sono chiamati ad utilizzare, sia pure con differenti finalità.

Per effetto dell'entrata in vigore del nuovo codice, infatti, l'oggetto della regolazione viene determinato attraverso il ricorso ad alcuni degli strumenti tipici della normativa a tutela della concorrenza.

Al fine di decidere se adottare, modificare o revocare le misure *ex ante* richiamate dall'art. 19, comma 3 del codice, l'Agcom deve innanzitutto definire i mercati rilevanti; in secondo luogo analizzare il loro grado di concorrenzialità⁶; infine designare le imprese che, individualmente o collettivamente, dispongono di un significativo potere di mercato⁷ (in realtà, le ultime due operazioni tendono a coincidere).

⁶ Art. 19 del codice cit., rubricato “*Procedura per l'analisi del mercato*”.

⁷ Art. 17 del codice cit., rubricato “*Imprese che dispongono di un significativo potere di mercato*”.

La prima fase presuppone l'utilizzo della nozione di "mercato rilevante", che secondo il diritto comunitario in materia di concorrenza - recepito anche dalla corrispondente disciplina nazionale - serve ad "*individuare in modo sistematico le pressioni concorrenziali alle quali sono sottoposte le imprese*" coinvolte in un procedimento antitrust⁸. La determinazione del mercato rilevante, sotto il duplice profilo merceologico e geografico, consente cioè di stabilire quali sono i concorrenti effettivi delle imprese indagate, quelli "*in grado di condizionare il comportamento di queste ultime e di impedir loro di operare in modo indipendente da effettive pressioni concorrenziali*"⁹.

L'applicazione del concetto avviene dunque in relazione a uno o più operatori economici determinati e in sede *ex post*, fatta eccezione per le ipotesi di concentrazione, per le quali l'individuazione del mercato rilevante è effettuata prima che l'operazione sia realizzata.

Diversamente, nel nuovo diritto delle comunicazioni elettroniche, il concetto è utilizzato per determinare i mercati "*le cui caratteristiche siano tali da giustificare l'imposizione di obblighi di regolamentazione*"¹⁰. Si prescinde dunque dalla prospettiva propria della singola impresa, per assumere l'ottica generale dell'intero mercato e l'approccio *ex ante*, che nel diritto antitrust costituisce l'eccezione, in questa sede diventa la regola.

Mentre la definizione dell'ambito dei prodotti e servizi spetta alla Commissione¹¹, tenuta a provvedervi con una raccomandazione soggetta a riesame periodico, l'estensione geografica dei mercati è stabilita dall'Autorità nazionale di regolamentazione (Anr), nel rispetto delle prescrizioni contenute nell'art. 18 del codice.

Nel passaggio successivo l'Agcom è chiamata a determinare, ai sensi dell'art. 19 del codice, se i mercati rilevanti precedentemente individuati siano effettivamente concorrenziali: essa deve in sostanza accertare l'esistenza o meno di imprese con significativo potere di mercato.

⁸ Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini del diritto comunitario in materia di concorrenza (97/C 372/03), paragrafo 2.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Art. 15, par. 1, della direttiva quadro.

¹¹ *Ibidem*.

Anche in questa fase l'attività di regolamentazione passa attraverso un'analisi di tipo antitrust, consistente nel valutare se uno o più degli operatori attivi nel mercato siano titolari di una "posizione dominante".

Come è noto, il concetto di dominanza appartiene al diritto della concorrenza ed è stato elaborato dalla Corte di Giustizia, principalmente in sede di applicazione dell'art. 82 del Trattato Ce, in materia di abusi.

La definizione utilizzata dalla giurisprudenza comunitaria è stata integralmente accolta dal nuovo codice: ai sensi dell'art. 17, comma 2 dispone di un significativo potere di mercato l'impresa che gode di una posizione di "*forza economica tale da consentirle di comportarsi in misura notevole in modo indipendente dai concorrenti, dai clienti e dai consumatori*".

Autorità antitrust e Autorità di regolazione si trovano dunque ad applicare, sia in ambito nazionale che a livello comunitario, le stesse nozioni, l'una al fine di garantire il corretto funzionamento del meccanismo concorrenziale, impedendo il verificarsi di eventuali distorsioni dello stesso, l'altra con l'obiettivo di "*conformare*" il mercato, attraverso l'imposizione, agli operatori considerati più forti, di obblighi proporzionali alla situazione concreta emersa nel corso dell'analisi.

Un altro aspetto attinente all'oggetto che merita di essere rilevato è quello relativo alla discrezionalità che il codice di recepimento attribuisce all'Agcom nell'applicazione delle relative norme¹² e che consegue alla complessità dei fattori economici e giuridici oggetto di analisi ai fini della regolamentazione¹³.

Con il termine discrezionalità si vuole in questa sede indicare, sia pure con una certa approssimazione, l'ambito delle valutazioni riservate all'amministrazione in presenza di disposizioni che contengono clausole generali o norme elastiche, secondo la tecnica dei cosiddetti concetti giuridici indeterminati. Tali sono in particolare i concetti utilizzati dal legislatore comunitario e da quello italiano nel disciplinare le varie fasi nelle quali si articola l'attività di regolazione nel settore delle comunicazioni elettroniche, ovvero: le richiamate nozioni di mercato rilevante, di mercato "*effettivamente*

¹² Aspetto di cui mostra di essere consapevole anche il legislatore comunitario, cfr. considerando 36 della direttiva quadro

¹³ In questo senso il par. 22 delle Linee direttrici.

concorrenziale”, di “*posizione dominante*”, individuale e collettiva e infine di “*appropriati* specifici obblighi di regolamentazione”.

La formulazione del dettato normativo in termini ampi così ampi e che in sostanza spetta all'interprete specificare e riempire di contenuto, si traduce nel riconoscimento all'Agcom di una notevole discrezionalità, sia sull'*an* sia sul *quomodo*. Essa è infatti chiamata a stabilire sia se sussistono i presupposti per un suo intervento – ovvero l'assenza di concorrenzialità nel mercato sottoposto ad esame e la presenza di operatori che individualmente o congiuntamente detengono una posizione dominante - sia a decidere con quali strumenti intervenire per risolvere il problema emerso, il che significa scegliere, tra gli obblighi *ex ante* richiamati dall'art. 19, comma 3 del codice, quello che è opportuno imporre alle imprese titolari di SMP -.

L'ampiezza della discrezionalità del regolatore può rendere più problematico garantire l'effettività della tutela giurisdizionale.

A questo riguardo va ricordato che, secondo l'art. 9 del codice, i ricorsi avverso i provvedimenti dell'Agcom sono devoluti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Tale meccanismo rischia di non essere “*efficace*” come invece prescrive l'art. 4, par. 2 della direttiva quadro.

Secondo la recente giurisprudenza amministrativa, infatti, in relazione alle valutazioni che prendono le mosse dai c.d. concetti giuridici indeterminati, il controllo del giudice è di tipo debole e non può penetrare in modo analitico le scelte operate dall'amministrazione. Si tratta dunque di un controllo di tipo estrinseco, che lascia ampi margini di manovra ai regolatori nell'individuare le soluzioni da essi ritenute più opportune, rendendo estremamente difficile, se non impossibile, censurare in sede di giurisdizione di legittimità le valutazioni sottese a tali scelte.

3. Segue b) L'assetto dei regolatori

Dal quadro sommariamente tracciato, risulta evidente che sia la Commissione - quando agisce in qualità di regolatore comunitario - sia le Autorità nazionali di regolazione sono tenute ad operare secondo i principi del diritto della concorrenza, applicando perciò le stesse categorie giuridiche e avvalendosi del medesimo “patrimonio” giurisprudenziale utilizzati dalle autorità antitrust.

Nonostante l'identità di strumenti e di precedenti, il rischio di sfasature o di sovrapposizioni è tuttavia elevato, tanto più elevato in un ordinamento giuridico come quello italiano, in cui i poteri di intervento nel settore sono ripartiti tra due distinti soggetti istituzionali.

Ai sensi dell'art. 13, comma 1 del codice, infatti, il Ministero delle Comunicazioni e l'Agcom svolgono “*le funzioni di regolamentazione indicate nel codice*”, ciascuno “*nell'ambito delle rispettive competenze*”, richiamate nell'art. 7 del codice.

Una ripartizione chiara dei ruoli e la previsione di adeguati meccanismi di coordinamento diventano essenziali soprattutto al fine di garantire agli operatori economici la certezza del contesto normativo all'interno del quale essi svolgono attività d'impresa.

Dell'esigenza si è mostrato consapevole anche il legislatore comunitario, che in materia ha fissato un principio fondamentale, prescrivendo, all'articolo 3, par. 3 della direttiva quadro, che le funzioni di regolazione siano tenute nettamente distinte da quelle di proprietà e gestione delle imprese attive sul mercato.

La finalità perseguita è quella di evitare che lo Stato agisca nella duplice veste di regolatore e di operatore economico, trovandosi nella condizione di poter favorire, in sede di elaborazione della disciplina di settore, l'impresa pubblica o soggetta a controllo pubblico rispetto all'impresa privata.

Il principio della indipendenza dell'autorità di regolazione nasce da una disposizione espressa della direttiva quadro, ma trova una conferma precisa anche nella giurisprudenza comunitaria.

C'è poi un secondo criterio, elaborato dagli studiosi della teoria economica e politica, in base al quale occorre operare una distinzione tra politiche redistributive e politiche non redistributive¹⁴, ossia tra interventi dello Stato che abbiano o meno l'effetto di trasferire ricchezza da un soggetto ad un altro (ad es. dal consumatore all'impresa o viceversa).

In presenza di un effetto redistributivo, la decisione non può che essere imputata ad un organo politicamente responsabile, come il governo o il singolo ministro competente. Le politiche non redistributive, invece, che hanno una componente più o meno neutrale, possono essere affidate ad organismi di tipo tecnico, quali le autorità indipendenti.

Questo secondo criterio può essere tenuto presente quando, come nel caso in esame, si configura un assetto di competenze nuovo ed è lasciato un certo margine di libertà agli Stati membri in ordine alle modalità della sua realizzazione.

Così, per l'analisi della effettiva concorrenzialità di un mercato, la direttiva quadro stabilisce che essa sia effettuata “*se del caso, in collaborazione con le autorità nazionali garanti della concorrenza*” (art. 16, par. 1). Per questo tipo di decisione, che coinvolge delicate e complesse indagini economico-giuridiche, sarebbe opportuna una valutazione congiunta di entrambe le Autorità, nella forma di una intesa o di un parere vincolante dell'Agcm e non, come invece prevede il codice di recepimento, un mero parere obbligatorio dell'Autorità antitrust (art. 19, comma 1).

In tal modo si eviterebbe il rischio, già evidenziato da molti commentatori, che diritto generale della concorrenza e regolazione possano divergere, anche se a costo di uno stallo istituzionale, ossia del disaccordo tra due autorità paritarie.

IV Segue c) Gli strumenti di regolazione

¹⁴ A. LA SPINA – G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, il Mulino, 2000, pag. 167 e ss.

In attuazione del pacchetto di direttive, il nuovo codice delle comunicazioni elettroniche introduce una forma di regolazione c.d. leggera, che prevede un'ampia applicazione del principio di proporzionalità e prescrive il rispetto della neutralità tecnologica.

Sugli strumenti regolatori va ricordato che, in generale, il diritto comunitario non ama i controlli, sotto forma di autorizzazioni e licenze, o comunque di provvedimenti abilitativi di tipo individuale.

In linea con questa tendenza rinvenibile anche in altri settori, la scelta della riforma è stata quella di favorire il ricorso alla autorizzazione generale¹⁵.

In base alla nuova normativa nazionale, per autorizzazione generale si deve ora intendere un quadro di regolazione, che individua il contesto giuridico generale all'interno del quale gli operatori economici possono muoversi liberamente senza subire condizionamenti né restrizioni da parte dell'amministrazione. La distinzione tra momento autorizzativo e momento regolatorio in quanto tale diventa più sfumata e ciò rappresenta una novità per l'ordinamento italiano, che ha sempre concepito l'autorizzazione come espressione di potere di un'autorità nei confronti di una impresa o di un soggetto privato e non come uno strumento di regolazione, cioè una sintesi di regole che valgono per tutti gli operatori che intendono svolgere una certa attività.

L'autorizzazione generale si ottiene sulla base della semplice notifica al Ministero, da parte dell'impresa interessata, di una dichiarazione contenente l'intenzione di iniziare la fornitura di reti o servizi di comunicazione elettronica, insieme alle informazioni necessarie per consentire l'identificazione dell'impresa (art. 25, comma 4, codice delle comunicazioni elettroniche). Dal giorno stesso della notifica l'operatore è abilitato a iniziare la propria attività. Il meccanismo previsto dal legislatore italiano è dunque analogo alla denuncia di inizio attività di cui all'art. 19 della legge sul procedimento amministrativo e si caratterizza per la sua snellezza e celerità.

All'autorizzazione così rilasciata possono tuttavia essere apposte alcune condizioni (art. 28, codice cit.), relative, ad esempio, ai contributi finanziari a

¹⁵ Cfr. Direttiva 2002/20/CE del 7 marzo 2002, "relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica" del 7 marzo 2002.

sostegno del servizio universale o all'interoperabilità dei servizi o, ancora, agli oneri finanziari.

Diventa quindi essenziale stabilire quali soggetti, secondo quali modalità e nel rispetto di quali forme, dette condizioni possono essere applicate, per evitare che, per questa via, siano reintrodotti quegli elementi di controllo e di conformazione del diritto d'impresa che il legislatore comunitario ha sempre mostrato di non apprezzare.

E' altresì fondamentale che non siano imposti alle imprese oneri aggiuntivi rispetto a quelli previsti dalla normativa comunitaria. A questo proposito si osserva che il legislatore nazionale, mentre semplifica le procedure per il rilascio dell'autorizzazione generale, appesantisce oltremodo quelle per la cessione ai terzi dell'autorizzazione, richiedendo a tal fine "*l'assenso del Ministero*" (art. 25, comma 8, codice cit.).

Un altro profilo delicato attiene ai poteri sanzionatori, che costituiscono uno degli elementi principali del modello di regolazione c.d. "*command and control*", il quale si articola usualmente nella previsione di obblighi o divieti (con a monte eventualmente atti di pianificazione), sulla vigilanza sull'osservanza degli obblighi o divieti e infine sulla irrogazione di sanzioni nel caso di violazione della prescrizione.

Il diritto comunitario in generale e le direttive in materia di comunicazione elettronica in particolare prevedono in materia l'applicazione del principio di stretta proporzionalità, ma lasciano al legislatore nazionale un certo spazio per calibrare gli interventi sanzionatori.

A fronte della inosservanza delle misure imposte dall'Agcom, il codice di recepimento contempla sanzioni piuttosto pesanti, che rischiano di produrre un eccesso di deterrenza che non è mai auspicabile.

In conclusione, nel passaggio dal nuovo quadro regolatorio (direttive e codice) all'applicazione concreta gioverà tener a mente un *caveat* espresso in modo assai efficace in uno dei casi giurisprudenziali più noti in materia antitrust negli Stati Uniti, il caso *ALCOA (United States v. Aluminium company of America, 1945)*: gli obiettivi del diritto antitrust non devono essere quelli di

imporre strutture di mercato, bensì di garantire un contesto all'interno del quale non solo la competizione sia libera, ma sia anche possibile vincere.

In definitiva, se è vero che il matrimonio tra regolazione e concorrenza è un matrimonio difficile, è importante evitare che il concorrente di successo, al quale è stato imposto di competere –la regolazione procompetitiva costringe a competere- sia penalizzato quando vince.